



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

VANESSA MANGANARO DE ARAUJO ALMERON

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E O SISTEMA MULTIPORTAS:
TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E
RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA PARA A SOLUÇÃO
DE CONFLITOS COLETIVOS**

Londrina
2023

VANESSA MANGANARO DE ARAUJO ALMERON

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E O SISTEMA MULTIPORTAS:
TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E
RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA PARA A SOLUÇÃO
DE CONFLITOS COLETIVOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Estadual de Londrina - UEL, como
requisito parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito Negocial.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Londrina
2023

Ficha de identificação da obra elaborada pela autora através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL.

A4480 ALMERON, VANESSA MANGANARO DE ARAUJO.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O SISTEMA MULTIPORTAS – TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS. - LONDRINA, 2023.
176 f..

Orientador: Luiz Fernando Bellinetti.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2023.

Inclui bibliografia.

1. MINISTÉRIO PÚBLICO - Tese. 2. SISTEMA MULTIPORTAS - Tese. 3. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - Tese. 4. RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA - Tese. I. BELLINETTI, LUIZ FERNANDO. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

VANESSA MANGANARO DE ARAUJO ALMERON

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E O SISTEMA MULTIPORTAS:
TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E RECOMENDAÇÃO
ADMINISTRATIVA NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador Dr. Luiz Fernando Bellinetti
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Membro 2
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Luiz Alberto Pereira Ribeiro
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof.Dr. Osmar Vieira da Silva
Unifil

Londrina, 31 de julho de 2023.

Ao meu esposo Eduardo, com todo meu amor e gratidão.
Obrigada pelo apoio incondicional, dedicação e cuidado
com nossos filhos, Gustavo e Matheus, durante a minha
ausência.
Sem você, essa etapa não seria vencida.

AGRADECIMENTOS

À Deus, sempre e em primeiro lugar, por me sustentar nos momentos difíceis e me capacitar nesta etapa para a realização de um sonho.

Ao meu orientador, Professor Doutor Luiz Fernando Bellinetti, que com excelência durante minha orientação de mestrado, me incentivou e apresentou caminhos para o crescimento intelectual. Além disso, demonstrou intensa sensibilidade e paciência no decorrer deste trabalho e ao longo de todo o curso, compreendendo pontuais ausências e limitações em decorrência de imprevistos pessoais. Não tenho palavras para expressar minha gratidão professor, receba minha admiração e agradecimentos sinceros.

À professora Doutora Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, com quem tive o privilégio de iniciar essa jornada, inicialmente como aluna especial da disciplina de Teoria Crítica da Responsabilidade Civil e, na sequência, como aluna regular na disciplina de Teoria do Negócio Jurídico deste Curso de Mestrado em Direito Negocial. Sua excelência, competência e visão científica são ímpares e me mostraram que o caminho a seguir seria árduo, porém gratificante. Deixo aqui, minha mais profunda gratidão professora. Foi você quem me inspirou!

Aos amigos que fizeram parte da minha vida acadêmica durante o curso, Flávio Henrique Caetano de Paula Maimone e Izabella Affonso Costa, meus queridos veteranos, sempre me transmitindo valiosos ensinamentos, e aos meus contemporâneos e colegas de turma Flávia Osmarin Tosti Menegon e Marcelo Silva, sem o apoio incondicional, amizade e auxílio de vocês certamente essa jornada teria sido mais difícil, obrigada meus amigos.

A todos os demais professores do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL, esta grande instituição de ensino que me nos brinda todos os dias com o melhor corpo docente. Professores, meu respeito, gratidão e admiração aos senhores é sincero. Obrigada a todos que compartilharam essa jornada com ensinamentos que levarei ao longo dos anos.

Ao Ministério Público do Estado do Paraná, instituição na qual honrosamente trabalho desde meus tempos de graduação, especialmente às minhas chefias imediatas os Promotores de Justiça Doutora Leila Schimiti e Doutor Miguel Jorge Sogaiar, sem o apoio e a confiança dos senhores em meu trabalho, acadêmico

e profissional, autorizando minhas ausências ao expediente árduo e sobrecarregado, eu não chegaria até aqui. Rendo-lhes minhas homenagens.

Por fim, e certamente a mais importante, à minha mãe Neusa Manganaro de Araujo. Meu grande exemplo de amor, esforço e dedicação, que sempre abdicou de seu tempo por mim, se ausentando inúmeras vezes do lado de meu pai e meu sobrinho, percorrendo 200 quilômetros todos os meses, para dar suporte ao meu esposo e aos meus filhos durante a minha ausência. Mãe, você é tudo para mim. Meu maior exemplo de amor e carinho. À você sempre, tudo!

ALMERON, Vanessa Manganaro de Araujo de. **O Ministério Público e o Sistema Multiportas: Termo de Ajustamento de Conduta e Recomendação Administrativa para a solução de Conflitos Coletivos**. 2023 (162 folhas). Dissertação de Mestrado. Direito Negocial. Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2023.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo defender que o Ministério Público, ao utilizar o Termo de Ajustamento de Conduta e a Recomendação Administrativa para a solução de conflitos que atentam contra os interesses transindividuais e individuais indisponíveis, contribui para a redução da litigiosidade e ampliação do acesso à justiça. Sobreditos instrumentos tratam-se de métodos adequados de solução de conflitos, atuando como meios de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas, constituindo-se como negócios jurídicos transacionais, não obstante de natureza *sui generis*, revelando como característica fundamental, a disposição das partes em negociar direitos e obrigações que regularão seus atos e atividades. Quanto à principiologia aplicável aos referidos instrumentos, foi possível constatar em ambos a presença de princípios de direito público e de direito privado, atuando numa relação de complementariedade. Restou demonstrada que a viabilidade da propositura do Termo de Ajustamento de Conduta se dá tanto na esfera judicial quanto extrajudicial, enquanto a Recomendação Administrativa é admitida apenas extrajudicialmente. A pesquisa abordou aspectos relevantes relacionados à indisponibilidade dos interesses públicos, transindividuais e individuais indisponíveis analisando-se, ainda, se as medidas adotadas pela tomada do ajuste ou do ato recomendatório são eficientes e se encontram harmonizadas com os princípios constitucionais do acesso à justiça (art. 5º XXXV, CF), da eficiência (art. 37, Caput, CF) e democrático de direito (art. 1º, CF). O trabalho utiliza-se do método dedutivo, partindo da metodologia de estudo de revisão bibliográfica a partir de referenciais nacionais que defendem a possibilidade de espaço para transação dos direitos transindividuais, por entender que tais direitos não são absolutamente indisponíveis, comportando a solução negociada. A literatura estrangeira também dá suporte à pesquisa, com a análise do sistema de conflitos norte-americano denominado Sistema Multiportas, que remete a uma estruturação que conta com diferentes mecanismos de tutela de direitos e estimula a utilização de métodos de solução consensual de conflitos. Defende-se, deste modo, que o acesso à justiça deve ser assegurado não apenas pelo acesso formal ao Poder Judiciário, mas também pelas vias extrajudiciais. Noutro giro, a pesquisa jurisprudencial também se mostrou estratégia viável no desenvolvimento do trabalho, corroborando com a pretensão ora proposta. Ao final, concluiu-se que, não obstante os interesses transindividuais, ainda que indisponíveis, tenham como base o interesse social, tratam-se na verdade de direitos subjetivos em sua essência e, portanto, comportam solução negociada por meio das técnicas extraprocessuais aqui ventiladas, promovendo grande resolutividade aos crescentes e complexos conflitos de massa, contribuindo para a redução da litigiosidade e garantia do acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Sistema Multiportas. Termo de Ajustamento de Conduta. Recomendação Administrativa. Métodos Adequados de Solução de Conflitos Coletivos.

ABSTRACT

ALMERON, Vanessa Manganaro de Araujo de. **O Ministério Público e o Sistema Multiportas: Termo de Ajustamento de Conduta e Recomendação Administrativa para a solução de Conflitos Coletivos**. 2023 (162 folhas). Dissertação de Mestrado. Direito Negocial. Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2023.

This paper's scope is to argue that the Public Prosecutor's Office, by using the Conduct Adjustment Term and the Administrative Recommendation for the solution of conflicts that affect transindividual and individual unavailable interests, contributes to the reduction of litigiousness and expansion of access to justice. These instruments are adequate methods of conflict resolution, acting as means of preventing liability or correcting conduct, constituting transactional legal business, despite their sui generis nature, revealing as a fundamental characteristic, the willingness of the parties to negotiate rights and obligations that will regulate their acts and activities. As for the principles applicable to these instruments, it was possible to verify in both the presence of public law and private law principles, acting in a complementary relationship. It was demonstrated that the viability of the proposal of the Conduct Adjustment Term occurs both in the judicial and extrajudicial sphere, while the Administrative Recommendation is admitted only extrajudicially. The research approached relevant aspects related to the unavailability of public, transindividual and individual unavailable interests, analyzing, furthermore, if the measures adopted by the adoption of the adjustment or recommendatory act are efficient and in harmony with the constitutional principles of access to justice (art. 5º XXXV, CF), of efficiency (art. 37, Caput, CF) and democratic rule of law (art. 1º, CF). The work uses the deductive method, starting with the methodology of a bibliographical revision study based on national references that defend the possibility of a space for transindividual rights transactions, understanding that such rights are not absolutely unavailable and can be negotiated. The foreign literature also supports the research, with the analysis of the North American conflict system called Multi-Door Courthouse System, which refers to a structure that has different mechanisms for the protection of rights and encourages the use of consensual conflict resolution methods. It is argued, therefore, that access to justice must be ensured not only by formal access to the Judiciary, but also by extrajudicial means. On the other hand, case law research has also proven to be a viable strategy in the development of this work, corroborating the claim proposed here. In the end, it was concluded that, despite the fact that transindividual interests, even if unavailable, are based on the social interest, they are in fact subjective rights in their essence and, therefore, can be negotiated by means of the out-of-court techniques ventilated here, promoting great resoluteness to the growing and complex mass conflicts, contributing to the reduction of litigiousness and guaranteeing access to justice.

Key-Words: Public Ministry. Multi-Door Courthouse System. Conduct. Adjustment Term. Administrative Recommendation. Appropriate Methods for Solving Collective Disputes.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgResp	Agravo em Recurso Especial
CC	Código Civil
CCR	Câmara de Coordenação e Revisão
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
PC	Código de Processo Civil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
DJ	Data do Julgamento
DJE	Diário da Justiça Eletrônico
DPJ	Departamento de Pesquisas Judiciárias
DNPM	Departamento Nacional de Produção Mineral
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
LACP	Lei de Ação Civil Pública
LC	Lei Complementar
MP	Ministério Público
MS	Mandado de Segurança
RA	Recomendação Administrativa
RE	Recurso Extraordinário
Res	Resolução
REsp	Recurso Especial
SEMAD	Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	O SISTEMA MULTIPORTAS	19
2.1	Origem e evolução	19
2.2	A justiça multiportas e o CPC de 2015	27
2.3	Adequação do sistema processual aos princípios e garantias constitucionais: promoção do acesso à justiça	31
2.4	Desjudicialização e o Acesso à Justiça	37
3	O MINISTÉRIO PÚBLICO	44
3.1	Estado Democrático de Direito	46
3.2	Direitos e interesses tutelados: legitimidade	52
3.3	O papel do Ministério Público na desjudicialização dos conflitos frente ao novo modelo de justiça: o MP resolutivo	62
4	INTERESSES TRANINDIVIDUAIS	69
4.1	Terminologia: direitos ou interesses	72
4.2	Interesse público, social e coletivo	76
4.3	Modalidades de interesses transindividuais	80
4.4	Direitos Fundamentais e (In)disponibilidade de direitos	88
4.5	Negociabilidade e Disponibilidade dos interesses transindividuais e individuais indisponíveis	97
5	TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA	104
5.1	Natureza jurídica	104
5.2	Princípios aplicáveis ao TAC	116
5.2.1	Princípios de Direito Privado	117
5.2.1.1	Solidariedade	117
5.2.1.2	Autonomia privada	120
5.2.1.3	Boa-fé	122
5.2.1.4	Função social	124
5.2.2	Princípios de Direito Público	125

5.2.2.1	Legalidade.....	125
5.2.2.2	Publicidade.....	127
5.2.2.3	Eficiência.....	128
5.3	Eficácia e efetividade da prestação jurisdicional	130
5.4	TAC e o Desastre da Barragem do Fundão em Mariana (MG)	138
5.5	TAC e o Acesso à Justiça	143
5.6	TAC como solução consensual nos conflitos coletivos	144
6.	RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA	148
6.1	Natureza jurídica	148
6.2	Princípios aplicáveis à RA	158
6.3	Efeitos e consequências da RA.....	166
6.4	RA e o Desastre da Barragem do Fundão em Mariana (MG)	172
6.5	Recomendação Administrativa e o Acesso à Justiça	177
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	182
	REFERÊNCIAS.....	186

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa consistiu em sustentar que o acesso à justiça, na perspectiva do direito coletivo e em consonância com a visão contemporânea, pode ser implementado pelo Ministério Público por meio do Termo de Ajustamento de Conduta e da Recomendação Administrativa, instrumentos adequados de solução de conflitos coletivos *lato sensu* e meios legítimos de concretização da Justiça Social, mormente nas pretensões transindividuais.

Diante da complexidade das demandas que envolvem interesses coletivos *lato sensu* e, ainda, considerando a sobrecarga processual que assola o Poder Judiciário brasileiro buscou-se, em suma, defender a seguinte hipótese: “O Ministério Público pode utilizar o Termo de Ajustamento de Conduta e a Recomendação Administrativa, notadamente por meio dos procedimentos extrajudiciais, como meios adequados para viabilizar a pacificação de conflitos e controvérsias envolvendo direitos e interesses transindividuais e individuais indisponíveis, sem a necessidade de ajuizamento de ação”.

No intento de se chegar a uma conclusão afirmativa, o trabalho jurídico-científico utilizou o método dedutivo, partindo da metodologia de estudo de revisão bibliográfica, utilizando-se de referencial nacional e estrangeiro, bem como revisão legislativa¹ e jurisprudencial².

Nesse sentido, a pesquisa apontou que o Código de Processo Civil atual, diferentemente de seu antecessor, introduziu a integração dos métodos autocompositivos e heterocompositivos, notadamente a mediação, conciliação, arbitragem e a negociação, este último objeto do presente trabalho, promovendo o necessário espaço ao acordo de vontade a ser estabelecido entre as partes e voltado aos rumos da cooperação que foram acrescentados pela nova sistemática processual, abarcando tanto a tutela individual como transindividual.

Amoldando-se aos anseios da sociedade contemporânea, observou-se que a

¹ O artigo 841 do Código Civil, por exemplo, dispõe que somente direitos patrimoniais estão sujeitos à transação, todavia, os direitos transindividuais não podem imiscuir-se de forma absoluta a tal preceito legal. Isso porque o alcance da norma deve ser visto com moderação, de modo a permitir que o legitimado possa negociar a defesa do interesse coletivo tutelado (PINHO; CABRAL, 2011).

² A propósito da indisponibilidade relativa dos direitos transindividuais e a possibilidade de transação, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou por ocasião do Recurso Extraordinário nº 253885/MG, de relatoria da Ministra Ellen Grace, posicionando-se pela atenuação do princípio da indisponibilidade do interesse público.

sistemática processual vigente implementou o modelo de solução extrajudicial autocompositivo e heterocompositivo, alinhavados pela denominada “Justiça Multiportas” que, opondo-se ao sistema clássico da via tradicional do processo judicial, reviu conceitos e possibilitou uma estruturação que conta com diferentes mecanismos de tutela de direitos e estimula a utilização de métodos de solução consensual de conflitos como métodos válidos de jurisdição, a depender de cada tipo de disputa apresentado.

Deste modo, revisitou-se no Capítulo 1 o trajeto percorrido pelo sistema multiportas, desde suas concepções mais tímidas e remotas em 1906 com o pensamento inovador para a época de Roscoe Pound, até sua concepção efetiva em 1976 com destaque para as inovações anunciadas por Frank Sander, quebrando o paradigma idealizado de que a justiça só poderia se dar por meio de um sistema demandista.

Com base nas concepções apresentadas pela Justiça Multiportas, foi possível apontar a insatisfação do jurisdicionado com o tratamento legalista e demandista, escancarando-se as falhas do processo judicial tradicional, notadamente diante de processos longos, demorados, dispendiosos e, em muitas situações, que não atendiam (ou não atendem) aos interesses dos litigantes.

Assim, destacou-se a importância e a necessidade de privilegiarem-se instituições economicamente eficientes e socialmente úteis por outros meios que não o contencioso, esclarecendo, contudo, que tais mecanismos não eliminam o papel relevante e indispensável do Poder Judiciário que, em verdade, deve ser utilizado como a “última porta” na solução dos litígios.

O segundo Capítulo deste trabalho trouxe o desenho institucional do Ministério Público.

O ideal buscado por aqueles comprometidos com a superação das dificuldades decorrentes do congestionamento do Poder Judiciário, dentre eles o Ministério Público, pode se perfectibilizar pelas vias extraprocessuais e, no caso dos direitos e interesses transindividuais, especialmente pelo Termo de Ajustamento de Conduta e pela Recomendação Administrativa.

Nesse sentido, antes de alinhavar as premissas específicas e as nuances pontuais de cada um desses instrumentos, justificou-se a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos e interesses coletivos, em respeito ao Estado

Democrático de Direito, traçando as linhas específicas de sua atuação e o desenho institucional.

Aliás, nesse ponto, apontou-se a evolução do pensamento que perpassa a instituição, com críticas de parte da doutrina que rechaça uma atuação demandista e volta os olhos a uma atuação pró-ativa e resolutiva do Ministério Público Contemporâneo.

Demonstrou-se que a missão institucional que foi conferida ao órgão reflete a possibilidade de mudar a realidade, equacionando os problemas sociais, na medida em que o Ministério Público revela-se um agente transformador da sociedade, sendo dotado de ação preventiva, resolutiva e ativa em defesa dos interesses da sociedade, deixando de ser um simples guardião da lei (*custus legis*) para tornar-se guardião da sociedade (*custus societatis*) e do próprio “direito” (*custus juris*).

Deste modo, apontou-se que em se tratando da tutela coletiva, a negociação da melhor solução por meio do Termo de Ajustamento de Conduta e da Recomendação Administrativa constitui um mecanismo mais rápido e distante de demandas improfícuas e perenizadas perante o Judiciário, muitas vezes com resultados inferiores, o que semeia uma justiça desmoralizada.

As dificuldades enfrentadas pelo atual sistema de justiça brasileiro restaram evidentes na pesquisa, especialmente diante dos números consolidados que foram apresentados ao final do capítulo, por meio de dados obtidos junto ao Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público, deixando claro que a sobrecarga de conflitos se dá tanto na esfera judicial quanto extrajudicial. Esta, contudo, mostra-se mais célere, menos dispendiosa e tão eficiente quanto, se forem utilizados os meios adequados para resolutividade dos conflitos.

No terceiro Capítulo, a pesquisa trouxe as concepções terminológicas dos termos direitos e interesses, abordando as modalidades de interesses tutelados pelo Ministério Público.

Um dos aspectos levantados neste capítulo consistiu em tratar da admissão da relativização da indisponibilidade dos interesses transindividuais, possibilitando a celebração de compromisso de ajustamento de conduta, com natureza de verdadeiro negócio jurídico bilateral, onde se verifique a estipulação conjunta de direitos e obrigações das partes, com vistas ao alcance da efetividade do ajustamento, cujo resultado a ser alcançado seja bom para a coletividade e bom para o interessado que

se obriga, desde que observados os princípios que regem os negócios jurídicos de direito público e de direito privado.

Ponderou-se a divergência doutrinária no sentido de que apenas interesses disponíveis seriam passíveis de negociação, afastando-se, contudo, tal apontamento. Constatou-se que a terminologia “direitos indisponíveis” apresenta conceito atrelado, tradicionalmente, ao termo “direitos fundamentais” que, por sua vez, também apresenta um conceito indeterminado quando ao significado da indisponibilidade.

Deste modo, considerando a dificuldade em conceituar o que seriam os direitos indisponíveis e quais as hipóteses de disposição relacionadas a direitos fundamentais, apontou-se que a locução supra foi relativizada, notadamente porque o entendimento de que apenas os direitos patrimoniais disponíveis seriam passíveis de solução pela via adjudicada ou por mecanismos resolutórios outros, como os consensuais e negociais, judiciais e extrajudiciais, não se sustenta, colacionando-se exemplos da jurisprudência da Suprema Corte para justificar tal afirmação.

O Capítulo 4, por sua vez, analisou o uso do Termo de Ajustamento de Conduta como meio adequado de resolução de conflitos, identificando a natureza jurídica deste como negócio jurídico transacional, que possibilita às partes negociar os direitos e obrigações a pautar seus atos e atividades, respeitando-se a principiologia de direito público e de direito privado, fato este que atribui característica híbrida à transação, tendo como principal finalidade alcançar a melhor efetividade de tutela dos interesses transindividuais.

Nesse panorama, apontou-se que o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio da Resolução nº 179/2017, considera o compromisso de ajustamento de conduta como “instrumento de redução da litigiosidade, visto que evita a judicialização por meio da autocomposição dos conflitos e controvérsias envolvendo os direitos de cuja defesa é incumbido o Ministério Público” e, de conseguinte, “contribui decisivamente para o acesso à justiça em sua visão contemporânea”, espancando quaisquer dúvidas quanto à sua contribuição.

Por fim, não obstante a dificuldade encontrada na literatura sobre o tema, o Capítulo 5 tratou da Recomendação Administrativa, sendo possível constatar que se trata de valioso instrumento de que dispõe o Ministério Público para a resolução dos litígios coletivos (*lato sensu*).

Defendeu-se o caráter negocial da Recomendação contemplando, de um

lado, a exposição das irregularidades constatadas pelo agente ministerial, arrazoadas por meio de ato formal (escrito), mediante fundamentos fáticos e jurídicos sobre o caso concreto. De outro lado, ao destinatário da recomendação, defendeu-se que lhe é reconhecido o livre convencimento das razões expostas, sendo possível rebatê-las, desde que formalmente, quanto à possibilidade ou não do acatamento, fato este que possibilita ao órgão agente eventual revisão do conteúdo recomendado.

Demonstrou-se que ao utilizar esse instrumento a atuação ministerial assegura uma participação efetiva do destinatário e, ao mesmo tempo, assegura a defesa dos interesses transindividuais ou individuais indisponíveis, sempre sobre o viés da legalidade.

Ao final, concluiu-se que tanto o Termo de Ajustamento de Conduta quanto a Recomendação Administrativa encontram-se em sintonia com a visão contemporânea do processo civil, individual e coletivo, abarcando de forma ampla o espectro conceitual do acesso à justiça, em observância às premissas iniciais estabelecidas pelo sistema de Justiça Multiportas, em consonância com os postulados estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito e a Defesa da Ordem Jurídica incumbida ao Ministério Público.

2 O SISTEMA MULTIPORTAS

A terminologia “Sistema Multiportas”, de origem norte-americana, tem por objetivo informar ao jurisdicionado que existem outros meios aptos para garantir o acesso à justiça e a solução de conflitos sem que ocorra, necessariamente, a intervenção do Poder Judiciário.

Este cenário tem ocupado cada dia mais posição de destaque em nosso ordenamento jurídico, sobretudo após o advento do Código de Processo Civil de 2015, que privilegiou a resolução de conflitos por métodos adequados que integram nosso sistema de justiça.

O primeiro capítulo, portanto, objetiva trazer uma visão geral sobre o sistema multiportas, contemplando sua origem e evolução nos Estados Unidos, até chegar à concepção traçada pelo CPC de 2015, que promoveu significativa mudança na forma como os operadores do direito veem a tutela jurisdicional, em especial o Ministério Público, instituição que tem arraigado em si o espírito demandista.

Ao final deste tópico, demonstrou-se que a mudança de postura do agente ministerial ao buscar soluções adequadas para o tratamento dos conflitos, é capaz de promover grande transformação social, notadamente por se adequar à Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos e Interesses, implementada pelo CNJ por meio da Resolução nº 125/2010, e à Política Nacional de Incentivo à Autocomposição, instituída pelo CNMP através da Resolução nº 118/2015, alinhando-se, portanto, ao conceito do termo “Sistema Multiportas”.

2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO

Ao traçar um panorama histórico sobre a utilização do termo “Justiça Multiportas”, fatalmente somos levados a abril de 1976 quando o Professor da Universidade de Direito de Harvard, Frank Ernest Arnold Sander, articulou pela primeira vez o seu conceito na *Pound Conference* realizada em Washington, num momento proposto para dialogar sobre os problemas enfrentados pelos juízes na administração da justiça norte-americana.

Frank Sander vislumbrava um tribunal do futuro com um centro de resolução de disputas, que oferecesse uma série de opções para a resolução dos conflitos. Para

Sander, o litígio seria apenas uma opção entre muitas, incluindo a conciliação, mediação, arbitragem e *ombudspeople*³ (KESSLER; FINKELSTEIN, 1988, p. 577).

Idealizou-se introduzir no âmbito do Poder Judiciário a oferta de várias opções para a resolução dos conflitos. De acordo com o modelo proposto, um centro especializado localizado no Judiciário norte-americano deveria auxiliar os jurisdicionados na análise dos seus conflitos e, a partir de sua compreensão e classificação, encaminhá-los para o mecanismo mais adequado ao seu tratamento. A solução adjudicada seria mais uma opção dentre outros meios já existentes, incluindo no contexto a mediação e a arbitragem.

Nesse sistema (multiportas) especialistas seriam treinados para receber os cidadãos em centros especializados nos fóruns e Tribunais de Justiça, analisando os conflitos apresentados e, após escutar a descrição do conflito, deveriam apresentar ao cidadão as várias opções disponíveis para a solução das controvérsias e indicar qual seria a solução mais adequada. O jurisdicionado seria, portanto, orientado a optar pelo meio mais adequado de resolução do seu problema, seja ele auto ou heterocompositivo.

De acordo com a estrutura traçada no *Multi-door Courthouse*, para cada tipo de controvérsia, há uma determinada forma de solução mais adequada, seja ela a mediação, a conciliação ou a arbitragem e, por fim, a decisão judicial nos casos em que este for considerado o meio adequado.

Gladys Kessler e Linda J. Finkelstein (1988) destacam que tal concepção intrigou os tribunais, que viram essas alternativas como acessíveis e viáveis, considerando a possibilidade de uma redução no número de julgamentos, menos congestionamento nos calendários dos tribunais e, em alguns casos, um processamento mais rápido das demandas proporcionando, deste modo, mais tempo para que os magistrados norte-americanos se dedicassem às questões mais complexas.

³ Em tradução livre: “A figura do *ombuspeolpe* corresponde àquele “funcionário público” encarregado de investigar denúncias a respeito da má administração ou violações de direitos, buscando a efetiva reparação” (KESSLER; FINKELSTEIN, 1988, p. 577). No Brasil, tal função encontrava-se prevista no anteprojeto da Constituição Federal de 1988; com a sua promulgação, todavia, o papel de “defensor do povo” foi delegado ao Ministério Público, constando no artigo 129, II, da nova Carta Magna, a obrigação de “*zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia*”.

H. Carl Moultrie I, Juiz Chefe do Tribunal Superior do Distrito de Columbia foi pioneiro no tema justiça multiportas e vislumbrou uma série de benefícios aos cidadãos. Moultrie esperava que através de um tribunal de múltiplas portas, os cidadãos encontrassem a justiça mais facilmente acessível⁴. Para Moultrie, aqueles que não pudessem arcar com os custos de um processo litigioso ou, ainda, compreendê-lo poderiam ter o acesso à justiça por meio de alternativas viáveis e acolhedoras, desenhando seus próprios acordos, além de se beneficiarem da avaliação precoce dos casos por meio de um processamento mais célere, menos formal e possivelmente mais compreensível do que o litígio. Soma-se a isso, seria possível aos litigantes a resolução de disputas com menos despesas, mais satisfação e menos indisposição entre os interessados se houvessem alternativas para o processo contraditório (KESSLER; FINKELSTEIN, 1988, p. 577-578).

A discussão em voga foi necessária em decorrência da preocupação que girava em torno da administração da justiça e dos problemas relacionados à resolução judicial de disputas e procedimentos mais rápidos e menos dispendiosos para a administração judicial. A temática da litigiosidade entabulada na *Pound Conference* de 1976⁵ teve como mote o discurso proferido por Roscoe Pound em 1906, em Minnesota, sobre “As causas da insatisfação popular⁶ com a Administração da

⁴ Tradução livre. No original: Professor Sander's concept intrigued the late H. Carl Moultrie I, Chief Judge of the Superior Court of the District of Columbia as soon as he learned of it. Chief Judge Moultrie saw in the multi-door concept a number of benefits for the District of Columbia's citizens and its court system. For citizens, he saw value in the availability of alternative ways of resolving disputes. Chief Judge Moultrie hoped that through a multi-door courthouse, citizens would find justice more readily accessible. Those intimidated by the litigation process and those who could not afford or understand it might well find alternatives like mediation or arbitration more welcoming. It was also hoped that citizens would benefit from resolution techniques, which encourage litigants to design their own agreements, as well as benefiting from early assessment and evaluation of cases, accelerated case processing, and processes that were less formal and more comprehensible than litigation. Litigants might be able to resolve disputes with less expense, more satisfaction, and less acrimony if alternatives were available to the adversarial process.

⁵ De 7 a 9 de abril de 1976, juízes funcionários governamentais, advogados e estudiosos do direito reuniram-se em St. Paul, Minnesota, para a Conferência Nacional sobre as causas da insatisfação popular com a Administração da Justiça. A conferência tomou seu título de um documento apresentado por Roscoe Pound no mesmo local em 1906. O discurso principal proferido pelo Presidente do Supremo Tribunal Warren E. Burger, enfocou a necessidade de antecipação sistemática do futuro (p. 24) (WALLACE, 1982, p. 592). Em seu discurso, proferido na cidade de Coulson, R., *Professional Mediation of Civil Disputes*, Burger declarou que a obrigação da nossa profissão é servir como os cicatrizadores do conflito humano e, ainda, que para cumprir nossa tradicional obrigação significa que devemos prover mecanismos que alcancem resultados aceitáveis no mais curto período de tempo, com o mínimo de despesas e o mínimo de estresse entre os participantes. Para ele, isso é o verdadeiro conceito de justiça (Coulson, R., *Professional Mediation of Civil Disputes*, 1984) (SILVA JUNIOR, 2017, p. 143).

⁶ J. Clifford Wallace (1982) destaca que, de fato, não foram apresentadas na Conferência informações a partir das quais se pudesse avaliar a insatisfação popular (pública), notadamente para que fosse possível identificar as suas causas. Todavia, Wallace esclarece que a conferência se concentrou nos

Justiça”, onde o professor destacou como causas do inconformismo: 1) causas de insatisfação com qualquer sistema jurídico, 2) causas que residem nas peculiaridades do sistema jurídico anglo-americano, 3) causas que residem na organização e procedimento judicial americano, e 4) causas que residem no ambiente da administração judicial (POUND, 1906).

Roscoe Pound adverte, entretanto, que deve haver alguma causa ou causas inerentes a toda a lei e a todos os sistemas jurídicos, a fim de produzir um efeito universal e invariável, definindo-as como: 1) o funcionamento necessariamente mecânico das regras e, portanto, das leis; 2) a inevitável diferença no ritmo de progresso entre a lei e a opinião pública; 3) o pressuposto popular geral de que a administração da justiça é uma tarefa fácil, para a qual qualquer um é competente; e 4) a impaciência popular de contenção⁷ (POUND, 1906, p. 02).

Para Pound, a causa mais importante e mais constante de insatisfação com toda a lei em todos os momentos estava na operação necessariamente mecânica das regras legais. Na sua visão a ideia de que o procedimento deve ser necessariamente contencioso desfigura a administração judicial na medida em que o efeito do procedimento contencioso é dar à comunidade uma falsa noção do propósito e do fim da lei, notadamente em tempos onde se privilegiam que as instituições sejam economicamente eficientes e socialmente úteis (POUND, 1906, p. 8).

Em síntese, extrai-se do pensamento de Roscoe Pound uma dura crítica aos exageros do procedimento contencioso da *commom law*, pronunciando-se quanto a este como um sistema jurídico arcaico e com procedimento judicial antiquado.

Nessa esteira, percebe-se que a Conferência de Libra já anunciava os desafios atuais na medida em que apontou, na época, os desafios específicos enfrentados pela administração da justiça, sem esconder a preocupação com os

problemas de procedimento e administração já conhecidos pelos profissionais do direito (WALLACE, 1982 p. 593).

⁷ Tradução livre. No original: It needs but a superficial acquaintance with literature to show that all legal systems among all people have given rise to the same complaints. Even the wonderful mechanism of modern German judicial administration is said to be distrusted by the people on the time-worn ground that there is one law for the rich and another for the poor. It is obvious, therefore, that there must be some cause or causes inherent in all law and in all legal systems in order to produce this universal and invariable effect. These causes of dissatisfaction with any system of law I believe to be the following: (1) The necessarily mechanical operation of rules, and hence of laws; (2) the inevitable difference in rate of progress between law and public opinion; (3) the general popular assumption that the administration of justice is an easy task, to which anyone is competent; and (4) popular impatience of restraint (POUND, 1906, p.02).

problemas futuros, mais amplos e que estavam se desenvolvendo de maneira menos urgente. Nesse sentido, John Clifford Wallace esclarece:

A celeridade exige que a administração judicial aborde os problemas atuais em ações e a carga de casos de hoje. No entanto, a falha em lidar com a crescente pressão causada por falhas organizacionais e processuais no sistema poderá eventualmente tornar impossível a administração efetiva da justiça (WALLACE, 1982, p. 594)⁸.

Em verdade, um olhar mais atento às discussões entabuladas na Conferência de Libra de 1976 nos leva à conclusão que se almejava traçar uma perspectiva da justiça no futuro⁹, estimulando processos administrativos, legislativos e acadêmicos que poderiam identificar problemas crescentes e potenciais e, ainda, criar soluções que fomentassem a administração da justiça (WALLACE, 1982, p. 594).

Fazendo uma digressão histórica lembra-se que em 1901 Chiovenda¹⁰ já anunciava a preocupação externada na conferência de 1976 ao ministrar aula magna sobre “As formas da defesa judicial dos Direitos”, evocando-se duas afirmações marcantes de sua fala: 1) “o desenvolvimento da civilização, o crescimento dos domínios territoriais e do intercâmbio comercial, ao multiplicar as relações, multiplica as lides e as torna mais graves e complicadas”, e 2) “o direito é declarado e atuado através de demoradas e complicadas formalidades” (CHIOVENDA, 1949, p. II/123 *apud* ARAGÃO, 2001, p. 117).

Em janeiro de 1982, em seu relatório anual sobre o Estado do Judiciário para a Ordem dos Advogados Americana, Warren E. Burger, Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, exortou a necessidade de um maior número de métodos como mediação, conciliação e arbitragem em “divórcios, guarda de filhos, adoções, danos pessoais, casos de senhorios e inquilinos e sucessões de propriedades” (RAY;

⁸ Tradução livre. No original: Finally, and perhaps most importantly, the reference to Pound is justified by the conference's attempt to undertake the long view. It is difficult, in the face of present and specific challenges facing the administration of justice, to find and exert the energy to address future, broader problems that are developing, but less immediately pressing. Expediency demands that judicial administration address today's inequities and today's caseload. Nevertheless, failure to address the mounting pressure caused by organizational and procedural flaws in the system could eventually make the effective administration of justice impossible.

⁹ Destaca-se a avaliação de William T. Gosset, Bernard G. Segal e Chesterfield Smith, todos ex-presidentes da American Bar Association, associação voluntária de advogados e estudantes de direito fundada em 1981 nos EUA, sobre o potencial da Conferência de Libra: “Nossa grande esperança para a Conferência de Libra é que ela seja lembrada no ano 2000 não apenas como um animado colóquio de experts, mas como a ocasião em que, sob forte liderança do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, a reforma da lei no século =XXX nos Estados Unidos foi iniciada (WALLACE, 1982, p. 596).

¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de Derecho Processual Civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires. Ed. Jur. Europa-América, 1949, II/123.

CLAIRE, 1985, p. 7).

William H. Rehnquist¹¹, Ministro da Suprema Corte, em discurso proferido em 15 de setembro de 1984 na Faculdade de Direito da Universidade da Flórida, comentou:

Certamente um governo que insiste no monopólio do processo legal, como nossos governos fazem, deveria fornecer um sistema de julgamento de disputas que seja adaptado às necessidades da maioria dos litigantes potenciais que, voluntária ou involuntariamente, farão uso do sistema (REHQUIST *apud* RAY; CLAIRE, 1984, p. 7)¹².

Os juristas da época defendiam que os tribunais não deveriam ser os locais para começarem as resoluções dos conflitos, mas sim onde deveriam terminar, após esgotados todos métodos alternativos. Isso porque tais alternativas se mostravam mais viáveis diante dos problemas experimentados pelos tribunais como atrasos, altos custos, insatisfação dos cidadãos e processos inapropriados para determinadas demandas.

Diante desse cenário, objetivando implementar a proposta de Frank Sander apresentado na *Pound Conference* de 1976, o Comitê Especial de Resolução de Disputas da *American Bar Association* (ABA) foi pioneiro e, em 1984, começou a desenvolver Centros Multiportas experimentais em Tulsa-Oklahoma, Houston-Texas e no Distrito de Columbia ao qual solicitou ao Tribunal Superior do referido Distrito que apresentasse, por meio de protocolo escrito, um serviço de avaliação e encaminhamento de disputas e novos programas de resolução de disputas baseados em tribunais. Em janeiro de 1985, o primeiro esforço do tribunal multiportas restou viabilizado pelo Distrito de Columbia, iniciando os trabalhos com a abertura de dois centros de admissão e encaminhamento de conflitos (KESSLER; FINKELSTEIN, 1988, p. 578).

As balizas iniciais traçadas para a implementação do sistema multiportas

¹¹ Em seu discurso o Ministro Rehnquist distinguiu o que as escolas de direito fazem bem – filosofia e análise de casos – e as áreas que poderiam ser melhoradas – a prática real da advocacia. Uma preocupação prática apontada pelo Ministro foi em relação ao custo e a demora dos tribunais. De acordo com Rehnquist foram entabuladas discussões no sentido de promover alterações nos métodos tradicionais de resolução de disputas, que foram criticados por alguns denominando-as como uma “justiça de segunda classe”.

¹² Tradução livre. No original: Justice William H. Rehnquist has commented, "Surely a government that insists on a monopoly of the legal process, as our governments do, should be expected to provide a system of dispute adjudication that is tailored to the needs of most potential litigants who will, voluntarily or involuntarily, make use of the system."

tinham como ponto de partida as seguintes premissas: 1) o programa deveria ser iniciado por uma corte, aquartelada no tribunal superior e dirigido por juízes e administradores do tribunal; 2) o apoio e o envolvimento externos seriam fundamentais, como por exemplo a consulta da população através de grupos e líderes comunitários, solicitando contribuições ao projeto; 3) o sistema multiportas deveria contar com especialistas para assistência na conceitualização e planejamento de programas e na condução dos treinamentos; 4) cada novo programa multiportas seria iniciado em uma base experimental com a premissa de que, se funcionasse, seria abalizado pelos tribunais superiores, caso contrário encerraria suas atividades imediatamente; e 5) seria concebido para atender às necessidades do cidadão, mudando sempre que novas necessidades de resolução de conflitos fossem identificadas (KESSLER; FINKELSTEIN, 1988, p. 579-580).

Surgiu, na época, um pensamento equivocado associado ao movimento de resolução alternativa de conflitos, insinuando que mecanismos como o *multi-door courthouse* eventualmente eliminariam o papel dos tribunais e dos advogados. Ao contrário do que se pensava, o movimento, na verdade, viabilizou aos advogados a possibilidade de definirem seus papéis com mais precisão atuando, inclusive, de forma mais célere e apropriada em cada situação fática.

Reconheceu-se, desse modo, que o sistema jurídico apresentava falhas e precisava assumir seu papel de responsabilidade perante a sociedade. Nesse sentido A. Willian Cox, ex-presidente da Ordem dos Advogados Canadenses se pronunciou:

Devemos perceber que estes centros estão sendo propostos porque há insatisfação com o sistema de justiça. As pessoas simplesmente não estão satisfeitas com os meios com os quais têm acesso ao nosso sistema judicial. Assim, meios alternativos de fazer justiça e de assentar disputas estão sendo solicitados, de fato por muitos de nossos cidadãos (COX *apud* RAY; CLAIRE, 1985, p. 12)¹³.

Restou evidente a necessidade de implementar a utilização dos métodos alternativos de resolução de disputas, culminando num crescimento exponencial dos centros de mediação de três para mais de 300 no período compreendido entre 1971

¹³ Tradução livre. No original: Moreover, the legal system must recognize its own role and responsibility in encouraging the rise of the alternative resolution movement. The Canadian Bar Association's former President, A. William Cox, acknowledged this responsibility when he said: We must realize that these centers are being proposed because there is dissatisfaction with the justice delivery system. People are just not satisfied with the means with which they are given access to our judicial system. Accordingly, alternative means of delivering justice and of settling disputes are being requested, in fact demanded, by many of our citizens.

e 1981.

Em 2008 Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo, anos após o início os trabalhos do sistema multiportas, promoveram um diálogo na Harvard Law School explorando a evolução do tribunal multiportas¹⁴ e a expansão por meio de um projeto piloto no Brasil¹⁵, onde os participantes alinhavam as diferentes opções disponíveis para maximizar o processo de resolução de conflitos.

O projeto piloto brasileiro promoveu um encontro virtual com seus participantes, seguindo a metodologia de construção de consenso projetada pelo professor Lawrence Susskind do MIT e da Harvard Law School, sendo implementado sob a direção da professora Hernandez Crespo, onde foi possível aprender e discutir sobre os métodos de solução de conflitos com especialistas no assunto (SANDER; CRESPO, 2008, p.666).

Hernandez Crespo ponderou sobre a importância do tribunal multiportas e sua expansão mundial, notadamente na América Latina, destacando a inclusão dos menos favorecidos ao sistema de justiça. Nas palavras da professora:

Reconheci que poderia ser refinado como um processo para dar voz aos desfavorecidos na América Latina e, na verdade, em todo o mundo. Vindo da América Latina (da Venezuela) tenho visto que entrar no círculo participativo está na mente de muitas pessoas. Os pobres e os desfavorecidos de lá formam a maioria e têm pouco poder de decisão sobre como as coisas são administradas. Vi que a forma como as pessoas interagem [dentro e fora do tribunal] estava causando muito conflito e exclusão. Quando comecei a olhar para o potencial da ADR, vi como ela proporcionava às partes uma experiência em que elas podiam passar do conflito para a resolução; em outras palavras, vi que ajudaria a movê-las de uma sala cheia de barulho para uma sala cheia de música! Ao aprender diferentes formas de abordar o conflito, os mediadores poderiam começar a ampliar a mesa de discussão para incluir todos os membros envolvidos em um conflito, promovendo a inclusão.

Para desafiar um paradigma, acredito que é importante que as partes interessadas experimentem realmente algo diferente. Eu vi que o

¹⁴ O diálogo está disponível em sua totalidade na página inicial da UST International ADR Research Network e através do Programa Negociação da Faculdade de Direito de Harvard. Disponível em: <https://ir.stthomas.edu/ustlj/vol5/iss3/4/>. Acesso em 25 nov. 2022.

¹⁵ O projeto piloto no Brasil foi conduzido através da UST International ADR Research Network, um programa de pesquisa concebido para criar modelos inclusivos de resolução de problemas e solução de consenso, da qual a Professora Hernandez Crespo é fundadora e diretora executiva. A professora Hernandez Crespo concebeu o projeto e, juntamente com uma equipe de mediadores brasileiros, implementou um processo de construção de consenso em relação ao tribunal multi-portas como parte da política nacional mais ampla de resolução de conflitos. Representantes dos diversos setores da sociedade brasileira participaram do projeto de construção de consenso, desde juízes, advogados, estudantes de direito, professores de direito, líderes comunitários de baixa renda, ONGs e empresas.

tribunal multiportas poderia promover esta oportunidade para os cidadãos experimentarem a participação selecionando o processo de resolução de conflitos, experimentando uma forma diferente de resolução de disputas e tendo mais opções - não apenas o tribunal e a coerção do tribunal como os principais mecanismos para a resolução de disputas. (SANDER; CRESPO, 2008, p. 668)¹⁶.

Frank Sander, por sua vez, esclareceu que a relação entre as ADRs e o sistema judicial é muito natural, considerando que os tribunais são considerados o lugar mais importante de disputas. Para Sander, não há, tecnicamente, a necessidade do sistema de múltiplas portas estar ligado a um tribunal, podendo ser bastante separado deste. O ponto principal, em verdade, é direcionar os cidadãos à “porta” correta para solução de suas controvérsias, como alternativa ao processo litigioso, dispendioso e moroso (SANDER; CRESPO, 2008, p. 671).

2.2 A JUSTIÇA MULTIPORTAS E O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Anunciadas as bases teóricas no contexto norte americano e apresentada breve digressão histórica sobre o sistema de múltiplas portas, passa-se ao estudo e desenvolvimento do tema no cenário brasileiro.

No Brasil, o sistema processual civil tradicional foi erigido sobre bases adversariais que privilegiavam o litígio em detrimento da utilização de métodos adequados para resolução de conflitos, em virtude de uma leitura específica que se dava aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público¹⁷.

¹⁶ Tradução livre. No original: I recognized that it could be refined as a process to give a voice to the disenfranchised people in Latin America and indeed, across the globe. Coming from Latin America (from Venezuela) I have seen that getting into the participatory circle is on many people’s minds. The poor and disenfranchised there make up the majority and have little say in how things are run. I saw that the way in which people interact [inside and outside of the courthouse] was causing a lot of conflict and exclusion. When I started looking at ADR’s potential, I saw how it provided parties with an experience in which they could move from conflict into resolution; in other words, I saw that it would help move them from a room full of noise to one full of music! By learning different ways to approach conflict, mediators could start broadening the discussion table to include all members involved in a conflict by promoting inclusion. To challenge a paradigm,⁶ I believe it is important for stakeholders to actually experience something different. I saw that the multi-door courthouse could promote this opportunity for citizens to experience participation. By selecting the conflict-resolution process, by experiencing a different form of dispute resolution, and by having more options—not just the courtroom and the court’s coercion as the main mechanisms for dispute resolution.

¹⁷ Dennys Zimmermann explica que a concepção de interesse público deita suas raízes na antiga dicotomia entre o interesse público e o privado, da qual sobressaía a supremacia do primeiro, à guisa de “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Esclarece, ainda: “*Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre a do particular, como*

O método clássico na resolução de demandas consistia em atribuir a cognição da controvérsia a um terceiro julgador legitimado como imparcial consistindo, pois, em um método heterocompositivo de resolução de conflitos onde as partes não participavam ativamente da solução do problema, apenas produzindo meios que levassem a uma solução tida por adequada ou justa e chancelada pelo Estado.

O terceiro imparcial, representado pela figura do Juiz, observaria o comando imperativo da norma que, se descumprida e acarretasse um dano a outrem, ensejaria uma punição ao infrator (HART, 2001, p. 92) traduzindo-se nas chamadas ações coercitivas¹⁸ que, na concepção de Kelsen (2019, p. 35) efetivam-se diante de situações consideradas indesejadas pela sociedade.

A cátedra de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ensina que a jurisdição é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito, objetivando a pacificação social, desempenhada sempre por meio do processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2001, p. 131). Deste modo o Estado, aceitando a provocação do interessado, atua por meio do processo até decisão final, a fim de conceder a prestação jurisdicional postulada.

Cumprе assinalar, entretanto, que o Código de Processo Civil de 1973 foi estruturado a partir da clássica divisão da tutela jurisdicional em tutela de conhecimento, execução e cautelar. Esse sistema foi moldado para atender a prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado, forte na previsão de que “ninguém pode pleitear em nome próprio direito alheio” (CPC/73 art. 18) (ZAVASCKI, 2016). Não havia no antigo CPC a previsão específica para a tutela de direitos e interesses transindividuais, de titularidade indeterminada, os chamados direitos

condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. Corolário da forte reação que se seguiu ao período de individualismo filosófico-jurídico, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado comporta no seu espectro matizes ideológicas as mais =variadas, inclusive as que permitiram, na primeira metade do século passado, o surgimento de regimes políticos com viés flagrantemente autoritário” (ZIMMERMANN, 2012, p. 10). Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/81352064/v4/document/83443805/anchor/a-83443805>>. Acesso em 28 nov. 2022.

¹⁸ Hebert Hart afirma que as ações coercitivas são ordens que não podem permanecer no campo da metafísica meramente como afirmações psicológicas mas como predições ou avaliações de probabilidades, expressas por meio de regras gerais que justifiquem a aplicação da sanção, pois sentir-se obrigado e ter uma obrigação são coisas diferentes (HART, 2001, p. 92-93).

difusos e coletivos.

Observa-se que a concepção tradicional de relação jurídica dada pelo direito processual civil brasileiro até hoje visa a proteção de direitos subjetivos individuais, deixando uma lacuna no que tange à proteção jurisdicional coletiva, que necessita de complementação por meio de legislações esparsas para compor os mecanismos adequados na promoção da tutela jurisdicional coletiva, que será o objeto de estudo mais adiante.

Entretanto, da nova concepção de acesso à justiça Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2017, p. 25), amparado nas lições de Mauro Capelletti, destaca que uma das principais mudanças pelas quais o Direito tem passado inegavelmente é a ampliação do conceito de acesso à justiça que passa a ser um ideal perseguido por toda e qualquer reforma estrutural do direito processual, apontando como dois objetivos principais da jurisdição na contemporaneidade a resolução dos conflitos individuais pelo sistema de Cortes estatais e a implementação de políticas, objetivos e funções sociais (UZELAC, 2014 *apud* PINHO, 2017, p. 25).

Não se nega que todas as situações jurídicas (sentido amplo) merecem proteção jurisdicional e, nesse sentido, a jurisdição civil tem a função específica de proteger direitos subjetivos¹⁹, conforme se extrai da leitura do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal²⁰(GUERRA, 2003, p. 32-35), sendo exercida mediante um processo prévio em que se garantem o devido processo legal e seus corolários.

Essa dificuldade de dialogar por vias que não as da jurisdição tradicional retratou no Brasil um desejo excessivo pela litigiosidade, representando um salto processual e acúmulo de demandas que hoje desbordam o Poder Judiciário²¹, não garantindo um efetivo acesso à justiça.

Com amparo na doutrina de Castanheira Neves²², Pinho (2017, p. 26) destaca

¹⁹ Fred Didier Junior explica que o termo “direito subjetivo” deve ser compreendido como sinônimo de situação jurídica ativa, individual ou coletiva, simples ou complexa, direito potestativo ou direito a uma prestação. Todas sem exceção (DIDIER JR, 2011, p. 96).

²⁰ CF. Art. 5º, XXXV: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²¹ O relatório anual do Conselho Nacional de Justiça “ Justiça em Números de 2022” apontou que em média, a cada grupo de cem mil habitantes, 11.339 ingressaram com uma ação judiciário no ano de 2021, promovendo um aumento de 9,9% no número de casos novos por mil habitantes em relação a 2020 (CNJ, 2022, p. 112). O relatório apontou, ainda, que em apenas 01 (um) ano 27 milhões de casos novos eletrônicos ingressaram no Poder Judiciário, sendo notória a curva de crescimento (CNJ, 2022, p. 186).

²² “E numa palavra, dir-se-á que a crise não traduz apenas o negativo circunstancial, a quebra anômica que se sofre e lamenta, mas sobretudo a consumação histórico-cultural de um sistema, a perda

que a partir do momento que a jurisdição passou a se preocupar de fato com o efetivo acesso à justiça pelo cidadão, o modelo anteriormente utilizado mostrou-se obsoleto na medida em que não garante de forma contundente o referido acesso.

Na mesma senda, Kazuo Watanabe (1988) assevera que a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos jurisdicionais já existentes.

O ideal buscado por aqueles comprometidos com a superação das dificuldades decorrentes do congestionamento do Judiciário hoje encontra assento no texto legal, uma vez que o artigo 3º, §2º do CPC dispõe que o Estado, sempre que possível, promoverá a solução consensual dos conflitos.

Privilegiando métodos adequados à solução dos conflitos, o CPC de 2015 visou garantir o devido processo legal e, ao mesmo tempo, assegurar direitos fundamentais primando pelo equilíbrio entre as partes por uma tutela adequada, incentivando uma postura pacificadora e cooperativa²³.

Nota-se, deste modo, que o sistema judicial brasileiro vem experimentando uma mudança de mentalidade na busca de implementar métodos adequados para a solução dos conflitos, alinhando-se o atual CPC ao moderno conceito de Justiça Multiportas na medida em que o diploma estimula a utilização de métodos de solução consensual de conflitos para além do processo judicial, notadamente por meio de soluções extrajudiciais e autocompositivas como a conciliação, a mediação e a negociação direta, comportando, ainda, o reconhecimento da solução heterocompositiva como método válido de jurisdição, como é o caso da arbitragem.

Nessa senda, observa-se que o CPC se alinha ao conceito de amplo acesso à justiça, dando asilo e respeito aos direitos individuais e coletivos previstos no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, considerando tanto a via repressiva na apreciação da lesão a direito, quanto a via preventiva, que busca proteção diante de

contextual de sentido das referências até então regulativas – o paradigma que vigorava esgotou-se, um novo paradigma se exige” NEVES, Castanheira. Entre o Legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Universidade de Coimbra, v. LXXIV, p. 2, 1998.

²³ Exemplifica-se com o artigo 334 do CPC ao prever a audiência de conciliação ou mediação nos seguintes termos: Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

ameaça (COELHO, 2020).

A Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já anunciava os novos contornos do CPC atual ao instituir a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, visando estabelecer a política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses.

Solucionar um conflito por vias outras que não perpassem necessariamente pela tutela jurisdicional do Estado mostra-se segura uma vez que os aparatos extra-estatais e não adversariais oportunizam grandes chances de arranjo social entre os litigantes. Soma-se a isso, temos também os chamados efeitos reflexos que consistem, por exemplo, na redução do número de recursos ou na simplificação da execução possibilitando, desse modo, o adimplemento da obrigação (COELHO, 2020).

Por fim, com acerto Kazuo Watanabe adverte que a mudança também deve ser projetada nos jurisdicionados, não adiantando pensar numa reestruturação em termos de acesso à justiça se a realidade sócio-econômico-política do país também não for reformulada (WATANABE, 1988, p. 129).

2.3 ADEQUAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL AOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS: PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

O advento da Constituição Federal de 1988 inaugurou um momento de ruptura epistemológica na interpretação do direito, na medida em que o pensamento jurídico começou a superar o dogmatismo e o formalismo exacerbados, analisando questões jurídicas novas e necessidades sociais ainda não positivadas. Enxerga-se o ser humano não como um sujeito abstrato de direito, mas sim um ser do qual se conhecem os verdadeiros anseios socioeconômicos e jurídicos, onde o Estado reconhece suas vulnerabilidades.

Não obstante a Constituição e a legislação infraconstitucional comportem há certo tempo a legitimidade de mecanismos auto e heterocompositivos, no direito brasileiro desenvolveu-se uma predileção pela litigância que, talvez, não fosse

necessária considerando que o ordenamento jurídico tem à disposição outros instrumentos eficientes para prevenir e resolver conflitos (MARTINS, 2020, p.14).

A democratização do Acesso à Justiça não se concretiza apenas em franquear ao jurisdicionado o acesso ao Poder Judiciário. Ao contrário, para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional destacam-se diversos elementos, dentre eles, os princípios – p. ex. celeridade e economia processual-, a eficiência administrativa, os métodos adequados de solução de conflitos, etc.

Nesse ponto, elucidativas são as lições de Paulo Bonavides ao destacar a relevância atual dos princípios constitucionais na interpretação jurídica:

A juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. A primeira – a mais antiga e tradicional – é a fase jusnaturalista; aqui, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça. A fase jusnaturalista dominou a dogmática dos princípios por um longo período até o advento da Escola Histórica do Direito. [...] A segunda fase da teorização dos princípios vem a ser a juspositivista, com os princípios entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária ou, segundo Gordilho Canãs, como ‘válvula de segurança’, que ‘garante o reinado absoluto da lei’. [...] A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas desde século. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todos o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais (BONAVIDES, 2004, p. 219).

O pós-positivismo, portanto, inaugura o encontro da norma com a ética, introduzindo no ordenamento jurídico o ideal de justiça e legitimidade materializados em princípios, nominando os valores compartilhados pela sociedade em um dado momento e lugar.

Além de condensarem valores, os princípios dão unidade ao sistema jurídico e condicionam o trabalho interpretativo. A tradição jurídico-cristã sempre aceitou a identificação de princípios no ordenamento jurídico, mas somente no pós-positivismo foram eles abrigados pela Lei Maior, como síntese dos valores ideológicos, trazendo harmonia ao sistema.

Com efeito, a hermenêutica das normas constitucionais é redigida por princípios de interpretação específicos, tendentes a potencializar o seu conteúdo, o seu alcance e os seus efeitos.

Deste modo, a interpretação das normas constitucionais, em geral, e das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, em especial, deve nortear-se pelo princípio da máxima efetividade, atribuindo ao texto normativo, no ato de construção interpretativa da norma, o significado que maior efetividade lhe dê, otimizando e maximizando o conteúdo desta de sorte a conferir-lhe maior potencialidade. É o que se extrai das lições de José Joaquim Gomes Canotilho:

Este princípio [da máxima efetividade], também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê (...) é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 1224).

Registre-se, portanto, que os dispositivos legais informadores que contemplam o princípio e a concepção de acesso à justiça estão elencados no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal²⁴, no artigo 3º Código de Processo Civil²⁵, no artigo 6º, 1, primeira parte da Convenção Europeia de Direitos Humanos²⁶. A inafastabilidade da jurisdição, em verdade, não deve ser compreendida como mera garantia de provocação do judiciário e deve abranger todos os elementos necessários para assegurar o acesso à ordem jurídica justa.

Luiz Fux e Bruno Bodart assinalam que “somente existirá acesso à justiça quando o sistema legal estabelecer regras claras para toda a sociedade e garantir a correção efetiva de ilegalidades por meio de instituições capazes de conferir adequada aplicação ao direito” (FUX, BODART, 2021, p. 26).

No mesmo sentido, Bryan Gart e Mauro Cappelletti²⁷ ponderam que o ordenamento jurídico garante o acesso à justiça sempre que asseguram ao jurisdicionado, de forma igualitária, o recurso ao sistema legal e produzam, por meio

²⁴ CF Art. 5º, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²⁵ CPC Art. 3º: não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

²⁶ CEDH Art. 6º, 1 parte: Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

²⁷ No original: The words “access to justice” are admittedly not easily defined, but they serve to focus on two basic purposes of the legal system – the system by which people may vindicate their rights and/or resolve their disputes under the general auspices of the state.

desse sistema, resultados individual e socialmente justos²⁸ (CAPPELLETTI; GARTH, 1978).

Aliás, não se pode perder de vista que, historicamente, a problematização das questões relacionadas ao acesso à justiça, originaram-se do Projeto Florença de 1971²⁹, com a Conferência Internacional relativa às garantias fundamentais das partes no processo civil, constatando-se que o princípio do acesso à justiça deve ser reconhecido, progressivamente, como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais³⁰, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua reivindicação.

Deve ser assegurado, portanto, não somente pelo acesso formal ao Poder Judiciário, mas também pelas vias extrajudiciais de modo a promover uma transformação social com a mudança da mentalidade demandista e propiciando uma solução mais adequada aos litígios (TURÍBIO, LEMOS, 2017).

Marc Galanter (2015, p. 38) ensina que a expressão “Acesso à Justiça” ganhou seu significado atual, de fato, nos anos 70³¹ adquirindo um novo e amplo significado: a possibilidade de se fazer uso das várias instituições, governamentais e não governamentais, judiciais e não judiciais, em que um demandante poderia buscar a justiça, conhecido como “a terceira onda”, cujo foco principal era buscar alternativas menos formais às cortes e aos procedimentos judiciais e, ao mesmo tempo, garantir o acesso a uma solução justa, equilibrada e quiçá mais econômica aos litigantes.

²⁸ Pode-se dizer que, do ponto de vista social, sempre haverá incentivos insuficientes ou em excesso para transacionar a respeito de uma lide. O benefício social do sistema de justiça deriva do ajuste de comportamento promovido na sociedade, onde as partes possuem expectativas idênticas a respeito do resultado da jurisdição.

²⁹ Fazendo uma releitura do Projeto Florença, Vladimir dos Santos Vitovski destaca três aspectos essenciais. O primeiro é que nele encontra-se a origem da articulação entre o *welfare State* (e sua crise) com o acesso à justiça. O segundo aspecto, derivado deste primeiro, é a relação do acesso aos direitos e à justiça com os conflitos que envolvem a própria administração pública. Por fim, é no Projeto Florença que a educação para os direitos já ocupava um lugar privilegiado nas discussões sobre o tema (VITOVSKI, 2015, p.7).

³⁰ A preocupação do legislador com o direito coletivo, como sabido, teve influência da doutrina italiana e justifica-se na busca em oferecer a solução para conflitos próprios de uma sociedade que anseia pelo reconhecimento dos direitos sociais, também ditos novos direitos, a exemplo da saúde, educação, segurança, habitação, meio ambiente, dentre outros, os quais por ausência de um titular específico não podem carecer de proteção jurisdicional. (BESSA, 2015, p.03)

³¹ Relembrando o que foi dito, atribui-se ao professor da Universidade de Harvard, Frank Sander, a criação e o conceito de *Alternative Dispute Resolution* (ADR), quando de seu discurso na *Pound Conference* de 1976, ocasião em que propôs que os Tribunais deixassem de ser uma via que oferecesse apenas um método de resolução de litígios (a jurisdição) e se tornasse um *locus* no qual seria oferecido às partes uma multiplicidade de mecanismos para a solução da controvérsia (justiça multiportas ou *multi-door courthouse*).

Deve-se reconhecer, portanto, que o acesso à justiça é princípio essencial ao funcionamento do Estado Democrático de Direito garantindo em sua atuação como um todo, isonomia substancial aos cidadãos³². O entendimento de Kazuo Watanabe é claro nesse sentido:

Acesso à Justiça é acesso à ordem jurídica justa, ou seja, obtenção de justiça substancial. Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou mal formuladas para suas pretensões, ou soluções que não melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. Todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo convergem a essa promessa-síntese que é a garantia do acesso à justiça assim compreendido (WATANABE, 1988, p 128).

Impende lembrar que o acesso à justiça não se encerra com o fim do processo. É necessário que existam mecanismos aptos a implementar o comando na ordem judicial a fim de que os vencedores em juízo não saiam perdedores na vida. Dito de outra forma, a decisão judicial deve se tornar operante de modo que a execução de um julgamento deve ser considerado como parte integral da garantia de acesso à justiça (FUX, BODART, 2021, p. 30).

De fato, o sistema judicial brasileiro tem experimentado progressiva mudança na medida em que incorporou ao atual sistema processual civil a utilização de métodos mais adequados na solução dos conflitos, afastando-se da essência jurisdicional-adversarial até então preponderante.

Com efeito, o atual Código de Processo Civil consagrou o novo paradigma dos métodos mais adequados, no intuito de fomentar o desfecho de questões que antes só tinham guarida perante o Poder Judiciário, construindo uma nova percepção do atual cenário jurídico onde as próprias partes podem promover a solução mais acertada acerca da contenda que as envolvem, baseadas em valores pautados na cooperação, tolerância, empatia e diálogo, nos termos da Resolução nº 125/2010-CNJ (BUZZI, 2021, p. 69).

³² Segundo o magistério de Humberto Dalla Bernardina de Pinho a função jurisdicional do dever do Estado em garantir o acesso à justiça se consolida por meio da isonomia substancial aos cidadãos, contemplada nos escopos da jurisdição que se concretizam em três ordens: sociais, políticos e jurídico. De acordo com Pinho: “Quanto à questão social há dois objetivos: Primeiro, informar aos cidadãos quanto aos seus direitos e obrigações, criando um vínculo de confiança com o Poder Judiciário. Segundo, a resolução de conflitos, valendo-se da tutela jurisdicional para alcançar a pacificação social. No plano político, o escopo da jurisdição seria concretizar o poder de império estatal. Ao mesmo tempo, limitaria esse poder e conformaria seu exercício, para proteger a liberdade. Por último, o escopo jurídico da jurisdição está representado na noção de processo justo, capaz de dar efetividade à realização do direito material”. (PINHO, 2017, p. 61-62).

A finalidade dessa nova perspectiva processual foi superar a conhecida cultura da sentença, que acaba por derradeiro a comprometer o sistema de justiça sobrecarregando o Poder Judiciário com questões que poderiam ser resolvidas fora do tribunal.

De fato, o que se buscou com esse novo olhar, foi trazer mais celeridade, eficiência e economicidade ao jurisdicionado, garantindo a paz social e a justiça substancial da prestação jurisdicional. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, em referência à Marcelo Nobre, assinala:

A promoção da justiça busca alcançar a paz social e, portanto, o velho paradigma da justiça adversarial já não se adequa mais aos interesses sociais na mesma velocidade com que os conflitos e jogos de interesses se apresentam. Por esse motivo é que necessitamos de meios para resolver com mais velocidade os conflitos acumulados pelo excesso de demandas que provocam caos e morosidade na efetivação da justiça (BUZZI, 2021, p. 69).

Nesse diapasão, o estudo dos princípios e garantias do processo afigura-se necessário não apenas para explicar as alterações que favoreceram a implementação do Sistema de Justiça Multiportas, mas também para que se mantenha permanente a atividade de escrutínio, à luz dos fundamentos do direito processual, para a concretização efetiva de mudanças na composição e adjudicação dos conflitos. Evidencia-se, portanto, a influência da garantia de acesso à justiça e do princípio da efetividade como molas propulsoras dos métodos adequados de solução de conflitos (FERREIRA, 2021, p. 467).

Luiz Fux (2014) adverte que para não se transformar em mera garantia formal, o acesso à justiça exige efetividade já que possui íntima relação com a questão temporal do processo. Além disso, uma indefinição do litígio pelo decurso excessivo do tempo não contempla à parte o devido processo legal, senão o 'indevido' processo (FUX, 2014, p. 44).

A jurisdição, por conseguinte, deve garantir a tutela adequada à realidade de direito material e, ainda que se vislumbre a adequação como uma das vertentes da efetividade, sublinha-se sua relevância sob a perspectiva de resgatar a concepção original da Justiça Multiportas, considerando que o processo é dinâmico e não estático. Além disso, importa ressaltar que a adequação explica porque não se deve entender que exista qualquer preferência genérica de um método a outro (FERREIRA, 2021. p. 469).

É como diz Kazuo Watanabe: “essa é a premissa que se deve ter em mente quando se pensa em meios consensuais de solução de conflitos – adequação da solução à natureza dos conflitos e às peculiaridades e condições especiais dos litigantes” (WATANABE, 2012, p. 88-89).

2.4 DESJUDICIALIZAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA

O advento do atual Código de Processo Civil inaugurou novos paradigmas, para além de uma solução adjudicada. É consabido que, o CPC/2015, incorporou a solução consensual do litígio, ao estabelecer, prontamente em seu art. 3º e parágrafos, que o acesso à justiça é alcançado pela busca de métodos adequados na resolução dos conflitos. O diploma processual firmou o compromisso de promover a solução consensual do litígio, além do espaço necessário para um modelo cooperativo de processo.

A colaboração, cooperação, o diálogo, a lealdade, a boa-fé e o respeito à participação efetiva e consensualidade têm sido amplamente estimulados³³. A leitura do artigo 3º c/c o art. 6º do CPC nos permite chegar a essa conclusão: **Art. 3º** Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 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. **Art. 6º** Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Nesse espaço a autocomposição emerge no campo processual e extraprocessual como opção ao cidadão, mas sem o condão de efetuar cortes temporais ou de buscar verdades únicas ou de trabalhar a preponderância de determinada informação. Ela tem o papel de colocar as partes em contato para que

³³ A cooperação é considerada um dos fundamentos antropológicos e sociológicos dos meios consensuais. O ideário cooperativo liga-se à necessidade de humanização dos procedimentos de resolução de conflitos, que passam a ser guiados por ideais de fraternidade, de fortalecimento da alteridade e do reconhecimento mútuo, levando à conscientização de que o sistema processual não tem objetivos puramente técnicos, mas escopos que desbordam da instrumentalidade processual e da mera realização do direito material (SALLES; FERNANDES, 2021, p. 147).

possam, por elas mesmas e auxiliadas por terceiro, trabalhar a comunicação transformadora, para, assim, tentar reconstruir o espaço dialógico rompido pelo conflito (SALLES; FERNANDES, 2021, p. 145).

As finalidades primordiais das técnicas autocompositivas são: responsabilizar os conflitantes pelo tratamento do litígio que os une e devolvê-los o protagonismo na construção das soluções, sendo possível afirmar que os meios consensuais são fundamentados, em síntese, pela ética da alteridade, pela visão sistêmica que considera a interconexão e interdependência dos fenômenos, naturais e sociais, pelo objetivo de se aparar as arestas e divergências com vistas à compreensão das emoções reprimidas, pela comunicação direcionada ao entendimento e atenta aos interesses das partes, e pelo reconhecimento mútuo (SALLES; FERNANDES, 2021, p. 149).

A título de digressão, convém lembrar que o CPC de 1973 foi estruturado para atender à prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado, considerando a regra do artigo 6º que previa “ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (ZAVASCKI, 2016). Não havia a previsão específica para a tutela de direitos e interesses transindividuais, de titularidade indeterminada (direito difusos e coletivos).

A concepção tradicional de relação jurídica dada pelo direito processual civil brasileiro deixa clara a sua predileção pela proteção de direitos subjetivos individuais, demonstrando que a tutela jurisdicional coletiva precisa buscar outros dispositivos legais para ampará-la.

Mauro Cappelletti e Bryan Garth, ao tratar das ondas de acesso à justiça, apontam nesse sentido:

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares (Cappelletti e Garth 1988, p. 49-50).

Pensando nisso, considerando a sociedade de massa, Luiz Fernando Bellinetti (2000) pondera que a preocupação do legislador deve estar voltada para o estabelecimento de regras que preservem determinados bens ou valores que interessam a um grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas, e não apenas na proteção de direitos subjetivos das pessoas envolvidas. O autor arremata concluindo que “ao se adentrar no âmbito dos interesses coletivos *“lato sensu”*, o esquema tradicional da relação jurídica, de cunho individualista, se mostra inadequado para explicar a situação jurídica existente” (Bellinetti, 2000, p. 03).

Deste modo, a desjudicialização e o acesso à justiça devem ser analisados não apenas sob o aspecto individualista, mas também em decorrência das necessidades da sociedade de massa (direito coletivo *lato sensu*), implementando-se novas soluções processuais e extraprocessuais, que no caso do presente estudo se perfectibilizam por meio da utilização do Termo de Ajustamento de Conduta e da Recomendação Administrativa com métodos adequados de solução de conflitos.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Maria Martins Silva Scatanti (2016) reforçam esse entendimento com base nas lições de Kazuo Watanabe, cujas conclusões quanto à ordem jurídica justa merecem destaque:

[...] numa perspectiva reformadora mais consistente, o direito de acesso à Justiça possui como dados elementares:

- (a) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente, a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do País;
- (b) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa;
- (c) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos;
- (d) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características (PINHO; SCATANTI, 2016, p. 03).

Obstaculizam a efetiva prestação jurisdicional, não apenas a morosidade processual, mas também questões relacionadas à ordem econômica (custas processuais), a dificuldade do particular se defender individualmente frente a demandas que podem atingir a coletividade, ou ainda, a própria defesa em juízo restar prejudicada por conta da inexperiência do patrono em relação aos representantes da parte contrária. Todas essas barreiras denotam a possibilidade de falha na prestação jurisdicional.

Cappeletti & Garth já advertiam sobre as metamorfoses do conceito de Acesso à Justiça reforçando que o significado do direito a um acesso efetivo deve ser considerado se vencidos: a) custo do litígio (em geral, das pequenas causas e do tempo); b) as diferenças de poder dos litigantes (a situação econômica, a eficiência para reconhecer ou fazer valer uma demanda ou uma ofensa, os *one shooters litigants* (litigantes eventuais) vs. os *repeat players* (litigantes repetitivos/habituais) de que nos fala Marc Galander); c) os problemas especiais dos interesses coletivos ou difusos (VITOVSKY, 2022, p. 186 *apud* Cappelletti & Garth, 1998, 14-27).

Daí dizer que o CPC de 2015 inovou ao incluir que a apreciação jurisdicional vai além do Poder Judiciário e sua forma imperiosa de resolver conflito, notadamente pelas disposições contidas no artigo 3º, viabilizando a prestação jurisdicional por meio de outras “portas” como formas positivas na composição, buscando o dever de cooperação das partes e envolvendo outros atores. Demonstra-se aqui a expansão do processo para além do Poder Judiciário, que deixa de ser o detentor do monopólio da jurisdição.

Nessa perspectiva, percebe-se o fenômeno da desjudicialização enquanto ferramenta de racionalização da prestação jurisdicional e ajuste ao cenário contemporâneo. Por consequência, inevitável que se faça uma releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição³⁴, tendo como fundamento o conceito moderno de acesso à Justiça, que não se limita ao acesso ao judiciário, nem se coaduna com a noção contemporânea do Estado Democrático de Direito.

No que toca ao conceito contemporâneo de jurisdição, destaca-se que o aspecto subjetivo³⁵ deixa de ser um elemento indeclinável para sua caracterização, uma vez que a atividade não perde a sua essência exclusivamente em razão de ter sido praticada *intra* ou *extra* muros (Hill, 2021). O foco deve estar na atividade

³⁴ Nesse sentido, Patrícia Pereira Hill (2021) assevera que não há que se pensar em violação à inafastabilidade do controle jurisdicional pois as portas do Judiciário não são trancadas em absoluto, considerando que o acesso ao Judiciário não é obstaculizado ao jurisdicionado.

³⁵ Em oposição, a autora traz os ensinamentos de José Frederico Marques, assim exposto: José Frederico Marques já reconhecia que “na sua evolução histórica, assumiram os notários a qualidade de juízes (*judex chartularius, judex ordinarius*) para a prática de atos de jurisdição voluntária”. No entanto, o jurista frisava, refletindo a concepção de jurisdição que marcou o século XX, calcada no aspecto subjetivo, que a atividade extrajudicial “nem poderia considerar-se como função de jurisdição voluntária, porque esta compete exclusivamente a órgãos judiciários” (HILL, 2021 *apud* MARQUES, 2000, p. 315-318).

desempenhada e não em quem a desempenha. A jurisdição deve ser compreendida por justiça estatal, arbitral e consensual³⁶.

Ao tratar do fenômeno da desjudicialização é necessário refletir se a qualidade da prestação jurisdicional e as garantias constitucionais permanecerão asseguradas ou, ainda, se o movimento de incentivo aos métodos adequados de solução de conflitos, sem o paralelo desenvolvimento do processo adjudicatório, pode levar a uma distorção autoritária.

Uma visão preliminar do vocábulo desjudicializar pode levar à uma conclusão equivocada e utilizá-la como sinônimo de “retirar do Judiciário”. Contudo, a técnica vai além, caracterizando-se como jurisdição fora do Judiciário, como fenômeno adequado de solução de conflitos, dotado de celeridade, eficácia, autenticidade, publicidade e oponibilidade *erga omnes* (PINHO; SCATANTI, 2016, p. 22), características essas que podem ser vislumbradas no Termo de Ajustamento de Conduta e na Recomendação Administrativa.

Desjudicializar consiste, pois, no fenômeno segundo o qual os litígios ou atos da vida civil, que tradicionalmente dependeriam necessariamente da intervenção judicial para a sua solução, passam ser realizados perante agentes externos ao Poder Judiciário, que não fazem parte de seu quadro de servidores, por meio de técnicas autocompositivas³⁷. Trata-se, em suma, da consecução do acesso à justiça *fora* do Poder Judiciário, ou seja, do acesso à justiça *extra muros* (HILL, 2021).

Devem-se resguardar, portanto, as garantias fundamentais do processo, não importando em retrocesso garantístico, alicerçando-se em bases sólidas na noção de um devido processo legal extrajudicial e ser composta de elementos mínimos, a exemplo: a) imparcialidade e independência; b) controle externo; c) publicidade; d) previsibilidade do procedimento; e) contraditório (HILL, 2021).

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade, Fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2018. p. 17.

³⁷ Os meios autocompositivos também focam na autonomização dos litigantes na busca por uma resposta consensuada e compartilhada, com fundamento em estruturas de bases de diálogos transformadores, de práticas comunicativas não-violentas, de narrativas e da escuta profunda, favorecendo inclusive o “direito fraterno” (Cf. COLET, 2009), fundado no princípio de nossa comum humanidade. O principal desafio da autocomposição não é só resolver o conflito, mas encontrar mecanismos que possibilitem uma convivência comunicativamente pacífica, a inclusão, o reconhecimento mútuo e um possível encerramento construtivo para o conflito, para que as partes possam seguir com suas vidas. Se é pelo diálogo que surgem as bases do conflito, então o diálogo pode ser a melhor opção para tratar as realidades conflitantes, reduzindo o potencial de hostilidade e agressão (SALLES; FERNANDES, 2021, p. 147).

Nesse sentido, Patrícia Hill³⁸ assevera:

Em um Estado Democrático de Direito, isso significa dizer que a desjudicialização, para que se consolide como fenômeno apto a oferecer novos mecanismos adequados e democráticos, precisa propiciar o mesmo patamar garantístico experimentado no processo judicial (adjudicação estatal), não sem descurar, por óbvio, das peculiaridades do segmento extrajudicial. É preciso, pois, realizar o necessário diálogo entre fontes e a transposição de técnicas entre os dois ramos do Direito, sempre sob o pálio da Constituição Federal (HILL, 2021).

As tentativas de resolução dos conflitos de maneira informal podem, não necessariamente, traduzir um acesso democrático à justiça, pois não se pode dispensar de forma leviana a razão de ser do formalismo da justiça. É neste sentido que Kim Economides³⁹ (1999; 71-72) indaga se está se buscando a paz, o acesso à paz ou o acesso efetivo e democrático à justiça, pois a parte pode até sair satisfeita com o resultado, contudo o mesmo fica aquém do que seria possível obter caso houvesse o recurso ao sistema forma. Assim, deve-se constantemente indagar se a busca é por um apaziguamento ou pela justiça, mantendo uma vigilância constante acerca desta oposição acesso à paz vs. acesso à justiça (VITOVSKY, 2022, p. 190 *apud* Economides, 1999: 68).

Mesmo diante das características do modelo tradicional e de algumas inserções procedimentais visando à maior efetividade da prestação jurisdicional, o

³⁸ De acordo com Flávia Hill, o fenômeno da desjudicialização pode ser visto por duas perspectivas: 1) Jurisdição voluntária; 2) Jurisdição contenciosa. A primeira seria o espaço onde a desjudicialização encontra menor resistência, atrelando-se ao elemento “consenso”, ausência de litígio entre os interessados. Na segunda, duas situações merecem destaque: **1) autocomposição**: consistente na adoção de mecanismos de solução consensual dos litígios, valorizados pelo legislador no artigo 3º, §§2º e 3º, do CPC/2015, dentre os quais sobressaem a mediação, a conciliação, a negociação direta e a negociação assistida. O CPC/2015, juntamente com a Lei Federal nº 13.140/2015 e o Provimento 67/2018 formam o que se denomina marco legal da mediação no Brasil. Na autocomposição, o litígio é solucionado através da celebração de um acordo cunhado pelas próprias partes; litigantes, com ou sem o auxílio de um terceiro imparcial e deve ser perquirida, nos dias atuais, preferencialmente à solução heterocompositiva; **2) heterocomposição**: Consiste no emprego de mecanismos em que há a substituição da vontade dos litigantes, mediante a imposição de uma solução por um terceiro imparcial que, no caso da desjudicialização, não integra o Poder Judiciário. O exemplo mais bem sucedido, no Brasil, de heterocomposição extrajudicial (adjudicação privada) consiste, sem sombra de dúvidas, na arbitragem, regulada pela Lei Federal nº 9.307/1996 (HILL, 2021).

³⁹ Por tal motivo, Kim Economides (1999: 72) propõe o acesso dos operadores do direito (inclusive dos que estão dentro do sistema judicial) à justiça, que denomina de uma “quarta onda para o acesso à justiça”, que “expõe as dimensões ética e política da administração da justiça e, assim, indica importantes e novos desafios tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico” (Economides, 1999: 72). Sua proposta é mudar o foco do “acesso” para a “justiça”, com o comprometimento social de seus profissionais com os grupos socialmente excluídos (VITOVSKY, 2022, p. 190 *apud* Economides, 1999: 68).

processo ainda sofre críticas em relação à sua dimensão adversarial e à estreiteza das oportunidades de engajamento dialógico entre os envolvidos.

As colocações referentes à formatação da jurisdição condizente com as necessidades democráticas, de maior efetividade dos direitos fundamentais, de maior ligação com a consciência constitucional vigente no pós-II Guerra e de maior flexibilização do processo com a previsão de meios mais adequados a determinados tipos de demandas, não afastam, todavia, a necessidade de observância de um formalismo processual e de uma ritualística, indispensáveis às garantias constitucionais, ainda que por vias extraprocessuais. A técnica e os ritos continuam sendo importantes à segurança jurídica.

O que se quer dizer é que a moderna “sacralização” do processo deve ceder espaço para uma flexibilização das formas em prol de objetivos maiores a serem perseguidos pela atuação jurisdicional, especialmente aqueles que servem à dignidade da pessoa humana consciente das novas potencialidades da justiça (SALLES; FERNANDES, 2021, p. 144).

Não obstante as críticas direcionadas ao processo, é necessário reconhecer sua importância como meio de estabilização social e resolução de uma gama considerável de litígios, embora padeça de insuficiências frente a diversos tipos de conflitos ou então a alguns tipos de relações sociais.

Deste modo, ao lado de toda atividade realizada em juízo, é forçoso reconhecer que a tutela coletiva também pode ser exercida por meio de ferramentas extrajudiciais como o Termo de Ajustamento de Conduta e a Recomendação Administrativas, sempre que se mostrarem ser o meio mais adequado para a solução do conflito estabelecido.

O próximo capítulo, portanto, será destinado a tratar do Ministério Público, o mais conhecido legitimado ativo coletivo. Órgão de suma importância para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, trata-se do legitimado ativo mais atuante na seara do direito processual coletivo, notadamente na defesa dos direitos e interesses transindividuais e individuais indisponíveis, que tem à sua disposição as ferramentas adequadas aqui estudadas e que promovem grande resolutividade extrajudicial.

3 O MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público possui regulamentação constitucional, pontificada no Título IV, Capítulo IV, Seção I da Constituição Federal, que trata da Organização dos Poderes e das Funções Essenciais à Justiça (art. 127 a 130 CF).

O perfil constitucional atribuído ao referido órgão, conforme disposição legal, o define 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 (art. 127, *caput*, CF).

Não obstante as divergências históricas quanto à sua origem, é patente que o Ministério Público ganhou exponencial reconhecimento como instituição portadora de garantias a partir da Revolução Francesa de 1789.

Gregório Assagra e Elaine Perise (2005, p. 13) ressaltam que existem muitas controvérsias a respeito das raízes⁴⁰ do Ministério Público afirmando, porém, que a instituição somente consagrou-se como portadora de garantias a partir da Revolução Francesa, com a publicação dos textos napoleônicos⁴¹.

No Brasil, a instituição foi concebida com o advento da República, ganhando força e notoriedade ao longo dos anos, mais precisamente com a Constituição Federal de 1988, quando teve suas funções ampliadas e consagradas sua autonomia administrativa e funcional.

⁴⁰ Eduardo Cambi e Taís Caroline Pinto traçam um breve contexto da evolução histórica do Ministério Público no Brasil, desde o período colonial até os dias atuais, entendendo-se oportuno destacar: “O Brasil, colonizado a partir de 1500 por Portugal, tem a origem do seu Ministério Público comum à instituição lusitana, passando pelas mesmas fases, quais sejam, Ordenações Afonsinas de 1446 ou 1447, Manuelinas de 1521 e Filipinas em 1603. Afirma-se que o antecedente histórico remoto do promotor de justiça deriva do ato promulgado por Dom Afonso III, Rei de Portugal, que criou o cargo de procurador dos feitos em 1289, a quem as Ordenações Afonsinas, de 1447, estabeleciam a responsabilidade de promoção da justiça em favor das viúvas e dos órfãos, assim como das pessoas miseráveis, perante os desembargadores. Nos períodos colonial e imperial, o Ministério Público foi regulamentado pelas Ordenações Filipinas. O Regimento de 9 de janeiro de 1609, ao tratar do Tribunal da Relação da Bahia, colocava os promotores de Justiça na composição dos quadros do Poder Judiciário. A constituição Federal de 1824 não tratava do Ministério Público. Foi do Código de Processo Criminal, de 1832, que afirmou o Ministério Público como acusador criminal, mas o Promotor de Justiça era nomeado pela Corte ou pelos presidentes da província. Era um prolongamento do Poder Executivo, podendo, pelo Regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842, ser demissível *ad nutum*. [...] (CAMBI; ANTUNES, 2014, p. 189-191)

⁴¹ Nesse sentido, Gregório Assagra e Elaine Perise (2005) assinalam os ensinamentos de Hugo Nigro Mazzili: “A revolução Francesa estruturou mais adequadamente o Ministério Público, enquanto instituição, ao conferir garantias a seus integrantes; foram, porém, os textos napoleônicos que instituíram o Ministério Público que a França veio a conhecer na atualidade” (MAZZILLI, 1997, p. 1).

Diferentemente do que ocorre com o Ministério Público de outros países⁴², onde a comunidade jurídica não o reconhece como legítimo e seguro defensor dos interesses massificados, no Brasil, especialmente em decorrência de sua especialidade e independência funcional, este órgão se mostra eficiente e eficaz para promover a defesa dos novos interesses e garantir o acesso à justiça (TEIXEIRA, 1999, p. 313, *apud* ALMEIDA, 2003, p. 508).

A legitimidade conferida ao Ministério Público para a defesa jurisdicional e administrativa dos interesses coletivos *lato sensu*, notadamente para a instauração do inquérito civil e a tomada do ajuste de conduta, sobreveio antes mesmo da regulamentação constitucional de 1988, com o advento da Lei nº 7.347/85, conhecida como Lei de Ação Civil Pública.

Sua trajetória histórica, portanto, reflete a importância dessa instituição para a transformação da realidade social e para a defesa do Estado Democrático de Direito.

No que tange à natureza institucional, Gregório Assagra (2003, p. 509) entende que melhor se adequa a concepção que deslocou o Ministério Público da sociedade política, como órgão repressivo do Estado, para a sociedade civil⁴³, dando origem à vocação institucional para a defesa da sociedade.

É importante destacar que a instituição é vista sob duas perspectivas: demandista e resolutiva. A primeira, que ainda prevalece, mostra a atuação ministerial como agente processual perante o Poder Judiciário, transferindo-lhe a resolução de problemas sociais sob as mais diversas esferas de atribuição. A segunda, por sua vez,

⁴² Gregório Assagra (2003, p. 508), valendo-se das lições de Mauro Cappelletti, explica que a outorga dessa espécie de atribuição negativa dada ao Ministério Público, não se aplica ao contexto brasileiro, sobretudo depois da independência assegurada pela CF de 1988. De acordo com o jurista italiano: “Na Europa, todavia, essa solução não se mostrou muito eficiente, e por várias razões, inclusive pelo fato de que o Ministério Público, em muitos países, não tem independência nem a especialização necessárias para tornar-se paladino eficaz desses novos interesses, nos quais estão frequentemente implicados conhecimentos e informações de natureza econômica, comercial, industrial, tecnológica (inclusive química, ecológica, sanitária, etc.). Muito me alegra saber que tais razões do escasso êxito dessa solução na Europa não se aplicam ao Ministério Público brasileiro, sobretudo depois que sua independência foi assegurada pela Constituição, e em consequência também do fato de que em algumas cidades do Brasil se criaram seções em matéria de interesses difusos, nos quadros do Ministério Público [...]”

⁴³ De acordo com Gregório Assagra, esse deslocamento se justificaria por três razões fundamentais: 1) social: que se originou com a vocação social do Ministério Público para a defesa da sociedade, assumindo paulatinamente um compromisso com a sociedade no decorrer da evolução histórica; 2) política: que foi surgindo com a vocação da instituição para a defesa da democracia e das instituições democráticas; e 3) jurídica: que se efetivou com a Constituição de 1988, que lhe concedeu autogestão administrativa e funcional e lhe conferiu várias atribuições para a defesa dos interesses primaciais da sociedade (ALMEIDA, 2003, p. 509-510).

demonstra uma atuação sob a ótica de proteção dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*, notadamente por meio da atuação extrajudicial, onde é possível obter resultados frutíferos nas demandas de massa.

É sob essa perspectiva que este trabalho lança os olhares, demonstrando que o Ministério Público resolutivo atua de forma mais efetiva na defesa dos direitos e interesses transindividuais, sempre que for possível utilizar extrajudicialmente métodos adequados na resolução de conflitos coletivos, especialmente o TAC e a RA, que são formas de atuação preventiva e repressiva visando a reparação de danos causados no âmbito social.

Para isso, as próximas linhas consistirão em destacar a importância dessa instituição para a defesa do Estado Democrático de Direito, quais são os direitos e interesses tutelados e, ainda, o papel do Ministério Público na desjudicialização dos conflitos considerando a perspectiva resolutiva, especialmente por meio da utilização do Termo de Ajustamento de Conduta e da Recomendação Administrativa.

3.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E MISSÃO CONSTITUCIONAL

Ao definir o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 (art. 1º) buscou evidenciar que a democracia não apenas constituiria um valor fundamental, mas a marca constitutiva da identidade constitucional do país (CLEVE; LORENZETO, 2015).

Historicamente, o Estado Democrático de Direito teve sua origem a partir de dois conteúdos específicos: 1) o Estado de Direito, criado pelo liberalismo onde prevalecia o império da lei, a distribuição do poder estatal, a previsão de direitos fundamentais e a garantia desses direitos; e 2) o Estado Democrático, cujo fundamento é a soberania popular, onde o vocábulo *democrático* surge como um adjetivo do Estado. Com efeito, a superação dos modelos de Estado Liberal e Social justificam-se nas sociedades modernas na medida em que o Direito não pode mais fundamentar-se apenas na autonomia privada ou tão somente na autonomia pública.

José de Oliveira Baracho Júnior (2000, p. 167) justifica que a quebra de paradigma se deu em decorrência da incapacidade de analisar o caráter público dentro da dimensão privada. De acordo com o autor:

O paradigma do Estado Social, demonstrou que a redução do Direito ao Estado retirou o vigor das tentativas de justificação racional do Direito, ao impor a consecução de finalidades materiais a todo custo e, assim, ao menosprezar as suas necessidades de legitimação formal. Este paradigma foi superado em razão de sua incapacidade de ver o caráter privado essencial à própria dimensão pública, enquanto *locus* privilegiado da construção e reconstrução das estruturas de personalidade, das identidades sociais e das formas de vida. É precisamente esse aspecto da dimensão pública que deve agasalhar necessariamente o pluralismo social e político, constituindo-se em condição *sine qua non* de uma cidadania ativa efetiva, que se reconstrói quotidianamente na ampliação dos direitos fundamentais à luz da Constituição vista como um processo permanente. Exatamente a redução do público ao estatal conduziu aos excessos perpetrados pelo Estado Social e sua doutrina (BARACHO JUNIOR, 2000, p. 167).

Destaca-se, por oportuno, que o Estado Democrático de Direito não é apenas o resultado da união formal entre o Estado de Direito e o Estado Democrático. Na verdade, ele consiste na criação de uma nova perspectiva, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo* (SILVA, 2005, p. 119), traduzindo-se à ideia de um Estado de Direito e Justiça Social que, nas lições de Luiz Fernando Barzotto⁴⁴, “expressa a estrutura jurídico-política de uma comunidade que, sob um Estado de Justiça, delibera sobre o conteúdo da vida boa e do bem comum (BARZOTTO, 2003, p. 207 *apud* FACHIN, 2008, p 180).

Dito de outra forma, o Estado Democrático de Direito surge a partir da pluralidade de esforços para demonstrar que os interesses públicos e privados estão umbilicalmente ligados, traduzindo-se em esferas complementares e indispensáveis uma à outra no intento de conformar e aperfeiçoar o regime democrático, não se admitindo que seja sacrificada uma delas em detrimento da outra.

⁴⁴ Para Barzotto, a importância dos conceitos dos vocábulos “justiça particular” e “justiça social” (esta contemplando a justiça distributiva e a comutativa) está relacionada à diferenciação que se pode dar ao Estado Democrático de Direito do Ponto de Vista da teoria da justiça clássica, do Estado Liberal e do Estado Social. No Estado Liberal, o contrato é a base da vida social (justiça comutativa), enquanto no Estado Social, a distribuição da riqueza é gerada pela acumulação de capital (promove a justiça distributiva). Já o Estado Democrático de Direito dispõe dessas duas últimas concepções de justiça e se baseia na justiça social, que tem por finalidade o bem comum e o bem da pessoa humana.

De acordo com Sergio de Souza Salles e Gevovana Faria da Silveira Fernandes:

A mudança de paradigma, do modelo socializante para o democrático-constitucional, introduz uma flexibilização na aplicação do direito, e, por via de consequência, na atuação de seus operadores, que passam a ter menos foco na segurança e mais na efetividade. Ao passo que a lógica procedimental-instrumental é abrandada e valorizada a tentativa de se recuperar o valor essencial do diálogo na formação do juízo, da cooperação entre os entes do processo, ou seja, “há de se frutificar pela cooperação das partes como o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo” leciona Marinoni (2008, p. 544) (SALLES; FERNANDES, 2021, p. 142).

Ainda em referência a Marinoni⁴⁵, Salles e Fernandes (2021, p. 141) ponderam que o autor reflete sobre os delineamentos teóricos e pragmáticos que moldam o processo e a relação jurídica processual na contemporaneidade, acentuando a insuficiência do modelo liberal de conceituação da relação jurídica, isso porque no contexto atual, a legitimidade atrela-se à participação efetiva dos envolvidos no procedimento, estando ela relacionada à efetividade e adequação do procedimento ou método de resolução. De acordo com os citados doutrinadores, essa postura liga-se à ideia de Estado Democrático e à constitucionalização de princípios, que impactam frontalmente o panorama processual.

Noutro giro, é importante lembrar que as normas constitucionais do Estado Democrático de Direito exigem do homem uma convivência harmônica e embasada na dignidade da pessoa humana. Numa sociedade bem ordenada, o ser humano só consegue seu pelo desenvolvimento, construindo um ambiente mais adequado, quando se aproxima dos valores baseados em princípios, direitos, deveres e garantias fundamentais à pacífica e justa convivência.

⁴⁵ De acordo com Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 278): “O processo é importante não apenas por envolver, em uma relação, o juiz e as partes. Aliás, no que interessa a um processo comprometido com os valores do Estado constitucional, a simples e pura existência de uma relação jurídica quer dizer absolutamente nada. O processo, como instrumento através do qual o Estado se desincumbe do seu dever de prestar tutela aos direitos, deve ser focalizado sob diversos ângulos, todos eles imprescindíveis à concretização do processo adequado ao Estado contemporâneo. A legitimação pela participação decorre da efetividade da participação das partes na formação da decisão, já que apenas proclamar o direito de participação das partes às condições necessárias a tanto, implica em negar a própria legitimidade que se pretende transmitir com a ideia de participação. Isso quer dizer que o processo requer a legitimidade do exercício da jurisdição e a efetividade da participação das partes, envolvendo, de uma só vez, exigências que fazem com que os partícipes da relação processual civil se dispam das suas máscaras de elementos e, principalmente, que as partes compreendam que a efetividade da participação é necessária para legitimar a tarefa jurisdicional.

Sabendo-se que o Estado Democrático de Direito se pauta em valores, o exercício necessário ao intérprete é desvendar a quais valores o Direito se compromete. De acordo com Sérgio Alves Gomes (2021, p. 216) esses valores estão explicitados no texto constitucional e todos eles, segundo a consciência ético-jurídica que os selecionou, são fundamentais ao pleno desenvolvimento e expressão democrática de todo ser humano.

Trata-se, em verdade, de um Estado de Justiça compreendido dentro do espectro que lhe foi constitucionalmente outorgado. Há um esforço em prol da construção de um paradigma capaz de superar outros que o antecederam que, como foi dito, foram o Estado absolutista, o Estado liberal e o Estado social (ou Estado socialista), dando azo ao Estado Democrático de Direito, fruto de uma longa história de lutas e transformações da sociedade, onde os principais elementos diferenciadores dos vários tipos de Estado que a modernidade apresentou podem ser identificados pelo modo como o governante lida com o poder (GOMES, 2021, p. 227-256).

Nas lições de Luiz Fernando Bellinetti em nosso tempo, sempre que se constitui um regime democrático, há um momento em que os ideais mais vivos de democracia são registrados para indicarem os rumos da sociedade, traduzindo os ideais de um povo (BELLINETTI, 2006, p. 823).

O Estado Democrático de Direito, portanto, deve assegurar, em todas as suas funções, isonomia substancial aos cidadãos. Essa garantia pode se dar sob três aspectos: 1) social⁴⁶, onde os cidadãos são informados sobre seus direitos, tendo à disposição a tutela jurisdicional para resolução dos conflitos e, dessa forma, promove-se a pacificação social; 2) política, onde há uma limitação do poder estatal e conformidade do seu exercício, assegurados pela liberdade; e 3) jurídica, onde por meio de um ambiente processual adequado o debate e a participação dos interessados são plenamente assegurados. Neste último, o cidadão deve ser visto

⁴⁶ Quanto ao interesse social Mauro Cappeletti (1998, p. 11) ensina que o efetivo acesso à justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O nominado autor ensina: “A defesa em juízo destes “super direitos” por meio de uma ação individual não se mostrou eficiente, e tampouco razoável, pois, de um lado, figurava um indivíduo, e do outro, na maioria das vezes, uma grande empresa. Assim, o abismo de capacidade técnica e econômica do indivíduo em comparação com a parte integrante do pólo passivo da ação fez com que fosse necessária a adoção legal pelo regime da legitimação extraordinária” (CAPPELETTI, 1977, p. 128-159).

como participante e não mero expectador/recebedor da atividade estatal (PINHO; STACANTI, 2016, p. 02).

Da atenta leitura da Constituição é possível extrair, portanto, uma série de princípios e objetivos indicadores do conteúdo da dinâmica de conformação legislativa, cujo conteúdo se expressa mediante regras ou princípios plasmados na Constituição (democracia, república, legalidade, segurança, justiça social e igualdade, entre outros) que, agrupados em torno dos direitos fundamentais, produzem o núcleo substantivo da ordem jurídica brasileira (CLEVE; LORENZETTO, 2015).

Paulo de Barros Carvalho faz interessante leitura ao elucidar que os princípios aparecem como linha diretiva que iluminam a compreensão dos setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas (CARVALHO, 1998, p. 106).

Deste modo, compreender de forma mais realista as instituições democráticas mostra-se necessário tanto para que se possam evitar demandas que eventualmente não podem ser satisfeitas por nenhum conjunto de instituições, inclusive as instituições democráticas, como também para não permanecermos indiferentes em relação a mudanças mais modestas, porém reais e eficazes (PRZEWORSKI, 2010, p. xiii *apud* OLIVEIRA, 2015).

Nesse sentido, lembra-se que a Constituição Federal de 1988 firmou uma nova ordem constitucional com a redemocratização do país e as garantias dos direitos sociais, econômicos, políticos e culturais, por meio de normas programáticas, a serem alcançadas com políticas públicas e ações governamentais.

Ao lado dessa reestruturação, a Carta Magna reformulou o perfil do Ministério Público erigindo-o à função essencial à justiça, definindo-o em seu artigo 127 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”.

A consagração da atuação ministerial em prol dos interesses sociais e individuais indisponíveis, restou demonstrada pela missão de promover os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil traduzidos: 1) na construção de uma sociedade livre, justa e solidária; 2) garantia do desenvolvimento nacional; 3) erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e

regionais; 4) promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º).

A missão institucional que lhe foi conferida reflete a possibilidade de mudar a realidade, equacionando os problemas sociais, na medida em que o Ministério Público revela-se um agente transformador da sociedade. Tal órgão é dotado de ação preventiva, resolutiva e ativa em defesa dos interesses da sociedade, deixando de ser um simples guardião da lei (*custus legis*) para tornar-se guardião da sociedade (*custus societatis*) e, ainda, o guardião do próprio “direito” (*custus juris*) (ALMEIDA, 2012, p. 54).

Em verdade, como mencionado no tópico anterior, o Ministério Público brasileiro é constituído por dois modelos distintos: o demandista e o resolutivo. Aquele, que ainda prevalece, é o que atua perante o Poder Judiciário como agente processual, deslocando a solução dos conflitos a esse órgão que se encontra assoberbado de demandas e por vezes não consegue dar à sociedade o resultado esperado, notadamente quando se tratam de questões afetas a interesses massificados. Este, por sua vez, atua de forma extraprocessual, agindo como intermediador e pacificador social, chegando ao resultado pretendido sem a necessidade de litigar em juízo.

Assagra e Perise, com assento nas lições de Marcelo Goulart, asseveram:

É imprescindível que se efetive o Ministério Público resolutivo, levando-se às últimas consequências o princípio da autonomia funcional com a atuação efetiva na tutela dos interesses ou direitos massificados. Para tanto, é imprescindível que o órgão de execução do Ministério Público tenha consciência dos instrumentos de atuação que estão à sua disposição, tais como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as recomendações, audiências públicas, de sorte a fazer o seu uso efetivo e legítimo. (grifou-se)

Portanto, nesse contexto, a atuação extrajurisdicional da Instituição é fundamental para a proteção e efetivação dos direitos ou interesses sociais. A transferência para o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade (GOULART *apud* ASSAGRA; PERISE, 2005, p. 14).

As técnicas extraprocessuais, portanto, amoldam-se às funções institucionais e são mecanismos eficientes e eficazes para alcançar a justiça social, mostrando-se como instrumentos fundamentais para o acesso a uma ordem jurídica justa na promoção e na efetivação dos valores democráticos fundamentais e que são tutelados pelo Ministério Público, conforme será clarificado no decorrer deste trabalho.

3.2 DIREITOS E INTERESSES TUTELADOS: LEGITIMIDADE

O texto constitucional sedimentou no artigo 127 que o Ministério Público é função essencial à jurisdição do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

De sua definição teleológica, extrai-se dessas três finalidades que o perfil dado à essa Instituição extrapola a visão de mero órgão de acusação, passando a ser visto como o garantidor da democracia e do efetivo exercício da cidadania, social e individualmente considerada, características essas que lhe imprimem um novo perfil.

Para que se concretize a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o Ministério Público deve atuar na defesa de interesses compatíveis com a sua finalidade. Tais interesses traduzem-se no reconhecimento de um interesse público, indisponível ou social efetivamente identificado. Todavia, embora não haja consenso sobre o que de fato é o interesse público, tal expressão é comumente utilizada para alcançar o interesse de proveito social ou geral, espelhado no desejo da coletividade como um todo.

Tornou-se célebre a distinção entre o Direito Público e o Direito Privado, onde no primeiro o Estado seria o titular do interesse, enquanto que no segundo é o indivíduo. Deste modo, o interesse público consistiria na contraposição entre o interesse Estatal e o individual, ao passo que o interesse privado seria a contraposição entre os indivíduos e os seus relacionamentos privados.

Diante desse contexto, a dicotomia entre o interesse público e o privado precisou ser enfrentada. A utilização da expressão “*interesse público*” para caracterizar indistintamente interesses do Estado, sociais, indisponíveis, da coletividade, coletivos e difusos tornou-se equivocada, demonstrando a necessidade de ser estabelecida uma disciplina processual própria.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 60-61) ensina que o interesse público está ligado ao interesse de um todo, de um conjunto social, sendo, portanto, a dimensão pública dos interesses individuais, uma vez que cada indivíduo é partícipe da sociedade, ou seja, é a inserção do indivíduo na coletividade. Todavia, o interesse público não pode ser confundido como interesse exclusivo do Estado, considerando que este possui interesses próprios que lhe são particulares, concorrendo com todos

os demais sujeitos de direito.

Assim, considerando que interesse do Estado não coincide necessariamente com o bem geral da coletividade, Renato Alessi entendeu oportuno fazer a distinção entre interesse público primário (o bem geral) atribuindo-lhe o interesse social ou da coletividade como um todo, e interesse público secundário, sendo este o modo pelo qual os órgãos da Administração veem o interesse público (trata-se aqui do próprio exercício de gestão, são interesses particulares do próprio Estado (MAZZILLI, 2012, p. 49).

Diante da dicotomia apresentada, surgiu a necessidade de tratar dos interesses denominados transindividuais (também chamados de coletivos *lato sensu*). Situados numa posição intermediária entre o interesse público e o privado (interesse de um indivíduo em face de outro indivíduo), são interesses compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas. Excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam a constituir um interesse público propriamente dito.

Luiz Fernando Bellinetti (2008, p. 50) assevera que apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 a tutela dos interesses individuais e coletivos (*lato sensu*) recebeu tratamento adequado. O autor pondera, entretanto, que não obstante a carta magna tenha inserido no âmbito dos direitos e garantias fundamentais a tutela dos interesses transindividuais, criando institutos de direito processual constitucional próprios, a legislação ainda carece de aperfeiçoamentos para que se possa chegar a uma tutela jurisdicional mais efetiva⁴⁷.

A caracterização desses direitos, portanto, não se dá apenas ao fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica fática, mas também porque a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um acesso coletivo, de modo que a solução obtida no processo coletivo seja apta a evitar decisões contraditórias e também à condução de uma solução mais eficiente (MAZZILLI, 2012,

⁴⁷ Bellinetti destaca que a concepção tradicional de relação jurídica, adequada para equacionar conflitos individuais, é insuficiente para tratar conflitos atinentes a interesses transindividuais, devendo ser utilizada uma concepção normativista. O autor destaca, ainda, que também há inconveniente em se ter um processo civil coletivo ágil e eficaz, uma vez que este não seria conveniente para os detentores do poder econômico, pertinente que questões de grande repercussão, envolvendo somas vultosas, sejam solucionadas no bojo de uma única ação, circunstância que tem gerado grande resistência ao adequado desenvolvimento das posturas existentes (BELLINETTI, 2008, p. 51).

p. 50-51).

Elton Venturi (2010) entende que a mais remota concepção da expressão “interesses coletivos”, em sentido amplo, pode facilmente ser extraída a partir de uma análise sociológica ou filosófica, independentemente de qualquer discurso jurídico, sendo necessário adequar as noções sociológicas ou filosóficas de interesses difusos ou coletivos no discurso jurídico.

O autor aponta que no tratamento doutrinário dado aos interesses transindividuais sempre foram empregadas ao menos duas expressões para identificá-los, quais sejam: interesses difusos e interesses coletivos, ora usadas como categorias sinônimas, ora distintas. Ressalta, entretanto, que Mauro Cappelletti se referia a ambas, indistintamente, ao enunciar a emergência dos interesses transindividuais. Outrossim, não obstante as acepções revelem a natureza transindividual dos direitos tutelados, a indeterminabilidade dos titulares das pretensões difusas (todos os integrantes da sociedade), contrastada com a determinabilidade dos titulares das pretensões ditas coletivas (integrantes de agrupamentos sociais definidos ou definíveis), é que viabilizou a tipificação dos direitos transindividuais (VENTURI, 2012).

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro, na intenção de viabilizar e sistematizar a defesa dos interesses transindividuais, o fez inicialmente por meio da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e, na sequência, no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Mesmo antes do advento da citada legislação consumerista, o constituinte originário de 1988 viu por bem criar meios processuais de tutela de interesses transindividuais. E o fez chancelando a diretriz de defesa do consumidor (parte vulnerável na relação de consumo) pelo Estado, concretizando assim o princípio da isonomia (art. 5º, XXXII; art. 170, V; art. 48 das Disposições Transitórias); instituiu o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX); possibilitou aos sindicatos e associações defender em juízo interesses da respectiva coletividade (art. 5º, XXI e 8º, III); ampliou o objeto da ação popular (art. 5º, LXXII); aumentou o número de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade; e, finalmente, fez referência expressa à ação civil pública para a proteção do “patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (BESSA, 2010. p.431-450).

No que toca às espécies de direitos transindividuais, Teori Albino Zavascki (2011) pondera que não se pode confundir a defesa de direitos coletivos e difusos com a defesa coletiva de direitos, uma vez que direito coletivo é direito transindividual, sem titular determinado e indivisível, podendo ser difuso ou coletivo. Outrossim, os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais, aos quais se permite a defesa coletiva de todos eles. Arremata o autor:

Embora, como se viu, apresentem entre si algumas diferenças – que na prática nem sempre são visíveis com clareza – os direitos difusos e os direitos coletivos, ambos transindividuais, e indivisíveis, são espécies do gênero direitos coletivos, denominação também adotada para identificá-los em conjunto. No entanto, direitos individuais, conquanto homogêneos, são direitos individuais e não transindividuais. Peca por substancial e insuperável antinomia afirmar-se possível a existência de direitos individuais transindividuais! (ZAVASCKI, 2011).

É necessário ponderar, portanto, o que é interesse.

Genericamente, pode ser definido como a relação de reciprocidade entre um indivíduo e um objeto que corresponde a uma determinada necessidade daquele. A relação de complementariedade, visualizada na utilidade específica de um ente para outro ente, analisada sob a perspectiva coletiva, deve ser entendida como a síntese de interesses individuais (BELLINETTI, 2000, p. 15-16).

Analisando as diferenças entre o interesse puramente individual e os interesses transindividuais, Hugo Nigro Mazzilli explica:

Sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática. Mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um acesso coletivo, de modo que a solução obtida no processo coletivo não apenas deve ser apta a evitar decisões contraditórias como, ainda deve conduzir a uma solução mais eficiente da lide, porque o processo coletivo é exercido em proveito de todo o grupo lesado.

Atendendo a essa realidade e procurando melhor sistematizar a defesa dos interesses transindividuais já iniciada pela lei de ACP, o CDC passou a distingui-los *segundo sua origem*: a) se o que une *interessados determináveis, que compartilhem interesses divisíveis*, é a *origem comum da lesão* (p. ex., consumidores que adquirem produtos de série com o mesmo defeito), temos *interesses individuais homogêneos*; b) se o que une *interessados determináveis* é a circunstância de compartilharem *a mesma relação jurídica indivisível* (como os consumidores que se submetem à mesma cláusula ilegal em contrato de adesão), temos *interesses coletivos* em sentido estrito; c)

se o que une *interessados indetermináveis* é a mesma situação de fato, mas o dano é individualmente indivisível (p. ex., os que assistem pela televisão à mesma propaganda enganosa), temos *interesses difusos*. Há, pois, interesses que envolvem uma categoria determinável de pessoas (como os interesses individuais homogêneos e os interesses coletivos); outros, são compartilhados por grupo indeterminável de indivíduos ou por grupo cujos integrantes são de difícil ou praticamente impossível determinação (como os interesses difusos) (MAZZILI, 2012, p. 50-62).

Observa-se, ademais, que a utilização dos vocábulos “interesses” e “direitos” merece um olhar cuidadoso, especialmente porque a legislação não fez distinção específica sobre os termos. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu no *caput* do artigo 81 que “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas pode ser exercida em juízo, ou a título coletivo”. O diploma legal não fez nenhuma distinção entre direitos e interesses, dando a impressão que se tratam de palavras sinônimas.

Todavia, verifica-se a necessidade de uma análise conceitual das expressões utilizadas pelo legislador. As pretensões transindividuais estariam relacionadas com a afirmação *direitos subjetivos* propriamente ditos?

Elton Venturi (2010) explica que os diversos ordenamentos jurídicos, ao se depararem com a nova realidade imposta pela dimensão alcançada pelas substanciais pretensões coletivas, comuns aos integrantes de toda a comunidade mas não imputáveis a ninguém, individualmente, não ousavam qualificá-las como autênticos *direitos subjetivos*, eis que refugiam as velhas fórmulas ou padrões segundo os quais eram estes até então descritos. Dada essa dificuldade conceitual, o autor justifica que a comunidade jurídica passou a utilizar a expressão “interesses” em vez de “direitos”.

Com esteio nos ensinamentos de Antonio Gidi, Venturi (2010) afirma que a distinção entre direito subjetivo e interesse transindividual “deve-se ao “ranço” individualista que marcou a dogmática jurídica do século XIX: o preconceito ainda que inconsistente em admitir a operacionabilidade técnica do conceito de direito superindividual”, complementando:

O *preconceito* quanto a qualificação de tais aspirações como efetivos *direitos subjetivos* deriva de justificativas de ordem subjetiva, objetiva e formal: *subjetivamente*, nega-se aos interesses metaindividuais a qualificação de *direitos* em virtude de ser impossível imputar uma titularidade individual e exclusiva a certas aspirações pertinentes a todo o corpo social ou a parcelas deste; *objetiva e formalmente*, a

referida negativa se deve em função da natureza marcadamente extrapatrimonial das pretensões metaindividuais (na medida em que não são economicamente *apropriáveis* por ninguém, individualmente), sem expresse reconhecimento quanto a sua *existência*, até algum tempo atrás, por parte dos ordenamentos jurídicos.

Desta forma, sob uma ótica eminentemente liberal-individualista, compreendem-se os motivos pelos quais reservou-se as pretensões metaindividuais a qualificação de *interesses difusos* ou *interesses coletivos*: se o *direito subjetivo* somente pode ser identificado como *interesse juridicamente protegido*, na consagrada fórmula de Ihering, ou como *poder da vontade individual, reconhecido e tutelado pela ordem jurídica*, conforme a clássica concepção de Savigny, carecendo as aspirações difusas e coletivas reconhecimento legislativo, nem sendo oponíveis *erga omnes* por titulares concretamente individualizáveis, não mereceriam ostentar o *status* de genuíno *direito subjetivo* (VENTURI, 2010, p. 03).

Observa-se, portanto, que as expressões “interesses transindividuais” e “direitos transindividuais” costumeiramente são utilizadas como sinônimas, mas acirram os debates doutrinários por serem consideradas ambíguas e equivocadas.

Venturi (2010) alerta que, pragmaticamente, a única razão justificável pela qual se poderia admitir a diferença entre as terminologias direitos e interesses seria uma discussão científica em torno da distinção de categorias envolvendo conceitos como os de *interesses legítimos*, *interesses simples*, *direitos subjetivos*, *direitos reflexos*, dentre outros, seria a de aprimorar a prestação jurisdicional, incentivando-se uma ampliação do espectro objetivo de incidência do controle jurisdicional, precisamente em consonância com a garantia constitucional da inafastabilidade inscrita no art. 5º, XXXV, da CF de 1988. Ressalva, entretanto:

O abandono da distinção conceitual entre *interesses* e *direitos*, com o reconhecimento dos interesses metaindividuais como verdadeiros *direitos subjetivos*, culmina, pois, na própria legitimação do sistema jurídico nacional, como assentado por Vicente Rao: “Se, do nosso estudo, uma conclusão de ordem geral for possível extrair-se, será, sem dúvida, a seguinte: o reconhecimento e a proteção dos direitos subjetivos constituem condição essencial de legitimidade de todo e qualquer sistema jurídico. O Direito é feito e existe para o homem individualmente e socialmente considerado; feito não é, nem existe, como um fim em si artificialmente concebido, que ao ser humano se deva ou possa impor, contrariando-lhe os destinos que de sua natureza decorrem e Deus lhe deu. Da pessoa singularmente e socialmente considerada se há de partir para se elaborar a norma e não da norma, erigida como dogma, para se alcançar a pessoa” (VENTURI, 2010, p. 06).

Luiz Fernando Bellinetti (2000, p. 17), por sua vez, posiciona-se pela distinção entre os dois vocábulos. Para ele, o termo “direito” geralmente se faz em sentido

subjetivo, com o significado de constituir uma faculdade de agir autorizada pela ordem jurídica, com a finalidade de satisfação de um interesse reconhecido por esse ordenamento, arrematando:

A ideia de direito subjetivo é francamente subjetivista e individualista, dependente do binômio direito-dever, vinculada à concepção tradicional de relação jurídica – que deve ser superada para se tratar de interesses coletivos, conforme acima sustentado.

Quando se ingressa na esfera coletiva, é preciso prescindir desse binômio com identificação dos titulares dos direitos.

O que se deve conceber é a existência de interesses atinentes a um grupo determinado ou indeterminado de pessoas, que poderá ser satisfeito por alguém através de uma utilidade indivisa.

Esses membros do grupo não podem exigir individualmente essa utilidade. Somente podem exigir o seu direito individual. Não é possível identificar propriamente um sujeito do direito. Somente alguém que tem o poder de exigir o cumprimento do dever jurídico de respeito a esse interesse especialmente em Juízo (BELLINETTI, 2000, p. 18).

Bellinetti conclui que a utilização do termo “interesse transindividual” é a mais adequada, não espancando a possibilidade de utilização da expressão “direito transindividual”, desde que com uma concepção distinta de direito subjetivo individual e de relação jurídica.

Noutro giro, Teori Albino Zavascki (2016) aponta que a partir da Constituição de 1988, ficou expressamente consagrada a tutela material de diversos direitos com natureza transindividual, elencando como direitos transindividuais o direito ao meio ambiente sadio, à manutenção do patrimônio cultural, à preservação da probidade administrativa e a proteção do consumidor. Todavia, o autor em outros apontamentos utiliza a expressão interesses transindividuais como alcance da expressão direitos sociais, não fazendo distinção específica quanto às terminologias interesses e direitos transindividuais.

Infere-se, deste modo, que parte da doutrina aponta que a utilização das expressões interesses transindividuais e direitos transindividuais seria o mais adequado para se evitar os inconvenientes de um excesso terminológico.

Este trabalho, todavia, não objetiva aprofundar o tema, considerando que tais premissas foram lançadas para elucidar a atuação do Ministério Público, cuja missão institucional é a tutela dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*.

Dito isso, é importante voltar ao estabelecido na Constituição Federal de 1988, notadamente em seu Capítulo I, Título II, onde estabelece a disciplina constitucional

dos direitos e deveres individuais e coletivos, erigindo-os a direitos e garantias fundamentais.

Portando, considerando que o Estado Democrático de Direito tem como compromisso transformar a realidade social na busca da igualdade material quanto ao acesso efetivo a bens e outros valores (ASSAGRA; PERISE, 2005, p. 15), é certo que tal compromisso também se estende ao Órgão ministerial por ser o defensor do regime democrático.

Lembre-se, por oportuno, que apesar do Ministério Público ser o legitimado ativo para a defesa judicial dos direitos e interesses transindividuais, em razão de características próprias do processo civil coletivo, a análise da legitimidade e do interesse ganham abordagem diferenciada, vez que o legitimado para ajuizamento da ação coletiva não é titular do direito coletivo (*lato sensu*), como ocorre, em regra, nas demandas individuais.

Sabe-se que o rol dos legitimados para a propositura das ações coletivas está indicado no artigo 82 do CDC e também no artigo 5º da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública). Algumas restrições, porém, têm sido apresentadas à legitimidade *ad causam*, considerando as peculiaridades do processo civil coletivo, principalmente o fato de que, invariavelmente, estão em jogo direitos que, por natureza, não pertencem a determinada pessoa, e sim à coletividade como um todo, exigindo-se do um exame de adequada representatividade para a defesa dos interesses coletivos (*lato sensu*).

Nesse sentido, cumpre lembrar que há posicionamento dos Tribunais Superiores, apontando pela legitimidade e adequada representatividade do Ministério Público para intentar ação em favor de direito individual heterogêneo, quando derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, desde que tenha como fundamento a relevância social⁴⁸.

⁴⁸ À vista disso, Jônatas Luiz Moreira de Paula (2019, p.445) destaca posição assumida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Apelação cível. Estatuto da Criança e do Adolescente. Direito à saúde e à educação. Vaga em escola especial. Possibilidade de fornecimento da vaga em escola especial. Dignidade da Pessoa Humana. Inclusão social. Legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura da demanda. Por atribuição constitucional (artigo 127, caput, da CF), e expressa previsão legal (artigos 201, V, e 208, III, do ECA), o Ministério Público é parte legítima para intentar ação em favor de direito individual heterogêneo de crianças e adolescentes. Direito à saúde e à educação. Vaga em escola especial. Segundo os ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins, “o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo” (*Caderno de Direito Natural Lei Positiva e Lei Natural*, n. 1, Centro de Estudos Jurídicos do

Dessas linhas, resulta dizer que a ideia de que a Ação Civil Pública só pode ser utilizada na defesa de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu* deve ser desmistificada, uma vez que se reconhece, na doutrina e na jurisprudência, a possibilidade da defesa de direitos ou interesses individuais heterogêneos via Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público.

Claro que, apesar dos danos individuais continuarem existindo, deve-se lembrar que a relevância social para a defesa de tais direitos pelo legitimado extraordinário deve ser incontestada, vez que os reflexos dos direitos postulados em juízo são coletivos, ainda que se sustente a tese de direitos individuais heterogêneos.

O interesse social almejado, por sua vez, deve estar intimamente vinculado ao binômio necessidade-utilidade, ou seja, é premente a necessidade de exercer o direito de ação para alcançar o resultado pretendido e praticamente útil.

Outrossim, mesmo nas situações heterogêneas, leia-se: aquelas nas quais por uma única conduta os direitos difusos, coletivos *stricto sensu*, e os individuais homogêneos são violados, não há razão para se negar a legitimidade somente para o pedido⁴⁹ com caráter individual, uma vez que há uma interdependência causal entre todos os direitos violados que torna inviável a defesa independente dos mesmos.

O Ministério Público atua na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos como legitimado extraordinário, justamente para que se evitem reiteradas ações versando sobre o mesmo tema e cujo objetivo é o mesmo. Reputa-se, portanto, pertinente trazer a lume os ensinamentos de Mauro Cappelletti:

A defesa em juízo destes “super direitos” por meio de uma ação individual não se mostrou eficiente, e tampouco razoável, pois, de um lado, figurava um indivíduo, e do outro, na maioria das vezes, uma grande empresa. Assim, o abismo de capacidade técnica e econômica do indivíduo em comparação com a parte integrante do pólo passivo da ação fez com que fosse necessária a adoção legal pelo regime da legitimação extraordinária (CAPELLETI, 1977).

Luiz Fux (2001, p. 143), entende que essa técnica de equalização das partes, colocando frente a frente litigantes, em princípio, com o mesmo poder de agir técnica

Pará, 1985, p. 27). Recurso desprovido. Sentença mantida em reexame necessário (Ap e Reex. Nec. 70014719330, 7ª Cam. Cív., rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 07.06.2006)

⁴⁹ Fredie Didier Jr. leciona que: “A todos é garantido o direito constitucional de provocar a atividade jurisdicional. Mas ninguém está autorizado a levar a juízo toda e qualquer pretensão. Impõe-se, para isso, a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que esta será discutida, daí o interesse de agir” (DIDIER JR., 2011, p. 09).

e economicamente, descortinou esse novo aspecto da legitimação, municiando o sistema de defesa dos direitos com novos instrumentos decorrentes da cidadania.

Nessa linha é que o Código de Defesa do Consumidor disciplinou a ação coletiva como sendo aquela que atende não só à defesa de direitos coletivos *stricto sensu*, mas também os direitos coletivos *lato sensu*, consolidando um ordenamento jurídico voltado à prestação de uma tutela coletiva.

A nova ordem constitucional erigiu um autêntico concurso de ações entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a *fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

No âmbito infraconstitucional, a preocupação com a eficácia dos interesses coletivos *lato sensu*, refletiu-se na edição de diversos diplomas legais como a Lei nº 4.717/65 (Lei de Ação popular), Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) e a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), dentre outras.

A Lei nº 7.347/85, ao disciplinar a atuação do Ministério Público, vinculou a expressão ação civil pública à defesa judicial dos direitos coletivos. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, complementou referida legislação legitimando o Ministério Público a atuar na tutela dos direitos transindividuais *lato e stricto sensu* como já mencionado.

Hermann Benjamin, ancorado nas lições de Kazuo Watanabe explica:

A propósito, observa Kazuo Watanabe “Mesmo sem organização, os interesses ou direitos ‘coletivos’, pelo fato de serem de natureza indivisível, apresentam identidade de tal que, independentemente de sua harmonização formal ou amalgamação pela reunião de seus titulares em torno de uma entidade representativa, passam a formar uma só unidade, tornando-se perfeitamente viável, e mesmo desejável, a sua proteção jurisdicional em forma molecular (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, p. 824)” (WATANABE *apud* BENJAMIN, 2010, p. 431-450).

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery (2006, p. 264) ensinam que o feixe de direitos individuais, ainda que disponíveis, que tenham origem comum, qualifica esses direitos como sendo individuais homogêneos, dando ensejo à possibilidade de sua defesa poder ser realizada coletivamente em juízo.

Levando-se em conta, portanto, de que vigora no direito o princípio de que onde o legislador não restringe, não cabe ao intérprete restringir, e o fato de que a

redação do Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 81, § único, III, menciona “interesses ou direitos individuais homogêneos”, não se conclui que o legislador quis fazer qualquer distinção entre “direitos individuais homogêneos: disponíveis e indisponíveis”.

A ação judicial, quando serve à veiculação de pretensões de natureza coletiva perde seu tradicional caráter individualístico, passando a operar como instrumento⁵⁰ de mediação entre os conflitos de massa, envolvendo interesses plurissubjetivos assim canalizados ao Poder Judiciário (MANCUSO, 2011⁵¹).

Feitas essas breves ponderações em relação à distinção dos termos direitos e interesses, bem como à legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses coletivos (*lato sensu*) em juízo, passar-se-á alinhar as premissas para a defesa dos interesses transindividuais na esfera extraprocessual, pela perspectiva resolutive do Ministério Público e sob o enfoque da desjudicialização, apontando-se a utilização do TAC e da RA como métodos adequados à solução de conflitos.

3.3 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS FRENTE AO NOVO MODELO DE JUSTIÇA

O Brasil experimenta uma grande transformação quanto à forma de tratamento dos conflitos sociais, notadamente em razão do legislador ter prestigiado

⁵⁰ Em referência a Cândido Rangel Dinamarco e José Carlos Barbosa Moreira, Rodolfo de Carmargo Mancuso (2011) elucida em 05 tópicos, um melhor atendimento da instrumentalidade do processo: a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.

⁵¹ Op cit. in DINAMARCO, Candido Rangel: *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Ed. RT, 1987. MOREIRA, José Carlos Barbosa: “Notas sobre o problema da *efetividade* do processo”. In... *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 203-204.

no atual Código de Processo Civil soluções que ultrapassam a ideia da judicialização dos conflitos.

Destaca-se que a partir da atuação do Conselho Nacional de Justiça, estudos envolvendo o sistema de justiça e a forma consensual de solução de conflitos avançaram no Brasil culminando na Resolução nº 125/2010, que instituiu a Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos e Interesses.

O Conselho Nacional do Ministério Público, seguindo a mesma trilha do CNJ, instituiu a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, com a edição da Resolução nº 118/2015, evidenciando no Brasil, a existência de um microsistema de métodos adequados de solução de conflitos.

Como já foi dito, o Ministério Público, por força de disposição constitucional, tem como missão a salvaguarda da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Para exercer sua missão, notadamente na defesa e na promoção dos direitos fundamentais sociais e difusos, a instituição Ministerial possui um amplo instrumental, judicial e extrajudicial, tanto no âmbito repressivo quanto no preventivo, dos quais destacam-se a ação civil pública, o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, a recomendação administrativa, a ação penal, o procedimento administrativo dentre outros.

Numa perspectiva demandista, o Ministério Público pode judicializar questões afetas a políticas públicas necessárias e omitidas pelo Poder Público, sempre com o cuidado para que não haja a politização da Justiça, sob pena de incorrer numa crise de efetividade administrativa e impor riscos à democracia representativa.

Por outro lado, como já foi ventilado anteriormente, a Instituição contempla medidas resolutivas eficientes, por meio de mecanismos de atuação social plurais e não taxativos, compatíveis com a previsão do texto constitucional de previsão aberta (art. 5º, §2º CF).

Nessa perspectiva, é possível afirmar-se que o Ministério Público resolutivo atua primordialmente de forma extrajudicial, por meio da instauração de inquéritos civis, proposituras de termos de ajustamento de condutas ou, ainda, com a expedição de recomendações, valendo-se de estratégias institucionais efetivas baseadas em uma ideologia fundada em bases constitucionais.

Dentro da visão resolutiva não se pode admitir, entretanto, que a Instituição firme um compromisso de ajustamento de conduta ou expeça recomendação pura e simplesmente para “somar números” a estatísticas ou para ficar “livre” de uma demanda (CABRAL, 2018, p. 63), com o objetivo de encerrar os procedimentos extrajudiciais dentro do prazo assinalado para seu cumprimento, pois tal conduta não atende aos anseios sociais, constitucionais e nem se relaciona com a visão contemporânea de acesso à justiça.

Gregório Assagra de Almeida (2016, p. 73), ao ressaltar a importância da atuação extrajudicial pelo Ministério Público para a garantia dos direitos, esclarece que a judicialização não é o caminho mais apropriado em determinados casos:

A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas, da solução dos conflitos coletivos não tem sido tão eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade. Muitas vezes os juízes extinguem os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. Essa situação tem mudado, mas de forma muito lenta e não retilínea. Não se nega aqui a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, ao contrário, o que se constata e deve ser ressaltado é o seu despreparo para a apreciação das questões sociais fundamentais.

Em homenagem a Marcelo Goulart⁵², Assagra (2014, p. 81) ressalta que é imprescindível que se efetive o Ministério Público resolutivo, levando-se às últimas consequências o princípio da autonomia funcional⁵³ com a atuação efetiva na tutela dos interesses ou direitos massificados.

⁵² Mais uma vez colhem-se as lições de GOULART, Marcelo Pedroso: “Do ângulo político, só poderemos entender o Promotor de Justiça como trabalhador social, vinculado à defesa da qualidade de vida das parcelas marginalizadas da sociedade, a partir do momento em que rompa as barreiras que historicamente o isolaram dos movimentos sociais, passando a articular sua ação com esses movimentos. Deve assumir o seu compromisso político, não apenas nos aspectos da retórica e das elaborações doutrinárias, mas, sobretudo, na atuação prática, como intelectual orgânico”. [...] o Ministério Público deve transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação; atuar integralmente e em rede, nos diversos níveis – local, regional, estatal, comunitário e global – ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas; transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado, pois a luta pela hegemonia (a guerra de posição) está sendo travada no âmbito da ‘sociedade civil planetária’; buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o judiciário como espaço excepcional de atuação)” (GOULART, 1998, p. 98 *apud* ASSAGRA, 2014, p. 81).

⁵³ Não se confundem os princípios da independência funcional com autonomia funcional. Nas lições de Mazzilli: “Este é da *instituição* do Ministério Público, ou seja, consiste na liberdade que tem de exercer seu ofício em face de *outros órgãos do Estado*, subordinando-se apenas à Constituição e às leis; já a independência funcional é atributo dos órgãos e agentes do Ministério Público, ou seja, é a liberdade que cada um destes tem de exercer suas funções em face de *outros órgãos ou agentes da mesma instituição*, subordinando-se por igual à Constituição e às leis” (MAZZILLI, 2013).

Daí a importância de uma mudança cultural e institucional, privilegiando-se o Ministério Público resolutivo, notadamente por meio de sua atuação extrajudicial, onde é possível assumir uma postura pedagógica na solução dos conflitos (individuais indisponíveis e massificados), ao lançar mão de mecanismos como o termo de ajustamento de conduta e a recomendação desonerando, dessa forma, a sobrecarga processual que hoje perpassa o Poder Judiciário.

Nessa esteira, observa-se que o estímulo em implementar a garantia do acesso à justiça no Brasil se mostra desafiador e deve ser enfrentada pelas instituições garantidoras da ordem jurídica, do regime democrático e da defesa dos direitos e interesses sociais.

É bom lembrar que como forma de realizar o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, o Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), vinculado ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publica anualmente, desde 2003, o “Relatório Justiça em Números”, objetivando reunir dados orçamentários, quantitativos, de pessoal e diagnóstico de desempenho da atividade judicial brasileira.

A partir dos dados apontados pelo CNJ é possível analisar e diagnosticar problemas estruturais e conjunturais dos diversos segmentos do Poder Judiciário, fornecendo subsídios para a formulação de políticas judiciárias, contribuindo para o fortalecimento da responsabilização, controle e da prestação de contas no Poder Judiciário.

Em levantamento feito pelo CNJ em 2018, o Brasil alcançou a marca de 78,7 milhões de processos pendentes de julgamento, acumulando um acréscimo de quase 30% desde 2009, não obstante tenham sido julgados quase 3,4 milhões de processos a mais do que o quantitativo de casos novos. O relatório “Justiça em Números 2019” (ano-base 2018) aponta que a cada grupo de 100.000 habitantes, 11.796 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2018. Destaca-se, ainda que as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 93,7 bilhões, o que representou decréscimo de 0,4% em relação ao último ano. Esse decréscimo foi ocasionado, especialmente, em razão da variação na rubrica das despesas com capital (-8,8%) (CNJ, 2018, p. 218).

O Relatório “Justiça em Números 2020” (ano-base 2019) aponta que o estoque processual diminuiu em 2,4 milhões processos em relação aos anos de 2017

e 2018 (-3%), muito embora tenham ingressado no judiciário 30,2 milhões de processos. Esse resultado foi considerado positivo, considerando que até 2016 o aumento do acervo era recorrente. Aponta-se que em 2017 houve estabilização do estoque, culminando com a queda verificada em 2018 e 2019. Os dados são reflexo do aumento no total de processos baixados, que atingiu o maior valor da série histórica no ano de 2019, apesar do aumento dos casos novos (6,8%). As despesas totais do Poder Judiciário ultrapassaram pela primeira vez na série histórica o patamar de R\$ 100,00 bilhões, o que representou crescimento de 2,6% em relação ao último ano. Esse crescimento foi ocasionado, especialmente, em razão da variação na rubrica das despesas com pessoal (2,2%) (CNJ, 2019, p. 257).

Em 2021, considerando a peculiaridade vivenciada por conta da pandemia da Covid-19, somada aos desafios enfrentados pela sociedade e pelo Judiciário brasileiro, o Relatório Justiça em Números (ano-base 2020) apontou uma situação atípica, expondo a forma como o Poder Judiciário atuou nesse período e a importância da resolução de conflitos e pacificação social. De acordo com os dados obtidos, a sociedade ingressou com um número menor de ações na Justiça, entretanto os indicadores apontam a ocorrência de 25,8 milhões de casos novos e 27,9 milhões de casos finalizados, com a prolação de 25 milhões de sentenças e decisões terminativas, representando uma redução em relação ao relatório anterior. Em relação às despesas do Poder Judiciário Nacional os gastos ultrapassaram a quantia de R\$100,06 bilhões de reais, representando uma diminuição de 4,5% em relação aos gastos de 2019. Esse decréscimo foi atribuído à variação na rubrica das despesas de: 1) gastos com pessoal, que reduziram 3,3%; 2) capital, com queda de 38,8%; e 3) outras despesas decorrentes, com diminuição de 9,1% (CNJ, 2020, p. 75).

Por fim, o Relatório Justiça em Números 2022 (ano-base 2021), ainda foi contextualizado num período atípico. Durante o ano de 2021, apenas 2,8% do total de processos novos ingressaram fisicamente e em apenas 01 (um) ano 27 milhões de novos casos eletrônicos entraram no Poder Judiciário. Pelo segundo ano consecutivo, apontou-se uma redução de gastos orçamentários que foi ocasionado, especialmente, em razão da variação na rubrica das despesas de capital (2,4%) e com pessoal (6,7%). Os dados apontam que o custo pelo serviço da Justiça por habitante também foi reduzido em 6,2% de 2020 para 2021, chegando ao custo de R\$489,91 por cidadão (CNJ, 2022, p. 306).

Em síntese, nos 13 anos cobertos pela série histórica, foram protocolados, no Poder Judiciário, 182,7 milhões casos novos em formato eletrônico.

O Conselho Nacional do Ministério Público, por sua vez, disponibiliza em seu portal da transparência⁵⁴ informações sobre a atuação funcional dos Ministérios Públicos Estaduais e do Distrito Federal.

De acordo com o relatório de 2021 intitulado “Ministério Público: um retrato”, no ano de 2019, no âmbito do Ministério Público Estadual, foram instaurados 85.492 inquéritos civis, finalizados 95.705, continuavam em andamento (instaurados antes de 2016) 125.714, foram firmados 8.713 termos de ajustamento de conduta e expedidas 6.538 recomendações. Somam-se a esses dados a instauração de 23.541 procedimentos preparatórios, finalizados 21.907, continuavam em andamento (instaurados antes de 2016) 13.921, firmados 366 termos de ajustamento de conduta e expedidas 836 recomendações.

No ano de 2020, no que tange ao inquérito civil, no âmbito do Ministério Público Estadual, o relatório apontou a instauração de 64.851 novos casos, a finalização de 62.406, continuavam em andamento 74.140, foram firmados apenas 3.832 termos de ajustamento de conduta e expedidas 5.803 recomendações. Em relação ao procedimento preparatório 23.659 novos casos, a finalização de 11.656, continuavam em andamento 18.660, foram firmados apenas 190 termos de ajustamento de conduta e expedidas 984 recomendações

Por fim, também no âmbito do Ministério Público Estadual, o último relatório data de 2021 e expõe a instauração de 60.882 inquéritos civis dos quais 72.330 foram finalizados, 78.929 continuavam em andamento, 4.966 termos de ajustamento de conduta firmados e 4.769 recomendações expedidas. Em relação ao procedimento preparatório apontam-se 20.615 novos casos instaurados, 15.403 finalizados, 22.679 ainda em andamento, 163 termos de ajustamento de conduta firmados e 663 recomendações expedidas.

Diante do cenário acima destacado, dentro do novo perfil constitucional do Ministério Público, o modelo resolutivo, que atua no plano extrajurisdicional, como grande intermediador e pacificador da conflituosidade social, é o que deve ser

⁵⁴ O relatório “Ministério Público: um retrato” traz dados da atuação funcional ministerial desde 2019 e encontra-se disponível no portal do CNMP no endereço eletrônico <<https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/mp-um-retrato-2021>>

estimulado para se efetivar a política de solução consensual de conflitos prevista no atual Código de Processo Civil.

Nesse sentido, Cambi e Porto (2019) assinalam que o Ministério Público demandista transfere a resolução da questão controvertida ao Poder Judiciário, limitando a análise individualizada de cada caso. Em contraponto, o agente resolutivo atua de maneira preventiva, não se restringindo ao processo judicial.

É certo que atuação demandista compromete a atuação Ministerial, tornando-a limitada, enquanto a atuação resolutiva é transformadora, ampliando o leque de possibilidades na resolução dos conflitos, notadamente os da sociedade de massa. Evitar a via judicial é medida que se impõe nos tempos atuais, onde a crise do processo é incontestável.

A desjudicialização dos conflitos pelo agente ministerial, por meio de instrumentos legais autorizados como o TAC e a RA, implica em grande transformação social, superando a perspectiva meramente processual de sua atuação e ingressando em uma nova fase, onde são fundamentais os resultados adequados e efetivos da sua atuação funcional alinhando-se, dessa forma, ao sistema de justiça multiportas.

Para que se concretize essa transformação, é essencial que se compreenda o que são os interesses transindividuais e individuais indisponíveis tutelados pelo Ministério Público e, ainda, se tais interesses são passíveis de negociação para, só então, adentrar de fato nos aspectos negociais do Termo de Ajustamento de Conduta e da Recomendação Administrativa. O próximo capítulo se ocupará em tratar desses enfoques.

4 INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

O Estado, ao exercer a função jurisdicional, tem por objetivo a proteção de determinado bem jurídico, lesado ou ameaçado, que pode ser tutelado tanto pela via judicial quanto pela via extrajudicial, desde que esta seja adequada e eficiente.

Conforme anunciado no capítulo anterior, em sua concepção tradicional, o processo civil brasileiro contempla especialmente a proteção de direitos subjetivos individuais, evidenciando a formação individualista de nossa mentalidade jurídica.

Com raízes estabelecidas no Estado Liberal, a manifestação do Direito dentro desse ambiente, objetivava a proteção de interesses estritamente individualistas, notadamente a propriedade que de acordo Fábio Konder Comparato, inspirado nas lições de Rousseau⁵⁵, “considerou esse direito como o mais sagrado de todos os direitos do cidadão, mais importante até que a própria liberdade” (COMPARATO, 1997).

Nesse viés, o Estado só estaria autorizado a atuar na proteção negativa dos direitos individuais e patrimoniais dos jurisdicionados, representando a inércia estatal o melhor mecanismo de proteção de direitos dos cidadãos (ARENHART, 2021, p. 56).

Todavia, diante da necessidade de tutelar os direitos e interesses transindividuais, hoje cristalizados em nosso ordenamento legal, houve um

⁵⁵ Comparato, ao tratar da propriedade privada na civilização burguesa, indaga sobre quais bases éticas a propriedade estaria fundada no Direito Moderno, esclarecendo: “Os inspiradores do constitucionalismo liberal, em particular John Locke, não hesitaram em fundar, doravante, o direito de propriedade privada na exigência natural de subsistência do indivíduo, e na especificação por ele dada a determinada coisa pelo seu trabalho, enquanto força emanada do seu corpo, que representa o que há de mais próprio em cada pessoa. No curso do século XVIII, essa justificativa da subsistência individual e familiar transformou-se na garantia fundamental da liberdade do cidadão contra as imposições do Poder Público. Cuidou-se, doravante, de resguardar a esfera pessoal de cada indivíduo contra as intrusões de outrem, não mais pela religião, mas pelo direito natural, ou pela ideia de contrato social. Rousseau foi, nesse particular, malgrado uma certa contradição nas idéias,¹⁵ o grande maître à penser de sua geração. No Discurso sobre a economia política, publicado na Encyclopédie, considerou certo que o direito de propriedade é o mais sagrado de todos os direitos dos cidadãos e mais importante, de certa forma, que a própria liberdade. É preciso lembrar aqui, insistiu, que o fundamento do pacto social é a propriedade, e sua primeira condição que cada qual se mantenha no gozo tranquilo do que lhe pertence. Em outro escrito, incluído entre os seus Fragmentos Políticos, o grande genebrino chegou mesmo a afirmar que, fundando-se todos os direitos civis sobre o de propriedade, assim que este último é abolido nenhum outro pode subsistir. A justiça seria mera quimera, o governo uma tirania, e deixando a autoridade pública de possuir um fundamento legítimo, ninguém seria obrigado a reconhecê-la, a não ser constringido pela força” (COMPARATO, Fábio Konder. Direitos Humanos: direitos e deveres fundamentais de propriedade. Disponível em <<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/123>>. Acesso em 06 mar. 2023.1997).

redimensionamento do pensamento jurídico e o ideário construído para lidar com direitos subjetivos pertencentes a apenas um indivíduo assumiu outros contornos⁵⁶.

O discurso de outrora se tornou insuficiente frente ao avanço de demandas materiais, alternância do pensamento político e a necessidade de adaptação para a reprodução do modelo econômico⁵⁷ conduziram ao reconhecimento de uma atuação positiva e proativa do Estado, repercutindo diretamente no reconhecimento de direitos substanciais. Nesse ponto, elucidam as lições de Sérgio Cruz Arenhart:

Lançando mão de uma lógica tradicional, os direitos materializados pelo *status negativus* passam a conviver com aqueles que importam em *status positivus* e *activus* do cidadão. Paulatinamente, entende-se que caberia ao jurisdicionado a proteção e a oferta de interesses que, para serem amplamente satisfeitos, demandavam uma conduta estatal mais ativa. Se antes imperava a crença de um Estado pautado pela omissão, reconhece-se que seu agir positivo seria por vezes corolário lógico do “social”, então elevado ao posto de finalidade máxima dos atos da Administração.

Transpondo os olhos ao processo civil, a releitura dos direitos substanciais e da atuação estatal, deu ensejo, como citado, à manifestação de novas roupagens da função jurisdicional. A adoção de caráter ativo pelo Estado fez com que também o juiz – investido do posto de agente público – sofresse uma reconstrução do seu papel. Foi nessa revisão que a jurisdição passou a ser concebida de maneira mais ampla, não se limitando à declaração judicial e englobando a efetiva tutela do direito (ARENHART, 2021, p. 57).

Essa mudança de paradigma, com o reconhecimento de que há interesses cuja titularidade não pode ser individualmente expressa ou reduzida, alargou a visão do operador do direito.

Nesse sentido, Pietro Perlingieri⁵⁸ assevera que o sujeito não é elemento essencial para a existência da situação, podendo existir interesses e, portanto,

⁵⁶ Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna ressaltam as lições de Antonio Manuel Hespanha recordando que o momento precedente à solidificação do Estado Moderno era marcado por um ambiente jurídico rico e pluralista, aceitando-se de forma pacífica a coexistência de diferentes órbitas de autoridade em um mesmo espaço. Arrematam esclarecendo que a própria noção de sujeito era diversa, colocando-se em primeiro plano a coletividade em vez de se preocupar isoladamente com dado indivíduo, indagava-se o papel por ele desempenhado no seio de seus grupos, sendo este o dado central (HESPANHA, 2012 *apud* ARENHART; OSNA, 2021, p. 54).

⁵⁷ Termo utilizado por Vital Moreira que pode ser entendido como o “conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e caracterizam, por este mesmo motivo, uma determinada ordem econômica” (MOREIRA, 2002, p. 05 *apud* ARENHART, 2021, p.56)

⁵⁸ O festejado autor esclarece que o sujeito não é parte imanente da situação subjetiva e que esta última constitui um interesse – ou um centro de interesses mais ou menos complexo -, deve ser ainda especificado em que sentido um sujeito é titular desta situação. A titularidade é a ligação entre situação e objeto. Ela se apresenta sob diversas formas que permitem distinguir, em uma primeira classificação, a titularidade atual daquela potencial, a titularidade ocasional daquela institucional, a titularidade substancial daquela formal (PERLINGIERI, 2002, p. 108).

situações, que são tuteladas pelo ordenamento apesar de não terem ainda um titular (PERLINGIERI, 2002, p. 107).

Ao tratar da titularidade formal e substancial, Pierlingieri ensina que há situações onde a titularidade formal é reconhecida a um sujeito, todavia o conjunto de poderes e faculdades que constituem o seu conteúdo é atribuído a outros (PERLINGIERI, 2002, p. 110). Exemplifica apontando, por exemplo, o direito de propriedade de um bem jurídico de grande valor artístico ou histórico, onde a faculdade do uso e gozo efetivo é atribuído a outros por lei, não podendo o verdadeiro titular dele dispor. A legitimidade para tutelar esses direitos, portanto, ultrapassa a esfera da individualidade.

Desse modo, no que tange à tutela coletiva, quando o direito protegido for coletivo por essência (direitos transindividuais – difusos e coletivos em sentido estrito) ou por opção legislativa (individuais homogêneos), o tratamento das questões jurídicas envolvendo tais direitos deve ser compreendido de maneira ampla para além das questões jurídicas que envolvem a proteção efetiva dos direitos materiais de forma direta, contemplando também o tratamento das questões jurídicas em abstrato⁵⁹.

Em consonância com esse entendimento, Rodolfo de Camargo Mancuso ensina:

A melhor forma de conceituar a tutela coletiva, portanto, passa por considerá-la uma moderna função jurisdicional que se caracteriza, principalmente, por sua especial abrangência, seja por possuir como objeto bens jurídicos propriamente transindividuais (ação coletiva que envolva direitos difusos ou coletivos), seja porque seus efeitos atingem uma coletividade em uma discussão concreta ou abstrata (incidentes de fixação de tese jurídica e controle de constitucionalidade) (MANCUSO, 2019, p. 25).

A tutela coletiva trata-se, portanto, da proteção a bens jurídicos coletivos ou coletivamente considerados, retratada nos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

⁵⁹ Para Mancuso o raciocínio é simples: “quando um tribunal fixa tese jurídica, impõe vinculatidade a todos os julgadores a ele subordinados, de sorte que aquele entendimento, formado em um procedimento específico (incidentes de resolução de casos repetitivos – IRDR e recursos repetitivos – ou de assunção de competência – IA), abarca, ao menos em tese, toda a coletividade. Todos os que tiveram uma relação jurídica que envolva a matéria devem seguir a compreensão dada pelo tribunal, nos limites de sua circunscrição territorial. Da mesma forma, todos os que se submetem ao ordenamento jurídico brasileiro devem seguir o entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado em controle concentrado de constitucionalidade, o qual, inclusive, invalida a norma jurídica impugnada, se concluir pela sua incompatibilidade com o texto constitucional (MANCUSO, 2019, p. 24-25).

Antes, contudo, de trazer as distinções entre as modalidades de direitos e interesses coletivos *lato sensu*, optou-se por trazer a diferenciação entre as terminologias direitos e interesses passando, na sequência, a uma breve análise dos termos interesse público, social e coletivo para então tratar dos direitos e interesses transindividuais propriamente ditos e, por fim, examinar as possibilidades de negociabilidade dos interesses ditos indisponíveis.

4.1 TERMINOLOGIA: DIREITOS OU INTERESSES

A distinção entre direitos e interesses é uma das dificuldades enfrentadas para a compreensão do bem jurídico protegido pelo direito coletivo. Não obstante as expressões “direito” e “interesses” guardem sintonia entre si, afigura-se oportuno destacar a importância de sua distinção, especialmente porque se trata de um ambiente acadêmico.

Josef Hubert Bernhard Windscheid definiu o direito subjetivo como sendo um poder da vontade atribuído pelo ordenamento jurídico considerando, inicialmente, a vontade individual como mola propulsora do direito. No entanto, em decorrência de diversas críticas⁶⁰ enfrentadas, Windscheid ponderou que não se trata da vontade individual, mas da vontade do ordenamento jurídico.

Rudolf Von Ihering⁶¹, por sua vez, sustentou que o direito subjetivo é apenas um interesse juridicamente protegido, utilizando-se da expressão “interesse” em sentido amplo para se referir a interesse moral, econômico, afetivo. Ihering foi criticado sob o fundamento de que teria confundido a natureza desse direito com a finalidade a que se vincula, submetendo-o à consciência individual, enquanto o direito objetivo leva em conta os interesses sob a ótica do bem comum.

Clóvis Couto e Silva (2011) pondera que as críticas feitas por Ihering às concepções de Windscheid a respeito do direito subjetivo como poder da vontade,

⁶⁰ A teoria de Windscheid foi impugnada levando em conta, dentre outros, alguns argumentos: 1) pode-se deixar de exercer um direito sem perder a faculdade de vir a fazê-lo; 2) os incapazes e as pessoas jurídicas têm direitos mas não tem vontade (os incapazes têm capacidade de direito mas não de fato); 3) há pessoas que podem ignorar serem titulares de um direito (dementes, ausentes).

⁶¹ De acordo com Fernando Augusto Sormani Barbugiani Nesta definição, identificam-se os seus elementos substanciais (a utilidade prática, a vantagem ou o interesse propriamente dito) e formais (a proteção do direito, o meio disponibilizado, a tutela jurídica) (BARBUGIANI, 2017, p. 42).

representaram o surgimento de um novo clima de ideias, com base num vigoroso ataque às teorias individualistas e subjetivistas.

Aliás, referido doutrinador alerta que uma das grandes dificuldades para o exame dos conceitos jurídicos está na circunstância de que cada autor pretende criar uma teoria e uma nomenclatura próprias, enfatizando as dificuldades na compreensão dos conceitos a exemplo que Hellwig, para quem o direito de ação é o que determinados autores denominam de pretensão à tutela jurídica⁶² (COUTO E SILVA, 2011).

Na tentativa de conciliar as doutrinas de Windscheid e Ihering, George Jellinek destacou que “direito” é o interesse tutelado pela lei mediante o reconhecimento da vontade individual.

Para Hans Kelsen (1999, p. 119), o conceito de direito em sentido subjetivo antepõe a pretensão ou titularidade ao dever jurídico, considerando o sujeito jurídico em primeira linha como sujeito de pretensões jurídicas e só em segunda linha como sujeito de deveres. Para Kelsen, o direito ou pretensão de um indivíduo é o “dever do outro ou dos outros” de se conduzir por determinada maneira em face de um outro indivíduo (KELSEN, 1999, p. 99).

Em outra perspectiva, Paul Langheinechen, adotando o conceito criado por Wach em relação à pretensão da tutela jurídica, descreve o aparecimento do conceito de interesse como requisito da pretensão à tutela jurisdicional ou do direito (LANGHEINECHEN, 1899, p. 21, nota 1 *apud* COUTO E SILVA, 2011). Para ele o interesse seria o pressuposto da existência do direito subjetivo, mas não se configuraria como direito subjetivo.

Nessa toada, elucidativas são as lições de Couto e Silva:

Muito embora não fosse como exercício de um direito subjetivo privado, todavia reconhecia que o direito à ação, à semelhança do direito subjetivo, devia ter como pressuposto um interesse

⁶² Couto e Silva (2011): Ver Werner Niese, *Doppeliunktionelle Prozesshandlungen*, Göttingen, 1950, p. 26. É interessante mencionar que K. Hellwig esclarece que preferiu expressão “direito de ação” (Klagrecht) a de “pretensão” (Anspruch), porque este conceito já existe no direito material e no processo, e não seria adequado usar de novo o mesmo termo pretensão com um outro significado (K. Hellwig, *Anspruch und Klagrecht*, § 23, Leipzig, 1900, § 23, Leipzig, 1924, p. 154). Observe-se porém, que K. Hellwig procura distinguir entre o “direito de ação” e a “pretensão”, uma vez que esta seria o objeto de que se exigiu e aquela o meio. Essa distinção foi adotada, com maior rigor, por Pontes de Miranda (*Tratado das Ações*, vol. I, São Paulo, 1970, p. 48) ao afirmar a “ação é, existe antes de ser exercida pela dedução em juízo e antes, portanto, de qualquer invocação da pretensão à tutela jurídica”

juridicamente protegido. Surgiu daí a sua categoria fundamental: o “interesse na tutela jurídica”. Analisando os pressupostos da existência da pretensão à tutela jurídica ou do direito de ação, distinguiu entre requisitos de natureza fática e de natureza jurídica. O primeiro seria o fundamento objetivo, concreto, do direito de ação, o interesse jurídico objetivamente fundamentado. A sua existência constituiria uma *quaestio iacti*. O requisito de natureza jurídica estaria no reconhecimento geral pelo direito objetivo do interesse na tutela jurídica. A sua constatação seria, pois, uma *quaestio iuris*. Em outros termos, o requisito de natureza fática seria o que denominam alguns autores de interesse processual; e o de natureza jurídica, a possibilidade do pedido em razão das disposições do ordenamento jurídico (COUTO E SILVA, 2011).

Luiz Fernando Bellinetti (2003) define interesse como a relação de reciprocidade entre um indivíduo e um objeto correspondente a uma determinada necessidade daquele. Dito de outra forma, é a ideia de relação entre um ente que experimenta uma necessidade e aquele que é capaz de satisfazê-la, numa relação de complementariedade.

Em alusão à Kelsen⁶³, Bellinetti (2000) defende que o interesse passa a significar as vantagens e desvantagens que a criação ou aplicação da norma podem trazer ao titular do poder ou do dever.

⁶³ Luiz Fernando Bellinetti esclarece que o conceito de legitimidade sofre grave modificação, quando o mestre de Viena faz a distinção entre o sujeito de um dever jurídico e o sujeito de um poder jurídico (BELLINETTI, 2000). Kelsen (1999, p. 118), por sua vez, ensina: “É sujeito jurídico, segundo a teoria tradicional, quem é sujeito de um dever jurídico ou de uma pretensão ou titularidade jurídica (*Berechtigung*). Se por titularidade jurídica (*Berechtigung*) se entende não o simples direito reflexo - complicado num dever jurídico -, mas o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, quer dizer, o poder de intervir na produção da decisão judicial, isto é, da norma individual através da qual é ordenada a execução da sanção como reação contra o não-cumprimento do dever, e se se tem em conta que os sujeitos de um poder jurídico, isto é, do poder (competência) de criar ou aplicar normas jurídicas, não são de modo algum designados sempre como sujeitos-de-direito (*Rechts-Subjekte*), torna-se aconselhável limitar o conceito de sujeito jurídico (*Rechtssubjekt*) ao de sujeito de um dever jurídico e distinguir o conceito de sujeito de um dever jurídico do de sujeito de um poder jurídico. Na medida em que, na linguagem jurídica tradicional, a função de criação ou aplicação das normas jurídicas é atribuída à comunidade jurídica, o conceito de sujeito do poder jurídico coincide com o de órgão jurídico. Aqui deve ter-se em conta que a afirmação de que um indivíduo é sujeito de um dever jurídico, ou tem um dever jurídico, nada mais se significa senão que uma determinada conduta deste indivíduo é conteúdo de um dever pela ordem jurídica estatuído, quer dizer: que a conduta oposta é tornada pressuposto de uma sanção; e que, com a afirmação de que um indivíduo é sujeito de um poder jurídico, de uma faculdade (poder) ou competência, ou de que tem um poder jurídico, faculdade ou competência, nada mais significa senão que, de acordo com a ordem jurídica, são produzidas ou aplicadas normas jurídicas através de determinados atos deste indivíduo ou que determinados atos deste indivíduo cooperam na criação ou aplicação de normas jurídicas. Num conhecimento dirigido às normas jurídicas não são tomados em consideração – nunca é demais acentuar isto - os indivíduos como tais, mas apenas as ações e omissões dos mesmos, pela ordem jurídica determinadas, que formam o conteúdo das normas jurídicas. Quando se diz: um indivíduo, como órgão jurídico, cria ou aplica o Direito, um indivíduo, como sujeito jurídico, observa ou viola o Direito, o que com isso se faz é, apenas, dar expressão, numa linguagem personalística, à distinção funcional que existe entre dois tipos diferentes de conduta humana determinados pela ordem jurídica”.

Fernando Augusto Sormani Barbugiani (2017, p. 43) entende que interesse jurídico é aquele que passa por um processo de apreensão principiológica, sua valoração se desprende do indivíduo e migra para a norma (valoração predeterminada), alterando-se sua noção de vantagem possível frente ao ordenamento jurídico.

Para Pietro Perlingieri (2002, p. 31) interesse é a relação entre um sujeito e um bem (interesse em sentido subjetivo), contrapondo-se à concepção objetiva (ou normativa) de interesse, considerada como a exigência de bens ou valores para realizar ou proteger, graduados hierarquicamente, em uma sociedade e um ordenamento jurídico.

Na esfera coletiva, a previsão legal de direitos e interesses vem disciplinada no artigo 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, que almejou destacar as características mais notórias das pretensões tuteladas.

Em que pese tal previsão legal, observa-se que não há distinção específica sobre as terminologias, sendo ambos os vocábulos utilizados como sinônimos. Sabe-se, entretanto, que a dimensão alcançada na tutela coletiva mostra a insuficiência do conceito de direito subjetivo, razão pela qual passou-se a utilizar a expressão “interesses” para substantivar as aspirações materiais que transcendem as individuais (VENTURI, 2010). Sobre o tema, anota Elton Venturi⁶⁴:

O *preconceito* quanto a qualificação de tais aspirações como efetivos *direitos subjetivos* deriva de justificativas de ordem subjetiva, objetiva e formal: *subjetivamente*, nega-se aos interesses meta-individuais a qualificação de *direitos* em virtude de ser impossível imputar uma titularidade individual e exclusiva a certas aspirações pertinentes a todo o corpo social ou a parcelas deste; *objetiva e formalmente*, a referida negativa se deve em função da natureza marcadamente extrapatrimonial das pretensões meta-individuais (na medida em que não são economicamente *apropriáveis* por ninguém, individualmente), sem expresse reconhecimento quanto a sua *existência*, até algum tempo atrás, por parte dos ordenamentos jurídicos (VENTURI, 2010).

⁶⁴ É de bom alvitre esclarecer que sob uma ótica eminentemente liberal-individualista, compreendem-se os motivos pelos quais reservou-se as pretensões metaindividuais a qualificação de *interesses difusos* ou *interesses coletivos*: se o *direito subjetivo* somente pode ser identificado como *interesse juridicamente protegido*, na consagrada fórmula de Ihering, ou como *poder da vontade individual, reconhecido e tutelado pela ordem jurídica*, conforme a clássica concepção de Savigny, carecendo as aspirações difusas e coletivas reconhecimento legislativo, nem sendo oponíveis *erga omnes* por titulares concretamente individualizáveis, não mereceriam ostentar o *status* de genuíno *direito subjetivo* (VENTURI, 2010).

O diálogo apresentado entre os doutrinadores nos mostra a dificuldade em definir com segurança os termos “direitos” e “interesses”, mostrando-se mais apropriada, todavia, a utilização do vocábulo interesses quando se tratar da tutela coletiva *lato sensu*. Mesmo porque, é de fácil constatação que o legislador privilegiou ambas as locuções, tornando-as equivalentes como se nota no CDC⁶⁵, na LACP⁶⁶ e na própria CF⁶⁷.

4.2 INTERESSE PÚBLICO, SOCIAL E COLETIVO

A tutela jurisdicional coletiva consubstancia-se na resolução de conflitos que envolvem uma multiplicidade de sujeitos, os quais compõe um grupo ou uma coletividade, e existem no contexto de uma relação jurídica titularizada por uma sociedade, não por indivíduos isoladamente considerados. O processo coletivo é técnica que o ordenamento jurídico coloca à disposição da sociedade para obter a tutela dos direitos materiais violados no contexto de litígios coletivos.

Para que se entenda o contexto da proteção jurídica dada às demandas e interesses coletivos, é preciso voltar no tempo, rememorando as lições de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 49-50) ao tratarem das ondas renovatórias de acesso à justiça, notadamente ao esclarecerem que os direitos transindividuais não se enquadravam na concepção tradicional do processo civil, com escopo voltado aos interesses eminentemente individuais.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

IV. – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

⁶⁷ 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.

Diante desse contexto, a dicotomia entre o interesse público e o privado precisou ser enfrentada. A utilização da expressão “*interesse público*” para caracterizar indistintamente interesses do Estado, sociais, indisponíveis, da coletividade, coletivos e difusos tornou-se equivocada, demonstrando a necessidade de ser estabelecida uma disciplina processual própria.

O legislador, ao definir os interesses transindividuais (coletivos *lato sensu*), alocou tais interesses numa zona intermediária entre o interesse individual e o interesse público, não havendo consenso doutrinário se a noção de interesse público tem sido utilizada, predominantemente, para alcançar o interesse de proveito social ou geral, diga-se: da coletividade como um todo.

Quanto ao interesse social Mauro Cappeletti (1998, p. 11) ensina que o efetivo acesso à justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação, arrematando:

A defesa em juízo destes “super direitos” por meio de uma ação individual não se mostrou eficiente, e tampouco razoável, pois, de um lado, figurava um indivíduo, e do outro, na maioria das vezes, uma grande empresa. Assim, o abismo de capacidade técnica e econômica do indivíduo em comparação com a parte integrante do pólo passivo da ação fez com que fosse necessária a adoção legal pelo regime da legitimação extraordinária (CAPPELETTI, 1977, p. 128-159).

É certo que num Estado Democrático colima-se alcançar o interesse da sociedade⁶⁸. Todavia, a crítica que se faz é de uma interpretação equivocada da clássica dicotomia entre interesse público e privado.

Em consonância com esse entendimento, Perlingieri acena a dificuldade em substanciar a natureza pública e privada dos interesses, na medida em que é necessário distinguir a esfera do interesse dos particulares daquela afeta ao interesse público, sem perder de vista que hodiernamente torna-se difícil individuar um interesse

⁶⁸ Segundo Hugo Nigro Mazzilli o Estado, ao tomar decisões no suposto benefício de todos, não raro confronta seus interesses com os dos indivíduos. Nesse sentido, o interesse público consiste na contraposição do interesse do Estado ao do indivíduo (como no Direito Penal, que opõe o *ius puniendi* do Estado ao *ius libertatis* do indivíduo); por outro lado, o interesse privado consiste na contraposição entre os indivíduos, em seu inter-relacionamento (como nos contratos celebrados na forma do Direito Civil) (MAZZILLI, 2012, p. 47).

particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse público, notadamente pela presença dos interesses coletivos.

De acordo com o jurista italiano, a concepção de interesse público pode ser traduzida pela síntese e atuação equilibrada dos valores das pessoas consociadas na unidade de seus direitos, como titulares de um igual *status personae* (PERLINGIERI, 2002, p. 285).

Para Hugo Nigro Mazzilli (2012) não raras vezes a expressão “interesse público” é utilizada para alcançar também os chamados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo, os interesses da coletividade e, ainda, os interesses coletivos ou difusos. Anota o doutrinador:

[...] o próprio legislador não raro abandona o conceito de interesse público como interesse do Estado e passa a identifica-lo como o bem geral, ou seja, o interesse geral da sociedade ou o interesse da coletividade como um todo. [...] nos últimos anos, tem-se reconhecido que existe uma categoria intermediária de interesses que, embora não sejam propriamente estatais, são mais que meramente individuais, porque são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas, como os moradores de uma região quanto a questões ambientais comuns, ou os consumidores de um produto quanto à qualidade ou ao preço dessa mercadoria (MAZZILLI, 2012. p. 48).

Num esforço para diferenciar os interesses público e social, a doutrina apresenta os conceitos de interesse público primário e secundário onde o primeiro representa os interesses gerais e imediatos do povo e o segundo representa os interesses da Administração (o Estado como pessoa jurídica).

Neste (interesse público secundário) o Estado desempenha papel principal, escolhendo como relevantes as demandas que estão sob sua proteção como políticas públicas, prestação de serviços públicos, etc., que são considerados como de interesse ou utilidade geral e podem conflitar com os interesses coletivos *lato sensu*⁶⁹.

Como já foi apontado antes⁷⁰, Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 60-61) entende que o interesse público está ligado ao interesse de um todo, de um conjunto social, sendo portanto, a dimensão pública dos interesses individuais. Esse

⁶⁹ Nesse ponto, remete-se à leitura de Barbugiani que esclarece: “para a consumação da política pública de geração de energia para a sociedade (utilidade pública inegável), a construção de uma hidrelétrica poderá gerar um dano ambiental imensurável. Acaso disto derive uma demanda, teremos um interesse público (geração de energia) contra um interesse difuso (proteção ao meio ambiente) (BARBUGIANI, 2017, p. 53).

⁷⁰ Vide fls. 53)

interesse, porém, não pode ser confundido como interesse exclusivo do Estado, considerando este possui interesses próprios que lhe são particulares, concorrendo com todos os demais sujeitos de direito.

O interesse do Estado, portanto, não coincide necessariamente com o bem geral da coletividade. Por isso Renato Alessi entendeu oportuno fazer a distinção entre interesse público primário (o bem geral) atribuindo-lhe o interesse social ou da coletividade como um todo, e interesse público secundário, sendo este o modo pelo qual os órgãos da Administração veem o interesse público (trata-se aqui do próprio exercício de gestão, são interesses particulares do próprio Estado) (MAZZILLI, 2012, p. 49).

Edilson Vitorelli (2018), por sua vez, defende que interesse público busca a implementação de direitos que estão sob a responsabilidade do Estado, não apenas para as partes, mas para todos os indivíduos que integram a sociedade.

Pinho e Porto (2021, p. 138-139), que trilham o mesmo posicionamento de Mancuso⁷¹ (2004, p. 29), ponderam que a noção de interesse público passa pela de Estado que enxerga o bem geral como interesse primário e o modo como a Administração enxerga o bem geral como interesse secundário. No que tange ao interesse social, os autores atribuem como sendo tanto um interesse da sociedade como o interesse de determinada pessoa jurídica, asseverando, entretanto, que sob a ótica da tutela coletiva deve ser entendido como o desejo da maioria da sociedade civil.

À guisa de conclusão, observa-se a dificuldade conceitual enfrentada pela doutrina. Pensa-se, entretanto, que o interesse coletivo defendido melhor se aproxima da concepção dada ao interesse público primário, evidenciado pelo bem geral e interesse social almejado.

⁷¹ De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso: “É importante se ter presente que expressões do gênero – “interesse público/geral/ social”; “erário”; “patrimônio público”; “fazenda pública” – devem ser interpretadas segundo o *núcleo essencial* que lhes aproxima os conceitos, a saber, a nota comum da defesa da *causa pública*, e, não, de modo a privilegiar o aspecto literal, gramatical (*littera occidit, spiritus vivificat*). Até porque, de certo modo, aí se cuida de “conceitos jurídicos indeterminados”, a terem os seus conteúdos preenchidos *in concreto*, à semelhança do que ocorre em outros ramos de Direito, por exemplo, no *penal*: “raptar *mulher honesta* (art. 219, CP) ou, no *administrativo*: contratação direta pela *singularidade do objeto*, ou por *notória especialização*”. Como adverte José Carlos Barbosa Moreira: “Na fixação dos conceitos juridicamente indeterminados, abre-se ao aplicador da norma, como é intuitivo, certa margem de liberdade. Algo de subjetivo sempre haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolva, conforme ocorre com frequência, a formulação de juízos de valor” (MANCUSO, 2004, p.19).

4.3 MODALIDADES DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

A evolução da tutela jurisdicional dos direitos transindividuais no Brasil ocorreu de maneira discreta. Odoné Serrano Junior (2011, p. 17) aponta que as primeiras expressões remontam à Lei 2, §34, do Digesto L. 43, Tit. 13 e à Lei 1 do Digesto L. 43, Tit. 13, datadas do período Imperial e início da República, que admitiam a iniciativa de qualquer um do povo para demandar interditos possessórios, embargos ou nunciação de obra nova, em face de usurpação de terrenos baldios, logradouros ou em face de obra prejudicial a lugar público.

Seguiram-se outras espécies normativas para tratar dos interesses transindividuais, podendo ser citado o Decreto 2.691/1860, onde qualquer do povo ou o Ministério Público poderiam postular a dissolução de associações que promovessem fins ilícitos ou se serviram de meios ilícitos ou imorais⁷² e o objeto da demanda era proteger judicialmente um interesse da coletividade como um todo (SERRANO JUNIOR, 2011, p. 17).

Sobreveio a Constituição de 1934 trazendo a figura da Ação Popular. Em 1950 houve a edição da Lei nº 1.134 que estabeleceu a outorga de legitimidade para associações de classe postular tutela jurisdicional coletiva de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos individuais de seus associados.

Na sequência veio a Lei nº 3.052/1958 (que previa a impugnação do enriquecimento ilícito), a Lei nº 4.215/1963 (antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) que estabeleceu a previsão de representar os interesses gerais da classe.

Em 1965 foi regulamentada a Ação Popular pela Lei nº 4.717 até culminarmos com a edição da Lei nº 5.869/1973 (Código de Processo Civil).

Nesse contexto, o CPC de 1973 foi estruturado a partir da clássica divisão da tutela jurisdicional em tutela de conhecimento, execução e cautelar. Esse sistema foi moldado para atender à prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado, uma vez que a regra previa que “ninguém pode pleitear em nome próprio direito alheio” (art. 18) (ZAVASCKI, 2016). Não havia a previsão específica para a tutela de direitos e

⁷² Seriam espécies do gênero Ação Popular.

interesses transindividuais, de titularidade indeterminada, ora nominados direito difusos e coletivos.

Até meados da década de 70, portanto, o processo civil pátrio estava fortemente arraigado a uma base individualista. Em outras palavras, o processo civil tradicional – baseado, puramente, no modelo de declaração de direitos subjetivos entre “Tício e Caio” – não se enquadrava ao esquema dos direitos pertencentes a uma coletividade de pessoas.

José Carlos Barbosa Moreira, acompanhado por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Valdemar Mariz de Oliveira Júnior, iniciaram o movimento de discussão e distinção entre direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (JUNIOR, 2011, p. 20), conforme elucidam as lições de Ada Pellegrini Grinover:

O estudo dos interesses coletivos ou difusos surgiu e floresceu na Itália nos anos setenta. Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker anteciparam o Congresso de Paiva de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados. [...] o direito processual brasileiro partiu dos exercícios teóricos da doutrina italiana dos anos setenta, para construir um sistema de tutela jurisdicional dos interesses que fosse imediatamente operativo (GRINOVER, 2000, p. 9-10).

Na Europa Continental e no Brasil, as principais alterações do paradigma individualista do ordenamento jurídico ocorreram na década de 70, especialmente com os trabalhos e conferências de Mauro Cappelletti, surgindo a consciência de que a defesa judicial dos interesses de grupos apresentava peculiaridades: como cuidar da representação ou da substituição do grupo lesado? Como estender a coisa julgada para além das partes formais do processo? Como repartir o produto da indenização entre lesados indetermináveis? Como assegurar a presença de todo o grupo lesado nos processos coletivos destinados à composição e decisão de tais conflitos (MAZZILLI, 2012, p. 48).

Cappelletti buscou meios que visavam um adequado, equitativo e isonômico acesso à justiça. A premissa se conecta à segunda onda renovatória, para usar a

metáfora de Cappelletti e Garth (1988, p. 49-67), que cuidou da necessidade de reformas à juridicização dos interesses coletivos ou grupais.

Assim, a segunda onda de reformas pretendeu superar a barreira do acesso à justiça relacionada à representação dos direitos difusos ou grupais. Como já referido, o processo civil clássico não encontrava solução nesses casos. Nesse compasso, a segunda medida desse movimento reconsiderou a noção tradicional do processo civil individualista para uma concepção dita social, isto é, coletiva.

Essa nova realidade material desafiou a intervenção do processo civil. É nesse sentido que quando se pensa, por exemplo, nos direitos difusos e nos direitos coletivos em sentido estrito, não resta maior dúvida de que existem categorias que ensejam uma nova espécie de direito material, ou, ao menos, uma nova forma de enxergar o direito material. A partir disso, os direitos individuais homogêneos também representariam uma categoria de direitos difusos ou coletivos. Em outros termos, os direitos individuais homogêneos não se confundiriam, portanto, com uma mera soma de direitos individuais.⁷³

Desse modo, os direitos transindividuais se classificariam entre aqueles essencialmente transindividuais, que ostentariam a natureza coletiva, dispondo de uma indivisibilidade em relação ao seu objeto, nos quais se encontram os direitos difusos e os direitos coletivos em sentido estrito, que, por sua vez, diferenciar-se-iam de outros direitos denominados acidentalmente coletivos. Nestes, isto é, individuais homogêneos, embora possuíssem natureza individual, dispondo de uma indivisibilidade em relação a seu objeto, seria possível dar a cada um uma parte, mas seriam tutelados coletivamente por razões de política legislativa.

Percebe-se, assim, que os direitos essencialmente transindividuais sempre terão esta indivisibilidade, essa base de grupo, que lhe é natural. É diferente do que ocorre nos direitos individuais homogêneos, como, por exemplo, em uma contaminação de um rio que atinge diferentes famílias de maneira igualmente distintas.⁷⁴

⁷³ Conforme Gustavo Osna, em aula de Tutela dos Direitos Individuais Homogêneos, do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direitos Difusos e Coletivos, oferecido pela Faculdade CERS, na modalidade de educação à distância, em parceria tecnológica com o Curso CEI.

⁷⁴ Conforme Júlio Azevedo, em aula de Teoria do Processo Coletivo, do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direitos Difusos e Coletivos, oferecido pela Faculdade CERS, na modalidade de educação à distância, em parceria tecnológica com o Curso CEI.

Nesse panorama, a classificação dos interesses em essencialmente coletivos ou acidentalmente coletivos se relaciona com a distinção ontológica que posiciona os direitos ou interesses difusos e coletivos de um lado, e os individuais homogêneos de outro. Tanto os direitos ou interesses difusos e coletivos versam sobre objetos indivisíveis e, ao menos em princípio, titulares indeterminados.

Constitui-se, pois, em uma transindividualidade real ou material, de modo que são chamados de direitos ou interesses essencialmente coletivos. Noutra flanco, os direitos ou interesses individuais homogêneos versam sobre objeto divisível e titulares determináveis e, em vista disso, são chamados de direitos ou interesses acidentalmente coletivos.

Vale ressaltar que nos direitos ou interesses difusos a indeterminabilidade dos titulares é absoluta, isto é, a individuação é impossível, ao passo que, nos direitos ou interesses coletivos é relativa, uma vez que possível a identificação de seus titulares. De outra banda, nos direitos ou interesses individuais homogêneos seus titulares são determináveis, ou seja, a indeterminabilidade é relativa. (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2020, p. 36-38).

Os interesses difusos são caracterizados e conceituados como interesses indivisíveis pertencentes a um grupo indeterminado de pessoas, ligados entre si, por circunstâncias de fato, nos termos do art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor⁷⁵.

Essa previsão apresenta os principais componentes, os elementos estruturantes dos direitos difusos, como a indivisibilidade do objeto, a indeterminação dos sujeitos e o fator de agregação dos sujeitos por circunstância de fato.

Ademais, é de se ressaltar, para bem salientar isto, que a situação de fato na defesa dos direitos difusos consubstancia o liame fático, e não jurídico da questão em apreço.

Os interesses coletivos *stricto sensu*, por sua vez, são aqueles pertencentes a um grupo, categoria ou classe determinada ou determinável de pessoas, ligados

⁷⁵ 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.

entre si ou com a parte contrária por uma chamada relação jurídica base, que configuram as características desses direitos ou interesses, de acordo com o art. 81, parágrafo único, inciso II, da legislação consumerista⁷⁶.

Como se viu, há determinabilidade dos sujeitos titulares do objeto da ação, tal como um grupo, uma associação, um sindicato, uma classe, ou seja, uma determinada parcela da população detentora de uma pretensão comum.

Assim como nos direitos difusos, esses direitos seguem impassíveis de divisão. Desse modo, os efeitos da decisão nos direitos coletivos em sentido estrito restam limitados ao grupo, a categoria ou a classe envolvida naquele direito. Em outras palavras, a coisa julgada terá efeitos⁷⁷ *ultra partes*, mas limitada a uma categoria, um grupo, uma classe⁷⁸.

A relação jurídica pode ser formada entre si (como, por exemplo, advogados que se inscrevem na Ordem dos Advogados do Brasil) ou com a parte contrária (como, por exemplo, os contribuintes de determinado imposto).

Nada obstante, é de se ressaltar que não há obrigatoriedade de associação no Brasil. Assim, é possível que, mesmo não sendo associado, o indivíduo seja titular de direitos ou interesses que apenas pode ser usufruído enquanto grupo. Para mais, a formação de tal grupo pode ser anterior a lesão.

⁷⁶ Prevê o citado dispositivo legal: 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: (...) 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.

⁷⁷ No contexto dos direitos difusos, a indivisibilidade do objeto confere à coisa julgada, nos direitos difusos, efeitos *erga omnes*, ou seja, alcançará a todos, independentemente de participaram ou não no processo, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente equilibrado, a defesa contra publicidade enganosa, a garantia a serviços de saúde adequados. A despeito do tema, veja-se o art. 103 do CDC: 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; § 1º 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.

⁷⁸ Eis a redação do Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: (...) 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; § 1º 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.

Por fim, os interesses individuais homogêneos, conforme a dicção do art. 81, parágrafo único, do CDC, são os direitos subjetivos individuais com um traço de identidade, de homogeneidade, na sua origem, *in verbis*:

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:

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Nesse sentido, em razão de sua natureza se observa que há determinabilidade dos titulares. Ademais, há identidade de sua origem, ou seja, uma comunhão de origem, que pode ser uma situação fática ou jurídica em comum. Finalmente, verifica-se que os interesses individuais homogêneos são divisíveis.

Além dos requisitos legais outrora mencionados, “a doutrina e jurisprudência tem exigido um quarto: que seja recomendável o tratamento conjunto dos direitos ou interesses individuais em razão da utilidade da tutela coletiva” (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2020, p. 33). Em outros termos, a recomendabilidade de tratamento conjunto não apenas é admitida como também incentivada.

Por fim, em relação à coisa julgada, é interessante destacar o inciso III, do artigo 103, do CDC, em conjunto com o respectivo § 3º. Veja-se:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: (...)

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. (...)

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

Vale ressaltar que, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp. 1.302.596/SP, em 09.12.2015, entendeu que em sendo procedente a sentença fará coisa julgada *erga omnes* e qualquer consumidor pode se habilitar na liquidação e promover a execução, provando o dano sofrido; em sendo improcedente, os interessados individuais que não tiverem intervindo no processo coletivo como litisconsortes (art. 94 do CDC) poderão propor ação de indenização a

título individual, mas não cabe repropositura de nova ação coletiva mesmo que por outro legitimado coletivo⁷⁹.

Pode-se dizer, em síntese que: 1) Os direitos difusos e coletivos são transindividuais, indivisíveis, com titulares indetermináveis (difusos) ou determináveis (coletivos), sendo, por isso mesmo, tutelados em juízo invariavelmente em regime de substituição processual, por iniciativa dos órgãos e entidades indicados pelo sistema normativo, entre os quais o Ministério Público, que tem, nessa legitimação ativa, uma de suas relevantes funções institucionais (CF art. 129, III); 2) Os direitos individuais homogêneos pertencem à categoria dos direitos subjetivos⁸⁰, são divisíveis, tem titular determinado ou determinável e em geral são de natureza disponível. Sua tutela jurisdicional pode se dar (a) por iniciativa do próprio titular, em regime processual comum, ou (b) pelo procedimento especial da ação civil coletiva, em regime de substituição processual, por iniciativa de qualquer dos órgãos ou entidades para tanto legitimados pelo sistema normativo; 3) Segundo o procedimento estabelecido nos artigos 91 a 100 da Lei 8.078/90, aplicável subsidiariamente aos direitos individuais homogêneos de um modo geral, a tutela coletiva desses direitos se dá em duas distintas fases: uma, a da ação coletiva propriamente dita, destinada a obter sentença genérica a respeito dos elementos que compõem o núcleo de homogeneidade dos

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Recurso Especial nº 1.302.596/SP**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Relator para acórdão: Ricardo Villa Bôas Cueva, 09/12/2015. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271302596%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271302596%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271302596%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271302596%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em 21 set. 2021.

⁸⁰ Destaca-se, contudo, que esse entendimento não é uníssono na doutrina. Luiz Fernando Bellinetti (2000) defende que no caso dos direitos individuais homogêneos, embora o interesse, em sua essência, constitua uma utilidade indivisa, pode concretamente ser utilizado e fracionado no âmbito dos direitos subjetivos individuais dos componentes do grupo ao qual o interesse tem pertinência. O autor esclarece previamente, que seu entendimento é diverso do que prevalece quase pacificamente na doutrina, no sentido de que seria hipótese de interesses individuais defendidos através de substituição processual. A fim de espancar dúvidas quanto ao seu posicionamento, vale transcrever as lições do autor: “A meu ver os interesses individuais homogêneos são interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permite serem tratados englobadamente e de forma indivisa por derivarem de uma origem comum, sendo absolutamente importante ressaltar que não se confundem com os interesses individuais das pessoas componentes do grupo, pois o seu objeto é que seja cumprido o dever jurídico de recomposição dos interesses individuais de todos os prejudicados pela atividade danosa, conforme o esquema de relação jurídica de direito material anteriormente referido. Em minha perspectiva, o descumprimento do dever jurídico de respeito a determinado interesse difuso ou coletivo poderá gerar lesões individuais. A síntese (e não a soma) destas lesões comporá o interesse individual homogêneo, onde não se pede propriamente a indenização de cada um, mas sim que seja cumprido o dever jurídico de indenizar (*recompor*) todos os prejudicados. A grosso modo, a ação visando a defesa de interesse individual homogêneo efetivamente pode ser vista como a *damage class action* brasileira, porém entendendo-o como um autêntico interesse coletivo “*lato sensu*”, em que a legitimidade para agir é derivada da lei, sem cogitar-se da figura da substituição processual.

direitos tutelados (*an debeatur, quid debeatur e quis debeatur*); e outra, caso procedente o pedido na primeira fase, a da ação de cumprimento da sentença genérica, destinada (a) a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= a margem de heterogeneidade dos direitos homogêneos, que compreende o *cui debeatur* e o *quantum debeatur*), bem como (b) a efetivar os correspondentes atos executórios (BRASIL, 2014)⁸¹.

Conforme destacou-se, cumpre ao Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, identificar situações em que a ofensa a direitos individuais homogêneos compromete também interesses sociais qualificados, sem prejuízo do posterior controle jurisdicional a respeito. Cabe ao Judiciário⁸², com efeito, a palavra final sobre a adequada legitimação para a causa e, por se tratar de matéria de ordem pública, dela pode o juiz, inclusive, conhecer de ofício (CPC, art. 267, VI e § 3º, e art. 301, VIII e § 4º).

Registre-se, por fim, que a definição legal dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos é fornecida pelo art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o qual empregou critérios para diferenciar as espécies de direitos transindividuais.

Nada obstante, destaca-se o entendimento de Edilson Vitorelli, que propôs uma nova categorização desses direitos, para quem os litígios coletivos se dividiriam em litígios de difusão global, litígios de difusão local e litígios de difusão irradiada.

Essa classificação parte não do direito material, mas sim do próprio processo, com base em dois indicadores, isto é, a complexidade (variabilidade de possibilidades de tutela daquele direito material) e a conflituosidade (grau de desacordo que existe

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 631.111/GO. Relator: Min. Teori Zavascki, 06 e 07/08/2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral3606/false>>. Acesso em 21 set. 2021.

⁸² Não se pode olvidar que o Supremo Tribunal Federal viu por bem firmar a distinção entre direitos essencialmente coletivos e acidentalmente coletivos; as fases da tutela dos direitos individuais homogêneos: a) sentença genérica (núcleo de homogeneidade); b) liquidação e cumprimento das sentenças individuais (margem de heterogeneidade); o interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos dos titulares do seguro obrigatório DPVAT; e, ainda, a legitimidade do Ministério Público, o que, de conseqüente, ensejou o cancelamento da Súmula 470-STJ. Recurso Especial nº 858.056/GO. Relator: Min. Marco Buzzi, 27/05/2015. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@n um=%27858056%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%27858056%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@n um=%27858056%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27858056%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em 21 set. 2021. No mesmo sentido: STJ. 2ª Seção. REsp 858.056/GO, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 27/05/2015. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção).

na sociedade titular do direito). Em resumo: os litígios globais são os litígios coletivos nos quais o dano só é relevante coletivamente, ou seja, do ponto de vista individual, aquele dano é irrelevante; os litígios locais são os litígios coletivos em que há um dano coletivamente relevante e individualmente muito relevante; os litígios irradiados são os litígios coletivos na situações em que há um dano coletivamente relevante, mas do ponto de vista individual, afeta diferentes subgrupos de maneiras distintas, de modo que, esses diferentes subgrupos poderão ser impactados de formas e por intermédio de mecanismos distintos entre si.⁸³

Estabelecidas as premissas conceituais do conteúdo dos direitos transindividuais, somado aos conceitos de direitos, interesses e (in)disponibilidade de direitos, convém analisar se é possível dispor e negociar os interesses contemplados pela tutela coletiva.

4.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E (IN)DISPONIBILIDADE DE DIREITOS

A tutela coletiva, independentemente do direito material tutelado, tem por escopo a proteção dos direitos e interesses coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos e individuais homogêneos) contemplando, também, a tutela dos direitos individuais indisponíveis⁸⁴, como os direitos da pessoa idosa, da pessoa com deficiência, da criança e do adolescente, aplicando-lhes as principais regras que compõe o microsistema coletivo, resguardadas as distinções aplicáveis às demandas de cunho individual.

O termo “direitos indisponíveis” apresenta conceito tradicionalmente alinhado a direitos fundamentais, segundo afirma parte substancial da doutrina e da

⁸³ Conforme Edilson Vitorelli, em aula dos litígios coletivos de difusão global, de difusão local e de difusão irradiada, do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direitos Difusos e Coletivos, oferecido pela Faculdade CERS, na modalidade de educação à distância, em parceria tecnológica com o Curso CEI.

⁸⁴ Letícia Martel (2010, p. 341) observa que a CF/88, ao se referir aos interesses indisponíveis, trata da legitimidade processual do Ministério Público. Assinala a autora que existem diversas menções legislativas à atuação do MP e os interesses indisponíveis, a exemplo da LC n. 75/93, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e do Estatuto da Pessoa Idosa, arrematando: “Nesses diplomas legais, a palavra “indisponíveis” aparece ligada aos interesses individuais e, em alguns, aos interesses sociais. Contudo, não há elo com as expressões direitos ou interesses homogêneos, coletivos e difusos. Dos enunciados normativos, não se conclui se ‘interesses’ é empregado como sinônimo de “direitos”. Todavia, diversas decisões judiciais utilizam os termos como intercambiáveis”.

jurisprudência, em que pese por vezes causem dúvidas em relação ao direito e seu objeto ou, ainda, pela imprecisão no que toca ao significado do termo indisponibilidade.

Num resgate histórico quanto às origens dos direitos e garantias fundamentais, os primeiros textos normativos de que se tem notícia são oriundos da Inglaterra, considerada a pátria da liberdade, de onde surgiram relevantes diplomas normativos para proteger a pessoa humana. Destacam-se dentre eles, a Magna Carta de 1215, a Petição de Direitos de 1628, a Lei do *Habeas Corpus* de 1679 e a Declaração de Direitos de 1689.

Observa-se que o primeiro desses regulamentos surgiu ainda durante a Idade Média, conhecida como a Idade das Trevas ou como a “longa noite de mil anos”. Preocupados com a liberdade religiosa, por meio da Magna Carta, proclamou-se que a Igreja da Inglaterra seria livre e seriam invioláveis todos os seus direitos e liberdades, conclamando-se o princípio que hoje é reconhecido no mundo todo como a liberdade de culto e organização religiosa.

Muitos anos depois, com a Petição de Direitos de 1628, peticionários formados por membros do Parlamento Inglês dirigiram suas insatisfações com o monarca, encaminhando-lhe um documento onde pediam o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para os súditos.

A Lei do *Habeas Corpus* de 1679, publicada na Inglaterra em 26 de maio de 1679, tinha como finalidade precípua proteger efetivamente a liberdade física das pessoas em face do poder arbitrário do rei.

A declaração de Direitos de 1689 consolidou-se com a Revolução Gloriosa, que nasceu no auge de graves intolerâncias de natureza religiosa. O documento objetivava reivindicar e reafirmar os antigos direitos e liberdades, consagrando, ainda, valores de seu próprio tempo com a liberdade de expressão.

A partir do século XVIII, os direitos e garantias fundamentais foram tratados a partir da Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776), formalizando a independência das Treze Colônias em relação ao poder central e o nascimento dos

Estados Unidos da América, tendo por finalidade a proteção da igualdade e da liberdade⁸⁵.

Sobreveio a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), representando a mais forte defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana em face da tirania estatal, preocupando-se com a defesa da liberdade e da igualdade.

Anos mais tarde surgiu a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918), materializando a Revolução Russa e estabelecendo profunda ruptura com a ideia liberal, consagrando o pensamento socialista ali vivido.

Surgiu então, após a Segunda Guerra Mundial, a Carta das Nações Unidas de 1945, preocupando-se com os direitos fundamentais, dispendo em seu preâmbulo:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla(ONU, 2007).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, consagrada em 1948, veio em resposta à mais violenta tragédia que assolou a Humanidade com a Segunda Guerra Mundial e, de acordo com Norberto Bobbio (1992, p. 27) “pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* (o consentimento de todas as nações) sobre determinado sistema de valores”. Tal documento, objetivou conciliar dois valores fundamentais da vida humana: a liberdade (civil e política) e a igualdade (econômica, social e cultural).

Outros diplomas vieram após a Declaração Universal dos Direitos Humanos a fim de conclamar os direitos e garantias fundamentais como Pactos Internacionais de Direitos Humanos (1966), Proclamação de Teerã (1968), Declaração e Programa de Ação de Viena (1993) e o Estatuto de Roma (1998).

⁸⁵ De acordo com Fábio Konder Comparato (1999, p. 83) ela representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos.

No Brasil, os direitos e garantias fundamentais estão insculpidos no artigo 5º, Título II, Capítulo I da Constituição Federal, tratando os direitos e deveres individuais e coletivos como espécies do gênero direitos e garantias fundamentais.

Zulmar Fachin (2008, p. 208), referenciando Ingo Wolfgang Sarlet⁸⁶, a compreensão dos direitos fundamentais se dá nos termos que seguem:

Todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto constitucional e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhe ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo) (SARLET, 1998, p. 80 *apud* FACHIN, 2008, p. 208).

Tais direitos, desempenham diversas funções como de defesa, de liberdade, prestação social, proteção perante terceiros, não discriminação (FACHIN, 2008, p. 216) e são classificados pela doutrina, de acordo com a própria Constituição, em 05 espécies: a) direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º); b) direitos sociais (arts. 6º a 11); c) direitos da nacionalidade (arts. 12 e 13); d) direitos políticos (arts. 14 a 16); e e) partidos políticos (art. 17) (FACHIN, 2008, p. 219).

Observa-se do resgate histórico supratranscrito, que a previsão dos direitos fundamentais foi sendo construída ao longo do tempo especialmente em decorrência de fatos históricos importantes, notadamente violentos.

Foi então ventilado o entendimento de que os direitos e garantias fundamentais seriam indisponíveis. Embora o conceito de indisponibilidade desses direitos seja tradicional, percebe-se a dificuldade em atribuir uma conceituação precisa ao termo⁸⁷. Primeiro porque é possível dizer que a indisponibilidade integra o próprio conceito de direito fundamental (intrínseca ao direito) e segundo porque o

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 80.

⁸⁷ Leticia de Campos Velho Martel (2010, p. 337) destaca: “A nebulosidade do conceito de indisponibilidade dos direitos fundamentais não é novidade, muito menos exclusividade brasileira. Na década de 1960, Marvin Schiller dedicou um ensaio para demonstrar uma plêiade de conclusões que podem ser obtidas segundo o significado atribuído aos termos “direitos” e “indisponíveis.” Assim, por exemplo, se a palavra “indisponível” for compreendida como um qualificador que impede a perda ou a restrição de um direito, atingir-se-á um tipo de resultado; caso seja compreendida como impeditivo de renúncia, ter-se-á outras conclusões. Nesse ensejo, o autor confirmou que há distintas concepções e conceitos dos termos e apontou quais consequências são obtidas a partir de cada combinação. J.J. Thomsom e Terrance McConnell, em obras mais recentes, verificaram também a obscuridade do conceito de indisponibilidade dos direitos fundamentais”.

próprio texto normativo sustenta que os direitos fundamentais devem ser indisponíveis, salvaguardando a justificativa de utilizar a coercibilidade estatal para impedir a disposição dos direitos fundamentais (MARTEL, 2010, p. 336).

A doutrina brasileira dominante considera indisponíveis aqueles direitos que escapam ao alcance do titular, não se admitindo que modifiquem, criem ou extingam as relações jurídicas a eles subjacentes apresentando-se, pois, como inerente ao conceito de direito fundamental.

A Constituição Federal de 1988 referenciou a indisponibilidade dos interesses individuais no artigo 127⁸⁸, associando-os à legitimidade do Ministério Público, sem, contudo, atribuir-lhe conceituação específica.

A jurisprudência, por sua vez, apresenta o conceito de indisponibilidade de forma mais fluida, sem tanta clareza e precisão conceitual⁸⁹, justificando serem indisponíveis aquelas relações jurídicas de direitos fundamentais que não devem ser, sob um prisma normativo, enfraquecidas pelos seus titulares (MARTEL, 2010, p. 336).

Aqui, vale lembrar que em seu voto no Recurso Extraordinário nº 248.869/SP, o Ministro Relator Maurício Corrêa, perfilhou o entendimento sobre o conceito de indisponibilidade de direitos nos seguintes termos:

A indisponibilidade de determinados direitos não decorre da natureza privada ou pública das relações jurídicas que lhes são subjacentes, mas da importância que elas têm para a sociedade. O interesse público de que se cogita é aquele relacionado à preservação do bem comum, da estabilidade das relações sociais, e não o interesse da administração pública em sentido estrito. Daí reconhecer-se que ao Estado não só o direito, mas o dever, de tutelar essas garantias, pois embora guardem natureza pessoal imediata, revelam, do ponto de vista meditado, questões de ordem pública.

Direito individual indisponível é aquele que a sociedade, por meio de seus representantes, reputa como essencial à consecução da paz social, segundo os anseios da comunidade, transmudando, por lei, sua

⁸⁸ Art. 127, *caput*. 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. (grifou-se)

⁸⁹ Em relação à dificuldade conceitual do termo “indisponibilidade dos direitos fundamentais”, Letícia Martel colaciona o entendimento de Marvin Schiller conforme segue: Na década de 1960, Marvin Schiller dedicou um ensaio para demonstrar uma plêiade de conclusões que podem ser obtidas segundo o significado atribuído aos termos “direitos” e “indisponíveis”. Assim, por exemplo, se a palavra “indisponível” for compreendida como um qualificador que impede a perda ou a restrição de um direito, atingir-se-á um tipo de resultado; caso seja compreendida como impeditivo de renúncia, ter-se-á outras conclusões. Nesse ensejo, o autor confirmou que há distintas concepções e conceitos dos termos e apontou quais consequências são obtidas a partir de cada combinação.² J.J. Thomsom e Terrance McConnell, em obras mais recentes, verificaram também a obscuridade do conceito de indisponibilidade dos direitos fundamentais (MARTEL, 2010, p. 337).

natureza primária marcadamente pessoal. A partir de então dele não pode dispor seu titular, em favor do bem comum maior a proteger, pois gravado de ordem pública subjacente, ou no dizer de Ruggiero “pela utilidade universal da comunidade. (BRASIL, 2000, p. 780/781).

Não obstante inexista expressa conceituação legal no ordenamento jurídico brasileiro⁹⁰ a respeito da locução “direitos indisponíveis”, é certo que existe uma compreensão generalizada que denota uma especial categoria de direitos, atrelada ao interesse público, de efetiva proteção.

Elton Venturi (2016, p. 04) pondera ser evidente que uma compreensão mais ou menos liberal que se tenha sobre o conceito de direitos indisponíveis depende de uma multiplicidade de fatores: econômicos, sociais, políticos-ideológicos e jurídicos. Arremata o autor:

A marca da indisponibilidade dos direitos gera relevantes efeitos materiais, com conseqüentes afetações no campo do direito processual. Somente a partir da definição da natureza jurídica dos direitos torna-se possível determinar-se os possíveis fóruns resolutivos de conflitos (judicial ou extrajudicial), bem como o cabimento e os limites mais ou menos abrangente de eventuais soluções consensuais (dentre as quais, a transação).

Daí a necessidade de se avaliar o sentido e o alcance que a indisponibilidade deve assumir nos diversos sistemas de Justiça (VENTURI, 2016, p. 04).

Letícia Martel (2010, p. 338) observa que a doutrina brasileira, com poucas exceções, defende que os direitos fundamentais são indisponíveis alertando, contudo, que na mesma toada seguem os privatistas, afirmando serem os direitos da personalidade indisponíveis, e os internacionalistas, aduzindo que os direitos humanos também o são. No âmbito dos direitos sociais, assevera-se que tais direitos também são indisponíveis e, por fim, sob a ótica trabalhista e previdenciária a justificativa é a mesma.

Nesse sentido, considerando a dificuldade em conceituar o que seriam os direitos indisponíveis ou quais as hipóteses de disposição relacionadas a direitos fundamentais e/ou da personalidade, a noção clássica da locução “indisponibilidade” foi relativizada (mitigada ou temperada como preferem alguns).

⁹⁰ A Constituição Federal não consagra expressamente o conceito de direitos indisponíveis, todavia, referencia tal locução no artigo 127, atribuindo ao Ministério Público o múnus de proteção aos interesses individuais indisponíveis nos seguintes termos: “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”.

A justificativa para a mitigação de tal paradigma se dá na medida em que, tradicionalmente, há o entendimento de que apenas os direitos patrimoniais disponíveis seriam passíveis de transação ou de solução por via de adjudicação privada (arbitragem) ou, ainda, por meio de mecanismos resolutórios, judiciais e extrajudiciais, de solução de conflitos⁹¹.

É por isso que se costuma relacionar a indisponibilidade de direitos com o interesse público, justificando-se que a disputa de direitos indisponíveis deve ser levada a efeito ao Poder Judiciário.

Não se olvida que historicamente o sistema de Justiça brasileiro não é adepto à utilização de métodos alternativos, extrajudiciais e judiciais, para a resolução

⁹¹ Letícia Martel (2010, p. 339) apresenta um rol dos que defendem a indisponibilidade dos direitos fundamentais em contraponto aos que defendem a sua modulação. Nesse sentido posicionam-se pela indisponibilidade dos direitos fundamentais José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo. Malheiros, 1999, p. 166; NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários à constituição federal: direitos e garantias fundamentais – artigos 1º a 17*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 17), ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 125), CAPEZ, Fernando et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva: 2004; MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 41 (Temas Jurídicos); GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade dos direitos do trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 149); BARROS, Ana Lúcia Porto de et al. *O novo código civil comentado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003, p.19; LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. Parte Geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.; DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil: estudos numa perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 35-59; Gustavo Tepedino. Temas de direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. V.1. OLIVEIRA, Almir. *Curso de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 11-14, 58-59, 97-98. Na doutrina portuguesa QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 67 (Série Teses e Dissertações). Entendem ser possível a mitigação dos direitos fundamentais: PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Na obra, o autor mostra a posição doutrinária tradicional, mas conclui por alguns temperamentos. Gustavo Tepedino et al. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Parte Geral (art.s 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004 – Nesta obra, em contraponto à anteriormente citada, Tepedino admite a temperança dos direitos fundamentais. BARROSO, Luís Roberto. *O direito individual à própria imagem e a possibilidade de disposição por parte do titular. Conteúdo e Limites*. Parecer não publicado. Mimeografado. SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 310-311); SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo, 2004. Tese (Livre Docência em Direito)–Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Mimeografado; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005; Também José Antônio Peres Gediél, apesar de afirmar fortemente a indisponibilidade, admite relativizações. Na doutrina portuguesa, são exemplos CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 422); MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Direitos Fundamentais. 3. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2000. t. 4; p. 357-358.

consensual envolvendo direitos considerados indisponíveis sob o argumento de serem fundamentais, tendo em vista a especialidade de tais direitos.

No entanto, também é necessário observar que a Constituição Federal não disciplinou expressamente a indisponibilidade de tais direitos. Aliás, a prática moderna desafia tal entendimento, notadamente pela presença de inúmeros exemplos de disposição e das consequências previstas em lei a esse respeito⁹².

Em tema de disponibilidade de direitos fundamentais, cita-se o julgamento da constitucionalidade de vários tópicos da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), ocasião em que o Supremo Tribunal Federal julgou o agravo regimental em sentença estrangeira, onde se discutia incidentalmente a constitucionalidade da referida lei, declarando-a constitucional por considerar que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada por juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso, não ofendem o artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal.

A importância do julgado se dá na medida em que o STF asseverou que a indisponibilidade deve ser entendida como a impossibilidade de abdicação, sob forma de renúncia parcial, de um direito fundamental e, ainda, porque a indisponibilidade foi relacionada à limitação de liberdades constitucionalmente protegidas. Observa-se, também, que foram discutidos os limites e o alcance da disposição de um direito fundamental, além da admissão de disposição do direito fundamental de acesso à justiça estatal nos moldes preconizados na Lei de Arbitragem (MARTEL, 2010, p. 345).

⁹² De acordo com Martel (2010, p. 340): “Aqui basta lembrar que a doutrina civilista, apesar do dispositivo legal proibitivo, está debatendo possibilidades de disposição de alguns dos direitos da personalidade, lançando relativizações à interpretação do art. 11 do Código Civil. Há, também, em minoria no Brasil, aqueles que sugerem que os direitos fundamentais e os direitos da personalidade deveriam ser vistos justamente sob o ângulo oposto – como direitos disponíveis”. Na primeira hipótese exemplifica-se com o enunciado aprovado na Jornada de Direito Civil: “Limitação Voluntária. Jornada STJ 4. “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente, nem geral.” (NERY JUNIOR; NERY, 2003, p. 158). No segundo caso veja: Cunha, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 260; 2005. Na doutrina portuguesa NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 299. Também José Carlos de Vieira Andrade posiciona-se no sentido da disponibilidade como ponto de partida nas relações permeadas pela igualdade entre os sujeitos, desde que mantidos certos limites ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 331-335. Na doutrina italiana, DE CUPIS, Adriano. Os direitos de personalidade. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

Voltando os olhos à cátedra de Pontes de Miranda (1984, p. 152-153), é possível constatar que o célebre jurista já enfatizava a possibilidade de transacionar em matéria de direito público e não patrimoniais, desde que disciplinada por lei especial. No mesmo sentido, assevera Silvio de Salvo Venosa:

Assim, nos termos do artigo 841 do Código Civil, não podem ser objeto de transação os direitos não patrimoniais e os de natureza pública. O Poder Público só pode transigir quando expressamente autorizado por lei ou regulamento. Os direitos indisponíveis, direta ou indiretamente, afetam a ordem pública (VENOSA, 2015, p. 311).

Percebe-se que o tema é delicado. A íntima relação estabelecida entre a possibilidade de transacionar e o poder de dispor de direitos indisponíveis, está umbilicalmente atrelada à concepção de disponibilidade/disposição de direitos fundamentais, além dos aspectos que envolvem a titularidade desses direitos e interesses.

A disponibilidade figura no campo dos interesses individuais quando o poder de dispor estiver relacionado aos valores sociais dos bens tutelados. Noutra giro, a indisponibilidade diz respeito à tutela dos bens jurídicos essenciais ao bem-estar de toda a coletividade.

Entretanto, nem sempre o direito individual implica no livre exercício do poder de dispor, eis que a natureza dos direitos impede sua livre disposição, ainda que haja interesse legítimo do titular, é o caso da indisponibilidade objetiva.

Letícia Martel (2010, p. 254) esclarece que a indisponibilidade objetiva⁹³ não se confunde com a subjetiva⁹⁴, na medida em que aquela possui uma noção mais recente e multifacetada, não se tratando de mera distinção entre direito subjetivo e objetivo, trazendo em si elementos que ultrapassam os efeitos da subjetiva, com mecanismos, instituições, procedimentos, organizações e sistemas destinados a garantir e a efetivar os direitos fundamentais, de forma direta e indireta. Nessa

⁹³ No âmbito da indisponibilidade objetiva, a doutrina majoritária defende que os direitos da personalidade são, por excelência, intransigíveis e, em regra, não podem ser suprimidos, haja vista sua ligação com a dignidade humana (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 29). Outras hipóteses podem ser verificadas quanto ao estado das pessoas, direito de família, direito sucessório de pessoa viva, poder familiar, relações entre cônjuges, filiação e questões de ordem pública, nesse sentido veja Arnaldo Rizzardo (2014, p. 1042).

⁹⁴ Figuras como circunstâncias ligadas à indisponibilidade subjetiva: a incapacidade – os incapazes não podem dispor de seus direitos, salvo de representados ou assistidos; os curatelados – os tutores e curadores encontram restrições em relação aos negócios dos tutelados e curatelados; os pais não podem dispor dos bens e direitos de seus filhos, só autorizados judicialmente; os casados – não podem dispor dos bens imóveis, salvo se autorizados pelos consortes (MALUF, 1999, p.39-41).

(subjativa), cada direito fundamental possui disposições jusfundamentais, ou seja, apresentam-se como relações jurídicas triádicas, com dois sujeitos e um objeto. Colhem-se as lições da autora:

É importante destacar que *sujeito* não se reduz apenas a uma pessoa física. O sujeito, aqui, é todo aquele ente que se considera titular ou destinatário de direitos fundamentais, como, por exemplo, pessoas jurídicas, coletividades, etc. Quem será ou não considerado sujeito dependerá de uma série de questões normativas, pois existem casos discutíveis, como a vinculação de particulares, e também casos limítrofes, como o dos embriões e dos animais não humanos (MARTEL, 2010, p. 254). (grifou-se)

Observa-se que o tema demanda aprofundamento, não sendo possível esgotá-lo nesse momento, mas as ponderações que foram expostas nesse tópico são necessárias para justificar a possibilidade de transacionar-se na esfera coletiva, ainda que estejam em pauta a tutela de direitos indisponíveis.

A preocupação com o tema, portanto, se mostra necessária na medida em que a proteção dos direitos e interesses coletivos (*lato sensu*) e individuais indisponíveis, perpassam a figura o indivíduo, atribuindo-se a legitimação para sua proteção, por meio de intervenção autorizada pelo texto constitucional e infraconstitucional ao Ministério Público.

4.5 NEGOCIABILIDADE E DISPONIBILIDADE DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS

A visão tradicional do sistema judiciário brasileiro posiciona-se pela inegociabilidade dos direitos indisponíveis, conforme anunciado no tópico anterior.

Não obstante tal pensamento venha arraigado ao longo da história, é certo que na contemporaneidade há um movimento pela readequação dessa visão, defendendo-se que há espaço para a negociabilidade dos direitos transindividuais e individuais indisponíveis, sob pena de engessar qualquer poder de negociação, judicial ou extrajudicial, dessa categoria de direitos por parte de seus titulares, *in casu*, o Ministério Público.

Nesse sentido o cenário brasileiro ainda vem admitindo a possibilidade de negociações relativas a direitos indisponíveis, a exemplo do Acordo de Não

Persecução Cível utilizado pelo Ministério Público na defesa do patrimônio público⁹⁵, quando há indícios suficientes de atos de improbidade administrativa apurados em inquérito civil ou procedimento preparatório, sem prejuízo do ressarcimento ao erário⁹⁶.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho destaca:

[...] nosso ordenamento contempla duas espécies de direitos: disponíveis e indisponíveis. Os primeiros são sempre transacionáveis; já os segundos podem ou não admitir autocomposição, sendo certo, contudo, que não podem ser objeto de renúncia. Os direitos indisponíveis podem ser, ainda, não transacionáveis. Nesses casos, haverá ou uma expressa norma proibindo o acordo, ou ainda violação a direito fundamental, o que torna inviável a solução consensual. Nesse caso, mesmo que as partes estejam de acordo, se o juiz entender que elas se excederam, e avançaram sobre matéria que não se encontra dentro de sua esfera de disposição, deverá recusar a homologação. Podemos dizer, então, que se for celebrado acordo sobre direito indisponível não transacionável, tal avença será nula de pleno direito. Por outro lado, na hipótese dos direitos indisponíveis transacionáveis, o acordo pode ser alcançado nas vias judicial ou extrajudicial, mas enquanto não for submetido ao crivo judicial não poderá produzir seus efeitos. Em outras palavras, a homologação é condição de eficácia do acordo. (PINHO, 2023, p.187-188).

Não se ignora, portanto, a possibilidade de modulação diante da nova realidade existente, que permite a utilização de mecanismos judiciais e extrajudiciais para a adequada resolução de conflitos, ainda que relacionados aos direitos e interesses transindividuais e indisponíveis.

Em que pese o preconceito ideológico contra o emprego da autotutela no sistema jurídico brasileiro, observa-se um redimensionamento e refundamentação do

⁹⁵ Nesse sentido vide: "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 últimação deste interesse" (STF. Pleno. Recurso Extraordinário nº 253-885-0/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 21.06.02. Acórdão disponível na íntegra no site <http://www.stf.jus.br>, acesso em jun. 2023) e também: "Processo civil - Ação civil pública por dano ambiental - Ajustamento de conduta - 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. 4. Recurso especial improvido" (REsp 299.400/RJ, 2.a T., j. 01.06.2006, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, DJ 02.08.2006, p. 229).

⁹⁶ Vide PINHO (2023, p. 189): [...] Como referimos acima, o magistrado tem discricionariedade para recusar a homologação do acordo (ANPC), tanto nas hipóteses de vício formal como nas situações em que entenda se tratar de direito indisponível não transacionável (por exemplo, um acordo que admite ressarcimento parcial ao erário), aplicando-se o art. 334, § 11 do CPC, a *contrario sensu*.

exercício da autodefesa, notadamente no que tange aos direitos e garantias fundamentais. Colhe-se da doutrina:

Com efeito, ao inaugurar o título II, atinente aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, *caput*, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a *inviolabilidade* do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”. Ora, se o que se objetiva assegurar primordialmente, como direito fundamental, é a “inviolabilidade” e não a “reparação dos danos causados” à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, parece claro que, em relação a tais direitos, antes mesmo de o Estado prestar as mais eficientes formas de tutela imagináveis, abre-se ao próprio titular do direito a autorização, intuitiva até, de que atue, sempre que necessário e urgente, para autotutelar-se contra qualquer ameaça razoável da sua violação (VENTURI, 2012, p. 236).

Como já foi destacado, a tônica do processo civil brasileiro sempre esteve voltada para a adjudicação dos conflitos envolvendo interesses indisponíveis, justificando tal premissa na presunção da existência do interesse público.

Deste modo, a fim de garantir a proteção destes interesses, a figura do Ministério Público aponta como o guardião da ordem jurídica, do regime democrático e da defesa dos direitos e interesses sociais, coletivos (*lato sensu*) e individuais indisponíveis (art. 127 CF).

Por essa razão, historicamente e dentro da formatação garantista de modelo processual tinha-se a concepção de que direitos fundamentais relacionados à vida, saúde, liberdade, etc., ou, ainda, a direitos transindividuais como patrimônio público, meio ambiente, moralidade administrativa, consumidor, dentre outros, seriam impassíveis de transação, extirpando-se qualquer possibilidade de uma solução consensual judicial ou extrajudicial.

Ocorre que, com a concepção contemporânea do acesso à justiça, especialmente após o advento do sistema multiportas, a doutrina e a jurisprudência tem caminhado para uma nova formatação desse pensamento, flexibilizando e modulando a resolução de conflitos que digam respeito a direitos transindividuais e individuais indisponíveis, buscando-se os meios mais adequados para a solução dessas demandas.

Exemplos clássicos dessa flexibilização são a Lei de Arbitragem⁹⁷ (Lei nº

⁹⁷ Nesse sentido, é o Agravo Regimental nº 5206-7 em Sentença Estrangeira – Reino da Espanha,

9.307/96, alterada pela Lei nº 13.129/2015) e a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015). A princípio, não se vislumbrava a possibilidade de procedimentos conciliatórios e mediatórios, todavia tais mecanismos passaram a ser incentivados em juízo e fora dele, ainda que para a solução de direitos e interesses indisponíveis.

Dito isso, é importante ponderar que dentre as técnicas de autocomposição autorizadas para os procedimentos resolutórios consensuais, o estudo em tela busca justificar que o termo de ajustamento de conduta e a recomendação administrativa, ambos viabilizados por meio do Ministério Público, correspondem a negócios jurídicos extraprocessuais legítimos, que contemplam a resolução adequada de conflitos transindividuais e individuais indisponíveis, e garantem o acesso à justiça sem a necessidade de mover a máquina judiciária.

assim ementado: EMENTA: 1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31) (grifou-se). BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Sentença Estrangeira. AgRSE n. 5.260-7 Reino da Espanha. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur13633/false>>. Acesso em 18 mar. 2023.

Quando se fala em transação de direitos indisponíveis, automaticamente vêm à mente a inegociabilidade de tais direitos. Frise-se, por oportuno, que tal pensamento está arraigado na visão que proíbe a negociação de direitos que se relacionam ao interesse público, ainda que contrarie a vontade de seus titulares.

A viabilidade da transação dos direitos transindividuais e dos direitos individuais indisponíveis, pode ser justificada com amparo na doutrina de Virgílio Afonso da Silva, que sustenta uma teoria liberal dos direitos fundamentais. Colhe-se das lições do autor:

É comum que se faça referência à irrenunciabilidade ou à e à inegociabilidade dos direitos fundamentais. Mas por que seriam os direitos fundamentais irrenunciáveis e inegociáveis? Essas características decorrem da estrutura desses direitos? São alguma consequência lógica? São uma convenção? Ou são um mero lugar comum generalizante contra o qual, dada sua consolidação, ninguém se atreve a argumentar? Uma análise um pouco mais profunda poderia, de início, suscitar algumas contradições entre a história e a função primordial dos direitos fundamentais, de um lado, e características como a irrenunciabilidade e a inalienabilidade, de outro. Os direitos fundamentais, junto com a separação de poderes, são conquistas essencialmente liberais e sempre serviram – não somente na sua origem, mas também nos dias atuais - como forma de evitar a ingerência estatal em esferas estritamente individuais. Ora, se os direitos fundamentais são essencialmente direitos de liberdade do cidadão, nada mais coerente que aceitar a liberdade de não exercitá-los, de deles dispor ou de a eles renunciar. Renunciar a direitos fundamentais seria um exercício do direito geral de liberdade, imanente à essência dos direitos fundamentais. Essa é uma posição que, embora aceite algumas ressalvas e limitações e ainda que possa causar desconforto em alguns autores, é perfeitamente compatível com uma teoria liberal acerca dos direitos fundamentais (SILVA, 2004, p. 163-167 *apud* VENTURI, 2016, p. 07).

Como explica Elton Venturi⁹⁸ (2016, p. 07) a transação não importa necessariamente renúncia ou alienação dos direitos. Deste modo, é plenamente legítimo e justificável que o Ministério Público, por meio de técnicas extraprocessuais de resolução de conflitos, qualificados como negócios jurídicos (TAC e RA), transacione em matéria de direitos e interesses transindividuais e, ainda, indisponíveis desde que se revelem como uma opção segura e efetiva de proteção.

⁹⁸ Se o verdadeiro sentido de interesse público reside no conceito dos direitos indisponíveis parece depender da coordenação entre o respeito da autonomia privada e, ao mesmo tempo, dos interesses sociais, então, no mais das vezes, a única maneira de se afirmá-los e tutelá-los adequadamente será uma análise cuidadosa, caso a caso, a respeito da validade e da legitimidade da manifestação volitiva dos seus titulares, ainda que contraposta a interesses considerados coletivos ou públicos. Op. cit. p. 08.

Negar-se, portanto, a negociabilidade dos direitos e interesses coletivos *lato sensu* e individuais indisponíveis, é obstar o acesso à justiça pelas vias adequadas hoje permitidas. E aqui, é de bom alvitre mencionar, que não está se falando em negociabilidade de prazos e formas, mas sim da negociação relativa à essência do conflito, de modo a garantir concretamente a melhor proteção dos direitos e interesses em discussão.

A legitimidade conferida ao Ministério Público para transacionar com os direitos coletivos e individuais indisponíveis não esbarra na liberdade de manifestação da vontade de seus titulares, eis que possui autorização legal para a negociação de tais interesses. Com dito, tal premissa é extraída do arcabouço legal e encontra assento na própria Constituição Federal (art. 127, *caput* e 129, III), Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85, artigo 5º, I), Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, artigo 81, parágrafo único, I, II, e III), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), Resolução nº 179/2017⁹⁹ do Conselho Nacional do Ministério Público e Resolução nº 164/2017¹⁰⁰ do Conselho Nacional do Ministério Público.

Assim, uma vez identificada que a intenção de disposição do direito fundamental por seu próprio titular ou de quem o represente é livre e consciente não há que sustentar sua inegociabilidade por se tratar de direito indisponível ou que tenha interesse público.

É certo que o Ministério Público atua na defesa dos direitos sociais, coletivos e individuais indisponíveis, mas também é cristalino que tal órgão possui legitimidade para atuar da melhor forma na defesa desses direitos e interesses, notadamente voltado para que a resolução desses conflitos seja efetivado pelo melhor sistema de justiça, seja ele judicial ou extrajudicial, neste caso pelas técnicas e instrumentos autorizados por lei. Esse é o verdadeiro sentido de legitimidade, adequação e acesso à justiça, como se colhe das lições de Elton Venturi:

Dentre as alterações procedimentais endereçadas garantia dos interesses indisponíveis e públicos, talvez a mais ilustrativa diga respeito à intervenção obrigatória do Ministério Público, chamado então a exercer concretamente suas funções constitucionais (art. 127 da CF) pertinentes à fiscalização e proteção da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis.

⁹⁹ Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta.

¹⁰⁰ Disciplina a expedição de recomendações pelo Ministério Público brasileiro.

Desta forma, sempre perseverou a ideia segundo a qual conflitos envolvendo direitos individuais fundamentais (tais como a vida e a liberdade) ou direitos relativos a incapazes seriam considerados impassíveis de transação e, portanto, de solução acordada por qualquer mecanismo extrajudicial ou judicial que se resumisse à mera homologação. Pela mesma lógica, conflitos relativos a direitos transindividuais difusos (tais como a moralidade administrativa, a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado e o patrimônio público, dentre outros) não poderiam ser resolvidos consensualmente por via de transações, persistente a ideologia e a política da adjudicação pública como o único caminho.

A histórica formatação garantista do modelo processual, assim, pode ser apontada como uma das principais causas da exclusividade da adjudicação pública dos conflitos referentes aos direitos indisponíveis. Entretanto, há algo de novo no sistema de Justiça nacional, capaz de provocar profundas reavaliações da filosofia e da prática da solução de conflitos, inclusive quando correlacionados aos direitos indisponíveis.

É possível afirmar que o Brasil vive um histórico momento no qual se procura criar um novo sistema de Justiça multiportas, por via da institucionalização dos chamados meios alternativos de resolução de conflitos. Tal como ocorrido nos Estados Unidos da América a partir da década de 1970, quando o colapso do sistema jurisdicional levou à idealização e implementação de um "sistema multiportas" baseado em programas de *alternative dispute resolution* anexos aos tribunais, o Brasil agora aposta na instauração de modelo similar (VENTURI, 2016, p. 5).

Claro que nem toda situação envolvendo direito coletivo ou indisponível admite modulação. É preciso que se faça um juízo de ponderação a respeito da proporcionalidade e razoabilidade da medida em cada caso concreto, sob pena de se admitirem levianas negociações.

Em síntese, o sistema de justiça brasileiro não se mostra mais alheio às necessidades contemporâneas, restando evidente a viabilidade em flexibilizar e transacionar na esfera dos direitos e interesses transindividuais e individuais indisponíveis. A intenção de negociabilidade dos titulares desses direitos deve ser levada a efeito, ainda que por mecanismos extraprocessuais resolutórios de conflitos.

5 TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

A escolha do presente tema de estudo está intimamente ligada às funções desempenhadas pelo Ministério Público, enquanto agente defensor dos direitos e interesses transindividuais e individuais indisponíveis, notadamente pela missão institucional desenhada nos artigos 127 e 129 da Constituição Federal e, ainda, pela identificação das dificuldades enfrentadas para assegurar a efetividade da tutela jurídica nas complexas relações coletivas.

É notório que na defesa de direitos e interesses coletivos, os colegitimados ativos não agem em busca de direito próprio e sim objetivando a preservação de direitos e interesses alheios, versando a tutela acautelatória ou reparatória à interesses transindividuais.

Outrossim, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o sistema jurídico brasileiro privilegiou a resolução de conflitos por meio de técnicas extraprocessuais como recursos hábeis a dar maior resolutividade, efetividade e ao mesmo tempo garantir acesso à justiça sem, contudo, a necessidade de provocar o Poder Judiciário.

O enfoque deste capítulo, portanto, objetiva trazer os aspectos principais estabelecidos para firmar o Termo de Ajustamento de Conduta, demonstrando que esta ferramenta se tornou útil, efetiva e eficaz na resolução extrajudicial de conflitos coletivos, destacando-se como negócio jurídico bilateral, que também pode ser visto sob o prisma do direito privado, aproximando a livre vontade das partes e resguardando, ao mesmo tempo, os interesses coletivos.

5.1 NATUREZA JURÍDICA

Lembra-se, de início, que no Termo de Ajustamento de Conduta a existência da vontade do interessado em ajustar suas condutas às exigências legais deve estar presente, assim como a vontade do tomador do ajuste, que busca persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em respeito aos interesses ofendidos, com o propósito de prevenir responsabilidades ou corrigir de condutas.

No TAC confere-se liberdade aos interessados para regularem seus interesses, permitindo-lhes estruturar o conteúdo eficaz das relações jurídicas. Desse modo, considerando a manifestação da vontade e a bilateralidade presente no ajuste de conduta, infere-se que este instrumento se submete às mesmas condições de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos em geral, sendo passível de questionamento a ausência de quaisquer desses requisitos.

A Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta, definindo-o como negócio jurídico¹⁰¹ (art. 1º).

O compromisso, portanto, consubstancia-se como um instrumento de resolução de litígios que tenciona, mediante negociação, ajustar a conduta do compromissário aos ditames do ordenamento jurídico, garantindo-se a efetiva solução dos conflitos, dentro da lógica de adequação, economia, celeridade e pacificação de interesses, bem assim do modelo processual colaborativo, cooperativo ou coparticipativo.

Dito isso, é importante lembrar que não obstante a teoria dos atos jurídicos seja originalmente concebida para articular as relações sob o aspecto privado, para examinar a natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta é necessário recorrer à teoria geral do direito no que tange ao ato, fato e negócio jurídico.

O Código Civil brasileiro dedica ao negócio jurídico 80 artigos (arts. 104 a 184), que compõem o Título I do Livro III. Dos dispositivos mencionados, infere-se que a análise do negócio jurídico se dá em três planos, verificando-se, em etapas sucessivas, os pressupostos de existência (plano de existência), os requisitos de validade (plano de validade) e as condições para produção de efeitos (plano de eficácia)¹⁰².

¹⁰¹ **Art. 1º** O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.

¹⁰²A difusão dos três planos de análise do negócio jurídico no Brasil costuma ser atribuída sobretudo à obra de PONTES DE MIRANDA. A respeito, v. *Tratado de direito privado*, t. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, pp. 6 e ss.

Implica dizer, portanto, que negócio há de ser, antes de mais nada, existente, ou seja, conter os pressupostos para o seu surgimento no mundo jurídico. Em seguida, uma vez estabelecida a existência jurídica do negócio, examinam-se seus requisitos de validade, isto é, os atributos considerados essenciais, sem os quais o negócio será considerado nulo ou se sujeitará à anulação. E por fim, se os dois primeiros planos forem superados pelo intérprete, ou seja, estabelecidas a existência e a validade do negócio, passa-se à última etapa, a saber, investiga-se se o negócio, plenamente válido, mostra-se apto à produção de efeitos jurídicos (TEPEDINO, 2014, p. 25).

O estudo do negócio jurídico, no caso do termo de ajustamento de conduta, deve basear-se nesses três planos: existência, validade e eficácia. Assim, somente quando se completar todo o ciclo de sua realização é que o ajuste entabulado entre as partes existirá, será válido e eficaz.

Sendo o negócio jurídico uma espécie de fato jurídico, é necessário considerar que este é todo fato que acontece no mundo real e sobre o qual incide uma norma jurídica, qualificando-o como jurídico. A partir da qualificação de um fato como jurídico é que este passa a existir. A incidência da norma determina, como diz Pontes de Miranda, sua entrada no mundo jurídico (MIRANDA, 1970, v. 1 e 2 *apud* AZEVEDO 2002, p. 23).

Atribui-se a Pontes de Miranda a melhor conceituação do fato jurídico uma vez que, partindo da análise dos seus elementos estruturais essenciais, fixou-lhe o contorno de modo preciso e definitivo, conforme lições que seguem:

[...] o fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico (...) no suporte fático se contém, por vezes, fato jurídico, ou ainda se contém fatos jurídicos. Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade (MIRANDA, 1970, v. 1 e 2 *apud* MELLO 2008, p. 107)

Ao contrário do que ocorre no ato jurídico *stricto sensu*, no negócio jurídico a vontade é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria jurídica com o objetivo de alcançar efeitos jurídicos que tanto podem ser determinados pelo ordenamento jurídico, quanto deixado à escolha das partes.

No momento em que a manifestação caracterizada como declaração de vontade se faz, dotada de forma e conteúdo, bem como das circunstâncias negociais, que fazem com que aquele ato seja visto socialmente como destinado a produzir efeitos jurídicos, é que o negócio jurídico passa a existir.

De acordo com a concepção clássica de negócio jurídico, o conceito foi construído sob a inspiração ideológica do Estado liberal, onde sua característica consistia na preservação da liberdade individual diante do Estado, o mais amplamente possível, concebendo-se o negócio jurídico como a realização da vontade individual, respaldando uma liberdade contratual que se quisesse praticamente sem limites (MELLO, 2008, p. 169-170).

Surge então o dogma doutrinário onde o negócio jurídico passou a ser visto como um ato de autonomia da vontade, considerando: a) que seria uma vontade declarada das pessoas, sendo que a declaração da vontade negocial constituiria o próprio negócio jurídico e b) os seus efeitos jurídicos seriam uma decorrência da vontade negocial.

Marcos Bernardes de Mello (2008, p. 173) adverte que tal concepção, desde quando foi formulada, se mostrava incorreta pois negava (como nega) um dado caracterizador do fenômeno jurídico, a norma jurídica como delimitadora do mundo jurídico, concluindo que no negócio jurídico a exteriorização da vontade tem a função de compor o seu suporte fático, jamais podendo ser ela própria considerada o negócio jurídico.

No mesmo sentido, Antônio Junqueira de Azevedo entende que a vontade¹⁰³ não faz parte da existência do negócio jurídico, mas influi sobre sua validade e eficácia, importando saber qual o grau de influência exerce ou deve exercer no ordenamento jurídico (AZEVEDO, 2002, p. V).

Ainda das lições de Marcos Bernardes de Mello (2014, p. 101), extrai-se que na análise dos fatos jurídicos, há situações em que o ato jurídico (negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*): a) existe, é válido e é eficaz, b) existe, é válido e é ineficaz, c) existe, é inválido e é eficaz, d) existe, é inválido e ineficaz, e) existe e é eficaz, f)

¹⁰³ Gustavo Tepedino destaca que no âmbito das construções objetivas, posições menos radicais e mais sofisticadas admitem a importância da vontade como momento anterior ao negócio jurídico, todavia diferindo da declaração (elemento essencial) que é manifestação posterior e não ato volitivo em si considerado (TEPEDINO, 2014, p. 18).

existe e é ineficaz, sendo que a validade diz respeito apenas aos atos lícitos. Depreende-se dessas lições que o elemento “existência” permanece sempre invariável, podendo-se afirmar que dele dependem os outros elementos.

De acordo com o autor este é o plano do ser, onde entram todos os fatos jurídicos sejam eles lícitos ou ilícitos, não se cogitando a invalidade ou eficácia do fato jurídico, uma vez que falte um elemento completante de seu núcleo. A existência do fato jurídico constitui a premissa de todas as demais situações que podem ocorrer no mundo jurídico. Observa-se, deste modo, que no plano da existência entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos, válidos, anuláveis ou nulos (o ato jurídico *lato sensu* nulo ou anulável é, existe, apenas defeituosamente) e ineficazes (MELLO, 2014, p. 102).

Em referência à Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 26) destaca-se que tradicionalmente, no negócio jurídico, encontramos os elementos conhecidos por constitutivos, que por sua vez são classificados em três espécies: essenciais, naturais e acidentais. Nessa classificação¹⁰⁴, o autor explica que os elementos essenciais são considerados a estrutura do ato jurídico sem o qual este não existe, pois lhe formam a substância. Os elementos naturais, por sua vez, são as consequências que decorrem do próprio ato. Por fim, os elementos acidentais constituem-se nas estipulações que facultativamente se adicionam ao ato para modificar-lhe uma ou algumas de suas consequências naturais (condição, termo¹⁰⁵, modo, encargo, prazo). Arremata o autor:

A importância de toda essa classificação é muito grande do ponto de vista prático (para não falarmos nos aspectos meramente didáticos que só por si a justificariam). Assim, se faltar, em determinado negócio jurídico, um elemento geral, ele não existirá como negócio-será um caso de negócio dito inexistente e, como tal, as regras jurídicas a aplicar não serão sequer as das nulidades; além disso, se o elemento geral faltante for intrínseco (ou constitutivo), aquela aparência de negócio ("negócio inexistente") será fato jurídico, ou, quem sabe, se

¹⁰⁴ Azevedo adverte que há divergência doutrinária quanto à referida classificação, destacando que José Carlos Moreira Alves define como elementos nos negócios jurídicos os essenciais, os naturais e os acidentais ponderando que, em rigor, os elementos essenciais são aqueles sem os quais o negócio jurídico não existe. Exemplifica trazendo um negócio jurídico onde há uma manifestação de vontade que, todavia, foi obtida por dolo. A manifestação de vontade existe, esta é o elemento essencial de sua existência. O negócio, todavia, não é válido, pois a manifestação de vontade encontra-se viciada. O que importa, é analisar o negócio jurídico nesses três planos de projeção (existência, validade e eficácia) sucessivamente (2002, p. 26-29).

¹⁰⁵ O termo nada mais é do que a subordinação dos efeitos de um ato jurídico a um certo limite de tempo. De maneira que esse limite de tempo assinala o início ou o fim dos efeitos, ali começam e ali acabam os efeitos do negócio jurídico (DANTAS, 1977, p. 320)

houver agente, poderá ser um ato jurídico não negocial, e a cada uma dessas situações corresponderão regras específicas. A exata identificação do negócio dentro de uma categoria, por outro lado, através da exata consciência dos *elementos categoriais*, é fundamental para se saber qual o *regime jurídico* a ele aplicável. Além disso, se, num negócio de certo tipo, faltar um elemento categorial inderrogável (ou se, mesmo sem faltar, se puder dar esse elemento como inexistente, para evitar que o negócio seja considerado nulo), aquele ato não existirá como negócio daquele tipo, mas há a possibilidade de convertê-lo em negócio de outro tipo (conversão substancial). O estudo dos elementos particulares, por seu turno, é de fundamental importância para saber se o caso comporta, ou não, nulidade parcial, ineficácia etc. (grifou-se)

Se, portanto, no plano da existência faltar um dos elementos próprios a todos os negócios jurídicos (elementos gerais), não há negócio jurídico, poderá haver um ato jurídico em sentido restrito ou um fato jurídico, o qual denomina-se negócio inexistente.

Em que pese os apontamentos supra deixem claro que o termo de ajustamento de conduta tem natureza jurídica de negócio jurídico uma vez que preenche todos os requisitos de sua constituição, na contemporaneidade há entendimentos doutrinários defendendo que o TAC tem natureza jurídica de: 1) transação bilateral, 2) acordo unilateral¹⁰⁶, 3) ato administrativo, 4) transação, 5) ato jurídico diverso¹⁰⁷, 6) ato administrativo negocial¹⁰⁸, 7) acordo em sentido estrito¹⁰⁹.

Ousa-se, entretanto, discordar de tais posicionamentos.

Hugo Nigro Mazzilli (2012, p. 437) acertadamente pondera que o termo de

¹⁰⁶ Sobre o tema Emílio Betti ressalta que o aspecto unilateral do negócio jurídico se dá sob o manto da subjetividade simples, tendo o negócio um único autor que, embora a declaração de vontade possa se dirigir a um determinado destinatário, este não se torna parte do negócio, sendo, portanto, irrelevante o seu consenso (BETTI, 2008. P. 437).

¹⁰⁷ Rodrigo Fernandes defende que o TAC tem natureza jurídica de transação bilateral e acordo unilateral, fazendo a junção dessas duas correntes em uma única e atribuindo-lhe a concepção de hipótese administrativa. Todavia, conforme ponderações de Ana Luiza Nery Andrade, tal posicionamento mostra-se equivocado na medida em que a unilateralidade e a bilateralidade se contrapõe (NERY, 2012, p. 132).

Em contrapartida, Geisa Rodrigues posiciona-se no sentido de que o TAC tem natureza jurídica de transação e ato jurídico diverso (NERY, 2012, p. 133).

¹⁰⁸ Hugo Nigro Mazzilli, por sua vez, defende que o TAC tem natureza jurídica de ato administrativo negocial, consubstanciada pela declaração de vontade do poder público (MAZZILLI, 2012, p. 437).

¹⁰⁹ Ana Luiza Nery (2012, p. 139) referencia os seguintes autores: Paulo Affonso Leme Machado. *Direito Ambiental brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 379-380; Fernando Reverendo Vidal Akaoui. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 67; Maria Aparecida Gugel. *A transação referendada pelo Ministério Público do Trabalho em Inquérito Civil Público frente ao inc. II, do art. 585 do CPC*. Revista LTr, 1995, p. 1455-1458; Motauri Ciochetti de Souza. *Ação Civil pública e inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 61. Alexandre Amaral Gavronski p. 382-383. *Técnicas extraprocessuais da tutela coletiva*. São Paulo: Ed. RT, 2010.

ajustamento de conduta não é um contrato, porquanto seu objeto não trata de direito patrimonial de caráter privado e, ainda, porque o órgão legitimado que o toma não é o titular do direito material invocado. Deste modo, o tomador do ajuste não pode fazer concessões quanto ao conteúdo material da lide.

O autor trata o TAC como técnica de natureza bilateral e consensual que poderia, em tese, ter características da transação do Direito Civil. Todavia, rechaça tal argumento na medida em que a transação estabelecida no âmbito do direito privado seria, em verdade, um contrato pois, supor-se-iam, disposições e concessões mútuas que preveniriam ou terminariam o litígio (CC, art. 840).

No que tange à transação (forma de extinção do processo com resolução do mérito - CPC, art. 487, III) reforça-se que é indicada para os conflitos que envolvem direitos patrimoniais de caráter privado, nos termos do artigo 841 do Código Civil, não obstante tal instituto venha passando por uma releitura¹¹⁰.

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015), diferente do anterior, expressamente autoriza a adoção de convenções processuais, ou negócios jurídicos processuais atípicos. O instituto possibilita que as partes, antes ou durante o processo, e sem a necessidade de intervenção de um terceiro, convençionem a respeito da criação, modificação e extinção de situações processuais ou a alteração do procedimento. É o que se extrai da leitura do artigo 190¹¹¹ do Código de Processo Civil (CARDOSO; BELLINETTI, 2017, p. 18).

Nas palavras de Marcelo Pacheco Machado, que inegavelmente reverberam além da temática dos negócios jurídicos processuais:

Além dos limites impostos pelo texto do artigo 191 do Projeto, que restringe a transação processual às causas que tratam de direitos disponíveis, há outras limitações relativas aos tipos de normas processuais que podem vir a ser objeto de transação. Certamente não podemos admitir poder absoluto para que as partes, de acordo com sua vontade, estabeleçam o modelo de processo que bem

¹¹⁰ Rodolfo de Camargo Mancuso explica que atualmente a (in)disponibilidade do objeto da transação vem passando por uma releitura, a ponto de se consentir a resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública mediante a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais (Lei 9.469/97, art. 1º, com redação dada pela Lei nº 13.140/2015) (MANCUSO, 2019, p. 345).

¹¹¹ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

entenderem, sem limitações éticas, morais ou constitucionais (FERREIRA, 2021, p. 473).

Invoca-se, por oportuno, o posicionamento de Ana Luiza Nery (2012, p. 138) que defende ser o termo de ajustamento de conduta um negócio jurídico bilateral, na medida em que cria relação jurídica, constitui, modifica ou constitui negativamente direitos, pretensões, ações ou exceções. Além disso, posiciona-se a autora pela possibilidade de negociação de direitos e interesses transindividuais por meio do TAC, ainda que indisponíveis, nos termos ora transcritos:

O termo indisponibilidade de direitos metaindividuais é larga e indiscriminadamente utilizado pela doutrina que, contudo, não se debruça com o cuidado necessário sobre o assunto para explicitar quais seriam, os pressupostos e as características desse instituto jurídico a justificar a suposta impossibilidade de transigência sobre essa categoria de direitos metaindividuais.

Com o fundamento no equivocado entendimento de que a participação do administrado no ajustamento seria mera anuência, submissão ou concordância pelos termos postos pela administração pública, ou ainda, um simples reconhecimento de sua conduta desajustada, fixou-se o inadequado e inconveniente entendimento de que não haveria qualquer margem para negociação em um ajustamento de conduta, seja para a administração pública, seja para o interessado (NERY, 2012, p.143).

Nesse ponto, é interessante retomar a leitura do que foi dito no capítulo anterior, notadamente para reavivar na memória que a (in)disponibilidade do interesse tutelado na esfera coletiva não está calcada exclusivamente na supremacia do interesse público, porquanto este tem como finalidade a proteção dos interesses dos administrados, não podendo ser-lhes prejudicial.

Estando alinhada ao interesse público, a indisponibilidade também estaria atrelada à concepção de ordem pública que por sua vez, tem caráter principiológico, constitucional, de atendimento cogente, caracterizando-se como interesse social (NERY, 2012, p. 147).

Deste modo, sob essas circunstâncias, pode-se dizer que o direito indisponível jamais seria passível de transação, considerando que o órgão a quem incumbe a defesa desses interesses, neste caso o Ministério Público, não estaria autorizado a transacionar.

Por isso é que se defende a possibilidade do Ministério Público transacionar, por meio do termo de ajustamento de conduta, negócio jurídico extraprocessual adequado para a resolução de conflitos coletivos.

Como bem observa Humberto Pinho (2023, p. 185) “o nascimento desse instituto, em particular, e da tutela coletiva, em geral, advém da constatação da inadequação do modelo processual clássico à obtenção da tutela dos direitos de terceira dimensão, pensados sob o prisma da cooperação e da consensualidade”.

Daí dizer que o surgimento do Termo de Ajustamento de Conduta sobreveio como uma ferramenta conciliatória relevante, viabilizadora do acesso à justiça consensual, colaborando para desobstruir a máquina judiciária por meio de uma resolução consensual efetiva (PINHO, 2023, p. 185).

Destaca-se, por oportuno, que a marca latente do compromisso é a voluntariedade, uma vez que nem o próprio legitimado ativo para a propositura de eventual ação civil pública pode ser compelido a ofertar a solução consensual, especialmente se estiverem em jogo a tutela de direitos e garantias fundamentais, e nem pode o investigado sofrer algum tipo de sanção por recusá-lo (PINHO, 2023), sob pena de ferir-se a autonomia da vontade¹¹².

Ana Luiza Nery é assertiva ao defender que os colegitimados para a defesa dos direitos transindividuais tem legitimidade fundada na autonomia privada para celebrar o ajuste, pois a Lei nº 7.347/85 autoriza a negociação do compromisso, outorgando-lhe capacidade e legitimidade para o ato (NERY, 2012, p. 148).

Isso porque compactua-se com o entendimento de que a indisponibilidade dos direitos transindividuais não é absoluta, mas relativa, permitindo-se que entre o Ministério Público e o particular seja realizada uma negociação em posição de igualdade, ainda que em proporções diferenciadas.

¹¹² A propósito, o Superior Tribunal de Justiça acenou nesse sentido por ocasião do julgamento do REsp nº 596.764-MG assim ementado: 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, 4ª Turma. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 17/5/2012. DJe: 23/05/2012. Informativo STJ nº 497). Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200301772275>. Acesso em jun. 2023.

O Ministério Público, dentro de suas atribuições institucionais, objetiva resguardar o interesse público, os interesses sociais e os interesses coletivos *lato sensu*, além dos individuais indisponíveis (lembre-se: elevados à categoria de direitos fundamentais) e para isso conta com certa parcela de liberdade para agir, dispor e convencionar obrigações. Essa afirmação pode ser extraída dos já mencionados artigo 5º, §6º da Lei nº 7.347/85 c/c os artigos 127 e 129 da Constituição Federal.

As discussões em torno da transação de direitos coletivos, pode se dar tanto no plano dos direitos disponíveis (plano individual), quanto indisponíveis (plano coletivo). Neste último, referimo-nos aos casos dos direitos individuais homogêneos, onde o Superior Tribunal de Justiça já enfrentou inúmeros debates, fixando limites para atuação ministerial¹¹³.

Não prospera, portanto, o argumento quanto a impossibilidade de realização de acordos quando se estiver diante de direitos indisponíveis, notadamente porque na contemporaneidade restringe-se a possibilidade de autocomposição nos casos de vedação expressa ao acordo, ou quando a disposição violar um direito fundamental do cidadão (PINHO; PORTO, 2021, p. 433).

Nesse sentido, o STJ negou provimento ao Recurso Especial nº 596.764-MG, por entender que não há direito subjetivo do réu em firmar compromisso de ajustamento de conduta previsto no ECA e na Lei nº 7.347/85, bem como o Ministério Público não é obrigado a aceitar a proposta apresentada pelo particular, quando se estiver diante de violação a direitos fundamentais¹¹⁴.

¹¹³ STJ, REsp 58.682/95/MG. Ementa: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTERIO PUBLICO. DANOS CAUSADOS AOS TRABALHADORES NAS MINAS DE MORRO VELHO. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS. 1. O MINISTERIO PUBLICO TEM LEGITIMIDADE ATIVA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS, DESDE QUE ESTEJA CONFIGURADO INTERESSE SOCIAL RELEVANTE. 2. A SITUAÇÃO DOS TRABALHADORES SUBMETIDOS A CONDIÇÕES INSALUBRES, ACARRETANDO DANOS A SAÚDE, CONFIGURA DIREITO INDIVIDUAL HOMOGENEO REVESTIDO DE INTERESSE SOCIAL RELEVANTE A JUSTIFICAR O AJUIZAMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELO MINISTERIO PUBLICO. 3. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. (3ª Turma. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Dj. 05/12/2000) Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=199500005468>. Acesso em 17/03/2023.

¹¹⁴ Vale colher do voto as seguintes lições: [...] Com efeito, não se pode obrigar o Órgão Ministerial a aceitar uma proposta de acordo - ou mesmo exigir que ele apresente contrapropostas tantas vezes quantas necessárias - para que as partes possam compor seus interesses, sobretudo em situações como a presente, em que as posições eram absolutamente antagônicas e discutidas por meio de ação civil pública. Dispõem tanto o art. 5º, § 6º, da LACP quanto o art. 211 do ECA, que os órgãos públicos legitimados para a propositura da ação civil pública, "poderão tomar dos interessados compromisso de

Destaca-se que o caso *sub judice* tratava-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público em face da Recorrente, alegando o recebimento de diversas denúncias de consumidores em virtude de contas telefônicas com valores elevados decorrentes de ligações ao número 145, serviço conhecido como DISQUE AMIZADE. Aduziu violação ao CDC, bem como incentivo à participação de crianças e adolescentes "em conversas telefônicas múltiplas, nas quais o assunto versado é sempre sexo.

Naquele caso, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu que o serviço "Disque Amizade" representava uma afronta aos direitos da criança e do adolescente, restando constatado que, na realidade, as conversas mantidas pelos usuários do serviço, muitos deles menores, eram com frequência sobre assuntos impróprios para o desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes, logo, em evidente afronta aos direitos e garantias fundamentais do menor.

No caso da tutela coletiva resta evidente, portanto, que a celebração de acordos favorece a efetividade jurisdicional. Aliás, para além da Resolução nº 179/2017, o Conselho Nacional do Ministério Público incentiva à autocomposição no âmbito ministerial por meio da Resolução nº 118/2014¹¹⁵.

Além disso, com esteio no permissivo legal disciplinado no artigo 5º, §6º da LACP, observa-se que os colegitimados para a defesa dos direitos transindividuais também possuem legitimidade fundada na autonomia privada para celebrar o TAC, uma vez que a citada lei, assim como as sobreditas Resoluções nº 118/2014 e

ajustamento de sua conduta às exigências legais". Até a interpretação gramatical dos dispositivos tidos por violados vai de encontro à pretensão da recorrente, pois eles prescrevem a mera **possibilidade** de ser firmado o compromisso de ajustamento de conduta. Nem poderia ser diferente, pois, do mesmo modo que o MP não pode obrigar qualquer pessoa física ou jurídica a assinar um termo de cessação de conduta, não pode o *Parquet* ser obrigado a aceitar proposta apresentada pelo particular. [...] Pelo argumento lógico, quem pode o mais, pode o menos. Se ao MP é permitido inclusive vetar eventual ajustamento de conduta firmado por outro legitimado para a propositura de ação civil pública, não há como negar-lhe o direito de não aceitar a proposta ofertada pelo particular quando for ele - MP - o próprio autor da ação, especialmente, destaque-se, quando atua como garantidor dos direitos fundamentais infanto-juvenis, como ocorre na espécie.

¹¹⁵ **Res. 118/2014: Art. 15.** As convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais. **Art. 16.** Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. **Art. 17.** As convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/154>>. Acesso em abr. 17/04/2023.

179/2017 e, ainda, o CPC (arts. 3º, §§2º e 3º, 6º, 15, 190 e outros) autorizam a negociação, outorgando ao Estado essa autonomia.

Ainda que no compromisso de ajustamento de conduta as partes não transacionem em igualdade de condições, revela-se mais prudente vislumbrar o aspecto transacional do TAC, tendo em vista concessões mútuas como, por exemplo, uma parte cede em relação ao prazo para cumprimento da obrigação enquanto a outra cede em outros aspectos.

O que se espera, em verdade, é a viabilidade do ajuste, possibilitando às partes uma negociação em pé de igualdade, ainda que em proporções diferenciadas.

Como exposto, em razão de ser o termo de ajustamento de conduta um negócio jurídico bilateral, autorizadas as partes por lei a transacionarem, ainda que em matéria de direitos e interesses transindividuais, defende-se que a relativização da indisponibilidade desses interesses é a medida mais acertada.

Reforça tal pensamento, o posicionamento de Hugo Nigro Mazzilli (1987, p. 217) ao ponderar que a indisponibilidade relativa dos interesses transindividuais tutelados pelo Ministério Público está limitada pela finalidade de sua intervenção¹¹⁶.

Na mesma linha apontam as lições de Ana Luiza de Andrade Nery:

Assim, em sentido diverso ao debate doutrinário que criou diversas figuras jurídicas para designar o ajustamento de conduta, sempre revestidas da inexistente rigidez da indisponibilidade de direitos, muito mais do que mera aceitação por parte do administrado, entendemos que o compromisso de ajustamento é, essencialmente, um negócio jurídico bilateral, equiparado à transação, mas forma *sui generis* deste instituto jurídico de direito privado (NERY, 2012, p. 156).

Deste modo, diante da análise de cada caso concreto, admite-se que é

¹¹⁶ Esclarece o autor: “Em se tratando de *indisponibilidade absoluta*, o Ministério Público intervém para zelar por um interesse público impessoal. Aqui, sua legitimidade faz pressupor o interesse para agir em defesa de qualquer das partes, desde que sempre em busca de sua destinação institucional. Naqueles de *indisponibilidade relativa*, a atuação ministerial está limitada pela finalidade última da intervenção: ainda que se admita que possa opinar com liberdade, não poderá arguir exceções ou apelar contra a pessoa por cujo zelo de interesses se invocou e se legitimou sua intervenção (p. ex., o incapaz), pois, se o contrário o fizesse, estaria tomando iniciativa do impulso processual em defesa de interesses agora sim disponíveis, da parte contrária (p. ex. maior e capaz) (grifou-se). [...] Entretanto, valendo-nos da prestigiada e correta distinção de Renato Alessi (*Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, p. 197-8, 1960), apontamos não ser raro que o Estado, sob sua ótica atuando em prol do *interesse público secundário* (o interesse público visto pelos órgãos governamentais), aja em desconformidade com o *interesse público primário* (o bem geral), meta última pela qual há de zelar o Ministério Público. Pois bem, é por esse interesse público primário, qualificado por alguma nota de indisponibilidade (absoluta ou relativa), que deve zelar o Ministério Público”. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/menu/artigos.html>>. Acesso em abr. 2023.

possível a transação em matéria de direitos transindividuais, desde que prevaleça a tutela efetiva desses interesses, avaliando-se em cada situação específica o grau de transigência possível.

Certamente o TAC será exitoso desde que atenda aos direitos e interesses de ambas as partes, seja o legitimado ativo, no caso o Ministério Público, seja o interessado.

Mostra-se apropriado, portanto, sustentar que o Ministério Público sempre atua buscando a melhor solução jurídica para o direito tutelado, ainda que transindividual e indisponível (absoluto ou relativo), podendo exercer sua função, respeitadas as suas finalidades constitucionais de atuação, independentemente da categoria de direitos defendidos.

Estabelecida a natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta, afigura-se oportuno identificar quais são os princípios que norteiam este negócio jurídico.

5.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO TAC

Restou evidenciado que o processo litigioso, em juízo, não se mostra, em determinadas situações, o melhor caminho para ensejar a vindicação de interesses coletivos, tornando-se necessário aprimorar as soluções de conflitos envolvendo tais interesses por meio de procedimentos simplificados e adoção de formas adequadas de solução de conflitos.

Busca-se, deste modo, que a solução entre as partes se dê de maneira consensual e por mecanismos extraprocessuais que garantam uma solução apropriada, justa, equânime e menos dispendiosa¹¹⁷ para todos os envolvidos.

Assim, objetivando estabelecer um equilíbrio nas relações de conflitos, processuais e extraprocessuais, deve-se buscar a inspiração principiológica¹¹⁸, tanto

¹¹⁷ No que tange às despesas processuais, no caso da tutela coletiva, é importante lembrar que o ônus acaba sendo suportado pela própria sociedade, pois, não obstante a LACP estabeleça que não haverá condenação em honorários ou despesas processuais aos legitimados ativos, o Estado acaba suportando boa parte dessas despesas

¹¹⁸ Gregório Assagra (2003, p. 137-140) acertadamente observa que os princípios atinentes ao processo coletivo também são aplicáveis ao termo de ajustamento de conduta, quais sejam: a) interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo; b) máxima prioridade jurisdicional da tutela coletiva; c) disponibilidade motivada da ação coletiva; d) presunção da

de direito público quanto de direito privado, aplicáveis ao termo de ajustamento de conduta.

Pensa-se, portanto, ser apropriado trazer à baila alguns princípios de direito privado e de direito público aplicáveis ao TAC, notadamente porque com o desaparecimento da dicotomia rígida entre o direito público e o direito privado, promoveu-se uma notável interação de princípios aplicados a esta ou aquela área que, muitas vezes, apesar de nomenclaturas diferentes, objetivam alcançar a mesma finalidade.

Certamente não é possível esgotar todos os princípios aplicáveis ao TAC, todavia, buscou-se eleger os mais recorrentes a fim de atribuir-lhe maior efetividade, senão vejamos.

5.2.1 Princípios de Direito Privado

5.2.1.1 Solidariedade

Os princípios jurídicos, orientadores de todos os ramos do direito, devem ser interpretados à luz do texto constitucional. Sob essa perspectiva, lembra-se que o artigo 3º, inciso I da CF estabelece como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Para a doutrina¹¹⁹, antes do advento da Constituição de 1988, o princípio da solidariedade era utilizado apenas para tratar das espécies de obrigações. Todavia, com a constitucionalização do direito civil, na concepção de Gabriel Rocha Furtado, é possível observa-se duas consequências:

De um lado, a obrigação deixou de ser vista de modo atomizado, a partir da perspectiva de duas partes contrapostas e com papéis antagônicos (um credor e um devedor), e passou a ser compreendida como um processo, que faz agregar ao regulamento negocial um novo

legitimidade ad causam ativa pela afirmação do direito; e) não taxatividade da ação coletiva; f) máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum; g) máxima efetividade do processo coletivo; h) máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum; e, por fim, i) obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público.

¹¹⁹ Nesse sentido Ana Luiza de Andrade Nery (op. cit. p 42); Maria Celina Bodin de Moraes: O princípio da solidariedade *in* PEREIRA, Antonio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (Coord). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes* Direito. Rio de Janeiro. Renovar, 2003, p. 527; Clóvis V. do Couto e Silva: A obrigação como processo. Rio de Janeiro. Editora FGV, 2006, p. 25. Gabriel Rocha Furtado. *Mora e Inadimplemento Substancial*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 01-02.

conteúdo, com base legal e decorrente diretamente do princípio da solidariedade, como os deveres de cooperação derivados da boa-fé objetiva. De outro, abandonou-se a preocupação eminentemente estrutural em torno da obrigação para se privilegiar seu aspecto funcional, aglutinador dos interesses envolvidos no contrato e necessariamente sujeito a um permanente juízo de merecimento de tutela. [...] com a inclusão da solidariedade social no conteúdo negocial, adimplir o contrato passou a significar muito mais do que simplesmente desempenhar prestações voluntariamente acordadas (FURTADO, 2014, p. 02).

Das clássicas lições de Orlando Gomes, infere-se que a obrigação se trata de vínculo jurídico no qual alguém fica adstrito a satisfazer uma prestação em proveito de outra (GOMES, 2019 p. 09), sendo necessário que uma das partes se comprometa a dar, fazer ou não fazer algo.

Deste modo, pode-se dizer que a relação obrigacional estabelecida entre compromissário e compromitente no termo de ajustamento de conduta impinge um vínculo entre as partes, onde se busca uma satisfação de um interesse de um lado, podendo ser exigida a prestação não cumprida, voluntariamente, mediante agressão ao patrimônio do inadimplente pelos meios jurídicos disponíveis.

Orlando Gomes ensina que no direito moderno tornou-se expressa a regra de que credor e devedor devem agir corretamente, comportando-se com decência em relação às exigências do mercado e aos princípios de solidariedade humana e social (GOMES, 2019 p 11). O renomado autor destaca que se aplica às relações obrigacionais o princípio da boa-fé objetivamente conceituada, sem perder de vista a colaboração entre as partes, a honestidade, a lealdade e a fidelidade.

Forçoso concluir, portanto, que a resolução de toda relação obrigacional dar-se-ia, em tese, pelo seu adimplemento, libertando o devedor da obrigação assumida, seja pela ocorrência do total adimplemento ou pela impossibilidade deste, havendo a liberação do devedor.

Assim, em razão do inadimplemento da obrigação contraída pelo compromissário no termo de ajustamento de conduta, duas situações que ocorrem hodiernamente nas relações privadas merecem destaque: 1) o inadimplemento absoluto¹²⁰, o qual conduz à resolução da relação obrigacional (art. 475, CC) em razão

¹²⁰ Cristiano Chaves de Farias explica: Dispõe a primeira parte do art. 389 do Código Civil que, “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos [...]”. O inadimplemento absoluto é uma forma de incumprimento das obrigações, verificada, nas sábias palavras de Agostinho Alvim, “quando

da completa impossibilidade de sua manutenção; e 2) a mora, a qual caracteriza-se como o imperfeito cumprimento de uma obrigação, seja pelo devedor (*mora solvendi*) quanto pelo credor (*mora accipiendi*) (FARIAS, 2017 p. 818).

Nesse ponto, pertinente lembrar os ensinamentos de Agostinho Alvim, para quem o cumprimento da obrigação é a regra e o inadimplemento a exceção (ALVIM, 1972 p. 7), sendo que uma vez não cumprida a obrigação entende-se que houve mora ou inadimplemento absoluto, resguardadas as distinções de seus efeitos¹²¹.

Por inadimplemento absoluto, ter-se-ia o incumprimento da obrigação firmada no TAC de forma definitiva, uma vez que esta não foi cumprida e não poderá vir a ser em decorrência da impossibilidade, perecimento da obrigação por obstáculo invencível (seja de ordem natural ou jurídica), ou pela falta de interesse do tomador do ajuste em aceitar a prestação quando ela ainda se mostra possível.

No que se refere à mora, Rogério Tadeu Romano¹²² pondera que “*O devedor, ou o credor, constitui-se em mora porque demora em prestar ou em receber. A mora não é um fato jurídico, mas efeito do fato jurídico*” (ROMANO, 2018).

As concepções clássicas do direito privado em relação ao incumprimento da obrigação e, portanto, a inobservância do princípio da solidariedade, deram lugar à uma concepção mais ampla que se expressa pela interpretação deste princípio no

a obrigação não foi cumprida e nem poderá ser”. Resulta da completa impossibilidade de cumprimento da obrigação (Farias, Braga Netto, Rosenvald, 2017 p. 812)

¹²¹ O critério legal de distinção entre inadimplemento absoluto e mora consta do parágrafo único do art. 395 do Código Civil, em que se lê: “Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”. Vale dizer: enquanto ainda possível o cumprimento da prestação de modo útil para o credor, tem-se apenas mora. Com a perda de possibilidade útil da prestação, configura-se o inadimplemento absoluto. A possibilidade de conversão do inadimplemento relativo em absoluto pela perda da utilidade da prestação é usualmente referida pela doutrina como “caráter transformista da mora”. (SCHREIBER, 2020, p.514).

¹²² O autor lembra que no direito clássico, não existia as figuras “*mora ex re e ex persona*”, mas apenas esta última ou mediante interpelação. Fazendo um resgate histórico, aponta: “No direito clássico, a mora somente podia ser *ex persona* e não havia duas espécies de mora, a *mora ex re* e a *mora ex persona*, mas apenas a *mora ex persona* ou mediante interpelação. No direito de Justiniano, a *interpellatio* era meio de prova da falta e não requisito da mora. A exigência da interpelação, no direito comum, era tirada pelos juristas da L. 32, pr. D, *de rebus creditis si certum petetur et de conditione*. Na opinião de Pontes de Miranda (obra citada, pág. 156), a *mora ex re* não foi criação medieval, mas de Justiniano. Chegou até os sistemas jurídicos de hoje, através do direito comum. Assim expôs que no Código Civil havia duas espécies de *mora ex re*, nos artigos 397 e 398. Segundo Pontes de Miranda (obra citada, pág. 156), o artigo 963 do Código Civil de 1916, a que no Código Civil de 2002 corresponde o art. 396, foi redigido para que o direito brasileiro tomasse posição; ou a) exigir o elemento da culpa ou b) não o exigir.

Adotou-se a segunda atitude, que é a do princípio da imputabilidade, ou da causação, em vez do princípio da culpa. Essa opinião se firmou com P. Oertmann, Ernst Meumann, dentre outros, segundo Pontes de Miranda (ROMANO, 2018).

texto constitucional, identificada como garantia de uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolve como livre e justa.

Ana Luiza de Andrade Nery (2012, p. 43) pondera que *a nota distintiva da solidariedade constitucional é que se desprende da figura do homem-indivíduo como titular dessa classe de direitos, destinando-se à proteção de grupos humanos.*

Nessa perspectiva, a solidariedade e a justiça social, são alavancadas pela soma do exercício das liberdades individuais e da igualdade de oportunidades na medida em que o direito de liberdade da pessoa será contraposto com o dever de solidariedade social, que servirá de base para a igualdade substancial e à justiça social.

Mais uma vez, evocam-se as observações de Ana Luiza de Andrade Nery:

Pelo magistério de Rosa Nery¹²³, é no princípio da solidariedade, no valor de moral social, que devemos buscar inspiração para a vocação social do direito. Para essa autora, o princípio da solidariedade impõe um novo tempo: não mais o da moral individual, mas o na moral social.

Entendemos que a solidariedade inspira o termo de ajustamento de conduta tanto quanto a justiça social, uma vez que impulsionam o crescimento econômico, cultural e social das pessoas, pelo trabalho, pela empresa, pela atividade econômica, pela ajuda mútua e pelo suporte adequado aos necessitados (NERY, 2012, p. 46).

Nesse contexto, não se olvida que tal princípio é aplicável ao compromisso de ajustamento de conduta firmado entre Ministério Público e o compromissário, em razão do interesse coletivo tutelado admitir tal interpretação, especialmente para que os celebrantes se atentem para as obrigações recíprocas, respeito mútuo entre si e atuações autônomas estabelecidas.

5.2.1.2 Autonomia privada

O princípio da autonomia privada é reconhecido pela ordem jurídica como o poder conferido aos particulares para dispor acerca de seus interesses, notadamente os econômicos (autonomia negocial) estabelecendo, de forma livre, negócios jurídicos e, também, conferindo-lhes os respectivos efeitos.

Em referência à Miguel Reale, no julgamento do REsp nº 1.409.849/PR, o

¹²³ NERY, Rosa Maria de Andrade. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 246-247

Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino destacou que autonomia da vontade é, em verdade, o poder negocial, apresentando-se como pedra angular do sistema de direito privado.

Nas palavras de Sanseverino a liberdade, como valor jurídico, é pressuposto imediato da autonomia privada e desde que manifestada de forma livre, deve ser entendida como instrumento de realização da justiça (BRASIL, STJ 2016). Contudo, assente o jurista, não constitui princípio absoluto em nosso ordenamento jurídico, sendo relativizada, entre outros, pelos princípios da função social, da boa-fé objetiva e da prevalência do interesse público.

Observa-se, por certo, que a autonomia privada é um princípio específico de direito privado, onde o sujeito tem o poder de estabelecer regras jurídicas particulares a fim de determinar as obrigações entre as partes. Nas lições de Ana Luiza Nery “*é, pois, o poder atribuído à vontade individual de partejar relações jurídicas concretas, admitidas, previstas, reguladas in abstracto na lei*” (NERY, 2012, p. 48-49).

Sob a perspectiva coletiva, a autonomia conferida às partes ao firmar o compromisso de ajustamento de conduta, deve levar em conta a fixação de regras e objetivos que respeitem e observem o interesse social.

É possível, portanto, que o legitimado pela tomada do ajuste firme (crie) “normas jurídicas específicas” para cada caso concreto, como expressão de ver satisfeito o interesse coletivo, procurando adequar a conduta do compromissário às exigências legais e constitucionais. Para isso, não se pode negar que o tomador do ajuste proponha prestações (obrigações) de fazer ou não fazer algo, nos limites daquilo que seria razoável exigir da parte adversa.

Por outro lado, o princípio da autonomia privada garante liberdade ao compromissário de manifestar sua vontade direcionada à celebração, ou não, do ajuste. Isso porque, conforme já foi esclarecido, o termo de ajustamento de conduta se revela como negócio jurídico bilateral, o qual necessita da livre manifestação de vontade das partes para se consolidar.

Daí a necessidade de haver consonância entre a vontade do compromissário e a sua declaração externalizada, uma vez que irá se autovincular às obrigações assumidas.

Fazendo uma analogia com o Direito Público, Mariana Carnaes¹²⁴ compara a autonomia privada à discricionariedade da Administração Pública, uma vez que esta tem o poder de escolher celebrar ou não o acordo (CARNAES, 2016, p. 125). Arremata a autora:

Da mesma forma que a autonomia privada permite ao particular não assinar o compromisso, o legitimado ativo público irá ponderar os elementos e decidir, conforme sua conveniência e oportunidade, se o compromisso é o meio mais eficaz de atingir o interesse público pretendido e, se entender de outra maneira, poderá trilhar caminho sancionatório, impositivo. Desta feita, o meio consensual e o meio impositivo serão plenamente fungíveis (CARNAES, 2016, p. 126).

Fala-se, portanto, em equivalência de prestações, onde os tomadores do ajuste devem observar o poder de autorregulação, autodeterminação e autovinculação. Dessa forma, restar-se-á viabilizado o pleno exercício da liberdade de agir.

5.2.1.3 Boa-fé

As partes tomadoras do ajuste, além darem cumprimento ao princípio da legalidade como será visto adiante, também devem corresponder às expectativas de que agirão com observância ao princípio da boa-fé.

Tal princípio informa que as partes devem agir de acordo com um padrão de conduta ética, proba e leal.

No que diz respeito ao TAC, é necessário avaliar a boa-fé sob o aspecto objetivo, relacionando-a a um modelo de conduta social que se espera das partes. Deve-se avaliar se a conduta do tomador do ajuste, no caso o Ministério Público, bem como se a conduta do compromissário atentaram-se aos deveres éticos e morais necessários à preservação do interesse público e coletivo.

Não se olvida que a influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos é algo que se desconheça ou se despreze, ainda mais em se tratando de ajustar as condutas daquele que transgrediu os interesses coletivos. Portanto, a lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração deste negócio jurídico, é medida

¹²⁴ Mariana Carnaes entende que o pedido de celebração do ajuste não deve ser encarado como um eventual direito subjetivo do postulante, uma vez que cabe à Administração o exercício desse Poder, caso identifique a possibilidade do interesse público ser atendido no caso concreto (CARNAES, 2016, p. 126).

que se espera.

Como ensina Clóvis Couto e Silva “o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o alter” (COUTO E SILVA, 2019, p. 33).

Modernamente há a concepção de que a noção simples da relação obrigacional resta ultrapassada, uma vez que ao lado dos deveres de prestação vislumbra-se a incidência de deveres secundários, também chamados de deveres laterais, além de direitos potestativos, sujeições, ônus, expectativas jurídicas e outros (TEPEDINO, 2005 p. 458).

Daí porquê se fala em criação da concepção complexa de relação obrigacional, com a incidência do princípio da boa-fé objetiva, que encontra amparo nas palavras de Sergio Savi:

‘[...] a boa-fé objetiva tem como uma de suas principais características ser fonte criadora de deveres instrumentais, também chamados de anexos, conexos ou laterais, que compõem a relação obrigacional em conjunto com os deveres principais, mesmo que as partes não tenham expressamente pactuado tais deveres. (TEPEDINO, 2005 p. 458)’

A partir desse pensamento, justifica-se uma análise da teoria do inadimplemento obrigacional no termo de ajustamento de conduta sob o ponto de vista dinâmico, e não estático¹²⁵.

Nesse sentido, Judith Martins-Costa traz um conceito moderno de adimplemento nos seguintes termos: “o cumprimento da prestação concretamente devida, presente a realização dos deveres derivados da boa-fé que se fizeram instrumentalmente necessários para o atendimento satisfatório do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às circunstâncias concretas” (TEPEDINO, 2005. p. 459). Com isso, cumpre dizer que dada a ampliação do conceito de adimplemento, conseqüentemente amplia-se o conceito de inadimplemento, isso porque pode ser ocasionado tanto pela quebra dos deveres de prestação, quanto pela violação dos deveres instrumentais impostos pelo princípio da boa-fé objetiva.

Sob essa perspectiva, cumpre ao tomador do ajuste evitar a prática de atos que possam representar eventual obstrução ou impedimento ao adimplemento da

¹²⁵ Refiro-me ao modelo dicotômico: inadimplemento absoluto e mora.

obrigação assumida pelo compromissário¹²⁶. Seu dever de agir, ainda que amparado legalmente, deve se dar de forma a tornar a obrigação menos onerosa e adimplível ao causador do dano. A inobservância dos deveres de honestidade, lealdade, fidelidade, atrelados ao princípio da solidariedade humana e social, denotam a necessidade de reflexão mais arrojada e moderna sob a inadimplência das partes.

Pensa-se possível, também, considerar a aplicação do artigo 422 do Código Civil ao termo de ajustamento de conduta, ao dispor: “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”.

Ora, tratando-se de negócio jurídico bilateral, onde as partes estabelecem cláusulas para cumprimento de direitos e obrigações, disciplinando a forma, tempo e lugar para seu cumprimento, é natural que delas se espere uma atuação proba e pautada na boa-fé.

5.2.1.4 Função social

Diz Ana Luiza de Andrade Nery (2012, p. 65) que para se atingir a justiça por meios de institutos que preservem a paz e o equilíbrio social, sem comprometer a certeza do direito, componente ético da segurança social, é necessário estabelecer uma visão sistemática do direito.

Nesse sentido, vislumbra-se pertinente a aplicação do princípio da função social dos contratos ao termo de ajustamento de conduta, notadamente pela possibilidade de imposição aos negócios jurídicos em geral.

Tal medida se justifica em razão das adaptações necessárias pelas quais sofreu tal princípio, em decorrência das mudanças políticas e sociais, adquirindo nova roupagem em busca da realização da justiça e do equilíbrio contratual.

Com efeito, o princípio da função social tem assento constitucional e encontra fundamento no princípio da solidariedade e na afirmação do valor social da livre iniciativa. O ordenamento jurídico infraconstitucional, por sua vez, consolidou a ideia

¹²⁶ A exemplo cito o Código de Processo Civil, artigo 805: “Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Parágrafo único: Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados”.

de que os negócios jurídicos devem ser funcionalizados, elaborados e interpretados sempre de forma a não prejudicar o interesse social (COSTA, 2005, p. 57).

A nova concepção dada aos contratos de direito civil, que parte de uma visão mais arrojada da função social onde se reconhece que o contrato, ainda que ato entre particulares, é instrumento de organização social e econômica, levando em conta interesses não apenas particulares mas também sociais e institucionais, também pode ser aplicável ao ajuste de conduta.

Em verdade, neste caso, a função social relaciona-se com o resultado que se pretende alcançar, buscando um resultado socialmente apreciável. Nesse sentido, e em referência à Junqueira de Azevedo, adverte Ana Nery (2012, p. 67) que o princípio da função social é preceito que visa integrar os contratos numa ordem social harmônica, com o objetivo de impedir que acordos sejam celebrados em prejuízo à coletividade.

Sob esse ângulo é que se defende que o compromisso de ajustamento de conduta cumpre sua função social, desde que resguardados os valores constitucionais da solidariedade e justiça social.

5.2.2 Princípios de Direito Público

5.2.2.1 Legalidade

O princípio da legalidade não encontra as mesmas nuances no direito público e no direito privado. Nesse sentido, Caio Tácito leciona:

Ao contrário da pessoa de direito privado, que, como regra, tem a liberdade de fazer aquilo que a lei não proíbe, o administrador público somente pode fazer aquilo que a lei autoriza expressa ou implicitamente [...] se o direito individual tem como limite natural o direito de outrem, cumpre ao Estado o dever de garantir o equilíbrio da ordem coletiva contra excessos de individualismo [...]

Neste sentido, a doutrina e a jurisprudência – e, a seguir, a própria lei – conceituam como desdobramento necessário do princípio da legalidade, que a ação administrativa discricionária deve pautar-se pelo requisito essencial da finalidade como condicionante da competência da autoridade pública.

Enquanto no ato jurídico privado as razões inspiram o autor, como endereço de sua vontade, são em princípio de sua livre escolha, o ato jurídico público e especialmente o ato administrativo, está vinculado a um fim público específico, ainda que a norma de competência a ele não se refira explicitamente (TÁCITO, 1996, p. 2-3).

O compromisso de ajustamento de conduta permite a confluência entre os dogmas do direito público e do direito privado. A incidência do princípio da legalidade se dá na medida em que, diferentemente da negociação que permeia o direito entre particulares, que poderão dispor livremente acerca das situações que a lei não proíba, no TAC firmado pelo órgão público, o colegitimado ativo está adstrito aos ditames legais.

Tal situação encontra assento no artigo 37 da Constituição Federal, que preceitua a observância do princípio da legalidade pela Administração Pública. Por força deste princípio, não se pode impor ao compromissário uma conduta positiva (um fazer), tampouco uma proibição (não fazer) sem que a lei o autorize.

O princípio da legalidade, portanto, constitui-se em manifestação essencial do Estado de Direito, se caracterizando pela submissão do Estado aos ditames constitucionais, porquanto a Administração só pode praticar atos cuja previsão estejam consubstanciados expressamente em lei:

É nesse sentido o magistério de Michel Stassinopoulos, quando afirma que os órgãos administrativos, obrigados em razão de sua competência de aplicar a lei, não podem agir *contra legem*, tampouco *praeter legem*, mas sempre *secundum legem*. [...]

No ponto, bem observa Fábio Medina, ao afirmar que a supremacia do interesse público sobre o privado não traduz possibilidade de arbítrio aos agentes públicos. De modo contrário, implica atuação segundo a lei para a defesa dos interesses da coletividade, que podem, eventualmente, não coincidir com aquele buscado pela entidade pública.

Assim, a satisfação do interesse público não se circunscreve apenas àquele constante na lei formal, no estrito cumprimento do dever de legalidade, mas inclui os comandos decorrentes dos princípios gerais de direito, em que se insere a boa-fé objetiva (NERY, 2017, p. 71-72).

Mariana Carnaes (2016, p. 127) pondera que a noção do princípio da legalidade pública aplicado ao termo de ajustamento de conduta é permeado por três aspectos: I) proteção do compromissário ante imposições arbitrárias do Estado, protegendo-o de assumir obrigações maiores do que pode suportar; II) proteção do interesse público que não será ameaçado pela livre escolha de obrigações que podem se mostrar aquém do necessário ao restabelecimento do *status quo* ou da indenização cabível; e III) elevar o critério democrático do ajuste, considerando que a legitimação da Administração se legitima somente com base na lei.

Deste modo, em observância ao princípio da legalidade, os colegitimados

ativos voltam suas condutas, ao mesmo tempo, ao cumprimento dos princípios da boa-fé e da moralidade (CARNAES, 2016, p. 128).

Portanto, ao se afirmar que o poder público, quando age de boa-fé, que também é a manifestação da legalidade, se previne de cometer arbitrariedades. Da mesma forma, são consectários da boa-fé a proibição do comportamento contraditório e da decisão-surpresa que restrinja direitos do particular (NERY, 2017, p. 74).

5.2.2.2 Publicidade

Previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e também no artigo 7º, *caput*, da Resolução nº 179/2017-CNMP, tem como missão orientar o administrador, neste último caso o tomador do ajuste (compromitente), a agir com transparência e clareza nas suas relações negociais.

Dos textos suprarreferidos extrai-se o compromisso de que, em razão da atuação pública exercida, os atos praticados pelos órgãos do Estado deverão ser publicados nos respectivos veículos de comunicação públicos oficiais, para que a coletividade e os interessados tomem ciência de suas manifestações.

Deste modo, como de forma geral os atos e atividades exercidos pela Administração e demais órgãos são públicos, é natural que sua forma de produzir efeitos também o seja. Nesse sentido, Ana Luiza Nery (2016, p. 80) destaca que “*a publicidade abrange toda a atuação estatal, não apenas sob o aspecto da divulgação oficial de seus atos como também de atribuição de conhecimento a todos, da conduta interna de seus agentes*”.

A publicização do compromisso de ajustamento de conduta viabiliza, ainda, que a sociedade exerça um controle, ou seja, uma fiscalização sobre os atos administrativos.

Na hipótese da tomada de ajuste pelo Ministério Público, o mencionado artigo 7º da Res. 179/2017-CNMP prevê que a publicidade do termo deve se dar por qualquer meio eficiente e acessível, contemplando: I – a indicação do inquérito civil ou procedimento em que tomado o compromisso; II – a indicação do órgão de execução; III – a área de tutela dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em que foi firmado o compromisso de ajustamento de

conduta e sua abrangência territorial, quando for o caso; IV – a indicação das partes compromissárias, seus CPF ou CNPJ, e o endereço de domicílio ou sede; V – o objeto específico do compromisso de ajustamento de conduta; VI – indicação do endereço eletrônico em que se possa acessar o inteiro teor do compromisso de ajustamento de conduta ou local em que seja possível obter cópia impressa integral.

Além disso, ressalvadas situações excepcionais devidamente justificadas, a publicação¹²⁷ no endereço eletrônico institucional disponibilizará acesso ao inteiro teor do compromisso de ajustamento de conduta ou indicará o banco de dados público em que pode ser acessado (art. 7º, §1º Res. 179/17).

A publicidade conferida ao termo, portanto, garante o acesso de seu conteúdo à sociedade, que poderá controlá-lo em uma verdadeira forma de acesso à justiça, garantindo, ainda, maior efetividade aos termos pactuados (CARNAES, 2016, p. 131).

5.2.2.3 Eficiência

O princípio da eficiência também encontra assento no texto constitucional (art. 37, *caput*), despontando como um dos principais fundamentos pela existência e aplicação do termo de ajuste de condutas, já que se trata de um meio para atender aos reclames sociais de forma rápida e econômica (celeridade e economia processual).

Sob um viés econômico, tal princípio se mostra apropriado por trazer uma boa relação de custo-benefício para as partes (economia processual). Já na perspectiva temporal, afigura-se oportuno por possibilitar que a defesa dos interesses coletivos, por meio da atuação do órgão legitimado, se dê no menor tempo possível (celeridade).

Por eficiência entende-se a busca efetiva pelo melhor emprego de recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para atender aos anseios coletivos (NERY, 2017, p. 83).

A quebra do antigo paradigma e a transição do modelo burocrático para o gerencial de 1995, em resposta à crise ocorrida na década de 1980 no Brasil,

¹²⁷ Ana Luiza de Andrade Nery chama atenção para a diferença entre publicidade e publicação. Com amparo nas lições de Canotilho a doutrinadora pondera que publicação é forma de publicidade, feita por meio de jornal oficial, enquanto que publicidade é qualquer forma de comunicação dos atos dos poderes públicos dotados de eficácia externa (NERY, 2017, p. 81).

estabeleceu as diretrizes básicas para a mudança de gerenciamento estatal, trazendo noções estratégicas de planejamento, descentralização, regulação e eficiência e, ao mesmo tempo, mantendo os princípios bases da legalidade e da impessoalidade em convivência harmônica com este novo princípio.

Mariana Carnaes (2016, p. 145-146) assinala que a eficiência sempre atuará em torno da legalidade e por esta será limitada, não bastando que a Administração simplesmente cumpra a lei, sendo necessário, ainda, que o faça de modo satisfatório.

A mudança de paradigma, portanto, sobreveio em decorrência da nova postura estatal cujo objetivo era alcançar melhores resultados e estabelecer um diálogo com os administrados, objetivando, deste modo, a satisfação do interesse público. Nesse sentido, pontifica Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

O momento consenso-negociação entre o poder público e particulares, mesmo informal, ganha relevo no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração [...] Há um refluxo da imperatividade e uma ascensão da consensualidade; há uma redução da imposição unilateral e autoritária de decisões para valorizar a participação dos administrados quanto à formação da conduta administrativa [...] GROTTI, 2002, p. 89-90)

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que deu nova redação ao inciso LXXVIII do artigo 5º da CF, o princípio da eficiência também passou a assegurar a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A celeridade, *in casu*, é a necessária para atender ao interesse tutelado em cada caso concreto, sob pena de a extemporaneidade tornar inútil o resultado (CARNAES, 2016, p. 155). Esta, contudo, não se sustenta sozinha, devendo trazer consigo resultados satisfatórios.

Não se olvida que o princípio da eficiência tem especial relevância ao termo de ajustamento de conduta, notadamente por permitir a aferição do binômio adequação-necessidade. Esse entendimento é reforçado por Ana Nery:

Assim, o princípio da eficiência é ainda mais reforçado pelo conflito com o princípio da proporcionalidade, pois, por força deste, em seus elementos adequação e necessidade, não se poderia impor a adoção de meio inadequado ou desnecessariamente oneroso ao alcance das finalidades legais, pelo simples apego a uma legalidade formal, impondo-se uma legalidade material, cujo substrato encontrar-se-ia na eficiente e menos onerosa possível realização dos objetivos constitucionais que estiverem em jogo (NERY, 2017, p. 84).

Pode-se dizer, portanto, que o princípio da eficiência se tornou um novo fundamento para o acesso à justiça, estimulando a adoção de métodos alternativos de solução de conflitos, dentre eles, o compromisso de ajustamento de conduta, trazido pela terceira onda de Mauro Cappelletti.

Ao prestigiar a celebração eficiente do termo de ajustamento de conduta, privilegia-se, também, a celeridade e a economia processual, sem os formalismos exacerbados e complicadores do viés judicial, zelando, ao mesmo tempo, pelo alcance do interesse coletivo.

5.3 EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

É notório que por força do preconizado no artigo 5º, §6º da Lei nº 7.347/85¹²⁸ os legitimados à propositura da ação civil pública podem, no processo coletivo, celebrar acordos envolvendo o direito material objeto do processo.

Tal mecanismo, como já pontuado, pode ser realizado de forma extraprocessual e tem por objetivo estimular o investigado a ajustar suas condutas, sem necessariamente passar por uma intervenção judicial, implicando num resultado mais rápido, mais econômico e mais efetivo em termos de satisfação à coletividade.

A celebração de negócios jurídicos processuais e extraprocessuais, vem alicerçada no artigo 190 do CPC¹²⁹, na Resolução 125/2010-CNJ¹³⁰ e, também, na Resolução 118/2015-CNMP¹³¹ cuja finalidade é flexibilizar o procedimento e imprimir

¹²⁸ Art. 5º Tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

§ 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.

¹²⁹ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

¹³⁰ Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

¹³¹ Art. 1º Fica instituída a POLÍTICA NACIONAL DE INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição.

Parágrafo único. Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.

maior eficácia à implementação dos direitos coletivos (PIZZOL, 2020, p RB-6.7).

O favorecimento dos métodos autocompositivos de solução de conflitos, notadamente o termo de ajustamento de conduta firmado pelo Ministério Público, permite que o legitimado coletivo alcance um resultado socialmente favorável, através de uma autêntica negociação coletiva, ajustando a conduta do responsável pela lesão ou ameaça de lesão aos direitos e interesses metaindividuais.

Nesse sentido, Patrícia Pizzol, alicerçada nas lições de Alexandre Gravonski, destaca que a negociação em tutela coletiva deve observar a concretização do direito à luz do caso concreto e de todo o sistema jurídico, com a especificação dos elementos necessários à sua efetivação (PIZZOL, 2020, p. RB-6.7).

A solução consensual, contudo, não é isenta de controle e aferição pelos órgãos superiores. Quando o ajuste de conduta é firmado dentro do processo, a solução consensual é submetida à homologação judicial, ocasião em que o magistrado promove o juízo de delibação.

Em se tratando de autocomposição extrajudicial, tal tarefa se submete à apreciação do Órgão Superior, no caso ao Conselho Superior do Ministério Público, que promove a revisão e fiscalização do referido termo (art. 8º Res. 179/2017-CNMP¹³²).

Como uma das formas alternativas eficientes e modernas de pacificação de conflitos, o termo de ajustamento de conduta se afigura promissor ao buscar a conciliação das partes evitando, deste modo, a judicialização dos conflitos.

A existência de tal negócio jurídico está condicionada à verificação de seus elementos constitutivos (agente, objeto e forma) e sua validade¹³³ inclui à observância dos requisitos definidos no ordenamento jurídico (capacidade do agente, licitude, possibilidade do objeto e manifestação de vontade (NERY, 2017, p. 193).

Nesses termos, conforme ventilado em momento anterior, para se falar em

¹³² Art. 8º No mesmo prazo mencionado no artigo anterior, o Órgão Superior providenciará o encaminhamento ao Conselho Nacional do Ministério Público de cópia eletrônica do inteiro teor do compromisso de ajustamento de conduta para alimentação do Portal de Direitos Coletivos, conforme disposto na Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 2, de 21 de junho de 2011, que institui os cadastros nacionais de informações de ações coletivas, inquéritos e termos de ajustamento de conduta.

¹³³ Destaca-se a expressão que o autor utiliza para conceituar o plano da validade: “plano de adjetivos”. Para Azevedo (2010, p. 42): “Há, no primeiro plano: a existência, o negócio existente e os elementos sendo. Há, no segundo: a validade, o negócio válido e os requisitos como qualidades dos elementos”.

eficácia ou ineficácia do compromisso de ajustamento de conduta, deve-se antes de mais nada passar pelos requisitos de existência¹³⁴ e validade do negócio jurídico.

No que tange à validade, Antônio Junqueira de Azevedo (2010, p. 41) aponta tratar-se de uma qualidade atribuída ao negócio jurídico quando este adentra no mundo jurídico em regularidade com as regras jurídicas. Para o autor, os parâmetros da validade serão fornecidos pelas exigências da lei e a declaração da vontade deve ser a) resultante de um processo volitivo, b) querida com plena consciência da realidade, c) escolhida com liberdade, d) deliberada sem má-fé. O objeto deve ser lícito, possível e determinado ou determinável. A forma será livre ou aquela exigida pela lei (AZEVEDO, 2019, p.43).

Marcos Bernardes de Mello, por sua vez, menciona a importância da perfeição da vontade manifestada pelo sujeito, sob o prisma da compatibilidade com a realidade dos atos a que se refere, a condição de “livre e espontânea”, “verídica”, “consciente” e “não lesiva a terceiros” (MELLO, 2019, posição 923). O autor defende, ainda, que a boa-fé deve ser vista como pressuposto relativo ao sujeito, na medida em que apesar de vincular-se à moralidade a má fé afeta a integridade da vontade negocial, asseverando:

[...] o Legislador Civil de 2002 ao adotar a norma contida o art. 422 do Código Civil, segundo a qual *os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé*, nos permite entender que a presença da má-fé ou da improbidade por parte de figurante na formação do negócio jurídico passam a constituir causas de invalidade do negócio jurídico, em face da afetação da vontade e da violação da moralidade que deve presidir as relações negociais (MELLO (2019, posição 936-959).

Pontes de Miranda (2012, p. 61-62), observa que: todo negócio jurídico cria relação jurídica, constituindo, ou modificando, ou constituindo negativamente (extintividade) direitos, pretensões, ações, ou exceções. Essa projeção eficaz do negócio jurídico, no tempo, traça o que se há de entender criado, modificado, ou extinto, - parecendo-se com a projeção eficaz das leis no tempo, porém sem que se possa tirar dessa parecença qualquer assimilação, menos ainda identificação. O que os interessados no negócio jurídico estabelecem não é mais do que eficácia do negócio jurídico; não é, sequer, vontade que permanece, nem se há de confundir a vontade, que traçou a conduta futura e o futuro do próprio negócio jurídico, com a

¹³⁴ Sobre a existência os apontamentos foram pontuados no tópico 5.1.

eficácia do negócio jurídico que aponta essa conduta e faz prestabelecido o futuro do negócio jurídico.

Por vezes, é preciso que o conteúdo e o futuro da eficácia do negócio jurídico sejam previstos claramente; daí a técnica legislativa adotar a) regras jurídicas dispositivas (...), e b) regras jurídicas interpretativas. Pontes de Miranda destaca os limites quanto ao conteúdo e à eficácia do negócio jurídico (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 99). Por outro lado, ressalva que somente dentro de limites prefixados, podem as pessoas tornar jurídicos atos humanos e, pois, configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica, arrematando:

O ato jurídico, incluído o negócio jurídico, existe e vale, nos limites da lei; a sua eficácia, desde a vinculação, depende da lei: é eficácia jurídica, isto é, a eficácia que tem, no mundo jurídico, o ato jurídico (e. g., não posso contratar reservando-me o poder de revogação, unilateral, ou bilateralmente, aliter o poder de denúncia, se permitida; nem com a exclusão de modificá-lo, ou de distratá-lo). (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 113). (g. n.).

É por isso que Ana Luiza de Andrade Nery destaca que para se falar em eficácia do TAC é necessário verificar a irradiação¹³⁵ do negócio no mundo jurídico. Não obstante a autora traga os posicionamentos de Enzo Roppo, Emílio Betti, Marcos Bernardes de Mello e Pontes de Miranda deixa claro, todavia, sua predileção em adotar a classificação de Antonio Junqueira de Azevedo, atribuindo como fatores de eficácia ao negócio jurídico: I) eficácia geral; II) diretamente visada; e III) mais extensa (NERY, 2017, p. 193-195). Esclarece Ana Nery:

Os fatores de atribuição de eficácia geral são aqueles sem os quais o negócio praticamente não produz efeitos. É o caso dos negócios submetidos à condição suspensiva ou a termo inicial, em que durante a ineficácia, não produzem quaisquer efeitos antes do advento do acontecimento ou do termo determinado. [...]

Os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada são aqueles indispensáveis para que o negócio jurídico venha a produzir exatamente os efeitos pelas partes manifestados. Em outras palavras, antes do advento do fator de atribuição da eficácia diretamente visada, o negócio produz efeitos, com limitações. [...]

E, por fim, os fatores de atribuição de eficácia mais extensa são aqueles indispensáveis para que o negócio, já plenamente eficaz, dilate seu campo de atuação, tornando-se oponível a terceiros (NERY, 2017, p. 195).

¹³⁵ Conforme aponta Na a Luiza Nery (2017, p. 193), a expressão é utilizada por Pontes de Miranda *in* PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: parte geral. Atualização e anotação de Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrardt. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 (eficácia jurídica, direitos, ações, t. V), §529, p. 131.

Os fatores de atribuição de eficácia mais extensa aplicam-se às demandas que envolvem direitos e interesses difuso e coletivos. Isso porque, nos mesmos moldes da coisa julgada coletiva, observa-se que a eficácia expandida do TAC pode se dar *ultra partes* ou *erga omnes*, constituindo-se, pois, em matéria de transação híbrida.

Nesse sentido, é de bom alvitre rememorar que o artigo 103¹³⁶ do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) que regulou a coisa julgada nas ações coletivas, substituiu o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), atribuindo à decisão efeitos *erga omnes* e *ultra partes*.

Deste modo, nas situações em que o Termo de Ajustamento de Conduta for homologado em juízo em observância ao disposto no artigo 487, inciso III, alínea “b” do CPC¹³⁷, a sentença de mérito seguirá o regime do artigo 103 do CDC, produzindo coisa julgada material.

Outrossim, nos casos em que o TAC for firmado de forma extraprocessual, a eficácia do negócio jurídico poderá ser *erga omnes* ou *ultra partes* a depender da matéria sobre qual versar a transação.

Em outros termos:

[...] o compromisso de ajustamento de conduta repercute na esfera jurídica das partes que o subscreveram, bem como na dos titulares dos direitos metaindividuais objeto do mesmo compromisso, que pode

¹³⁶ CDC 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;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º 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.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

¹³⁷ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

III - homologar:

b) a transação;

versar sobre direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos e, ainda, na dos demais colegitimados à celebração do ajustamento, que não figuraram como parte no negócio, mas que, na qualidade de representantes dos interesses da coletividade, devem observar os termos do ajuste, ficando a eles também obrigados (NERY, 2017, p. 197).

Entende-se, deste modo, que o compromisso de ajustamento de conduta firmado pelo legitimado coletivo deverá se amoldar à situação fática enfrentada, com o escopo de alcançar a melhor solução jurídica entre o órgão público e a parte adversa, buscando-se como principal efeito o adimplemento das obrigações assumidas.

Registre-se que na perspectiva extraprocessual, todo procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público – dentre eles, o inquérito civil, o procedimento preparatório e as peças informativas – tem por escopo coletar elementos demonstradores da ocorrência de ilícito e de sua autoria.

Objetiva-se, deste modo, identificar a existência de lesão ou ameaça de lesão a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos e individuais indisponíveis, capazes de conferir suporte probatório indispensável ao manejo de medidas (judiciais e extrajudiciais) destinadas à recomposição de danos (sentido amplo) causados à coletividade.

Assim, o espectro de atribuição do agente ministerial é absolutamente amplo, exigindo uma criteriosa análise deste legitimado para verificar, concreta e finalisticamente, a real necessidade de se promover investigações que permitam individualizar comportamentos e atribuir-se responsabilidades, com vistas a resguardar, a um só tempo, os principais vetores de defesa da coletividade.

Em se tratando de ajuste de condutas, salienta-se que a negociação entabulada entre o Ministério Público e o compromissário pode, inclusive, ocorrer antes da instauração de procedimento de cunho investigativo como o inquérito civil ou em momento anterior ao eventual ajuizamento de ação civil pública e, ainda, no curso de qualquer procedimento extrajudicial ou ação.

Sendo assim, os efeitos do negócio jurídico podem ser manejados durante a celebração do ajuste, podendo culminar na suspensão ou no arquivamento do procedimento ou do processo. Nesta última hipótese estamos diante da extinção do processo com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inciso III, alínea “b” do

CPC, conforme ventilado acima.

Outrossim, se o momento da celebração do ajuste se der antes do ajuizamento de eventual ação coletiva, o legitimado que celebrou o termo se compromete a não ajuizar a respectiva ação coletiva, notadamente versando sobre os pontos fixados no ajuste, porquanto já possui um título executivo pré-constituído, ainda que extraprocessual.

Portanto, no caso de descumprimento do termo ou cumprimento parcial, admite-se a execução do título, conforme preceitua o artigo 11 da Resolução nº 179/2017-CNMP, cuja redação é a que segue: *“Descumprido o compromisso de ajustamento de conduta, integral ou parcialmente, deverá o órgão de execução do Ministério Público com atribuição para fiscalizar o seu cumprimento promover, no prazo máximo de sessenta dias, ou assim que possível, nos casos de urgência, a execução judicial do respectivo título executivo extrajudicial com relação às cláusulas em que se constatar a mora ou inadimplência*¹³⁸”.

Verifica-se, desde modo, que a eficácia do título executivo extrajudicial está intimamente ligada à reparação ou prevenção do dano a bem, direito ou interesse coletivo (*lato sensu*), ainda que não abarque todos os pontos passíveis de discussão no âmbito de uma ação coletiva.

O Ministério Público, todavia, está autorizado a exceder o prazo de 60 (sessenta) dias estipulado pelo mencionado artigo 11 para o ajuizamento da execução, desde que o compromissário justifique satisfatoriamente o motivo do descumprimento ou reafirme sua disposição para o cumprimento. Neste caso, poderão as partes repactuar o ajuste ou determinar-se a adoção de providências até o seu efetivo cumprimento, sem prejuízo da possibilidade de execução da multa, quando cabível e necessária à reparação ou recomposição do dano.

Infere-se que a máxima efetividade se dá a partir do momento em que se confere uma melhor solução ao caso concreto, independentemente se o ajuste firmou

¹³⁸ O critério legal de distinção entre inadimplemento absoluto e mora consta do parágrafo único do art. 395 do Código Civil, em que se lê: “Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”. Vale dizer: enquanto ainda possível o cumprimento da prestação de modo útil para o credor, tem-se apenas mora. Com a perda de possibilidade útil da prestação, configura-se o inadimplemento absoluto. A possibilidade de conversão do inadimplemento relativo em absoluto pela perda da utilidade da prestação é usualmente referida pela doutrina como “caráter transformista da mora” (SCHREIBER, 2020, p.514).

obrigações mais ou menos amplas que aquelas que seriam arguidas em eventual ação.

Não se olvida que o compromisso de ajustamento de conduta obsta o ajuizamento de futura demanda de índole coletiva, desde que ajuizada com base nos mesmos fatos, uma vez que deixa de existir o interesse processual porquanto já se tem um título hábil a amparar ação de execução. Nesse sentido Fernando Grella Vieira pontifica:

É evidente que não há obrigatoriedade do ente legitimado provocar primeiramente a transação para só depois, frustrada a medida, ajuizar a ação. Mas se a possibilidade de reparação completa for manifestada pelo próprio autor do dano, não poderá ser desprezada, salvo, por certo, se em termos concretos as condições de cumprimento das exigências não se apresentarem eficazes à recomposição da ofensa. [...]

Conferindo a lei eficácia executiva ao compromisso de ajustamento, sendo ele celebrado, desaparece, em tese, o interesse de agir dos colegitimados para a propositura da ação civil pública, justamente em razão da desnecessidade de se percorrer a fase de conhecimento se já se tem título hábil a amparar a execução.

De outro lado, se o autor da ofensa se submete a ato de tais efeitos, sujeito ainda a cominações em caso de descumprimento da avença (multa diária), há de militar-lhe um mínimo de segurança jurídica. E essa segurança consiste exatamente em não se poder desprezar a existência do compromisso.

Tais aspectos revelam que a solução extrajudicial da ofensa, contemplada na lei, tem íntima relação com o interesse de agir (necessidade da tutela jurisdicional) (VEIRA, 2015).

À guisa de conclusão observa-se que dentre os principais efeitos do termo de ajustamento de conduta está o impedimento de propositura superveniente de ação coletiva, cujo intuito é tutelar o interesse que pode ser objeto por meio da execução do ajuste.

Portanto, não seria útil e necessário ir até o judiciário na busca de um interesse que já está sendo protegido por meio de medidas extrajudiciais aptas a garantir o efeito esperado.

5.4 TAC E O DESASTRE DA BARRAGEM DO FUNDÃO EM MARIANA (MG)

Conforme exposto alhures, o Código de Defesa do Consumidor trouxe no artigo 81 a definição legal dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, empregando critérios para diferenciar as espécies de direitos transindividuais.

Viu-se que existem direitos difusos cujo significado é tão expressivo para a coletividade que há um consenso social, de modo que é possível confundi-los com o interesse público primário. O exemplo clássico é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois este é um direito que, de acordo com convenções e declarações internacionais, assiste a cada ser humano e, concomitantemente, cada indivíduo pode dispor dele como se fosse um direito subjetivo individual.

Relativamente aos direitos coletivos em sentido estrito, constatou-se que estes são direitos de grupo, categoria ou classe de pessoas, onde é possível determinar quem são seus titulares, pois há uma relação jurídica entre os indivíduos atingidos pela sua violação ou entre estes e o violador do aludido direito.

Por sua vez, ratifica-se que os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos individuais com um traço de identidade, de homogeneidade, na sua origem.

Destaca-se que lesões a direitos difusos, a direitos coletivos em sentido estrito e a direitos individuais homogêneos decorrem ou podem decorrer, simultânea ou sucessivamente, de uma única situação de fato.

Nesse sentido, exemplificativamente, colaciona-se o caso real da Barragem do Fundão, em Mariana (MG), onde é possível vislumbrar ofensas simultâneas e sucessivas a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, exigindo-se das autoridades a adoção de medidas preventivas, reparatórias e punitivas, notadamente por meio do termo de ajustamento de conduta, da recomendação administrativa e, ainda, pelo ajuizamento de ação civil pública.

Neste tópico, será feito um brevíssimo resgate histórico e serão trazidos os principais aspectos discutidos nos termos de ajustamento de conduta firmados.

O rompimento da Barragem do Fundão, localizado no subdistrito de Bento Rodrigues, a 35 km do centro do município brasileiro de Mariana, Minas Gerais, ocorreu na tarde de 5 de novembro de 2015. A imagem a seguir ilustra o cenário:



Uma barragem de rejeitos de mineração denominada "Fundão", controlada pela Samarco Mineração S.A., um empreendimento conjunto das maiores empresas de mineração do mundo, a brasileira Vale S.A. e a anglo-australiana BHP Billiton, entrou em colapso e rompeu-se, despejando milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério no meio ambiente, contaminando a bacia do Rio Doce, nos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, alcançando, inclusive, o mar territorial brasileiro.

Inicialmente a mineradora Samarco informou que duas barragens haviam se rompido - a de Fundão e a de Santarém. Porém, no dia 16 de novembro, a Samarco retificou a informação, afirmando que apenas a barragem de Fundão havia se rompido. O rompimento de Fundão provocou o vazamento dos rejeitos que passaram por cima de Santarém, que, entretanto, não se rompeu. As barragens foram construídas para acomodar os rejeitos provenientes da extração do minério de ferro retirado de extensas minas na região.

Considerado o desastre industrial, o rompimento da barragem de Fundão causou o maior impacto ambiental da história brasileira e o maior do mundo envolvendo barragens de rejeitos, com um volume total despejado de 62 milhões de metros cúbicos. A lama chegou ao rio Doce, cuja bacia hidrográfica abrange 230 municípios dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, muitos dos quais abastecem sua população com a água do rio.

O caso ganhou repercussão internacional dada as dimensões do acidente e as suas conseqüências (mortes, destruições de vilarejos, inundações,

comprometimento de um dos mais importantes rios da região Sudeste, o Rio Doce).

Diante dessa catástrofe, o Ministério Público Federal (MPF) e o Ministério Público do Estado de Minas (MP/MG) uniram forças para a investigação sobre os danos sociais e ambientais causados pelo rompimento das barragens Fundão e Santarém, da mineradora Samarco, em Mariana, Minas Gerais. Os esforços conjuntos se concentraram, inicialmente, na responsabilização pelos danos e na apuração sobre os órgãos responsáveis pela fiscalização do empreendimento. A força-tarefa reuniu procuradores e promotores dos municípios atingidos e da capital, Belo Horizonte.

Os órgãos responsáveis pelo licenciamento das barragens da Samarco, a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (Semad), bem como o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) foram instados a se manifestarem durante a investigação.

O Ministério Público Federal, o Ministério Público Trabalho e o Ministério Público do Estado do Espírito Santo assinaram um Termo de Compromisso¹³⁹ Socioambiental preliminar e emergencial com a empresa Samarco Mineração S/A. O acordo preliminar buscou proteger o direito das populações e de trabalhadores e trabalhadoras atingidos/as pelo desastre, e garantir que as provas do ocorrido fossem preservadas para futura reparação dos danos e a adoção de medidas emergenciais para redução de danos socioambientais.

A cláusula segunda do termo, contemplou como objeto do ajuste a adoção de ações e procedimentos iniciais e necessários à prevenção e mitigação de impactos sobre os Municípios de Baixo Guandu, Colatina, Marilândia e Linhares. Além disso, dispôs também sobre que a adoção e previsão das obrigações iniciais firmadas não elidem a responsabilidade civil, trabalhista, administrativa e criminal provenientes do desastre socioambiental de rompimento das barragens mencionadas, inclusive judiciais, respeitados os considerandos¹⁴⁰, nem exclui a possibilidade de que outras e novas

¹³⁹ Disponível em: < <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/atuacao-do-mpf/linha-do-tempo>>. Acesso em jun. 2023

¹⁴⁰ Dispõe os considerandos iniciais: “CONSIDERANDO que os danos provenientes do exercício da atividade econômica devem ser interpretados como externalidades, e, na forma do princípio do poluidor-pagador devem ser suportados pelo empreendedor, à luz da teoria da responsabilidade objetiva da atividade; CONSIDERANDO que as externalidades ambientais decorrentes dos fatos objeto desse Termo de Compromisso socioambiental não são conhecidas em sua integralidade, tendo este caráter preventivo e emergencial; CONSIDERANDO que a SAMARCO aceitou o convite dos COMPROMITENTES a fim de firmar o presente TERMO DE COMPROMISSO SOCIOAMBIENTAL PRELIMINAR, apesar de não reconhecer responsabilidade pelo acidente (grifou-se); CONSIDERANDO

providências emergenciais sejam exigidas.

Na sequência, foi assinado o primeiro aditivo ao Termo de Compromisso Socioambiental¹⁴¹ preliminar emergencial, prevendo que a mineradora Samarco garantisse renda mínima a pessoas atingidas pelo desastre na bacia do Rio Doce. Previu-se a elaboração de um plano de identificação, manutenção de renda e amparo de todas as pessoas que exerciam atividades laborativas vinculadas ao Rio Doce, seus afluentes e respectivas margens, bem como lagos, lagoas e águas marinhas atingidas pelo desastre.

Não obstante os acordos firmados, em abril de 2016 o Ministério Público Federal, por meio da Força-Tarefa que investiga o desastre socioambiental, ingressou com uma ação civil pública em face das empresas Samarco Mineração S.A, Vale S/A e BHP Billiton Brasil Ltda, e contra a União e os Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo para que sejam obrigados a reparar integralmente os danos sociais, econômicos e ambientais causadas pelo rompimento.

Estimou-se, como valor preliminar de reparação, o montante de R\$ 155 bilhões. O foi baseado nos gastos que já haviam sido realizados para custeio da reparação dos danos provocados pelo desastre da Deepwater Horizon, ocorrido no Golfo do México em 2010, conforme reconhece a empresa British Petroleum, responsável pelo vazamento de cerca de 4,9 milhões de barris de óleo, que teria impactado diretamente 180.000 km² de águas marinhas e matado 11 pessoas. Com base em estudos preliminares, avaliou-se que os impactos humanos, econômicos e socioambientais, provocados pelo rompimento da barragem de Fundão, seriam, pelo menos, equivalentes àqueles verificados no Golfo do México.

Aos 18/01/2017, o MPF firmou novo termo de Acordo Preliminar com as mineradoras Samarco, Vale e BHP Billiton do Brasil, tendo como principal objetivo a obrigação das empresas causadoras do desastre em contratar corpo técnico pericial para realização de diagnóstico completo dos danos socioambientais e socioeconômicos decorrentes do desastre do rompimento da barragem de Fundão, bem como para realizar avaliação das medidas já executadas nos programas de reparação. O acordo ainda prevê ainda garantia de R\$ 2,2 bilhões para algumas das

que sempre que possível as partes priorizarão mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, evitando a propositura das ações judiciais sem prévio diálogo”;

¹⁴¹ Idem.

medidas de reparação de danos.

O órgão esclareceu na época que o TAC Preliminar tratava-se de um empenho de, naquilo que for passível de acordo, obter o meio consensual de solução dos conflitos, com vistas a assegurar a reparação integral do dano e a participação efetiva dos atingidos no processo, para que suas reivindicações sejam ouvidas e devidamente contempladas num futuro acordo que venha a ser realizado.

Em novembro de 2017 um novo TAC Preliminar foi firmado entre o MPF, MPMG e as empresas réis, assegurando, em toda a bacia do Rio Doce, o direito a assessorias técnicas independentes, escolhidas, em diversas territorialidades, pelas populações atingidas, em processos de escolha a serem conduzidos pelo expert Fundo Brasil de Direitos Humanos, que realizará a coordenação metodológica das assessorias técnicas independentes depois que venham a ser contratadas pelas empresas causadoras do desastre do rompimento da barragem de Fundão. O Termo Aditivo também previu a contratação da Fundação Getúlio Vargas, para realização de diagnóstico abrangente dos danos socioeconômicos na bacia do Rio Doce. É assegurada também a realização de consulta prévia, livre e informada para a reparação dos danos sofridos por povos indígenas e demais povos e comunidades tradicionais atingidos pelo desastre.

Em 25/06/2018 foi firmado o TAC Governança, um acordo assinado pelo MPF, MPMG, MPES, DPU, DPES, DPMG, e mais nove órgãos públicos, com as mineradoras Samarco Mineração, Vale e BHP Billiton Brasil, prevendo modificação na governança do processo de reparação dos danos decorrentes do desastre. O acordo previu a criação de novas estruturas para garantir a efetiva participação dos atingidos nas decisões referentes à reparação dos danos causados pelo desastre do rompimento da barragem de Fundão. O acordo foi precedido da realização de um laudo de avaliação participativa na bacia do Rio Doce, que subsidiaram as tratativas das Instituições de Justiça que atuaram conjuntamente.

5.5 TAC E O ACESSO À JUSTIÇA

O princípio do direito de ação, ou da inafastabilidade do controle jurisdicional ou, ainda, do acesso à justiça tem assento no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal que estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.

Trata-se de postulado que garante a todos o efetivo acesso à justiça, podendo-se pleitear a tutela jurisdicional de forma preventiva ou reparatória relativamente a um direito, seja a título individual ou coletivo.

Por um viés tradicional tem-se a concepção de que o Estado, por meio de seu poder de mando, está investido na responsabilidade de resolver os conflitos da sociedade, aplicando o direito na busca pela justiça. Entretanto, conforme já alinhavado neste trabalho, observa-se que o sistema jurídico e a realidade social nem sempre caminham juntos, ensejando uma reformulação da atuação estatal, com soluções mais céleres e acessível a todos.

Nesse sentido, José Ricardo Suter e Rosane da Rosa Cachapuz acentuam as lições de Warren E. Burger, destacando que nosso sistema de administração da justiça é excessivamente oneroso, doloroso, destrutivo e ineficiente para um povo verdadeiramente civilizado (BURGER, 1976 apud SUTER; CACHAPUZ, 2017. p. 243).

A ampliação do acesso à justiça, contemplado no enfoque dado pelos estudos oriundos da terceira onda, vai além da representação em juízo, ocupando-se da reforma da advocacia, judicial e extrajudicial e, ainda, centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas, conforme assinala Adriana dos Santos Silva (2005, p. 129).

Por isso célebres são as lições de Cappelletti e Garth ao pontuarem:

[...] esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais[...] modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.

Ademais, esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e

adaptar o processo civil ao tipo de litígio (144). Existem muitas características que podem distinguir um litígio de outro. Conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 71).

Portanto, a concepção de acesso à justiça deve ultrapassar o sentido inicialmente previsto no artigo 5º, XXXV da CF, assegurando aos jurisdicionados uma resposta efetiva e esperada, mas não apenas pelo Poder Judiciário e sim pelas vias extraprocessuais com a eleição do método mais adequado à solução do litígio.

Deste modo, o termo de ajustamento de conduta apresenta-se como via adequada de acesso à justiça, promovendo várias vantagens aos jurisdicionados como: a) Redução do desgaste emocional e do custo financeiro; b) Construção de soluções apropriadas às reais necessidades e probabilidades das partes; c) Maior satisfação dos envolvidos; d) Mais celeridade na solução de conflitos quer pessoais, familiares ou de negócios; e) Desburocratização na solução de conflitos, uma vez que impera a informalidade nas sessões; f) Possibilidade da solução do litígio por profissional escolhido pelos litigantes, conforme a natureza da questão, g) Além da garantia de privacidade e sigilo (PEREIRA, 2015).

Como asseveram Suter e Cachapuz “o estímulo à prática dos meios consensuais de resolução de conflitos permite às partes um entendimento amplo de direitos, pois estão mais envolvidas na negociação de seus interesses” (SUTER; CACHAPUZ, 2017. p. 246).

Sem maiores delongas, até mesmo porque já foram traçadas em outras oportunidades as concepções sobre o acesso à justiça e as circunstâncias que lhe permeiam, por meio do termo de ajustamento de conduta é possível obter a prestação jurisdicional de forma segura e eficiente, assegurando direitos aos indivíduos de forma geral e ampla, desde que atenda seus valores e o meio for econômico, breve e socialmente justo.

5.6 TAC COMO SOLUÇÃO CONSENSUAL NOS CONFLITOS COLETIVOS

A garantia da proteção efetiva dos direitos é problemática que permeia o contexto do acesso à justiça, conforme contextualiza Norberto Bobbio:

Descendo do plano ideal ao real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva (BOBBIO, 1992, p. 32).

Nessa perspectiva, observa-se que o alargamento do conceito de acesso à justiça anunciado por Cappelletti e Garth, os quais ensinam que este não se trata apenas de um direito social fundamental, é ponto fulcral para a nova processualística pressupondo a ampliação e o aprofundamento dos objetivos e métodos utilizados na solução dos conflitos (ALMEIDA, 2003, p. 61).

Deste modo, a fim de reduzir as barreiras impostas pela excessiva litigiosidade, promovendo a autocomposição dos conflitos, atuando de forma resolutiva, o termo de ajustamento de conduta se afigura como instrumento adequado à promoção da justiça nos casos envolvendo direitos e interesses cuja defesa incumbe ao Ministério Público.

Os direitos e interesses coletivos assegurados na Constituição Federal são direitos fundamentais da sociedade e seu guardião está autorizado, dentro de sua conveniência institucional, a utilizar os meios necessários para sua defesa, judicial ou extrajudicialmente.

Por isso a atuação preventiva e resolutiva do Ministério Público se mostra mais adequada para a melhor efetivação dos direitos e garantias fundamentais. No exercício de suas atribuições, poderá o agente ministerial tomar compromisso de ajustamento de conduta para adoção de medias provisórias ou definitivas, parciais ou totais, decidindo quanto à necessidade, conveniência e oportunidade de reuniões ou audiências públicas com a participação dos titulares dos direitos, entidades que os representem ou demais interessados, tudo conforme prevê a Resolução nº 179/2017-CNMP.

Não se olvida que, por mais inflexível que se enxergue as regras da jurisdição, sob a nova perspectiva processual, o legislador privilegiou a solução consensual por afigurar-se mais próxima da finalidade de pacificação social.

Por isso aquela visão antiga de Ministério Público demandista não se mostra mais apropriada.

O ordenamento jurídico brasileiro vem há tempo buscando alternativas para gerenciar o acervo de processos que se acumularam ao longo dos anos e por isso

vem estimulando a cooperação e o diálogo entre os litigantes e o termo de ajustamento de conduta inexoravelmente é uma dessas alternativas.

Esse instrumento, promove uma abertura dialógica no tratamento dos conflitos coletivos e se mostra capaz de estimular a consensualidade entre o tomador do ajuste (que representa os interesses da coletividade) e o compromissário, privilegiando, portanto, a aplicação de um modelo constitucional de processo e de procedimento que atenda às necessidades do caso concreto. Nesse sentido, elucidam as lições de Thibau e Faria:

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) é o instrumento apto a formalizar as soluções consensuais que envolvem a coletividade, estando previsto em um dos diplomas que compõe o núcleo do referido sistema, isto é, a Lei de Ação Civil Pública. [...] adota-se como marco teórico a ideia defendida por Geisa de Assis Rodrigues (2011), para quem o TAC tem importante relevo na concreção do Estado Democrático de Direito, favorecendo o amplo acesso à justiça por meio da tutela coletiva, bem como a instalação do proclamado modelo constitucional de processo no ordenamento jurídico brasileiro (FARIA; THIBAU, 2020, p. 140).

A promoção da consensualidade no direito coletivo é, sem dúvida, estimulada no âmbito do sistema integrado de tutela aos direitos coletivos e o TAC é o principal instrumento para a formalização de acordos.

Por meio do ajuste adequam-se condutas às exigências legais, alcançando uma solução jurídica viável aos conflitos coletivos, convenciona-se obrigações de fazer, obrigações de não fazer, pagamento em dinheiro, recomposição de danos, com cláusulas que serão negociadas de forma igual ou mais abrangentes do que eventualmente seria pleiteado em caso de propositura de ação coletiva.

Não se olvida que a indisponibilidade do direito material coletivo não pode ser transacionado pelo ente legitimado à sua defesa, porém é notória a possibilidade de transação formal, não significando a renúncia de direitos coletivos, pactuando-se, por exemplo, a forma e o prazo de reparação do dano causado à coletividade, mas desde que não signifiquem a inviabilização do próprio direito coletivo (ALMEIDA, 2003, p. 358).

Resta evidente, portanto, que o paradigma da litigiosidade foi superado pela abertura da consensualidade, abarcando a modificação da visão da tutela de direitos individuais e coletivos, implementando-se a possibilidade de consenso, ainda que de forma mitigada, quando se tratar de direitos indisponíveis.

Esse espaço, ainda que singelo com a flexibilização de prazos, condições, modo e lugar do adimplemento das obrigações, mostrou-se um grande avanço na proteção dos direitos indisponíveis, desmistificando o receio de que a abertura da via consensual poderia ser um inconveniente estímulo à prática de ilícitos coletivos.

O crescimento da justiça consensual, por meio de técnicas, métodos e procedimentos hábeis, reforçam a ideia de que é possível alcançar os resultados esperados e a pacificação social por meios outros que não seja a via judicial.

O tratamento adequado dos conflitos coletivos, somado às diretrizes estabelecidas para a promoção de medidas consensuais e autocompositivas cabíveis, consolidam a atuação resolutiva do Ministério Público e reflete o conteúdo da norma constitucional, ao conferir-lhe a missão de guardião da Constituição e dos direitos e garantias fundamentais, da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

6 RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA

Dentre as funções institucionais estabelecidas ao Ministério Público na Constituição Federal, está a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos nela assegurados, promovendo-se as medidas necessárias a sua garantia (Art. 129, II). Esta função se assemelha ao que no direito comparado se denomina função *ombudsman* ou de defensor do povo e conta, historicamente, com a recomendação como um de seus principais instrumentos.

No exercício da função institucional, nos moldes estabelecidos pelo artigo 129, inciso II da CF, cumpre ao referido Órgão expedir recomendações, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito (art. 27, §Ú, II da Lei nº 8.625/93¹⁴²).

Tal mister se dá em razão do reconhecimento da acentuada utilidade da recomendação para a autocomposição dos conflitos que envolvem direitos e interesses cuja defesa é incumbido o Ministério Público, constituindo-se em um importante instrumento de redução da litigiosidade e de ampliação do acesso à justiça, notadamente pela sua conveniência institucional em estimular a atuação resolutiva e proativa dos agentes ministeriais para a promoção da justiça.

Considerando, portanto, tratar-se de mecanismo de relevante importância para a solução dos conflitos, especialmente na esfera extrajudicial, este capítulo se destinará a fazer uma breve análise da recomendação para, ao final, demonstrar que se trata de meio adequado com potencial resolutividade, alinhando-se com as premissas estabelecidas pelo sistema multiportas.

6.1 NATUREZA JURÍDICA

Nos termos do artigo 1º da Resolução nº 164/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público a recomendação é instrumento de atuação extrajudicial do

¹⁴² 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:

Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

II - zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos;

Ministério Público por intermédio do qual este expõe, em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo de persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição, atuando, assim, como instrumento de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas.

Nos termos do parágrafo único do citado artigo 1º, por depender do convencimento decorrente de sua fundamentação para ser atendida e, assim, alcançar sua plena eficácia, a recomendação não tem caráter coercitivo.

Extrai-se das disposições que regulamentam a recomendação administrativa que se busca a esmerada prestação dos serviços públicos ou de relevância pública, evidenciando uma ampla possibilidade de utilizar esse instrumento, na medida em que é enorme a gama de direitos e interesses, sociais e individuais indisponíveis, protegidos e tutelados pelo agente ministerial (MIRANDA, 2013, p. 496).

Nas lições de Alexandre Gravonski e Gregório Assagra (2014, p. 42), assim como o termo de ajustamento de conduta, a recomendação administrativa é instrumento que bem se presta à mediação de conflitos de natureza coletiva ou até mesmo para negociação em hipóteses em que o TAC se inviabiliza, constituindo-se de importante instrumento para a redução da litigiosidade.

Tal assertiva se justifica na medida em que confere expressivo potencial para racionalizar o acesso à justiça, assegurando agilidade, celeridade e efetividade para um maior número de pessoas, com a participação ativa do Ministério Público na defesa dos interesses que justificam a sua intervenção (GAVRONSKI; ASSAGRA, 2014, p. 43).

De fato, ainda se percebe a ausência de uma doutrina consolidada sobre tal instituto em decorrência de seu recente surgimento no cenário jurídico brasileiro, demonstrando um limitado conhecimento sobre seus fundamentos, limites e possibilidades, conforme adverte Marcos Paulo de Souza Miranda (2022) que traz importantes elucidações sobre a origem e força normativa da RA conforme segue:

Por primeiro, insta salientar que a Recomendação tem uma história mundial de mais de dois séculos, pois surgiu como a principal ferramenta de trabalho da figura do *ombudsman*, criado no direito escandinavo em 1809, e que, aos poucos, foi se disseminando pelo

mundo e chegou ao Brasil, ganhando inclusive *status* constitucional com a Carta Magna de 1988.

O *ombudsman* possui uma formatação típica em âmbito internacional (figura padrão ou *standard*), que tem, no conhecimento jurídico, no equilíbrio, na conduta ilibada e na respeitabilidade de seus membros, o maior patrimônio da instituição, reconhecida mundialmente como uma verdadeira “magistratura de persuasão”, tamanha a força dos atos que pratica por meio da Recomendação.

[...]

Na doutrina internacional sempre se assinala que o *ombudsman* atua na base da autoridade moral, na capacidade de se impor pelo acerto de suas conclusões e pelo equilíbrio de suas atitudes, afigurando-se como um reforço adicional ao necessário sistema de equilíbrio entre as instituições (freios e contrapesos). Por ser um poderoso instituto de correção de ilegalidades, conquanto não tenha poder jurisdicional, o *ombudsman* é também conhecido, no direito comparado, como um verdadeiro “encouraçado sem canhões”.

Esse dispositivo traz algumas consequências jurídicas de relevo e não raramente olvidadas: a) a atuação como *ombudsman*, em nosso país, é exclusiva do Ministério Público (tentou-se, durante o processo constituinte, outorgá-la a outros entes, o que foi rechaçado); b) logo, a Recomendação, enquanto instrumento típico para o desempenho da função de *ombudsman*, é privativa do *Parquet* e não pode ser utilizada ao léu por outros órgãos (tais como Defensorias Públicas e Polícias, como tem ocorrido em tempos recentes, totalmente à margem da lei); 3) a Recomendação ministerial, na qualidade de ferramenta essencial para o desempenho das missões outorgadas ao Ministério Público, guarda, por consequência, natureza jurídica de garantia fundamental da sociedade e eleva-se à condição de cláusula pétrea, não podendo ser extirpada do nosso ordenamento jurídico por meio de inovações legislativas (MIRANDA, 2022). (sem grifos no original)

Marcos Miranda acentua, ainda, que embora a recomendação administrativa não esteja expressamente mencionada no artigo 3º, §3º do Código de Processo Civil¹⁴³, é forçoso reconhecer que esse instrumento está inserido no espectro dos “outros métodos de solução consensual de conflitos” (MIRANDA, 2022).

Para o jurista, todavia, não obstante esse instrumento traga maior força ao Ministério Público para o desempenho de suas funções, constitui-se em ato unilateral, sumário, singular, solitário e irrecorrível, de estrita e total responsabilidade do agente ministerial, que é seu titular exclusivo (MIRANDA, 2022). Daí a necessidade de pleno

¹⁴³ **Art. 3º** Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 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.

domínio fático e jurídico sobre a matéria regulamentada por meio da recomendação, a fim de que os destinatários acatem o ato recomendado.

Marcos Miranda entende que a Recomendação Administrativa tem natureza de ato administrativo enunciativo, tendo como pressupostos o preenchimento de requisitos próprios sob pena de invalidade.

Contraopondo-se à visão de Miranda, Régis Rogério Sartori e Letycia Bialle entendem que as Recomendações Administrativas devem ser enquadradas como atos da administração, por serem concretizadas unilateralmente pelo Ministério Público e sem formalidades rígidas ou caráter coercitivo, conforme anunciam:

Há entendimento de que a Recomendação seria um ato administrativo, exigindo-se, assim, o preenchimento de determinados requisitos, tais como os pressupostos de perfeição, vigência e eficácia. Tratando-se de ato praticado diretamente e unilateralmente pelo Ministério Público no exercício de suas funções administrativas extrajurisdicionais, contendo as razões de convencimento do órgão recomendante sobre determinado fato e uma advertência ao destinatário, sem caráter de coerção. Entende-se que a recomendação possuiria natureza jurídica¹⁴⁴ de ato administrativo enunciativo de efeitos concretos (SARTORI; BIALLE, 2016, p. 340).

A despeito do significado de ato administrativo e atos da administração, Sartori e Bialle, comungando do entendimento esposado por Lucas Rocha Furtado, destacam:

[...] o ato administrativo é toda declaração unilateral de vontade do Estado ou de quem tenha recebido delegação deste. Excetuadas aquelas provenientes do exercício das funções judiciais ou legislativas regida por norma de Direito Administrativo. Já os atos da administração são aqueles praticados no exercício da função administrativa, trata-se de um conceito mais abrangente. São classificados em: Atos regidos pelo Direito Privado; Atos materiais e Atos políticos ou de governo (SARTORI; BIALLE, 2016, p. 341).

¹⁴⁴ “Qual a natureza da recomendação? Esta é uma questão bastante árdua, pois diz respeito à adoção por órgãos estranhos ao Ministério Público de medidas que segundo a ótica do Ministério Público, são as mais adequadas para uma determinada situação. Aqui entra-se no delicado campo da separação de atribuições e poderes, pois, em tese, o *Parquet* passou a ter ingerência direta na administração pública, não raras vezes, modificando decisões administrativas. É fato que, muitas vezes, decisões administrativas contrárias ao interesse público são revertidas pela ação ministerial. Penso, porém, que devemos examinar o assunto sob a ótica do papel das instituições em um regime democrático. A função do Ministério Público é, evidentemente, aquela estabelecida pela Constituição Federal. Na Lei Fundamental não existe nenhuma previsão da figura da recomendação. Geralmente a recomendação é formulada pelo *Parquet* como resultado de um trabalho apuratório prévio. Em geral ela se origina de um inquérito civil ou das peças de informação. Ela deve ser vista como um instrumento de aperfeiçoamento da administração e de colaboração. Não há, evidentemente, qualquer obrigatoriedade de que o recomendado cumpra os termos da recomendação. ANTUNES, Paulo de Bessa. Organização Édís Milaré. Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Nota-se que há dúvidas quanto ao real enquadramento da natureza jurídica da Recomendação Administrativa, notadamente por faltarem-lhe requisitos básicos para sua constituição como presunção de veracidade, imperatividade e autoexecutoriedade (SARTORI; BIALLE, 2016, p. 341).

Por isso, afigura-se mais oportuno enquadrá-las como atos da administração uma vez que se tratam de peças narrativas e argumentativas, na qual o Ministério Público emite uma posição, orientando o destinatário sobre a necessidade de adoção de medidas para a correção de determinadas condutas, sob pena de adoção das medidas cíveis, criminais e administrativas cabíveis.

Fernando Augusto Sormani Barbugiani (2017), por sua vez, defende que apesar de ser possível identificar na atuação do Ministério Público e seus agentes (sobretudo no âmbito interno) práticas que se amoldam nas mais diversas definições¹⁴⁵, a Recomendação Administrativa é “expediente eminentemente externo voltado à exortação, ao conselho, à orientação, ao apontamento de como proceder, sem vinculação de seu conteúdo, mas indicando as prováveis consequências do não acatamento” (BABUGIANI, 2017, p. 72) sendo, portanto, um meio adequado para promover a solução amigável (extrajudicial) de conflitos transindividuais.

Compartilhando do entendimento esposado por Alvez e Berclaz (2015), Fernando Barbugiani (2017, p. 79) trata a Recomendação Administrativa como sinônimo de Notificação Recomendatória¹⁴⁶, ponderando que o termo notificação

¹⁴⁵ Barbugiani (2017, p. 71-72) refere-se aqui às definições trazidas por Plácido e Silva, que define a expressão recomendação da seguinte forma: Do latim *commendatio*, de *commendare* (confiar, recomendar), na linguagem comum do direito é o vocábulo tomado na tríplice acepção de apresentação, conselho ou instrução. Assim: a) a *Recomendação* é a apresentação escrita ou verbal, que se faz da pessoa, em que se confia ou se estima, a outrem, para que lhe dê trato especial ou a trate com certa consideração. Neste aspecto, é o sentido de carta de recomendação, em que se apresenta o recomendado (apresentado), para que tenha boa acolhida pela pessoa a quem se recomendou. b) É o conselho que se dá à pessoa, para que proceda por ele, em certo caso, Revela-se à *orientação manifestada* em tom amistoso, a respeito de certo negócio ou de certo fato, para que, voluntariamente, a possa aceitar o recomendado. Tanto na acepção de apresentação (mera recomendação), como na de conselho, a recomendação não importa nem em ordem nem em mandato. Desse modo, juridicamente, o recomendante, a pessoa que dá a recomendação ou faz recomendação, não assume qualquer obrigação ou dever acerca do que possa resultar de sua recomendação. [...] O conselho é apenas uma *exortação* acerca do modo de proceder em certo fato. [...] c) quando no sentido de *instrução* a recomendação é ordem de respeito da forma porque se deve praticar ou executar o ato. Ligada ao mandato, a instrução é decorrência dele, pelo que obriga segundo os termos do próprio mandato, desde que não o altere, por neste caso seria um novo mandato *não mera instrução* (SILVA, D.P. Vocabulário Jurídico, Volume IV. 2ª Ed. Rio – São Paulo: Editora Forense, 1967, p. 1304)

¹⁴⁶ Aliás, para o autor a exclusão da expressão “administrativa” seria conveniente, entendendo que tal expressão influencia na interpretação equivocada do instituto, limitando-o tanto em um aspecto horizontal (consubstanciado na ideia de que o recomendado resumir-se ia à Administração Pública) como vertical (de que se trataria de um ato interno do Ministério Público, dentro de sua estrutura

traduziria melhora a sua oficialidade, tendo em vista ser um encaminhamento formal, por escrito, com exposição de fatos e razões jurídicas, além da necessidade de obter uma resposta do destinatário por escrito e de modo fundamentado, conforme preceitua o artigo 10 da Resolução nº 164/2017¹⁴⁷.

É interessante notar que a Resolução nº 164/2017 do CNMP prevê que para ser atendida, a recomendação depende do convencimento decorrente de sua fundamentação (art. 1º, par. único), podendo o agente ministerial requisitar ao seu destinatário, em prazo razoável, resposta por escrito sobre o atendimento ou não da recomendação, bem como instar os destinatários a respondê-la de modo fundamentado, quanto ao seu acatamento ou não (art. 10). Neste caso, impõe-se ao órgão do Ministério Público que expediu a recomendação, o dever de apreciá-la fundamentadamente.

Assim, não obstante Miranda (2016) aponte que este instrumento divirja do Termo de Ajustamento de Conduta, porquanto este necessita de concordância expressa da parte compromissária e privilegie o contraditório, a ampla defesa e ao julgamento por um terceiro imparcial, é forçoso reconhecer certa flexibilidade na Recomendação, outorgando ao destinatário eventual liberdade para manifestar-se quanto ao acatamento ou não.

Sobre a liberdade¹⁴⁸, interessantes as ponderações de Sérgio Alves Gomes:

hierárquica, sem afetar de interesses de terceiros) (BARBUGIANI, 2017, p. 79).

¹⁴⁷ Art. 10. O órgão do Ministério Público poderá requisitar, em prazo razoável, resposta por escrito sobre o atendimento ou não da recomendação, bem como instar os destinatários a respondê-la de modo fundamentado.

Parágrafo único. Havendo resposta fundamentada de não atendimento, ainda que não requisitada, impõe-se ao órgão do Ministério Público que expediu a recomendação apreciá-la fundamentadamente.

¹⁴⁸ Em referência à liberdade, é de bom alvitre fazer uma digressão histórica e lembrar que o declínio do Absolutismo no século XVIII possibilitou a consolidação das liberdades públicas. Substituiu-se a vontade subjetiva do rei, a qual era imiscuída de uma decisão política e arbitrária, por uma vontade objetiva preconcebida em um texto escrito e manifestada do comando da lei, a fim de proporcionar segurança jurídica a uma sociedade emergente que clamava pela libertação do ideário absolutista. Nasce então o Constitucionalismo moderno, assinalando um movimento político e ideológico de luta contra um sistema de governo, que defendia o poder absoluto do Monarca sobre o Estado, elevando a condição de submissão do povo para uma posição de cidadania, privilegiando a figura do indivíduo com o reconhecimento da existência do direito de liberdade positivado na Constituição, bem como dando azo ao respeito da autonomia privada como limite de atuação do Estado (AUAD, 2011). Uma vez positivados, os direitos individuais passam a constituir as liberdades clássicas, atrelando-se a esses os direitos econômicos e sociais, os quais tornaram o indivíduo em credor do Estado, que passa agora a ser responsável por prestações *positivas*, consistentes num "*facere*". Ada Pelegrini Grinover lembra que o caráter *negativo* das liberdades públicas também impôs ao Estado um dever de abstenção, impedindo-o de interferir na esfera de autonomia do indivíduo (GRINOVER *apud* MELLO FILHO, 2011). José Celso de Mello Filho (2011), por sua vez, adotando a concepção de Georges Burdeau, destaca que a liberdade no sentido político-social deve ser vista sob as acepções de liberdade-autonomia e

Em sendo a liberdade um atributo indispensável à configuração do próprio modo de ser humano em sua plenitude, a convivência em sociedade requer o convívio das múltiplas liberdades. Para que isso seja possível, é necessário haver *limites* que possibilitem a todos e a cada um no exercício da liberdade de forma *responsável*. Isso significa que incumbe a cada sujeito, no exercício de sua liberdade, responder perante os demais pelos resultados de sua conduta, quando esta interferir de alguma forma no espaço de liberdade comum aos demais, bem como, quando o agente invade o espaço de liberdade exclusivo de outrem (GOMES, 2021, p. 208) (sem grifos no original).

A liberdade constitui prerrogativa reconhecida aos indivíduos pelo Estado, que se obriga a fornecer-lhes meios e recursos destinados a assegurá-la de modo efetivo, portanto, deve ser entendida como capacidade de determinação da conduta mediante opções.

A propósito, Marcos Antônio Striquer Soares lembra que a Constituição Federal, alberga valores que podem ser identificados como valores de liberdade negativa e positiva, liberalismo político e republicanismos:

O próprio inciso I, do art. 3º, da CRFB-88, expressamente descreve que o objetivo da República é construir uma sociedade livre – *liberdade negativa – justa e solidária – liberdade positiva* –. Conforme ressalta Marlene Kempfer, o estudo da possibilidade jurídica para que todos esses valores possam se realizar é, de fato, estimulante. Deveras, como o próprio Berlin disse, “*o fato de não podermos ter tudo é uma verdade necessária, não uma verdade contingente*”. Com efeito, o artigo 5º, da Lei Fundamental brasileira prescreve direitos e garantias individuais, e muito bem ilustra em seus setenta e oito incisos e diversos parágrafos, diversas limitações de *liberdades negativas*, no pensamento de Berlin, zona de não interferência por parte do Estado na esfera da liberdade do indivíduo. Não é demais lembrar que a interferência injusta é que deve ser evitada (BRENE; SOARES, p. 158).

Ao recomendado, portanto, é conferida liberdade uma vez que lhe é permitido ponderar alternativas e manifestar-se quanto ao acatamento ou não, desde que justificado, considerando que a Recomendação depende do convencimento de sua

liberdade-participação. A primeira, ligada à corrente do pensamento do Liberalismo, refere-se à liberdade dos modernos, tratada por Benjamin Constant, pressupondo a ausência de coação social, uma vez que é vedado ao Estado a intervenção na esfera de ação dos indivíduos. A segunda corresponde à ideia de Democracia, ou liberdade dos antigos, revelando-se pelo exercício do poder, ou pela possibilidade de nele influir, por parte dos governados (CONSTANT, 1985). No mesmo sentido, escreve Rousseau: “(...) só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado em conformidade com os objetivos de sua instituição, que é o bem comum: pois, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o tornou possível. O vínculo social é formado pelo que há de comum nesses diferentes interesses, e, se não houvesse um ponto em que todos os interesses concordam, nenhuma sociedade poderia existir. Ora, é unicamente com base nesse interesse comum que a sociedade deve ser governada”. *O contrato social*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. Rev. Edison Darchi Heldt. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 33

fundamentação para ser atendida e, assim, alcançar plena eficácia devendo, inclusive, observar a ponderação e a proporcionalidade nos casos de tensão entre direitos fundamentais.

Liberdade e autoridade não podem ser confundidos. Tratam-se de conceitos situados em planos opostos e que se acham em permanente estado de tensão dialética, sendo necessário encontrar um ponto de equilíbrio para coexistência harmoniosa, sob pena de se conduzir à anarquia (se prevalecer apenas da liberdade) ou do totalitarismo (se subsistir exclusivamente da autoridade) (MELLO, 2011, p. 9).

O Ministério Público, em todas as suas manifestações, deve agir pautado nesse equilíbrio, não extravasando os limites jurídicos dispostos à sua atuação, de forma que não se pode admitir uma postura exacerbada e coercitiva (mesmo porque está expresso que a recomendação não tem caráter coercitivo), não obstante esteja legitimado a defender os interesses coletivos. Tal reflexão nos remete à Calmon de Passos:

A não-liberdade, em sua dimensão social, diversamente do que se passa com a liberdade, precisa, fundamentalmente, para existir e operar, da heterolimitação, visto como a autolimitação da liberdade, como já salientado, é impotente e insuficiente para gerar segurança social em termos satisfatórios. A não-liberdade social requer, para existir, que alguém recuse adesão ao limite que o outro pretende impor a sua liberdade. Quando se diz que A é não-livre para fazer X, é porque B o impede de fazer ou ameaça sancioná-lo se o fizer. Disso se conclui inexistir limitação efetiva à liberdade se ausente o fato do poder, tanto do poder da vontade do indivíduo sobre seus impulsos ou motivações - poder que tem sobre si mesmo (pouco importa o que o induz a assim agir) -, quanto do poder do outro ou dos outros - a heterolimitação -, efetive-se ela pelo exercício da força bruta ou realize-se mediante coerção legitimada, seja por sua institucionalização social (sanção difusa) ou política (sanção jurídica). Não-liberdade social e poder ou controle são, destarte, categorias indissociáveis. Impossibilitando A de fazer X, B torna A não-livre de fazer algo e exerce controle sobre seu comportamento. Falhando o controle, incide a sanção, também um ato de poder (PASSOS, 2011).

Dito isso, pensa-se oportuno refletir se o destinatário da Recomendação, dentro da sua esfera de liberdade, consegue exprimir sua vontade, ao manifestar-se pelo acatamento ou não, possibilitando neste ponto a autocomposição já que a própria

Resolução nº 164/2017 permite que apresente razões que serão apreciadas e, se necessárias, ajustadas pelo recomendante¹⁴⁹.

Nesse sentido, elucidam as lições de Fernando Augusto Sormani Barbugiani:

[...] quando o objeto da recomendação puder ser ignorado pelo destinatário, isto é, quando se reconhecer a ele a liberdade de prosseguir na postura apontada (como em casos de discricionariedade pura), não é adequada a utilização da notificação recomendatória (que pode configurar uma ingerência) será possível ao Ministério Público sugerir diversas posturas, mas por intermédio de um ofício simples.

Assim, as recomendações veiculam advertências ou avisos. Por isso identificam-se com as notificações, onde se anunciam deveres jurídicos e as obrigações decorrentes, alertando-se o destinatário para as consequências da manutenção de sua postura desidiosa em relação àqueles (BARBUGIANI, 2017, p. 86).

Oportuno dizer que, embora faça parte do Sistema de Justiça, sabe-se que o Ministério Público é instituição independente, não subordinada a nenhum dos Poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário), gozando de autonomia para o cumprimento de suas funções. A importância constitucional dessa instituição reside, como essência, na proteção que a ela se confere na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

As garantias *objetivas* (ou *institucionais*) e *subjativas* (*funcionais* e *de carreira*) asseguram ao referido órgão e aos seus membros independência e tomada de decisão na solução das controvérsias, especialmente aquelas que se referem às liberdades públicas e que dizem respeito às relações entre o indivíduo, o Estado e a sociedade.

Sem dúvida, a Recomendação Administrativa é um dos instrumentos de que dispõe o Ministério Público para o cumprimento de sua missão constitucional na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 CF), especialmente para garantir a tutela dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*.

¹⁴⁹ Esse questionamento no remete às lições de Calmon de Passos ao dizer que a “liberdade só é pensável pensando-se a não liberdade”. Nesse sentido, diz o autor: Entendida exclusivamente como poder de autodeterminação inerente a todo homem, por força do qual direciona sua conduta, a liberdade é um contínuo e pleno operar de um ente capaz de opções, sem lacunas e sem obstáculos, descomportando, conseqüentemente, problematização. Esta se faz apenas necessária e relevante por motivo das inelutáveis “limitações” com que se defronta. Obstáculos oferecidos pela Natureza, a par dos que os homens se colocam uns aos outros, os problemas da liberdade são, pois, na sua essência, “problemas de não-liberdade”(PASSOS, 2011).

Deste modo, como o manejo desse instrumento se dá anterior e preferencialmente à propositura de ação judicial (art. 2º, §6º, Res. 164/2017), mostra-se útil à solução dos conflitos de massa, podendo o Ministério Público utilizá-la de forma ponderada, resolutiva e efetiva, por meio de uma fiscalização ou intervenção que vise coibir condutas ou corrigir ilegalidades.

Adverte-se, por oportuno, que a limitação do destino desse instrumento apenas àqueles ligados de alguma forma à Administração Pública (em sentido amplo) representaria uma discriminação imotivada, mostrando-se mais apropriado que se faça uma interpretação extensiva de seu uso, pois corrobora com o espírito da previsão do inciso XX do artigo 129 da CF (BARBUGIANI, 2017, p. 73).

Aliás, a redação dada ao artigo 6º, inciso XX da Lei Complementar nº 75/93 não deixa dúvidas quanto à extensão da Recomendação Administrativa ao prever que compete ao Ministério Público expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis. Observa-se do texto normativo, que não houve restrição aos destinatários do ato recomendatório¹⁵⁰.

Forçoso concluir, portanto, que a Recomendação Administrativa se destina a todas as atividades de todos os setores de uma sociedade e não apenas ao setor público, como pode induzir uma leitura precipitada do artigo 1º da Resolução nº 164/2017.

Identifica-se nesse instrumento, uma alternativa à lide, recomendando-se ao seu destinatário a adoção de providências que reflitam deveres jurídicos que, em caso de descumprimento ou não acatamento, poderão ser cobradas coercitivamente por meio

¹⁵⁰ Nesse sentido, Fernando Barbugiani aponta: A Recomendação Administrativa ou Notificação Recomendatória, em síntese, trata-se de peça narrativa e argumentativa na qual o Ministério Público emite posição e orientação em determinado sentido, alertando e advertindo o destinatário da medida de que o descumprimento do comportamento cobrado e exigido implicará a adoção das providências cabíveis dentro das atribuições ministeriais. A ideia essencial da Recomendação Administrativa é dizer que o Ministério público, como instituição, entende que determinada conduta ou comportamento devem ser praticados para adequação ou correção de uma situação de ilicitude ou irregularidade, sob pena de, não sendo seguida esta posição, medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis serem adotadas, uma das quais o ajuizamento de ação civil pública ALVES; BERCLAZ, 2015, p. 44 *apud* BARBUGIANI, 2017, p. 774). Vide: ALVES, L. B. M.; BERCLAZ, M. S. Recomendação administrativa. In: Ministério Público em ação: atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional. 5. ed. Salvador: Juspodivm, p. 44-66, 2015.

do Poder Judiciário, nos mesmos moldes que quaisquer lesões ou ameaças de lesões a bens, direitos e interesses tutelados pelo Ministério Público.

6.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À RA

Gregório Assagra (2003, p. 570), ao elencar os princípios¹⁵¹ que regem o direito processual coletivo brasileiro, constata que modernamente devem ser analisados e refletidos não somente no plano da abstração, mas também em consonância com a realidade social que se inserem. Não obstante o doutrinador apresente um rol exemplificativo de princípios específicos do processo coletivo, ressalta que também se aplicam o princípio democrático e todos os princípios constitucionais processuais, notadamente do devido processo legal, do contraditório, dentre outros (ASSAGRA, 2003, p. 569).

Em consonância com o entendimento de Gregório Assagra, o artigo 2º da Resolução nº 164/2017 CNMP, elenca uma série de princípios que regem o ato recomendatório, identificando-se dentre eles princípios administrativos, princípios do processo coletivo e princípios do processo civil comum, quais sejam: I – motivação; II – formalidade e solenidade; III – celeridade e implementação tempestiva das medidas recomendadas; IV – publicidade, moralidade, eficiência, impessoalidade e legalidade; V – máxima amplitude do objeto e das medidas recomendadas; VI – garantia de acesso à justiça; VII – máxima utilidade e efetividade; VIII – caráter não-vinculativo das medidas recomendadas; IX – caráter preventivo ou corretivo; X – resolutividade; XI – segurança jurídica; X – a ponderação e a proporcionalidade nos casos de tensão entre direitos fundamentais.

Far-se-ão breves considerações sobre os princípios elencados na Resolução nº 164/2017, a fim de tornar mais objetivo o tratamento dado à Recomendação Administrativa. Destaca-se, todavia, que optou-se trazer a princiologia que adiante

¹⁵¹ De forma sucinta o autor elenca como princípio do processo coletivo brasileiro: 1) princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo; 2) princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela jurídica coletiva; 3) princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva; 4) princípio da legitimidade *ad causam* ativa pela afirmação do direito; 5) princípio da não taxatividade da ação coletiva; 6) princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum; 7) princípio da máxima efetividade do processo coletivo; 8) princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum; e 9) princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva pelo Ministério Público (ASSAGRA, 2003, p. 570-578)

será exposta de forma mais sintética do que a apresentada ao TAC, no intuito de não tornar a leitura cansativa e repetitiva.

Extraído do artigo 37 da Constituição Federal, o princípio da motivação é decorrência do Estado Democrático de Direito, incumbindo aos agentes públicos quando da tomada de decisões o dever de apresentar os fundamentos fáticos e jurídicos necessários que os levaram a tal decisão. A motivação, portanto, da Recomendação, deve ser fundamento para examinar a finalidade, legalidade, e moralidade da conduta administrativa extrajudicial tomada pelo agente ministerial.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 68) apontam que o princípio da motivação inspira o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional, sendo vista não apenas como garantia às partes, mas também com vistas à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma.

Deste modo, é certo dizer que a motivação do ato recomendatório confere a possibilidade ao destinatário de impugnar o ato, notadamente quando em resposta manifesta-se pelo acatamento ou não da recomendação, expondo os motivos para tanto.

Quanto à formalidade e solenidade do ato, observa-se que a Resolução nº 164/2017 estabelece a partir do artigo 3º, os requisitos necessários a serem observados para uma correta ponderação da situação fática enfrentada, estabelecendo critérios para a expedição desse instrumento extrajudicial.

Assim, antes da concretização do ato, é necessário que o agente ministerial, de ofício ou mediante provocação, nos autos de inquérito civil, de procedimento administrativo ou procedimento preparatório, objetivando o respeito e a efetividade dos direitos e interesses que lhe incumbe defender, colha informações junto ao destinatário sobre a situação jurídica enfrentada para que possa ser dirigida de maneira preventiva ou corretiva, preliminar ou definitiva ao seu destinatário¹⁵².

Observa-se, deste modo, que os princípios da formalidade e da solenidade, consistem numa garantia ao administrado, que toma ciência da situação que está sendo apurada pelo órgão agente, privilegiando-se a publicidade dos atos

¹⁵² Adverte-se, entretanto, que uma recomendação meramente verbal não deve ser admitida, notadamente porque não se adequa ao princípio da publicidade previsto no artigo 37 da CF, pois não possibilita aferição/fiscalização. Ademais, prejudica o controle pelo emitente das providências indicadas e potencializa os conflitos de interpretação (BARBUGIANI, 2017, p. 90).

administrativos e a possibilidade de defesa do destinatário, para que se possa então atingir um grau de certeza, garantia, proteção, segurança e respeito aos direitos de seu destinatário.

A maior preocupação, *in casu*, é no repasse o mais preciso possível da informação, exteriorizando as intenções do agente ministerial, identificando com atos enunciativos (ou pareceres antecipatórios) sua posição jurídica diante de um dado conflito.

Assim, uma vez observados que tais princípios são revestidos de formalidades simples necessárias à expedição do ato recomendatório, alcança-se, de igual forma, o preconizado no artigo 2º, inciso III da Res. 164/2017, que consagra os princípios da celeridade e implementação tempestiva das medidas recomendadas.

Da leitura desse dispositivo, é possível extrair que a fixação de prazo razoável para a adoção da medida se relaciona com o artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, que assegura a todos no âmbito judicial e administrativo a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Conforme advertem Sartori e Bialle (2016, p. 333), apesar de possuir cunho altamente subjetivo, a razoabilidade dos prazos tem sido amparada pelo princípio da razoabilidade estabelecido na Constituição Federal e também de acordo com a inteligência do artigo 6º, XX da LC nº 75/93, *in verbis*:

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

XX – expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

A implementação tempestiva das medidas recomendadas se dá na medida em que é necessário prevenir e coibir condutas ilegais ou irregulares de forma mais célere possível, representando a concretização da eficiência da prestação jurisdicional sob o ponto de vista temporal.

De fato, a demora na solução da prestação jurisdicional, em muitos casos, pode significar a própria negativa dessa prestação, especialmente no que se refere aos interesses coletivamente tutelados.

Deste modo, como o processo e o procedimento extrajudicial tem por finalidade assegurar direitos e eliminar conflitos, o decurso do tempo e a falta de

adoção das medidas necessárias para a razoável duração do processo ou procedimento extrajudicial mostra-se prejudicial à garantia do acesso à justiça.

Assim, uma atuação célere e razoável, a fim de que o ilícito e o dano não se perpetuem no tempo, conferem proteção e segurança jurídica adequadas aos conflitos.

Os princípios da publicidade, moralidade, eficiência, impessoalidade e legalidade contemplados no inciso IV do artigo 2º da Res. Nº 164/2017 do CNMP, reprisam o conteúdo do artigo 37 da Constituição Federal, tão conhecido de todos e aplicável aos atos da Administração.

No que tange à publicidade¹⁵³ do ato recomendatório cumpre dizer que o Ministério Público deve agir com a maior transparência possível, razão pela qual todos os atos praticados por seus representantes, no exercício de suas funções, devem ser publicados nos veículos oficiais, para que os destinatários e a coletividade tomem ciência das atividades ministeriais.

A exteriorização desses atos atende ao significado de transparência, em homenagem aos demais princípios do direito público inseridos no artigo 37 “*caput*” da CF.

É interessante, todavia, que se traga a ponderação feita por José Gomes Canotilho (2003, p. 878), ao chamar a atenção para a distinção entre publicidade e publicação dos atos. Para o doutrinador, enquanto a publicação é a forma de publicidade, feita por meio de jornal oficial, a publicidade é qualquer forma de comunicação dos atos praticados, para que terceiro tome ciência.

Infere-se, portanto, que a publicidade da Recomendação Administrativa confere ciência tanto ao seu destinatário quanto à coletividade acerca da situação de ilegalidade constatada, levando-se ao conhecimento geral a conclusão a que se chegou e quais medidas podem ser adotadas, judicial ou extrajudicialmente, em prol

153 A publicidade dos atos praticados pelo Ministério Público também está previsto na Lei Orgânica Nacional do MP (Lei nº 8.625/93), notadamente no artigo 27, parágrafo único inciso IV, *in verbis*:

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:

Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

da coletividade.

A Recomendação também deverá obedecer ao princípio da moralidade administrativa. Na concepção de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2017, p. 27) a moralidade, ou probidade, consiste no dever que o agente político, funcionário ou servidor tem de agir de modo legal, correto, honesto, sem se aproveitar das vantagens provenientes de seu cargo ou função para si ou para outrem e sem favorecer ou prejudicar ninguém.

De acordo com Ana Luiza:

É no princípio da moralidade administrativa que se encontra fundamento jurídico para conformar a atuação dos agentes públicos ao dever de bem administrar, para interditar-lhes comportamentos ou invalidar atos eivados de má-fé, deslealdade, dolo, fraude, favoritismo, perseguição, comportamentos e condutas incompatíveis com o correto exercício da função administrativa (NERY, 2017, p. 78).

Tal princípio constitui-se, portanto, em meio para a busca do interesse coletivo e agir contra a moralidade também é agir contra a legalidade, uma vez que ambos os princípios estão umbilicalmente atrelados.

No que toca à eficiência da Recomendação Administrativa, é oportuno destacar que as atividades do agente ministerial devem ser praticadas de modo a dar concretude ao ato, alcançando-se a finalidade buscada por meio da recomendação com o menor dispêndio de tempo e de recursos financeiros possíveis.

Alinha-se este princípio com o dever de agir com presteza, perfeição e rendimento funcional, também primando pelo atendimento ao princípio da legalidade (NERY, 2017, p. 83).

No que toca ao princípio da impessoalidade, este consiste na não subjetivação dos atos do poder público, que são imputáveis ao órgão estatal e não à pessoa física, representante daquela entidade ou órgão (NERY, 2017, p. 74).

Trata-se, pois, na igualdade de tratamento que o agente ministerial deve dispensar aos destinatários da recomendação, exigindo-se uma postura impessoal e genérica do órgão, com vistas a satisfazer o interesse coletivo. Relaciona-se, portanto, com o fim previsto na lei, cujo desrespeito pode configurar desvio de finalidade, invalidando o ato.

Por fim, vetor basilar do Estado Democrático de direito e do regime jurídico

administrativo, do princípio da legalidade decorrem todos os demais princípios. Tal princípio opera na forma de uma cobertura legal de toda atuação administrativa, na medida em que, somente em observância à legalidade é que essa cobertura se mostra legítima (NERY, 2017, p. 70).

É por força de tal princípio que o Ministério Público, ao expedir uma Recomendação Administrativa, não pode impor uma conduta positiva (obrigação de fazer) ou negativa (obrigação de não fazer) ao destinatário sem que esteja autorizado por lei.

A máxima amplitude do objeto e das medidas recomendadas é consequência da supremacia do interesse social sobre o individual, e objetiva a resolução de conflitos sociais evitando a sua proliferação.

Nas lições de Gregório Assagra:

Pelo princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum, observa-se que, para a proteção jurisdicional dos direitos coletivos, são admissíveis todos os tipos de ação, procedimentos, medidas, provimentos, inclusive antecipatórios, desde que adequados para propiciar a correta e efetiva tutela do direito coletivo pleiteado. Todos os instrumentos processuais necessários e eficazes poderão ser utilizados na tutela jurisdicional coletiva. [...] Esse princípio decorre, como se observou, do disposto no artigo 83 do CDC, em combinação com o art. 21 da LACP (ASSAGRA, 2003, p. 578)

Extrai-se, portanto, de tal princípio a máxima de que todos os tipos de ações/soluções/mediações são possíveis na defesa dos direitos e interesses coletivos. Objetiva-se, deste modo, garantir a efetividade nos casos que envolvam interesses transindividuais, em observância a outros princípios constitucionais como o acesso à justiça e a efetividade jurisdicional.

Quanto à garantia do acesso à justiça, tal princípio já foi objeto de argumentação ao longo deste trabalho reforçando, todavia, que o a atual processualística inaugurou novos paradigmas na medida em que incorporou a solução consensual do litígio ao atual Código de Processo Civil, destacando que o acesso à justiça é alcançado por meio de métodos adequados na solução dos conflitos, sempre em observância aos princípios da colaboração, cooperação, diálogo, lealdade, boa-fé e ao respeito à participação efetiva e consensual.

A máxima efetividade do processo coletivo decorre da necessidade de efetividade do real processo coletivo, não meramente formal (ASSAGRA, 2003, p.

576). Portanto, todos os instrumentos legítimos e aptos a garantir a tutela dos direitos coletivos (*lato sensu*) são admissíveis e consagram-se pela efetividade das medidas adotadas.

Tal princípio está intimamente ligado com a razoável duração do processo e/ou procedimento, no caso da Recomendação Administrativa, da celeridade, princípios estes coroados nos artigos 4º e 8º do CPC.

A noção de efetividade está presente, também, no conceito ligado ao princípio da eficiência, sendo possível dizer que no caso da tutela extrajudicial cabe ao Ministério Público se organizar da forma mais adequada para garantir que a tutela pretendida possa ser conferida ao titular do direito material de maneira oportuna, econômica e tempestiva; tudo de modo a garantir que a resolução de conflitos não se limite apenas à judicialização do conflito e à prolação de uma sentença judicial, mas sim que possa efetivamente realizar o direito devido ao seu titular e formalmente reconhecido por meio de técnicas autocompositivas de solução de conflitos.

Entende-se que a Recomendação Administrativa tem caráter não-vinculante ou coercitivo, uma vez que possui efeito “didático” ao seu destinatário. As Recomendações têm como pressupostos a existência de uma irregularidade que afeta o interesse coletivo ou individual indisponível.

Durante a tramitação do procedimento extrajudicial, o Ministério Público coleta informações a fim de alinhar os elementos de convicção para a propositura de eventual demanda. Assim, como providências cabíveis para fazer cessar a irregularidade constatada, é possível a expedição da RA como medida preventiva ou até mesmo repressiva, servindo com uma advertência para evitar uma ilegalidade iminente ou para cessá-la.

Essa é a inteligência do artigo 4º da Res. 164/2017 do CNMP ao dizer que “*A recomendação pode ser dirigida, de maneira preventiva ou corretiva, preliminar ou definitiva, a qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, que tenha condições de fazer ou deixar de fazer alguma coisa para salvaguardar interesses, direitos e bens de que é incumbido o Ministério Público*”, relacionando-se, de igual forma, com o princípio previsto no inciso IX do artigo 2º, que trata do caráter preventivo ou corretivo.

O princípio da resolutividade se revela eficaz, na medida em que a

Recomendação tem por escopo prevenir litígios e adequar a conduta do destinatário às leis e atos normativos, homenageando a resolutividade dos casos que ameaçam interesses transindividuais.

Sempre que possível e observadas as peculiaridades do caso concreto, o Membro do Ministério Público deve priorizar a resolução extrajudicial do conflito, da controvérsia ou do problema que esteja causando lesão ou ameaça a direitos (artigo 13, *caput*, da Recomendação de Caráter Geral CNMP-CN 02/2018¹⁵⁴), avaliando se a resolução consensual apresenta vantagens sobre a tutela por adjudicação judicial (liminar e/ou sentença ou acórdão, conforme prevê o artigo 13, § 1º, da Recomendação de Caráter Geral CNMP-CN 02/2018¹⁵⁵).

Quanto ao princípio da segurança jurídica, este vincula o emissor ao conteúdo recomendado, importando em segurança ao destinatário, que não poderá ser surpreendido com uma alteração de posicionamento do Ministério Público.

Por fim, a proporcionalidade e ponderação nos casos de tensão entre direitos fundamentais sugere que se tenha a percepção e a proporção entre os direitos fundamentais em conflito, observando qual deles possui maior eficácia de acordo em cada caso¹⁵⁶, destacando-se que apesar de possuírem a mesma hierarquia, o princípio da proporcionalidade pode ser aplicado como um instrumento de interpretação constitucional, avaliando os interesses e os bens jurídicos em conflito.

¹⁵⁴ A Recomendação de Caráter Geral CNMP-CN nº 02, de 21 de junho de 2018, dispõe sobre os parâmetros para avaliação de resolutividade e da qualidade da atuação dos Membros e das Unidades do Ministério Público pelas Corregedorias-Gerais e estabelece outras diretrizes.

¹⁵⁵ Art. 13, §1º Para fins de aferição da priorização da resolução consensual dos conflitos, das controvérsias ou dos problemas, a Equipe Correicional verificará se o Membro ou a Unidade correicionada ou inspecionada do Ministério Público avaliaram, diante do caso concreto, se a resolução consensual apresentava vantagens sobre a tutela por adjudicação judicial (liminar e/ou sentença ou acórdão), por demonstrar ser a mais adequada, justa e razoável.

¹⁵⁶ De acordo com Andrea Neves Gonzaga Marques (2013): "o princípio da proporcionalidade, também denominado doutrinariamente como princípio da vedação de arbítrio, princípio de avaliação de bens jurídicos, princípio de avaliação de interesses, princípio da vedação de excesso ou mandado de ponderação (conforme leciona Robert Alexy), estabelece limitações à liberdade individual, dirigindo a ação do indivíduo na sociedade, evitando que se fira as liberdades proclamadas pelo espírito democrático, e "aferindo a conformidade das leis e dos atos administrativos aos ditames da razão e da justiça". Não é inconsistentemente que se afirma que este princípio assume prestígio de protetor das liberdades e de grande inimigo do líbido de administradores públicos".

6.3 EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS DA RECOMENDAÇÃO

Rememorando o preconizado no artigo 1º da Resolução nº 164/2017, a Recomendação Administrativa é instrumento extrajudicial que autoriza o Ministério Público expor, por meio de ato formal e não diretamente coercitivo, suas razões fáticas e jurídicas sobre determinada demanda concreta para o fim de advertir e exortar o destinatário a que pratique ou deixe de praticar determinada conduta, em benefício dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe incumbe.

As Recomendações são atos embasados no entendimento pessoal do agente ministerial que as subscrevem, constituindo-se em atos desprovidos de caráter obrigatório para o destinatário, porém passíveis de controle via jurisdicional, conforme decisão monocrática proferida no bojo dos autos de Mandado de Segurança nº 33100 do Distrito Federal¹⁵⁷ do Supremo Tribunal Federal.

Trata-se, ainda, de instrumento escrito no qual o agente ministerial indica, exorta, instrui ou orienta pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, a darem atenção especial a determinada situação apontada como ilegal ou

¹⁵⁷ “PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. RECOMENDAÇÃO EXPEDIDA POR PROMOTOR DE JUSTIÇA AO PODER EXECUTIVO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. ALEGAÇÃO DE EXERCÍCIO DE CONTROLE PRÉVIO DE CONSTITUCIONALIDADE DE PROJETO DE LEI. AUSÊNCIA DE REFERÊNCIA, NA RECOMENDAÇÃO, A TEXTO DE PROJETO DE LEI. ARQUIVAMENTO MONOCRÁTICO. RECURSO INTERNO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não compete ao CNMP a revisão do mérito dos atos praticados por Membros do Ministério Público no exercício de sua atividade-fim, sendo, contudo, dever de ofício deste Conselho Nacional, imposto pela Constituição da República, apreciar e punir eventuais excessos ou desvios funcionais praticados no exercício de tal atividade. 2. Recomendações que contemplem referência específica no sentido de que um ou mais dos Poderes legitimamente instituídos devam se abster do exercício de suas funções constitucionais podem, sim, caracterizar, em tese, excesso punível na esfera disciplinar. 3. Não obstante a intenção manifestada nas informações dirigidas a este Conselho Nacional pelo Promotor de Justiça autor da recomendação impugnada, é de se reconhecer que, no caso concreto, tal intenção não restou materializada no bojo da referida recomendação, afastando a possibilidade, por ora, do controle disciplinar. 4. As recomendações elaboradas pelo Ministério Público no exercício de seu papel constitucional são atos embasados, no que se refere aos dispositivos normativos aplicados à espécie, no entendimento pessoal do Membro do Ministério Público que a subscreve, sendo tais atos desprovidos de caráter obrigatório para o destinatário, e sempre passíveis de controle pela via jurisdicional. (sem grifos no original) 5. Não pode recair sobre o Membro do Ministério Público, cujo ato concreto se limitou a dirigir recomendação genérica a dois Secretários de Estado, o ônus pelo não encaminhamento de projeto de lei de interesse do recorrente (SINFFAZ), devendo tal omissão ser imputada tão somente à vontade política - ou à falta dela - do chefe do Poder Executivo local. 6. Recurso conhecido e desprovido”. Supremo Tribunal Federal. MS 33100 AgR. Segunda Turma. Relatodr Min. Gilmar Mendes. Dj: 10/10/2015. DJe: 16/11/2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolIncidente=%22MS%2033100%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvance d=true>. Acesso em 13/05/2023

irregular, corrigindo tais ilicitudes ou irregularidades dentro de do prazo assinalado, sem a necessidade, contudo, de assunção imediata do resultado pretendido (SARTORI; BIALLE, 2016, p. 334).

Observa-se, portanto, que o Ministério Público ao utilizar a Recomendação Administrativa, objetiva uma atuação efetiva a partir de uma intervenção pontual em determinada situação constituindo-se, inclusive, como um instrumento de fiscalização de condutas com a finalidade de recompor a situação de legalidade eventualmente violada.

Sartori e Bialle (2016, p. 338) asseveram que o cabimento da Recomendação é admitido, ainda, para o cumprimento de normas constitucionais, notadamente para dar maior celeridade e racionalização aos processos administrativos ou para resultar em orientações aos órgãos públicos e privados, servindo como advertência e pedido de providências quando identificadas falhas nos serviços públicos ou de interesses públicos.

De maneira efetiva, portanto, a Recomendação possui grande abrangência e pode ser utilizada sob diferentes perspectivas para a tutela dos direitos transindividuais, seja na defesa da saúde, educação, infância e juventude, consumidor, meio ambiente, enfim, todos interesses que estão sob a tutela do Ministério Público.

Com efeito, em que pese não ser a expedição prévia de recomendação condição de procedibilidade para o ajuizamento de uma ação civil pública, trata-se de providência prudente sobretudo para fins de se explicitar, com maior clareza, o objeto pretendido que consubstancia a pretensão inicial.

É dizer que diante da situação de ilicitude (potencial ou concreta), eventual não atendimento da recomendação pelo agente dela destinatário, em conjunto com os demais elementos de informação constantes do inquérito civil e com os elementos de prova a serem produzidos ao longo de eventual instrução processual, pode auxiliar na formação do convencimento do Juízo a respeito da efetiva consumação da conduta ilícita descrita na petição inicial, com o objetivo de demonstrar que demandado não somente tinha consciência a respeito da ocorrência da ilicitude do ato praticado – elemento intelectual – mas, também, que passou a assentir com a sua produção e efeitos decorrentes deste – elemento volitivo (CÓRDOVA, 2019).

Uma vez que o Recomendado seja cientificado de que seu comportamento está em desconformidade com a Lei e, em sequência, se negando (injustificadamente) a corrigir sua conduta, o agente demonstra ter consciência da ilicitude de sua conduta e vontade de violar a norma jurídica (CÓRDOVA, 2019).

Deste modo, resta evidente que a não adoção das medidas indicadas na Recomendação ou, ainda, o descumprimento desse instrumento, podem ensejar a propositura de ação civil pública por parte do agente ministerial, reforçando a tese ventilada em juízo para obtenção do provimento judicial para a implementação das medidas sugeridas extrajudicialmente, tendo como um de seus efeitos a impossibilidade do destinatário invocar a boa-fé em seu comportamento. Nesse sentido, Diego Rinaldi Córdova, remetendo-nos à leitura de Emerson Garcia, destaca:

No que diz respeito aos efeitos, em múltiplas situações as recomendações ultrapassam o campo da mera exortação moral, contribuindo para a exata identificação dos elementos anímicos que direcionaram o destinatário em suas ações ou omissões. Exemplo sugestivo pode ser divisado, no caso de existir dúvida em relação ao dolo do agente na violação dos princípios regentes da atividade estatal, situação passível de configurar o ato de improbidade previsto no art. 11 da lei 8.429/1992: demonstrada a ilicitude do comportamento, mas persistindo o agente em adotá-lo, o dolo restará inequivocamente demonstrado (GARCIA, 2015, p. 383 *apud* CÓRDOVA, 2019).

Não se olvida que o escopo da Recomendação Administrativa é de prevenção de correção de condutas ilícitas e, desde que bem manejada, constitui-se como mecanismo de suma importância para auxiliar o Ministério Público na tarefa de salvaguardar os interesses coletivos, notadamente por contribuir com os elementos de convicção.

Nesse sentido, quando a Recomendação atua no cumprimento da legalidade, ou nas hipóteses que cabe ao Ministério Público atuar, o descumprimento ao que foi recomendado enseja a adoção de medidas judiciais (SARTORI; BIALLE, 2016, p. 345).

É possível dizer, portanto, que da Recomendação decorrem efeitos e consequências positivas e negativas. Em relação à primeira, ter-se-ia a realização de um ato. No que tange à segunda, observar-se-ia a omissão ou a inércia do recomendado na prática das condutas exortadas. Nesse sentido, Sartori e Bialle (2016, p. 346) exemplificam como efeitos e consequências:

- a) condiciona comportamentos jurídicos, influenciando na tomada de decisões;
- b) tem um caráter psicologicamente conformador e influi nos mecanismos psicológicos de escolha, sem tolher a liberdade decisória do destinatário;
- c) gera o efeito dever de pronunciamento do destinatário (a nossa lei prevê a possibilidades de exigir dele uma resposta escrita);
- d) quando acatada, pode ser útil como elemento atenuador de certas responsabilidades ou repercutir na esfera jurídica de terceiros (nomeadamente nos casos que envolvem direitos supraindividuais);
- e) quando não acatada, pode servir de elemento demarcador da responsabilidade civil e criminal e não impede que os fatos venham a construir objetos de outras medidas;
- f) no campo interno, as recomendações vinculam o próprio Ministério Público.

Os autores também ponderam sobre as consequências decorrentes da resposta apresentada pelo recomendado, observando-se neste ponto, que existe um diálogo estabelecido entre o órgão agente e o destinatário, ora recomendado, abrindo espaço para a autocomposição. Novamente, é importante destacar as lições de Sartori e Bialle (2016, p. 347):

Também, há que se ressaltar as consequências decorrentes da resposta do recomendado apontadas pela doutrina: a) O recomendado convence o membro do Ministério Público, logicamente com argumentos jurídicos, de que a recomendação é inviável, por não estar amparada no Direito; Se convencido pode determinar o arquivamento; b) Por ter o raciocínio jurídico que escuda a recomendação sido desenvolvida com fulcro em fatos superados ou por não ter considerado fatos outros, alguns até desconhecidos pelo recomendante; os quais, se conhecidos, não teriam levado à expedição do ato ministerial; c) Que a causa da recomendação já foi corrigida; Se convencido pode determinar o arquivamento; d) Que a causa da recomendação já foi cancelada; Se convencido pode determinar o arquivamento; e) Que o recomendado está convencido da legalidade de seu atuar (SARTORI; BIALLE, 2016, p. 346-347).

Deste modo, conclui-se que o destinatário, ao apresentar sua resposta ao agente ministerial, seja acatando ou não a Recomendação, exerce seu direito de defesa na medida em que traz fundamentos fáticos e jurídicos, inclusive com amparo em eventuais pareceres técnicos se necessário, para justificar sua conduta e, assim, dialogar e convencer o Recomendante de que seus atos não estão, supostamente, eivados de vícios.

De fato, durante a instrução dos procedimentos extrajudiciais - que a propósito são necessários para que se possa expedir uma Recomendação conforme se

depreende da leitura do artigo 8º, §Ú, Res. 164/2017 do CNMP¹⁵⁸ -, a investigação precedente lhe confere melhores fundamentos, viabilizando o ato para que colha melhores resultados.

É necessário, portanto, que por meio do procedimento prévio adequado, se oportunize a dilação probatória contemplando a colheita de provas documentais, depoimentos pessoais, perícias, inspeções, etc, para que a Recomendação se amolde, da forma mais próxima possível, do que seria postulado em uma ação. Hugo Nigro Mazzilli (2000, p. 412) assenta que para o Ministério Público expedir Recomendação, primeiramente, deve investigar os fatos inteirando-se do problema e de suas consequências. Deve obter informações técnicas adequadas e, ao final, poderá apontar as falhas e diagnosticar sua correção.

Efetivamente, não há dúvidas das inúmeras vantagens ao se utilizar a Recomendação para prevenção e correção de condutas, representando este mecanismo hábil solução extrajudicial de conflitos, notadamente por dispender poucos recursos financeiros, ser um meio célere de resolução de conflitos, possuir eficácia¹⁵⁹ no mundo jurídico, reduzir a litigiosidade por meio de uma atuação preliminar e com função de pacificação social.

Alinha-se, portanto, com a postura resolutiva do Ministério Público, dissociando-se da ideia de resistência apriorística de um número considerado de membros em submeter-se à nova postura da instituição que busca formas consensuais e extrajudiciais de solução de conflitos. Rompe-se, pois, com o paradigma da litigiosidade.

¹⁵⁸158 Art. 8º A recomendação conterà a indicação de prazo razoável para a adoção das providências cabíveis, indicando-as de forma clara e objetiva.

Parágrafo único. O atendimento da recomendação será apurado nos autos do inquérito civil, procedimento administrativo ou preparatório em que foi expedida.

¹⁵⁹ Aqui, pertinentes as lições de Pontes de Miranda: Todo negócio jurídico cria relação jurídica, constituindo, ou modificando, ou constituindo negativamente (extintividade) direitos, pretensões, ações ou exceções. Essa projeção eficaz do negócio jurídico, no tempo, traça o que se há de entender criado, modificado, ou extinto, - parecendo-se com a projeção eficaz das leis no tempo, porém sem que se possa tirar dessa aparência qualquer assimilação, menos ainda identificação. O que os interessados no negócio jurídico estabelecem não é mais do que eficácia do negócio jurídico; não é, sequer, vontade que permanece, nem se há de confundir a vontade, que traçou a conduta futura e o futuro do próprio negócio jurídico, com a eficácia do negócio jurídico que aponta essa conduta e faz prestabelecido o futuro do negócio jurídico. Por vezes, é preciso que o conteúdo e o futuro da eficácia do negócio jurídico sejam previstos claramente; daí a técnica legislativa adotar a) regras jurídicas dispositivas (...), e b) regras jurídicas interpretativas (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 61-62). [...] O ato jurídico, incluído o negócio jurídico, existe e vale, nos limites da lei; a sua eficácia, desde a vinculação, depende da lei: é eficácia jurídica, isto é, a eficácia que tem, no mundo jurídico, o ato jurídico (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 113).

Quando o Ministério Público expede uma Recomendação destinada a ensejar uma solução consensual para determinada situação, está, de fato, concretizando o direito, vale dizer, interpretando o direito posto – não a regra jurídica aplicável ao caso, mas todo o sistema jurídico – à luz da situação concreta no intuito de identificar a norma do caso concreto (BRASIL, 2014, p. 155).

É como dizem Luciano Luz Badini Martins e Luciano José de Alvarenga¹⁶⁰ “um dos traços característicos do Ministério Público brasileiro é sua legitimidade para atuar, para resolver conflitos, sem a necessidade de demandar a intervenção do Judiciário” (MARTINS; ALVARENGA, 2013, p. 1, *apud* BRASIL, 2014, p. 128). Nesse sentido, menciona Escola Nacional de Mediação e Conciliação:

Assim, quando o membro Ministério Público, num TAC ou numa Recomendação, especifica as condições de modo, tempo e lugar para implementação de determinado direito, ou o conteúdo de algum conceito jurídico indeterminado, ou, ainda, identifica as consequências de aplicação de determinada regra ou princípio jurídico para, no caso concreto, bem definir as obrigações do apontado responsável pela ameaça ou lesão a direitos coletivos que são necessárias para prevenir ou corrigir uma ou outra, não está dispondo desses direitos, mas antes os concretizando, vale dizer, interpretando-os à luz do caso concreto e definindo os elementos essenciais para sua efetiva implementação. **Bem ao contrário de disposição, o que se está fazendo é afirmar o direito e definir condições e especificações sem as quais sua efetividade ficaria prejudicada.** Mesmo naqueles TACs mais simples, em que o Ministério Público apenas toma do responsável pela lesão ou ameaça a direito o compromisso de cumprir a lei sob pena de multa diária ou outra cominação, o que se está fazendo é afirmar a aplicabilidade do direito àquele caso concreto, concretizando-o, pois, e contribuindo com sua efetividade por meio da pactuação de cominações exigíveis (BRASIL, 2014, p. 156).

Nota-se que a utilização desse método autocompositivo fortalece o sistema de justiça, seja pela solução pacífica e extraprocessual, seja pela facilidade em se obter eventual provimento judicial, na medida em que robustece a instrução probatória, contribuindo para a agilidade, celeridade e efetividade jurisdicional.

Sem dúvida, constitui-se em mecanismo legítimo de atuação ministerial, com amparo no texto constitucional e infraconstitucional, fundamentado no interesse social, atendendo as necessidades do direito material.

¹⁶⁰ MARTINS, Luciano Luz Badini; ALVARENGA, Luciano José. Ministério Público e atuação conforme territorialidade ecossistêmicas: as promotorias de justiça hidrográfi cas. In ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas; BADINI, Luciano. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 1.

6.4 RECOMENDAÇÕES E O DESASTRE DA BARRAGEM DO FUNDÃO EM MARIANA (MG)

Conforme mencionado o tópico 6.4, a barragem rompida no dia 5 de novembro de 2015 era conhecida por barragem de Fundão. De propriedade da Samarco Mineração S/A, Fundão entrou em operação em dezembro de 2008. Cinco meses depois, em abril de 2009, o lançamento dos rejeitos teve que ser interrompido porque houve forte percolação no talude de jusante do barramento. Os taludes são, por assim dizer, as faces de uma barragem, e o talude de jusante é aquele que fica do lado oposto ao conteúdo do reservatório. É a face inclinada do dique, que “olha” para fora do reservatório, e a percolação nada mais é do que a passagem de material líquido para e pelo interior do maciço do barramento¹⁶¹.

A percolação em estruturas desse tipo não é em si um problema. Desde que o sistema de drenagem funcione adequadamente, ao percolar, o líquido será escoado para fora do maciço (a drenagem interna é a "alma" da barragem). Entanto, se os filtros e os drenos falham, esse líquido, ao percorrer o interior do maciço de terra, pode levar para fora material sólido, dando início a um processo erosivo. Foi exatamente o que houve com o maciço da barragem do Fundão em abril de 2009. Houve forte percolação, que abriu um orifício de um metro de comprimento, e o reservatório, que estava em processo inicial de enchimento, foi esvaziado¹⁶².

Em julho de 2010, foi constatado novo problema na barragem. Dessa vez, houve passagem do rejeito arenoso para jusante do referido dique. O rejeito adentrou o reservatório através da galeria principal, resultando em nova paralisação.

De fato, a barragem sofreu ao longo do tempo várias paralisações, tendo que passar por diversas intervenções de engenharia. Entre essas obras, foi construído um recuo, não previsto no projeto original e não licenciado pelo Poder Público.

Após o desastre de 05/11/2015 e em decorrência das investigações para apurar as responsabilidades, o Ministério Público Federal recomendou que a Samarco identificasse e prestasse assistência à população atingida na região de Governador

¹⁶¹ Informações obtidas junto ao endereço eletrônico do Ministério Público Federal disponíveis em: <<https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco>>. Acesso em jun. 2022.

¹⁶² Idem.

Valadares (MG). Ao mesmo tempo, por meio da Coordenadoria da 4ª Câmara de Coordenação e Revisão do Órgão, expediu as Recomendações nº 10/2015-4ªCCR¹⁶³ e 11/2015-4ªCCR¹⁶⁴, recomendando ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos Naturais Renováveis (IBAMA) e ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) intensificassem a fiscalização de barragens de mineração em Minas Gerais.

O documento incluiu a fiscalização de 29 barragens de mineração em Minas Gerais que não apresentavam estabilidade garantida, conforme auditoria da Fundação Estadual do Meio Ambiente em Minas Gerais (Feam/MG). Mais da metade dos empreendimentos são da Companhia Vale do Rio Doce.

Recomendou-se, ainda, que o DNPM e o IBAMA intensificassem a fiscalização nas barragens do Quadrilátero Ferrífero, notadamente nas barragens de Santarém e de Germano, que também eram de propriedade da empresa Samarco.

Em observância ao disposto no artigo 8º, §5º da LC nº 75/93, o MPF requisitou que, no prazo de 10 (dez) dias da ciência da RA, fossem informadas as medidas adotadas com relação ao recomendado, destacando que as citadas RAs cientificavam e constituíam em mora os destinatários quanto às providências solicitadas e poderiam implicar na adoção de todas as medidas administrativas e judiciais cabíveis em face dos proprietários inertes, por violação dos dispositivos legais pertinentes, contemplados ou não, no bojo dos referidos instrumentos.

Em 18 de março de 2016 o MPF, por meio da RA nº 014/2016-MPF-GAB/FT¹⁶⁵, recomendou ao DNPM que aprovasse apenas os planos de mineração

¹⁶³ [...] 10. que compete ao Ministério Público Federal, nos termos do artigo 6º, inciso XX, da Lei Complementar nº 75/93, a expedição de recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como o respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis; Resolve: Recomendar ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e ao Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM que intensifiquem e ampliem o escopo de suas ações fiscalizatórias, com ênfase no Estado de Minas Gerais, notadamente nas barragens localizadas em seu Quadrilátero Ferrífero, e de forma especial nas Barragens de Santarém e de Germano e seus diques, de propriedade da empresa SAMARCO [...]

¹⁶⁴ [...] 11. que compete ao Ministério Público Federal, nos termos do artigo 6º, inciso XX, da Lei Complementar nº 75/93, a expedição de recomendações[...] Resolve: Recomendar ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, ao Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM e à Fundação Estadual do Meio Ambiente em Minas Gerais – FEAM/MG que intensifiquem e ampliem o escopo de suas ações fiscalizatórias, com ênfase nas barragens supramencionadas, localizadas no Estado de Minas Gerais [...]

¹⁶⁵ Resolve, nos termos do artigo 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/93, RECOMENDAR ao Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, na pessoa de seu Diretor Geral, que se abstenha

com destinação ecológica de resíduos, onde todo material proveniente de mineração tivesse sua destinação ambiental adequada.

Em 31 de março de 2016 o MPF, no bojo dos autos de Inquérito Civil nº 1.22.000.003399-2015-22, expediu Recomendação¹⁶⁶ a diversos órgãos públicos e

de aprovar Plano de Aproveitamento de Econômico (PAE) de lavra de minério de ferro que não contemple a destinação ambientalmente adequada dos resíduos da mineração, com a sua devida introdução em outra cadeia econômica; Que a destinação ambientalmente adequada dos resíduos da mineração de ferro seja efetuada de forma progressiva, exigindo-se do empreendedor, no mínimo, o seguinte percentual de reaproveitamento de resíduos de mineração gerados a partir da lavra de minério de ferro:[...] EFICÁCIA DA RECOMENDAÇÃO: Ressalta-se que a presente recomendação dá ciência e constitui em mora os destinatários quanto às providências solicitadas e poderá, em tese, importar ato ímprobo na hipótese de não atendimento, além de implicar a adoção de todas as providências administrativas e judiciais cabíveis, em sua máxima extensão, contra os responsáveis inertes em face da violação mencionada. PRAZO: Por fim, registro que o destinatário dispõe do prazo de 10 (dez) dias úteis para informar formalmente ao Ministério Público Federal se cumprirá a presente Recomendação, sendo que a ausência de resposta será interpretada como recusa no atendimento à Recomendação.

¹⁶⁶ O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL resolve RECOMENDAR, nos termos do art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar nº 75/93, que:

a) a SAMARCO, o IBAMA, o ICMBio e o IEMA, no prazo de 48 horas, promovam ampla publicidade aos estudos, ainda que preliminares: a.1) de ecotoxicidade dos organismos já coletados pela SAMARCO, em particular os marinhos de interesse econômico; a.2) de bioacumulação de metais pesados ou toxicidade dos organismos para os seres humanos, inclusive os elaborados pelo ICMBio. A publicidade deverá ser viabilizada ao menos por meio do sítio eletrônico da SAMARCO, IBAMA, ICMBio e IEMA, através do portal (<http://www.governançapelodoce.com.br>) e de incursões informativas em mídias televisiva, de rádio e impressa, na forma especificada pelos órgãos ambientais;

b) o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) e o Ministério do Meio Ambiente (MMA) que: b.1) no prazo de 15 dias, apresentem manifestação conclusiva, respaldada de dados técnicos, que indiquem a necessidade e a conveniência de estender a área de proibição transitória da atividade pesqueira para além daquela objeto da Ação Civil Pública 0002571-13.2016.4.02.5004, em curso na Subseção Judiciária da Justiça Federal de Linhares, levando em consideração os níveis de concentração de metais nas calhas dos rios impactados e que houve identificação de contaminação por metais pesados (na água, nos sedimentos e nos organismos) nas regiões de Barra Nova (São Mateus/ES); Banco de Arolhos (ao norte) e Unidade de Conservação APA Costa das Algas e RVS de Santa Cruz (ao Sul); b.2) que preventivamente, enquanto não houver a manifestação conclusiva prevista no item “b.1”, promovam a imediata proibição provisória da pesca na área marinha indicada na NOTA TÉCNICA n. 006/2-16 CONJUNTA – CENTRO TAMAR/APA COSTA DAS ALGAS/REBIO DE COMBOIOS/RVS DE SANTA CRUZ, em perímetro a ser delimitado pelos setores técnicos competentes; b.3) adotem medidas necessárias à identificação e cadastramento dos pescadores afetados por eventual proibição de pesca, inclusive das atividades de média escala, artesanal de pequena escala, bem como toda a cadeia produtiva afetada, ainda que por meio de exigência a ser formulada para a SAMARCO;

c) a ANVISA exerça sua competência de acompanhamento e coordenação do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e das ações estaduais e municipais de vigilância sanitária, envolvendo os demais órgãos e entidades federais, estaduais e municipais com atribuições sobre as matérias, a fim de que sejam adotadas medidas efetivas e coordenadas de proteção da saúde da população e controle da comercialização de pescados na área objeto da NOTA TÉCNICA n. 006/2-16 CONJUNTA – CENTRO TAMAR/APA COSTA DAS ALGAS/REBIO DE COMBOIOS/RVS DE SANTA CRUZ. Para tanto, recomenda-se à ANVISA, em articulação com os demais atores com competência concorrente e sem prejuízo de outras medidas, que: c.1) no prazo de 20 dias, coordene e, supletivamente, execute a realização de ações urgentes de coleta e análise de sanidade pesqueira das principais espécies de importância econômica oriundas da área identificada na NOTA, repassando os custos para a SAMARCO, a VALE e a BHP; c.2) no prazo de 5 dias, adote medidas preventivas de interesse sanitário, como a imposição de interdição cautelar de armazenamento, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços, a proibição de armazenamento, distribuição e comercialização de produtos, em caso de risco iminente à saúde, ou outras que se mostrarem proporcionais ao caso concreto, enquanto

também às empresas Samarco, Vale e BHP Billiton para que adotassem uma série de medidas que visam resguardar a saúde da população, o meio ambiente e os profissionais que têm como sustento a pesca no Rio Doce e sua foz.

Em 26 de março de 2018 o Ministério Público Federal, o Ministério Público de Minas Gerais, o Ministério Público do Espírito Santo, o Ministério Público do Trabalho, a Defensoria Pública da União, a Defensoria Pública do Espírito Santo e a Defensoria Pública de Minas Gerais, em atenção ao Procedimento Administrativo nº 1.22.000.000307/2017-44/FT-RD/MPF; Inquérito Civil nº 1.22.000.003765/2015-73/FT-RD/MPF; Procedimento Administrativo nº 1.17.004.000071/2017-76/GAB-PRM-LIN; PADI 157/2017 DP-MG; PAJ/DPU nº 2017/017/01493; Procedimento Administrativo DPES/NUDAM nº 75852705/2016, 77211561/2017 e 80491170/2017, expediram a Recomendação Conjunta nº 10/2018 às empresas Vale S/A, BHP Billiton Brasil Ltda. e Samarco Mineração S/A, e à Fundação Renova, para que respeitem os direitos das pessoas atingidas pelo rompimento da Barragem de Fundão, notadamente acerca das violações aos direitos humanos cometidas durante o próprio

não houver análise definitiva sobre a bioacumulação de metais pesados ou toxicidade dos organismos da área marinha impactada para os seres humanos; iii) com a maior brevidade possível, envolva grupos de pesquisa especializados para avaliação quanto à presença dos contaminantes nas populações humanas e de possíveis efeitos dos mesmos na saúde da população;

d) o IBAMA e o ICMBio realizem, em até 30 dias, novas ações de coleta nos pontos identificados na NOTA e em novos pontos ao sul e ao norte, com consequente análises de ecotoxicidade e bioacumulação, levando-se em consideração inclusive espécimes da malacofauna, carcinofauna e zooplâncton.

e) a SAMARCO MINERAÇÃO S.A, a VALE S.A e a BHP BILLITON BRASIL LTDA. que: e.1) oriente os laboratórios contratados a entregarem os resultados das análises (laudos laboratoriais ou equivalentes) diretamente aos órgãos de fiscalização; e.2) adotem e mantenham as medidas previstas no Primeiro Aditivo ao Termo de Compromisso Socioambiental (1ºATCSA), firmado em 04/12/2015 entre Ministério Público e SAMARCO, enquanto não for demonstrada, através de estudos desenvolvidos por órgãos competentes, a viabilidade de retorno das atividades de pesca, seja em relação aos impactos negativos sobre o meio ambiente, seja em relação aos efeitos nocivos à saúde pública e do consumidor; e.3) assumam os custos das ações empreendidas pelo Poder Público em decorrência do acatamento desta recomendação, fornecendo total apoio logístico, técnico e financeiro, na forma definida pelos órgãos fiscalizadores;

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL adverte que a presente recomendação dá ciência e constitui em mora o destinatário quanto às providências solicitadas, podendo a omissão na adoção das medidas recomendadas implicar o manejo de todas as medidas administrativas e ações judiciais cabíveis contra os que se mantiverem inertes.

Nesse passo, com fundamento no art. 8º, II, da Lei Complementar nº 75/93, requisita-se, desde logo, que Vossa Excelência informe, no prazo de 48 horas (em relação às recomendações constantes da alínea “a” e “e”), 5 dias (em relação ao item c.2) e 10 (dez) dias (em relação às demais), se acatará ou não esta recomendação, apresentando, em qualquer hipótese de negativa, os respectivos fundamentos.

Requisita-se, também, que a SAMARCO, o IBAMA, o ICMBio e o IEMA, no prazo de 48 horas, encaminhem cópia dos laudos objeto do item “a” da presente recomendação. Em caso de acatamento desta recomendação, deverá, no mesmo prazo, ser informado quais medidas vêm sendo adotadas, apresentando, ainda, cronograma para o total atendimento à presente recomendação.

processo de reparação dos danos causados pelo desastre do rompimento da referida barragem.

O escopo do documento visou alertar as empresas sobre a obrigatoriedade de cumprimento da vasta legislação incidente sobre os vários aspectos do caso, que inclui dispositivos constitucionais e tratados internacionais. Além disso, no que tange ao direito de acesso à informação, recomendou-se que às pessoas atingidas fosse assegurado amplo e irrestrito acesso aos documentos produzidos pela Fundação Renova em linguagem clara e acessível, sem haver a obstaculização, dificuldades ou embaraços ao uso desses documentos pelas pessoas interessadas.

Outro eixo da recomendação relacionou-se ao cadastramento para participação nos programas socioeconômicos. A Fundação Renova divulgou que a atividade seria finalizada em junho de 2018, mas para os MPs e Defensorias, esse cadastramento não deveria ser encerrado enquanto todos os pedidos de cadastro e de reconhecimento das pessoas como atingidos não fossem devidamente apreciados.

Foi recomendado, ainda, que as empresas se abstivessem de “exigir renúncia dos direitos a eventual ação judicial proposta pelo atingido, devendo eventual desistência se ater integralmente aos limites do acordo, observada a quitação específica”, bem como se abstivessem de utilizar questionários “com a mulher atingida que direcionem ao não reconhecimento do seu trabalho como autônomo, independente e não complementar ao do seu companheiro, devendo indenizá-las em igualdade de condições com os homens atingidos, sem qualquer distinção no tratamento e valores, conforme obriga a Convenção 100 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)”.

Em relação ao pescadores atingidos, recomendou-se que as empresas não limitassem o reconhecimento da condição de pescador de subsistência apenas àqueles que residiam até um quilômetro dos cursos d’ água e região costeira afetados, devendo, ao contrário, adotar o critério já estabelecido no § 1º da Cláusula 2.1 do Primeiro Aditivo ao Termo de Compromisso Socioambiental Preliminar firmado pelo Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho e Ministério Público do Estado do Espírito Santo com a empresa Samarco Mineração S/A.

Por fim, a recomendação também orientou as empresas a custearem, no âmbito do PIM, assistência jurídica gratuita a todas as pessoas que, necessitadas,

não possuísem condições de com ela arcar sem prejuízo de uma vida digna. Esse custeio não poderia ser descontado do valor da indenização e deveria contar com o apoio das assessorias técnicas acaso já contratadas.

A obrigação de promover assistência jurídica gratuita aos atingidos foi prevista na cláusula 37 do TTAC, e seu descumprimento acarretou excessivo ônus às camadas mais pobres, que se vêem obrigadas a custear advogado com os valores que obtêm das indenizações.

Nesse sentido, foi recomendado às empresas efetuarem o ressarcimento de eventuais descontos feitos a título de honorários de advogado a qualquer pessoa que tenha participado do programa sem que tivesse sido devidamente informada da opção pela assistência jurídica gratuita prevista no TTAC.

Observa-se do caso emblemático, que a utilização das Recomendações Administrativas expedidas objetivou promover as medidas necessárias ao exercício das funções institucionais do Ministério Público, notadamente a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e especialmente dos interesses sociais e individuais indisponíveis, em todos os graus, judicial e extrajudicial.

A responsabilidade para a promover a reparação integral dos danos causados pelo desastre da Barragem do Fundão, incumbe aos agentes públicos e, principalmente, às empresas por ele responsáveis, situação que mereceu a tutela por todos os meios necessários e adequados.

6.5 RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA E O ACESSO À JUSTIÇA

O perfil institucional do Ministério Público mudou. A visão tradicional de que o órgão atua de forma demandista vem sendo reconstruída no cenário jurídico contemporâneo. Nesse sentido, Didier Junior e Zaneti Junior pontuam:

O Ministério Público brasileiro mudou em 1988, de uma anterior tônica estrutural, preocupada com a correspondência direta de sua atuação nos modelos da Era dos códigos, privatista, individualista, reparadora e técnica; passou para uma ênfase na função, atuação social, proativa, coletiva e de equilíbrio das relações de poder, tendo por papel principal, atuar a Constituição e os direitos fundamentais e conformar o Estado – e as práticas privadas – à ideologia e à tábua de valores constitucionais (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, p. 347).

Deste modo, sua participação da defesa dos interesses coletivos se dá não apenas na esfera judicial mas, principalmente, na extrajudicial. O Ministério Público passou a ser um dos principais canais de comunicação entre a sociedade, o Estado e o ordenamento jurídico, como anotam Eduardo Cambi e Adriane Haas:

A eficiência da atuação do Ministério Público está diretamente ligada à máxima realização dos direitos fundamentais sociais e das promessas não cumpridas da Constituição Federal. Logo, a construção do Ministério Público Social exige a busca da legitimidade não apenas formal, mas especialmente social. O Ministério Público deve usar dos instrumentos legais (procedimentos preparatórios, inquérito civil, audiências públicas, recomendações administrativas, termos de ajustamento de conduta, ações coletivas etc.) para a construção de um espaço público-social para capilarizar críticas, experiências e mundividências razoáveis que integram o pluralismo jurídico, próprio das sociedades abertas e democráticas, para, no uso rawlsiano da razão pública, construir critérios e motivações jurídicas capazes de efetivar os direitos e garantias constitucionais (CAMBI; HAAS, 2012).

Na mesma toada, a inovação trazida pelo atual Código de Processo Civil abre guarida para se evitar a judicialização imediata de demandas sem prejuízo de se facilitar a autocomposição (como aliás decorre da experiência do Ministério Público que, no inquérito civil, a partir da comprovação dos fatos, busca-se a celebração de termo de ajustamento de conduta ou expedição de recomendação administrativa) ou, no limite, de se possibilitar o ajuizamento mais consistente da ação (CAMBI; DOTTI; PINHEIRO; MARTINS; KOZIKOSJI, 2019, p. RB 30.68).

A resolução consensual de conflitos, coletivos *lato sensu* e individuais indisponíveis, por meio de técnicas e instrumentos legalmente autorizados (TAC e RA), aponta para alternativas democráticas de pacificação social, viabilizando o acesso à justiça de forma ampla e resolutiva.

Apresenta-se uma trajetória de novos caminhos para a construção do processo democrático, privilegiando práticas que fortalecem a cidadania, em razão de protagonizar os envolvidos, possibilitando-os encontrar, por si próprios, soluções adequadas para o seu litígio por meio da negociação estabelecida (SUTER; CACHAPUZ, 2017. p. 252).

Como se viu, a Recomendação Administrativa expedida pelo Ministério Público deve ser entendida como uma estratégia educativa, como exercício de cidadania, dos direitos sociais e individuais indisponíveis e da democracia,

especialmente porque facilita a negociação coletiva e contribui para a tomada de decisões, sem a necessidade de judicializar a demanda.

Esse instrumento deve ser visto como método alternativo ao litígio e sua utilização deve estar especialmente vinculada à constatação de uma irregularidade (atual ou iminente), que pode configurar a causa de pedir em eventual ação, lembrando que seu conteúdo deve refletir apenas aquilo que pode vir a constituir o pedido da demanda judicial, notadamente refletidas em obrigação de fazer ou não fazer, ou seja, são expedidas, preferencialmente, quando é possível vislumbrar o cabimento de ação (BARBUGIANI, 2017, p. 107). Portanto, forçoso concluir que não é adequado o seu uso para encaminhamento de sugestões que não possam ser impostas judicialmente¹⁶⁷.

Nas lições de Fernando Barbugiani:

[...] o Promotor de Justiça encaminha a recomendação possibilitando a solução imediata do conflito e o diálogo sobre o seu teor. O destinatário poderá apresentar as suas ponderações e explicações sobre o caso. Acaso estas sejam convincentes, gerará o arquivamento da investigação administrativa relativa. Ele também poderá aprimorar o seu conteúdo, proposto outras formas viáveis de superação da situação e que subsidiarão um Termo de Ajustamento de Conduta. Isto homenageia a presunção de boa-fé e a célere solução das contendas. Enfim, pode-se discordar completamente de seus termos, para que o Judiciário decida a respeito. [...] No caso do não acatamento de seu teor pelo destinatário ou sendo infrutíferas as tratativas relacionadas às providências a serem concretizadas, recorre-se à via tradicional (Poder Judiciário) (BARBUGIANI, 2017, p. 107-108).

Com efeito, o uso da recomendação, a além de constituir mais um modo de controle da legalidade, adentra a esfera de função política do Ministério Público, em respeito aos princípios basilares da Constituição e consagrando os mais altos valores sociais.

Em consonância com a argumentação supra, Luciano de Faria Brasil pondera:

Assim, pode-se vislumbrar o uso da recomendação não só como um instrumento de recomposição da legalidade pela via argumentativa e consensual, mas também como mais um elemento essencial no sistema de “freios e contrapesos”, base de nossa sistematização

¹⁶⁷ Nesse sentido, exemplifica Barbugiani (2017, p. 109): “Constatando-se ilegalidades em uma licitação de um Município, é possível ao Promotor de justiça expedir uma Recomendação Administrativa dirigida ao Prefeito para anulação do certame. Acaso esta não seja acatada, em espaço uma Ação Civil Pública para obter a mesma consequência. Da mesma forma, ao se perceber que um empresário está desenvolvendo uma atividade poluidora, é possível recomendar que ele a cesse ou tome as providências necessárias para impedir a poluição, pois será possível ingressar com uma ação para impor-lhe obrigações de fazer ou não fazer”.

política. Mais do que preservar a ordem jurídica, trata-se aqui de militar o poder para assegurar a liberdade, reforçando o arranjo institucional da divisão funcional do Estado (2004, p. 104)

A banalização desse instrumento, portanto, deve ser evitada ponderando-se que a sua utilização deve se dar sempre nos casos onde for possível, efetivamente, a solução do problema pela via recomendatória. Por isso a necessidade do recomendante delimitar acertadamente o tema a ser enfrentado, sob pena de inutilidade desse instrumento.

Lembra-se que o acesso à justiça significa que todos têm direito de postular a tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito, seja ele individual ou coletivo (*lato sensu*). Porém, é notório que não basta o direito à tutela jurisdicional, é necessário, pois, que essa tutela seja adequada.

Nesse ponto, resta evidente que a utilização da Recomendação no âmbito da tutela coletiva é conveniente e oportuna, viabilizando a tutela jurisdicional por meio de um instrumento legítimo cujo resultado pretendido é o mesmo que buscar-se-ia pela via judicial.

A utilização desse instrumento para alcançar o fim almejado passa, necessariamente, pela análise da adequação e necessidade da medida.

Por adequação, deve-se entender que a Recomendação é o meio apropriado para atingir o fim desejado. Assim, deve-se questionar: a recomendação protege o interesse público neste caso concreto? Ela está apta a fazer cessar e/ou evitar novos danos? Mostra-se suficiente para a satisfação social e o restabelecimento da ordem? Caso a resposta seja afirmativa, então o instrumento é o adequado.

Seguindo adiante, analisando-se o aspecto de sua necessidade, o recomendante deve observar se o meio utilizado de fato é necessário e suficiente para dirimir a controvérsia, ou se existe outro meio que, de forma tão eficaz quanto ele, acarrete menos limitação. Do mesmo modo é oportuno questionar: ao utilizar a recomendação é possível vislumbrar outro meio consensual tão eficaz que limite menos direitos? Quanto a esse questionamento, Mariana Carnaes elucida:

[...] ressalta-se a ideia de que o meio consensual não beneficia o infrator, mas trata-se de um meio que menos limita os direitos envolvidos, já que permite o diálogo aproximado entre as partes e a escolha do melhor meio de solução, levando em conta o que as partes podem oferecer uma à outra, demonstrando-se tão quão ou mais eficaz do que o procedimento contencioso (CARNAES, 2016, p. 166).

Deste modo, observa-se que a Recomendação está em consonância com a moderna processualística, especialmente porque tem por finalidade a prevenção e a reparação de condutas que causam danos à coletividade, ou seja, tem por objeto a satisfação e a tutela dos interesses coletivos *lato sensu*.

Reforça-se que esse instrumento deve, portanto, ser visto como meio adequado e preferencial ao litígio e sua utilização deve estar vinculada à constatação de uma irregularidade, ou seja, sempre que for eventualmente possível o ajuizamento de ação, o agente ministerial pode, preliminarmente, expedir o ato recomendatório, com o objetivo de evitar levar o caso ao Poder Judiciário.

Logo, ao expedir a Recomendação, o Ministério Público quer produzir um alerta, propiciando um aviso formal da conclusão a que chegou quanto às irregularidades verificadas em determinada situação fática, possibilitando que os destinatários tomem conhecimento das medidas que poderão enfrentar e reavaliem o seu comportamento.

O Conselho Nacional do Ministério Público, ao regulamentar a Recomendação Administrativa por meio da Resolução nº 164/2017, deixou claro em diversos dispositivos e passagens, o posicionamento de que se trata de método autocompositivo de conflitos, importante para a redução da litigiosidade e de ampliação do acesso à justiça em sua visão contemporânea.

Em suma, na prática, as Recomendações abrem caminho para o diálogo e composição dos danos e formas de correção, buscando-se sua concretização até mesmo pela celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, onde podem ser fixados prazos razoáveis ou outras medidas necessárias para a adequação ou, ainda, sanções em caso de descumprimento. Alcança-se, desta forma, a mesma solução que se obteria através de um provimento judicial.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a pretensão de esgotar o tema, a presente pesquisa consistiu em sustentar que o acesso à justiça, na perspectiva do direito coletivo e em consonância com a visão contemporânea, pode ser implementado pelo Ministério Público por meio do Termo de Ajustamento de Conduta e da Recomendação Administrativa, instrumentos adequados de solução de conflitos (coletivos *lato sensu* e individuais indisponíveis) e meios legítimos de concretização da Justiça Social.

Restou evidente neste trabalho que a sistemática processual vigente implementou o modelo de solução extrajudicial autocompositivo e heterocompositivo, alinhavados pela “Justiça Multiportas” que, opondo-se ao sistema clássico da via tradicional do processo judicial, reviu conceitos e possibilitou uma estruturação que conta com diferentes mecanismos de tutela de direitos e estimula a utilização de métodos de solução consensual de conflitos como métodos válidos de jurisdição, a depender de cada tipo de disputa apresentado.

Diante da notória insatisfação do jurisdicionado com o tradicional tratamento legalista e demandista dado aos conflitos, escancarado pelas falhas do processo judicial tradicional, notadamente diante de processos longos, demorados, dispendiosos e, em muitas situações, que não atendem aos interesses dos litigantes, apontou-se como saída a necessidade de privilegiarem-se instituições economicamente eficientes e socialmente úteis por outros meios que não o contencioso, esclarecendo, contudo, que tais mecanismos não eliminam o papel relevante e indispensável do Poder Judiciário que, em verdade, deve ser utilizado como a “última porta” na solução dos litígios.

Amoldando-se às premissas estabelecidas pela justiça de múltiplas portas e aos anseios da sociedade contemporânea, além das funções fiscalizatórias e de resguardo da ordem jurídica, observou-se o estímulo à nova roupagem dada ao Ministério Público por meio da atuação administrativa e extrajudicial, voltadas à exortação da resolutividade, notadamente por meio da prevenção ou solução dos litígios dando tratamento adequado aos conflitos envolvendo direitos e interesses transindividuais.

A Constituição Federal elegeu o Ministério Público como fiscal dos direitos sociais, equiparando-o à atuação da nórdica figura do *Ombudsman*, prevendo

mecanismos de fiscalização e reforçando sua atuação extrajudicial com instrumentos como o Termo de Ajustamento de Conduta, Recomendação Administrativa e outros.

Não obstante as dificuldades enfrentadas pelo atual sistema de justiça brasileiro ficarem evidentes pelos levantamentos de dados feitos no segundo capítulo, deixando claro que a sobrecarga de conflitos se dá tanto na esfera judicial quanto extrajudicial, mostrou-se apropriado dar tratamento adequado a essas demandas por meio da utilização dos instrumentos aqui ventilados (TAC e RA), que afiguram-se aptos a atender os preceitos estabelecidos na Constituição Federal e legislação infraconstitucional que demonstram a atual predileção pela resolutividade extrajudicial.

A importância da pesquisa aqui estabelecida, justificou-se, portanto, no ideal buscado por aqueles comprometidos com a superação das dificuldades decorrentes do congestionamento do Poder Judiciário, notadamente pelo Ministério Público, que pode se perfectibilizar pelas vias extraprocessuais especialmente pelo Termo de Ajustamento de Conduta e pela Recomendação Administrativa, meios adequados de solução de conflitos que surgem a partir da preocupação com os danos que ultrapassam a esfera subjetiva do direito de seus titulares.

O manejo desses instrumentos, preferencialmente de forma extraprocessual, pelo órgão legitimado a tutelar esses direitos constituem-se, de fato, em mecanismos importantes de redução da litigiosidade e de ampliação do acesso à justiça como ficou demonstrado na pesquisa, especialmente pelo emblemático caso do desastre da Barragem do Fundão, em Mariana/MG, enaltecendo uma atuação pró-ativa, resolutiva e repressiva do Ministério Público Contemporâneo.

Não restam dúvidas que a missão institucional que foi conferida ao órgão reflete a possibilidade de mudar a realidade, equacionando os problemas sociais, na medida em que o Ministério Público revela-se um agente transformador da sociedade, sendo dotado de ação preventiva, resolutiva e ativa em defesa dos interesses da sociedade, deixando de ser um simples guardião da lei (*custus legis*) para tornar-se guardião da sociedade (*custus societatis*) e do próprio “direito” (*custus juris*).

Deste modo, em se tratando da tutela coletiva, a negociação da melhor solução por meio do Termo de Ajustamento de Conduta e da Recomendação Administrativa constitui-se num mecanismo mais rápido e distante de demandas improfícuas e perenizadas perante o Judiciário, muitas vezes com resultados

inferiores, o que semeia uma justiça desmoralizada.

A admissão da relativização da indisponibilidade dos interesses transindividuais permite a celebração de compromisso de ajustamento de conduta, com natureza de verdadeiro negócio jurídico bilateral, em que se verifique a estipulação conjunta de direitos e obrigações das partes, com vistas ao alcance da efetividade do ajustamento, cujo resultado a ser alcançado seja bom para a coletividade e bom para o interessado que se obriga, desde que observados os princípios que regem os negócios jurídicos de direito público e de direito privado, uma vez superado o paradigma entre ambos.

Constatou-se a existência da vontade do interessado em ajustar suas condutas às exigências legais deve estar presente, assim como a vontade do tomador do ajuste ou da recomendação, que busca persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em respeito aos interesses transindividuais ofendidos, com o propósito de prevenir responsabilidades ou de corrigir condutas

Nesse panorama, conclui-se que o termo de ajustamento de conduta e a recomendação administrativa tratam-se de negócios jurídicos transacionais, não obstante de natureza *sui generis*, revelando como característica fundamental, a disposição das partes em negociar os direitos e obrigações que pautarão seus atos e atividades, respeitando-se a principiologia de direito público e de direito privado, fato este que atribui característica híbrida à transação, tendo como principal finalidade alcançar a melhor efetividade de tutela dos direitos transindividuais.

Observadas, portanto, as bases principiológicas pública e privada, bem como os pressupostos do negócio jurídico, conclui-se que a negociação dos direitos transindividuais, ainda que indisponíveis, por meio do Termo de Ajustamento de Conduta e da Recomendação Administrativa aproxima-se como melhor opção para o sistema de Justiça Nacional, harmonizando-se com os princípios constitucionais do acesso à justiça (art. 5º XXXV, CF) e democrático de direito (art. 1º, CF), uma vez que a negociação constitui-se num mecanismo mais rápido e distante de demandas improfícuas e perenizadas perante o Judiciário, muitas vezes com resultados inferiores, o que semeia uma justiça desmoralizada.

Tal conclusão se justifica considerando que a admissão da relativização da indisponibilidade dos interesses transindividuais permite, pela celebração de TAC e a expedição de RA pelo Ministério Público, com natureza de verdadeiro negócio jurídico

bilateral, a estipulação conjunta de direitos e obrigações das partes, com vistas ao alcance da efetividade dos ajustes necessários à readequação de comportamentos, cujo resultado a ser alcançado seja bom para a coletividade e viável para o interessado compromissário e/ou recomendado e menos dispendioso para a sociedade.

Com isso, percebe-se que tanto o Termo de Ajustamento de Conduta quanto a Recomendação Administrativa encontram-se em sintonia com a visão contemporânea do processo civil, individual e coletivo, que abarca de forma ampla o espectro conceitual do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito** [livro eletrônico]: teoria, filosofia e sociologia do direito/ Georges About, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira. 6ª Edição. Thomson Reuters Brasil. São Paulo, 2022. Disponível em <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/94831849/v6/page/RB-3.1>>. Acesso em 08 mar. 2023.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual**. São Paulo. Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social**. In: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (org.). *Temas atuais do Ministério Público*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 54.

ALMEIDA, Gregório Assagra; PARISE, Elaine Martins. **Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma mudança de paradigma como necessidade do Estado Democrático de Direito**. MPMG, Ano I, Edição 001 - Setembro de 2005. Edição comemorativa de lançamento. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/19/93/1A/CD/E744A7109CEB34A7760849A8/MPMGJuridico_01.pdf> Acesso em 08 fev. 2023.

ALVES, L. B. M.; BERCLAZ, M. S. **Recomendação administrativa**. In: *Ministério público em ação: atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, p. 44-66, 2015.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1972, n. 36.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. – 7. ed. rev., atual. e aum. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo; MASSON, Cleber. **Interesses difusos e coletivos**. 5. ed. rev. atual. e ampl. em ebook. Rio de Janeiro: Forense, 2015; São Paulo: Método, 2015.

ANDRADE, Adriano. MASSON, Cleber. ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos**. 10. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Procedimento: formalismo e burocracia**. Rev. Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 67, n. 1, p. 114-125, jan./mar. 2001. p. 117.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de Processo Civil: Parte Geral**. São Paulo: Malheiros, 2016, t. 1.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil Coletivo**. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. 3ª Edição. rev., atual. e ampl. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2021.

AUAD, Denise. **A perspectiva dinâmica do Constitucionalismo**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Vol. VII. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2011.

AZEVEDO, Antônio J. **Negócio Jurídico. Existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 167.

BARBUGIANI, Fernando Augusto Sormani. **As Recomendações Administrativas do Ministério Público como Instrumento de Prevenção e Solução de Conflitos Transindividuais**. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual de Londrina, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017.

BARBUGIANI, Fernando Augusto Sormani; BELLINETTI, Luiz Fernando. **A legitimidade democrática do Ministério Público para a tutela de interesses coletivos**. Revista de Processo, Vol 277, Março 2018. Thomson Reuters Brasil. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/92686434/v20180277/document/149283996/anchor/a-149283996>>. Acesso em 05 maio 2023.

BARROS, Celso. **O direito como razão e como história**. Doutrinas Essenciais de Direito Civil. RDCiv 71/19, jan.-mar./1995. Thomson Reuters Brasil. Ano 1 Vol 1 Julho 2011.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Ações Coletivas. Um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro. A relação jurídica e as condições da ação nas ações coletivas**. Revista de Processo, v. 25 n. 98, abr/jun 2000.

_____. **A Constituição Federal de 1988 e o Direito Processual Civil**. Revista de Informação Legislativa ano 45, nº 179, jul/set. Brasília, 2008.

_____. **Definição de Interesses Difusos, Coletivos, em Sentido Estrito e Individuais Homogêneos**. In Estudos de Direito Processual Civil, Editora Revista dos Tribunais, 2005 págs. 666/671.

BELLINETTI, L. F. **Direito e processo**. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). Processo e constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BENJAMIN, Antonio Herman V. **Manual de Direito do Consumidor**. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 3ª Edição, São paulo, Editora RT. 2010.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Editora Servanda. Campinas, SP, 2008.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In.: BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BRENE, Tiago. SOARES, Marcos Antonio Striquer Soares. **Análise dos objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil à Luz dos Estudos de Isaiah Berlin**. Direito, Estado e Sociedade. Nº 44, p 145-168, jul/dez 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Edição. São Paulo. Malheiros. 2004.

BRASIL, Luciano de Faria. **A Recomendação no Âmbito do Inquérito Civil: Breves Notas Sobre o Instituto**. Revista do Ministério Público RS, Porto Alegre. Vol 52, p. 103-120, 2004.

BRASIL, Ministério da Justiça. Escola Nacional de Mediação e Conciliação (ENAM). **Manual de negociação e mediação para Membros do Ministério Público**. Brasília. Ministério da Justiça, 2014.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, 2015. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em 26 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 26 nov. 2022.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2022**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>> Acesso em 27 nov. 2022.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156> > Acesso em 22 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 118/2014**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/154>>. Acesso em abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 164/2017**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/4884/&highlight=WyJyZXNvbHVcdTAwZTdcdTAwZTNvliwxNjQsInJlc29sdVx1MDBIN1x1MDBIM28gMTY0II0=>>>. Acesso em abr. 2023.

BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 179/2017**. disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5275>> Acesso em 06 dez 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 93/75**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=79330>>. Acesso em 28 nov. 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.625/93**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em 28 nov. 2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso Samarco**. Disponível em:< <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/apresentacao>>. Acesso em jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.409.849/PR**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201303420570>. Acesso em abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 596.764-MG**. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200301772275>. Acesso em jun. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Sentença Estrangeira. AgrSE n. 5.260-7** Reino da Espanha. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur13633/false>>. Acesso em 18 mar. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 253885-MG**. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20253885%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em 05 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 631.111/GO**. Relator: Min. Teori Zavascki, 06 e 07/08/2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral3606/false>>. Acesso em 21 set. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 248.689/SP**. Relator Ministro Maurício Corrêa. DJ. 19/09/2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20248869%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em mar. 2023.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **Sistema de Justiça Multiportas: a garantia do acesso ao Judiciário em tempos de Pandemia da Covid-19**. In *Tecnologia e justiça multiportas*. Abhner Mota Arabi (et. Al); Coordenação: Luiz Fux, Henrique Ávila e Trícia Navarro Xavier Cabral. Indaiatuba. São Paulo. Foco, 2021.

CABRAL, Daniel Guimarães. **O Ministério Público Resolutivo e a Atuação Racional na Defesa do Patrimônio Público** in **Ministério Público e o Novo Constitucionalismo**. Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Edição Novo Constitucionalismo, 2018.

CAMBI, Eduardo; ANTUNES, Taís Caroline Pinto Teixeira. **A proibição do Retrocesso como Salvaguarda da Atuação do Ministério Público** in **Ministério Público: prevenção. Modelos de Atuação e a tutela dos direitos fundamentais**. Renato de Lima Castro e Fábio André Guarani (coord.) e Eduardo Cambi (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria, PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de Processo Civil Completo**. [livro eletrônico] 2ª Edição. São Paulo, 2019. Revista dos Tribunais. Thomson Reuters Brasil. Página RB-30.68. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/128147379/v2/page/RB-30.68>>. Acesso em 07 maio 2023.

CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane. **Legitimidade do Ministério Público para Impetrar Mandado de Segurança Coletivo**. Revista de Processo, Vol 203, Janeiro 2012. Thomson Reuters Brasil. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/92686434/v20120203/document/94401985/anchor/a-94401985>>. Acesso em 05 maio 2023.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. **Ministério Público resolutivo e proteção dos direitos humanos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil**. Revista de Processo, v. 2, nº 5, p. 128-159, jan/mar. São Paulo, 1977.

CARDOSO, Carolina Dorta; BELLINETTI Luiz Fernando. **A Possibilidade de Adoção dos Negócios Jurídicos Processuais em Ações Coletivas**. Revista Cidadania e Acesso à Justiça. Brasília, v. 3, n 1 p. 18-35. Jan/Jun. 2017.

CARNAES, Mariana. **O compromisso de ajustamento de conduta e o princípio constitucional da eficiência**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2016.

CARVALHO, P. B. **Curso de Direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18ª Edição. São Paulo. Editora Malheiros, 2002.

CLEVE, Clemerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. **Constituição, Governo Democrático e Níveis de intensidade do Controle Jurisdicional**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Ano I. Vol VII, ago. 2015. Revista dos Tribunais.

Disponível em:
<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/74363543/v7/document/108551158/anchor/a-108551158> Acesso em: 09 jun. 2022.

COELHO, Marcus Vinícius Furtado. **O Sistema Multiportas no Novo CPC.** Colunas CPC Mercado. Migalhas, julho 2020. Disponível em:
 <<https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-mercado/330271/o-sistema-de-justica-multiportas-no-novo-cpc>>. Acesso em 26. Nov. 2022.

COMPARATO, Fabio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade.** 1997. Revista CEJ, 1(3), p. 92-99. Recuperado de [//revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/123](http://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/123). Disponível em <<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/123>>. Acesso em 06 mar. 2023.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In.: MONTEIRO, João Paulo e ou. **Filosofia Política 2.** Porto Alegre: L&PM Editores (UNICAMP/UFRGS – com apoio do CNPQ), 1985. (compiladores). **Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad.** Barcelona: Paidós, 2004.

CÓRDOVA, Diego Rinaldi. **A Recomendação Administrativa como meio de demarcação do elemento subjetivo na tutela do patrimônio público.** In: MP e Compromisso com a sociedade: vol. 1 [livro eletrônico]. Org. Eduardo Cambi. Curitiba. Escola Superior do Ministério Público do Estado do Paraná, 2019. Página 55-65. Disponível em:
 <https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/TCCs/2019/Diego_Cordova_-_A_recomendacao_administrativa_como_meio_de_demarcacao_do_elemento_subjetivo_na_tutela_do_patrimonio_publico.pdf>. Acesso em 09 maio 2023.

COSTA, Pedro Oliveira da. **Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos.** In Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro. Renovar, 2005.

COUTO E SILVA, Clóvis. **Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow)** in Princípios e Temas Gerais do Processo Civil. Gilmar Ferreira Mendes, Rui Stoco organizadores. Coleção Doutrinas Essenciais do Direito Civil, parte geral, v1. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. **A contribuição do Contencioso Coletivo Norte-Americano para o Combate à Judicialização no Brasil.** In Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público. Thomson Reuters Brasil, 2020, página RB-2.1 Disponível em:
 <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/253598259/v1/page/RB-2.1>> Acesso em 13 fev. 2023.

DIDIER JR., Fred. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao direito processual civil e ao processo de conhecimento.** Volume 1.13ª Edição. Salvador. Editora Juspoivm, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. Vol. 4. Editora Juspodivm. Salvador/BA, 2010.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Edição. São Paulo. Método, 2008.

FARIA, Ana Flávia França; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. **Consenso e Compromisso de Ajustamento de Conduta: a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta para o acertamento do Ato Improbato**. In Casebook de Processo Coletivo: Estudos de Processo a partir de casos. Vol 2: Técnicas extrajudiciais de tutela coletiva e temas especiais. Coord. Edilson Vitorelli e Hermes Zaneti Junior. 1ª Edição. São Paulo. Almedina, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Manual de Direito Civil. Vol. Único. Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto, Nelson Rosendal. Salvador. Ed. Juspodivm, 2017.

FERREIRA, Marcio Vieira Souto Costa. **Princípios Fundamentais do Processo e a Legitimidade da Justiça Multiportas**. In **Tecnologia e justiça multiportas**. Abhner Mota Arabi (et. Al); Coordenação: Luiz Fux, Henrique Ávila e Trícia Navarro Xavier Cabral. Indaiatuba. São Paulo. Foco, 2021, p. 467-476.

FURTADO, Gabriel R. Mora e Inadimplemento Substancial. São Paulo: Atlas, 2012.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Teoria geral do processo civil**. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 2014.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral e ALMEIDA, Gregório Assagra. **O movimento do acesso à Justiça no Brasil e o Ministério Público**. In: **BRASIL. Ministério da Justiça. Escola Nacional de Mediação. Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público/Ministério da Justiça**. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 41-73.

GOMES, Orlando. Direito Civil. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A participação popular e a consensualidade na administração pública**. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, v. 18, n. 2, fev. 2002.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. 3ª Edição. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HILL, Flávia Pereira. **Desjudicialização e Acesso à Justiça Além dos Tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial**. Revista Eletrônica de

Direito Processual – REDP Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 1. Janeiro a Abril de 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. [Tradução de João Baptista Machado]. 6ª Edição. 3ª tiragem. São Paulo. Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado – 8ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

KESSLER Gladys; LINDA J. FINKELSTEIN, **The Evolution of a Multi-Door Courthouse**, 37 Cath. U. L. Rev. 577. (1988). Disponível em: <<https://scholarship.law.edu/lawreview/vol37/iss3/2>>. Acesso em: 08 nov. 2022

LEMOS, Jordan Tomazelli, TURÍBIO, João Pedro Sarmiento Dias. **Liquidação e execução de sentença no processo coletivo como mecanismo de efetivação de direitos**. Anais do II Congresso de processo Civil Internacional. Vitória, 2017.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **A transação no direito civil e no processo civil**. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar**. 15ª Edição, rev., atual. E ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. **Interesses Difusos e Coletivos. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional**. Cadernos da Escola de Direito. v. 1, n. 6, p. 275-306, jun./dez. 2006. Disponível em: <<https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2545/2118>>. Acesso em: fev. 2023.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Indisponibilidade de Direitos Fundamentais: Conceito Lacônico, Consequências Duvidosas**. Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 334-373, jul./dez. 2010.

MARTINS, Humberto Eustáquio Soares *in* CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Democratizando o acesso à justiça**. Flavia Moreira Guimarães Pessoa, organizadora. Brasília: CNJ, 2020.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Princípio da Proporcionalidade e seus Fundamentos**. In: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/principio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques>> Acesso em jun. 2023.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25 Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

_____. **O Inquérito Civil**. 2ª Edição. Saraiva. São Paulo, 2000.

_____. **O Ministério Público e a jurisdição voluntária**. Revista de Processo, vol. 48, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/menus/artigos.html>>. Acesso em abr. 2023.

_____. **Princípios Institucionais do Ministério Público**. Artigo publicado na *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 731 jan./2013 – abr/2013, p. 9, com atualizações feitas em ago. 2013. Disponível em <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/princinst.pdf>>. Acesso em 13 fev. 2023.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Teoria do fato jurídico. Plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book Kindle*.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **A recomendação ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais**. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Orgs.). *Temas atuais do Ministério Público*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. **Recomendação Ministerial: possibilidades, limites, usos e abusos**. Edição nº 3 do programa “O que é?” explica o tema “Recomendação”. Disponível em <https://www.mpmg.mp.br/data/files/8E/70/52/38/FFD4181089C6EFF7760849A8/Artigo_Marcos%20Paulo2.pdf>. Acesso em 07 maio 2023.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial. Direito das Obrigações**. Extinção das dívidas e obrigações. Dação em Soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. V. 25, p. 152-153.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. **Comentários à Lei de Ação Civil Pública**. Revista dos Tribunais, Ed. 2020. Página RL-1.9/RL-1.10. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/115833183/v2/page/RL-1.9>> e <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/115833183/v2/page/RL-1.10>>. Acesso em 07 maio 2023.

NERY, Ana Luiza. **Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta**. Revista dos Tribunais. Edição 2018. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/116336553/v3/document/145514960/anchor/a-145514960>>. Acesso em 01 dez. 2021.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 6ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2017.

NETO, Elias Marques de Medeiros. **O STJ e o princípio da efetividade**. Migalhas, 2019. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/301643/o-stj-e-o-principio-da-efetividade> >. Acesso em 11 maio 2023.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. Vol único. 3ª Edição, rev. atual. e ampl. Salvador. Editora JusPoodivm, 2016.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. **Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequencias**. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, 2015, 16(1), 183-216. <https://doi.org/10.18759/rdgf.v16i1.642> Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/642> Acesso em 09 jun. 2022.

ONU – Organização das Nações Unidas. **A Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91220-carta-das-na%C3%A7%C3%B5es-unidas>>. Acesso em jun. 2022.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Tutela Jurisdicional das Liberdades**. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. Vol V. Cap. 2. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2011.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **O processo como instituição: as lições do Estado jurisdicional**. Revista de Processo. Vol. 287, janeiro 2019. Thomson Reuters Brasil. Revista dos Tribunais, 2019.

PEREIRA, Clóvis Brasil. Conciliação e mediação no novo CPC. **Revista Prolegis**, n. 3, 2015. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/conciliacao-e-mediacao-no-n>

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução do Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ª Edição. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2002.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais**. Editora CRV. Curitiba, 2017.

_____. **Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o adventos do CPC/2015 e da Lei de Mediação**. Revista eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 12. Vol 19. número 2. Maio a Agosto de 2018. pp.118/148.

_____. **O Acordo de Não Persecução Cível na Nova Sistemática da Lei de Improbidade Administrativa: Exame das Alterações Impostas pela Lei nº**

14.230/21 à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 17. Volume 24. Número 1. pp. 181-204

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Mello. **Manual de Tutela Coletiva.** São Paulo. Saraiva Educação, 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: atualidades e perspectivas de acordo com o projeto do novo CPC.** Revista eletrônica de direito processual, v. VII, p. 73-114, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. STACANTI, Maria Martins Silva. **A Ressignificação do Princípio do Acesso à Justiça à luz do art. 3º do CPC/2015.** Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Vol. 1/2018. RePro. Vol. 254/2019. p.17-44. Thomson Reuters, 2016.

PIZZOL, Patricia Miranda. **Efetividade da ação coletiva perante as técnicas de padronização das decisões judiciais.** Thomson Reuters Brasil. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/211043416/v1/page/RB-6.7>>. Acesso em abr. 2023.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado – Parte geral.** Atualização e anotação de Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrardt. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Negócios jurídicos, t. III). § 251. p. 87 e ss.

_____. **Tratado de Direito Privado.** 4ª ed. São Paulo: RT, 1983. Tomos III e IV.

POUND, Nathan Roscoe. **The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice.** Presented at the annual convention of the American Bar Association in 1906. Disponível em: <<https://law.unl.edu> › RoscoePound>. Acesso em: 08 nov. 2022

RAMOS, César Augusto. A concepção republicana de liberdade como não-dominação. **Crítica: Revista de Filosofia.** Londrina: Universidade Estadual de Londrina. Vol. 12, número 36, p. 301-336, out. 2007.

RAY, Larry; CLARE, Anne L. **The Multi-Door Courthouse Idea: Building the Courthouse of the Future... Today.** 1 OHIO ST. J. DISPUTE RESOLUTION 7 (1985) (discussing development and implementation of ABA multi-door courthouse concept). Disponível em: <<https://worldcat.org/pt/title/multidoor-courthouse-idea--building-the-courthouse-of-the-futuretoday>>. Acesso em 09 nov. 2022.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROMANO, Rogério Tadeu. A mora. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5642, 12 dez. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70392>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. **O sistema de múltiplas**

portas e o judiciário brasileiro. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça. Ano 5, nº 16, p. 204-220, jul/set. 2011.

SALLES, Sérgio de Souza; FERNANDES, Geovana Faza da Silveira. **Os Meios Consensuais, entre a Crítica do Processo e a Convicção das Potencialidades da Justiça.** Revista de Direito e Justiça. Reflexões Sócio Jurídicas. Santo Ângelo, v. 21, p. 139-155, jan/abr. 2021.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa.** Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANDER, Frank; CRESPO, Mariana Hernandez. **A Dialogue Between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse,** 5 U. St. Thomas L.J. 665 (2008).

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo.** São Paulo. Editora Saraiva, 2020.

SERRANOJ UNIOR, Odoné. **Ações Coletivas. Teoria e Prática. Tutela Coletiva de Direitos Individuais Homogêneos e Tutela de Direitos Metaindividuais Indivisíveis (Difusos e Coletivos) no Processo Civil.** Editora Juruá. Curitiba, 2011.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à Justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário.** São Paulo, Editora Manole, 2005.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo.** 15ª Reimpressão (2020) – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, D.P. Vocabulário Jurídico, Volume IV. 2ª Ed. Rio – São Paulo: Editora Forense, 1967.

SILVA JUNIOR, Geraldo Humberto Alves. **Arbitragem – O caso do defensivo agrícola envolvendo os produtores de soja de Diamantino/MT. Um breve estudo de três conflitos à luz da arbitragem.** Revista do Fórum Nacional da Mediação e Conciliação. Vol. 1, n 1. Rio de Janeiro: EMERJ, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** São Paulo. Malheiros, 2005.

SARTORI, R. R. V.; BIALLE, L. **O Instituto da Recomendação.** Revista jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, ano 3, Nº 5. p.329-371, dez. 2016. Disponível em: <
<https://apps.mppr.mp.br/openjournal/index.php/revistamppr/issue/view/5>>. Acesso em 08 maio 2023.

SOARES, Marcos Antonio Striquer. A decisão judicial em Hans Kelsen e a tradição do cartesianismo. **Revista Brasileira de Estudos Políticos.** Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, n. 114, pp. 345-387, jan./jun. 2017.

SUTER, José Ricardo; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **A mediação como instrumento fortalecedor do acesso à justiça e da democracia na resolução de**

conflitos familiares. Scientia Iuris, Londrina, v. 21, n. 2, p. 237-261, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p237. ISSN: 2178-8189.

TÁCITO, Caio. **Princípio da legalidade: ponto e contraponto.** Revista de Direito Administrativo. V. 206, Rio de Janeiro. FGV, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. **Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos.** Revista Brasileira de Direito Civil. IBDCivil. Vol. 1. jul/set. 2014.

VENOSA, Silvio Salvo de. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. Vol. 2. 15ª Edição. São Paulo. Atlas, 2015.

VENTURI, Elton. **Transação de Direitos Indisponíveis?** Revista de Processo. Vol. 251/2016. p. 391-426. Jan. 2016. DTR\2016\63.

_____. **O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de Lei nº 5.130/2009,** In CALMON, Petrônio; 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.

VIEIRA, Fernando Grella. **A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público.** Revista Justitia, São Paulo, v. 161, p. 40-53, jan-mar., 1993

_____. **A transação nos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta.** In: MILLARÉ, Edis (Coord.). Ação Civil Pública Após 30 Anos. Edição 2015. Revista dos Tribunais. Thomson Reuters Proview. Disponível em: <
<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/106532786/v1/document/107449514/anchor/a-107449514>> Acesso em maio 2023.

VITORELLI, Edilson; ZANETI JR., Hermes. **Casebook de processo coletivo: estudos de processo a partir de casos.** São Paulo: Almedina, 2020, v. 2 (técnicas extrajudiciais de tutela coletiva e temas especiais).

_____. **Processo Estrutural e Processo de Interesse Público.** RePro. Vol. 7, 2018, p. 147-177, Jan-Jun. Revista dos Tribunais, 2018.

VITOVSKI, Vladimir dos Santos. **O Acesso à Justiça no Novo Código de Processo Civil: contitnuidades, inovações e ausências.** Revista CEJ, Brasília. Vol. 19, nº 67, p. 7-17, ago/dez 2015. Disponível em: <
<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2063>>. Acesso em 24 jan. 2023.

VITOVSKY, Vladimir Santos. **O Acesso à Justiça em Boaventura de Sousa Santos.** Revista Interdisciplinar do Direito De Valença. Vol. 13. n 1, 2016. Disponível em: <
<https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/68>>. Acesso em 29/05/2022.

WALLACE, John Clifford. **Judicial Reform and the Pound Conference of 1976,** 80

MICH. L. REV. 592 (1982). Disponível em:
<<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol80/iss4/5>>. Acesso em: 08 nov. 2022.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: PARTICIPAÇÃO e processo. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e meios consensuais de solução de conflitos**. In: ALVES DE ALMEIDA, Rafael et. Al (org). Tribunal Multiportas. Rio de Janeiro. Editora FGV, 2012, p. 87-94.

WATANABE, Kazuo; NOLASCO, Rita Dias; CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ÁVILA, Henrique. **Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público**. Ed. 2021. Revista dos Tribunais Página RB-2.2. Disponível em:
<<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/253598259/v1/page/RB-2.2>>. Acesso em 07 nov. 2022.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos**. In Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em:
<<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/77497921/v5/document/77540824/anchor/a-77540824>>. Acesso em: 18 set. 2021.

ZIMMERMANN, Dennys. **Alguns Aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça**. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. Ano 1. Volume IV. Novembro 2012. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais.