

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A AUTOCOMPOSIÇÃO NO PROCESSO COLETIVO: UMA ANÁLISE DO NOVO
PARADIGMA DA TUTELA DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

GABRIEL CARNEIRO DE OLIVEIRA

Rio de Janeiro

2021

GABRIEL CARNEIRO DE OLIVEIRA

**A AUTOCOMPOSIÇÃO NO PROCESSO COLETIVO: UMA ANÁLISE DO NOVO
PARADIGMA DA TUTELA DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Haroldo de Araújo Lourenço.

Rio de Janeiro

2021

CIP – Catalogação na Publicação

	OLIVEIRA, Gabriel Carneiro de
CO48a	A autocomposição no processo coletivo: Uma análise do novo paradigma da tutela dos direitos difusos e coletivos no processo civil brasileiro
	/ Gabriel Carneiro de Oliveira -- Rio de Janeiro, 2021. 64 f.
	Orientador: Haroldo de Araújo Lourenço. Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2021.
	1. Autocomposição. 2. Processo coletivo. 3. Direitos difusos. 4. Processo Civil. I. Lourenço, Haroldo de Araújo, orient. II. Título.

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta monografia, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

GABRIEL CARNEIRO DE OLIVEIRA

**A AUTOCOMPOSIÇÃO NO PROCESSO COLETIVO: UMA ANÁLISE DO NOVO
PARADIGMA DA TUTELA DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Haroldo de Araújo Lourenço.

Data da Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Orientador Professor Dr. Haroldo de Araújo Lourenço

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2021

RESUMO

O objetivo geral deste trabalho é realizar uma análise da autocomposição no processo coletivo. Haja vista a atual tendência e possibilidade de se resguardar a tutela dos direitos difusos e coletivos por meio de instrumentos de autocomposição no microsistema do processo coletivo, trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, busca-se abordar, *en passant*, o contexto histórico em que se desenvolveu o processo coletivo nos moldes atuais do Brasil. Além disso, pretende-se apresentar como se desenvolve o microsistema das ações coletivas, seus princípios basilares, bem como, expor os meios adequados e a autocomposição, sua natureza jurídica e suas espécies, o termo de ajustamento de conduta e o papel do ministério público nesse cenário. O método utilizado pelo autor é exploratório, bibliográfico e dedutivo. A pesquisa realizada tem ênfase em livros doutrinários, em artigos acadêmicos e em entendimentos jurisprudenciais, com a finalidade de se demonstrar uma eficiente alternativa de resolução de conflito que está alinhada aos ditames da eficiência, celeridade e economicidade, diretrizes que formam o sistema de Justiça e que devem se desenvolver melhor com a adoção e aprimoramento da autocomposição nas ações coletivas.

Palavras chave: Autocomposição; Processo coletivo; Direitos Difusos; Métodos adequados de Resolução de Controvérsias; Processo Civil.

ABSTRACT

The general objective of this paper is to analyze the self-composition within the collective process. Considering the current trend and possibility of the protection of the collectives and diffuses rights by means of the composition within the microsystem of collective process, which came up with the Code of Civil Procedure of 2015, it is sought to understand, *en passant*, the historical context in which the collective process developed its current state in Brazil. In addition, it is intended to present how the microsystem of collective actions is developed, its basic principles, as well as expose the proper methods and self-composition, its legal nature and its species, the term of conduct adjustment and the role of the Public Prosecution Service in this scenario. The method used by the author is exploratory, bibliographical and deductive. The research has an emphasis on doctrinal books, academic articles and case law, with the purpose of demonstrating an efficient alternative for conflict resolution that is in line with the dictates of efficiency, reasonable length and economic efficiency, which are guidelines that form the justice system and that should be better developed with the adoption and improvement of self-composition in collective actions.

Key words: Self-composition; Collective process; Diffuses rights; Alternative Dispute Prevention Methods; Civil Procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I - BREVE HISTÓRICO DA TUTELA COLETIVA	11
CAPÍTULO II - O MICROSSISTEMA DAS AÇÕES COLETIVAS	16
2.1. O arquétipo do processo coletivo	16
2.2. As ações coletivas em espécie: comum x especial	19
2.3. Princípios formadores do sistema transindividual	20
2.3.1. Princípio da adequada representação	22
2.3.2. Princípio da adequada certificação da ação coletiva	23
2.3.3. Princípio da coisa julgada diferenciada e a “extensão subjetiva” da coisa julgada secundum eventum litis à esfera individual	24
2.3.4. Princípio da informação e publicidade adequadas	25
2.3.5. Princípio da competência adequada	26
2.3.6. Princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo	28
2.3.7. Princípio da indisponibilidade da demanda coletiva	28
2.3.8. Princípio do microsistema	29
2.3.9. Reparação integral do dano	30
2.3.10. Princípio da não-taxatividade ou da atipicidade da ação e do processo coletivo	30
2.3.11. Princípio do ativismo judicial	32
2.4. Direitos tutelados pelo microsistema	34
2.4.1. Difusos	35
2.4.2. Coletivos stricto sensu	35
2.4.3. Individuais homogêneos	36
2.4.4. Considerações sobre unificação ou separação dos direitos individuais homogêneos dos litígios coletivos	37
CAPÍTULO III - OS MEIOS ADEQUADOS E A AUTOCOMPOSIÇÃO	41
3.1. Relevância no cenário judicial brasileiro e possibilidades de aplicação	41
3.2. Meios adequados de resolução de conflito	44
3.3. Autocomposição: espécies e tipos	45
3.3.1. Autocomposição extrajudicial: o termo de ajustamento de conduta	48
3.3.2. Autocomposição judicial	56
3.4. O papel do ministério público como parte e fiscal da ordem jurídica	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

O estudo proposto nesta monografia visa verificar o papel e as funcionalidades da autocomposição para a celeridade e o devido processo legal, e como a substituição da sentença judicial, diante do novo paradigma trazido pelo Código de Processo Civil de 2015 em comunhão com o microssistema de tutela coletiva, pode ser mais eficaz em um sistema abarrotado de demandas.

O judiciário brasileiro, há tempos, se encontra numa grande dificuldade de solucionar os conflitos que são levados até ele de maneira célere e eficaz. Não é novidade também que é preciso pensar em uma solução para desafogar o sistema como um todo, posto que os enclaves do sistema criam custosos e demorados meios para que se possa solucionar uma causa.

Pensando nisso, diversas soluções de conflitos adequadas foram sendo criadas para que diversas causas, de menor complexidade ou não, pudessem ser solucionadas mais rapidamente; ou, quando não solucionadas e necessária a atuação do Estado-juiz, que haja um devido processo legal pautado num acordo previamente ajustado pelas partes.

A especificidade e a nova tendência que vem se popularizando com os novos acordos em ações coletivas é o que se faz mister pesquisar. Revisando o devido processo legal, o tempo útil do processo, celeridade e diversos outros paradigmas no Código de Processo Civil, sem desabrigar as especificidades das causas coletivas, tem-se imprescindível importância a pesquisa para proveito da comunidade.

Com o advento do Código de Processo Civil, houve grande incentivo por parte do Estado para a busca de uma variação de resolução de conflitos, de modo a desafogar um judiciário que há tempos não tinha capacidade de resolução proporcional a sua demanda.

Hodiernamente, sabemos que a sentença judicial não é o único meio disponível para afastar a lesão ou a ameaça de lesão a interesses transindividuais. Com o passar do tempo, as técnicas para estabelecer acordos vão se aprimorando e a realidade que nos cerca vai requerendo cada vez mais novos instrumentos e uma velocidade de resposta tão maior daquela que a tutela jurisdicional pode prover. Assim, muitas vezes, o conflito de interesses pode ser resolvido amigavelmente, por meio da celebração de acordos judiciais ou extrajudiciais. (ANDRADE, 2015: p. 218)

Especificamente sobre o uso do termo “tutela jurisdicional”, há interessante conceito que bem demonstra o alcance de tal expressão. Trata-se de conceito fundamental para o entendimento posterior do que se pretende apresentar. Assim bem traz Daniel Amorim Assumpção Neves, in verbis:

“Para a exata compreensão do tema é imprescindível que se determine primeiramente o significado de “tutela jurisdicional”. Por tutela jurisdicional entende-se a proteção prestada pelo Estado quando provocado por meio de um processo, gerado em razão da lesão ou ameaça de lesão a um direito material.” (NEVES, 2020: p. 39)

Ainda, faz-se mister a observação do devido processo legal cuja aplicação é evidente nas ações individuais por haver participação, cooperação das partes e outros. Contudo, nas ações coletivas, é fundamental a delimitação preliminar dos possíveis indivíduos que serão atingidos para que se possa ter condições de mensurar a complexidade da negociação processual.

Aduz bem o autor Vitorelli:

“O nó górdio do processo coletivo, em todos os sistemas jurídicos nos quais foi implantado, é, indubitavelmente, sua compatibilização com o devido processo legal. Pessoas que não figuram no processo serão atingidas pela decisão, o que contraria o senso básico que orienta a formação dos sistemas jurídicos modernos.”(VITORELLI, 2019: p. 86)

Prossegue o tema com uma belíssima comparação que ajuda a mensurar o problema de uma ação coletiva que não segue os caminhos basilares do diploma de ritos e o conjuga com suas especificidades:

“Em “O processo”, de Franz Kafka, provavelmente a mais célebre obra literária a retratar um modelo processual indesejável, boa parte da angústia vivida pela

personagem decorre não dos efeitos diretos ocasionados pela situação, mas de seu caráter incompreensível, da imprevisibilidade do rito processual que se desenvolve. Isso se dá porque a essência do devido processo legal é associada à participação, que permite ao interessado compreender o desenrolar de acontecimentos que resultarão na decisão.”(VITORELLI, 2019: p. 86)

É nesse cenário que procuro adentrar para entender e me debruçar nas novas demandas de uma sociedade contemporânea precisa. Vanguardista e visionário, o saudoso Ministro Teori Zavascki traz “A estrutura processual codificada, moldada para atender demandas entre partes determinadas e identificadas, em conflitos tipicamente individuais, já não espelha a realidade do sistema processual civil.”(ZAVASCKI, 2017: p. 25)

A pesquisa utilizará, para seu desenvolvimento, a análise legislativa e jurisprudencial de sentenças, acórdãos, pareceres e acordos já feitos relevantes para o tema. Além disso, será realizada revisão bibliográfica a partir de livros, artigos e periódicos. Em ambos os casos a pesquisa será feita através de bibliotecas, sites da internet, debates legislativos, arquivos públicos e privados.

CAPÍTULO I - BREVE HISTÓRICO DA TUTELA COLETIVA

As ações coletivas ou a busca por uma tutela de direitos transindividuais têm sua fonte em tempos remotos e, embora hodiernamente haja uma intensificação no debate sobre o processo coletivo e a valorização dela como uma ferramenta mais eficaz de solução de conflitos, elas possuem registros desde o império romano.¹

Contudo, parcela da doutrina não vê na experiência romana uma ligação com as atuais ações coletivas.² Porém, a maior parcela enxerga que é na experiência inglesa, da common law, que temos o arquétipo para a nossa atual concepção de como funciona o processo coletivo.³

Com o advento da *class action*, no início do século XVII, que posteriormente foi aperfeiçoado no modelo norte americano, estabelecia que nem todos os sujeitos que tinham o interesse deveriam litigar como parte. A partir desse ponto que se passou a aceitar que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem, *ex auctoritate propria*, demandando por anseios dos representados ou, igualmente, sendo demandados por conta dos mesmos interesses.⁴

Esse cenário não evoluiu de forma constante com o passar do tempo, porquanto as concepções políticas, filosóficas e sociais estão atreladas a esse ramo do direito tanto quanto em qualquer outro. Para os países da *civil law*, com as ideias iluministas a partir do século XVII, *v. g.*, autonomia da vontade, propriedade individual e direito de agir estabelecida no sujeito o papel de soberano para o destino do direito. Ou seja, apenas ao lesado cabia a reclamação e a propositura ou não da ação.

¹ Em defesa da *rei publicae*, ao cidadão era atribuído o poder de agir em defesa da coisa pública em razão do sentimento de vínculo natural àquele ambiente, intrínseca aí a noção, para os romanos, de que República pertencia ao cidadão romano, daí o brocardo “*Reipublicae interest quam plurimus ad defendam suam causa*”. Mancuso, Rodolfo de Camargo. Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente, 1998, p. 37-41 *apud* DIDIER JUNIOR e ZANETI JUNIOR, 2017, p. 23.

² LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações coletivas: história, teoria e prática *apud* DIDIER JUNIOR e ZANETI JUNIOR, 2017, p. 24.

³ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas no direito comparado e nacional, p. 43 *apud* Zavascki, 2017, p. 28.

⁴ VIGORITI, Vincenzo. Interessi collettivi e processo, p. 261. Há quem aponte origens ainda mais remotas, da época medieval, ao processo coletivo. Sobre o tema: LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações coletivas: história, teoria e prática, p. 21; GIDI, Antônio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos, p. 40 *apud* Zavascki, 2017, p. 28.

Ao se surgir a “era dos códigos”, os direitos transindividuais eram postos de lado para que agora pudesse enxergar a sistemática centrada no indivíduo, a formação da sua personalidade jurídica, detentor de direito e com o direito de ação para reclamar seus bens, suas relações familiares e sucessão.

O pensamento individualista de pensar o processo é positivado no Código Civil de 1916 e, com isso, rompe-se com a dependência jurídica de Portugal⁵. O processo coletivo é esquecido, no então cenário a propriedade privada e a autonomia da vontade do cidadão eram as notáveis figuras, não havia espaço para debates sobre direitos não-patrimoniais. Isso acontece, pois o Código Beviláqua é categórico ao estabelecer as diretrizes para a possibilidade de abertura de ações.

Ainda, com escopo de romper e extirpar as ações populares que restavam no nosso sistema jurídico ou qualquer característica pública, de direito público,⁶ estabeleceu o texto do artigo 76 do referido Código: “Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.”⁷

Além disso, não só na letra fria do Código pôde se perceber isso, como também nas ilustríssimas frases do próprio autor ao se referir sobre o artigo em questão:

“Outra controvérsia, a que pôs termo, foi a referente à persistência das ações populares, que, no direito romano, tinham por objeto a defesa dos bens públicos. Na organização jurídica moderna, os atos que davam causa às ações populares, passaram a constituir crimes reprimidos pelo Código Penal, sendo a matéria, ora de leis de polícia, ora de posturas municipais, e algumas vezes, ofensas a direitos individuais.”⁸

Em conjunto ao Código Civil, Hugo Nigro Mazzilli assevera que o CPC/73 também era marcado pela visão individualista de sua época, embora a discussão sobre os direitos coletivos fosse prematura demais ainda.

⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, p. 244-245 *apud* DIDIER JUNIOR e ZANETI JUNIOR, 2017, p. 25.

⁶ MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva, no prelo *apud* DIDIER JUNIOR e ZANETI JUNIOR, 2017, p. 25.

⁷ BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em 17/08/2021.

⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 11 ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, v.1, 1956, p. 257 *apud* DIDIER JUNIOR e ZANETI JUNIOR, 2017, p. 25.

“O código de 1973 é individualista, e não poderia ser diferente, pois é um código da época: ao seu tempo, a tutela coletiva ainda não tinha nem nascido entre nós. Apesar de tecnicamente bem concebido, o Código Buzaid não previa a tutela coletiva, que ainda não tinha sido alçada no Direito brasileiro à condição de uma realidade forense, como é hoje de sobejo. Então, é certo dizer que o código de 1973 é individualista. Mas [...] não é verdade que o Código de Processo Civil de 2015 seja voltado para o coletivo. Ele contemplou, sim, incidentes que tornariam as teses dos tribunais vinculantes para os juízes inferiores ou resolveriam lides repetitivas, mas omitiu totalmente a disciplina do processo coletivo. (MAZZILLI, 2015, p. 11. *apud* MADRUGA e GUIMARÃES FILHO, 2021, p. 162-163.)”

Posteriormente a isso, apenas na Constituição de 1934 que voltou a se ventilar a expressão ação popular. Contudo, apenas atualmente, a Constituição de 1988 dá maior importância ao tema, basta fazer a leitura do título em que está inserido o direito ao acesso à Justiça: “direitos individuais e coletivos”. Assim, Didier bem pontua a leitura que deve ser dada a esse dispositivo, como “não só direito individual e não só uma ação para cada direito, mas direitos coletivos e todas as ações cabíveis para assegurar a sua adequada e efetiva tutela.”⁹

E o que fez a Constituição de 1988 abrir mais espaço para esse tipo de tutela? O saudoso Teori Zavascki explicita que se tratava de uma conjuntura mundial que dava mais atenção para certos temas sociais que não tinham muita luz sobre eles. Além disso, muitos desses temas que são caros para o desenvolvimento de uma nação próspera não possuíam as ferramentas necessárias para a sua proteção, mas era preciso uma revolução¹⁰ para perquirir meios processuais que não fossem inócuos. Acontece que a premissa do processo civil individualista é centrada na ótica do autor, demandante, na busca de ter sua pretensão transformada em certeza em face do réu, demandado, o que gera a lide. Nessa visão, não haveria espaço para a proteção de direitos difusos, não havia consistência normativa que embasasse operacionalizar a defesa desses direitos.¹¹

“Nos países da civil law, a preocupação de aperfeiçoar os sistemas processuais tradicionais, no intuito de dotá-los de mecanismos adequados a promover a tutela de direitos coletivos, bem como a tutela de direitos individuais atingidos ou ameaçados por atos lesivos de grande escala, se fez notar, de modo bem acentuado, a partir dos

⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil - v. 4: processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 26.

¹⁰ O termo revolução foi usado por Cappelletti e Garth ao se referir o que acontecia no processo civil na década de 70, uma vez que assistia a evolução de meios para proteger direitos difusos que iam além da concepção clássica do processo civil. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça cit., p. 49-50 *apud* Zavascki, 2017, p. 33.

¹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, 2017, p. 33.

anos 70 do século XX. 12 O fenômeno se deveu especialmente à tomada de consciência, pelos meios sociais mais esclarecidos, de ser inadiável a operacionalização de medidas destinadas (a) a preservar o meio ambiente, fortemente agredido pelo aumento cada vez maior do número de agentes poluidores, e (b) a proteger os indivíduos na sua condição de consumidores, atingidos, com acentuada intensidade, pelas consequências negativas de uma economia de mercado cegamente voltada para o lucro, num ambiente caracterizado por renitentes crises inflacionárias.”¹²

Portanto, havia no Brasil um ambiente fértil para resguardar esses direitos, pelo menos do ponto de vista cultural, bem como havia uma valorização do Ministério Público (MP) nas ações cíveis naquele momento.¹³ Além disso, os doutrinadores¹⁴ tiveram participação fundamental na história da guarda por esses direitos, porquanto o desenvolvimentos de textos e aperfeiçoamento de ideias fez florescer no legislador uma olhar mais atento para esse tema.

“Entre 1977 e 1981, José Carlos Barbosa Moreira escreveu quatro artigos que estavam destinados a se tornar a certidão de nascimento dos debates do processo coletivo brasileiro.¹⁵ Barbosa Moreira lamentava a pouca utilização da ação popular, cuja lei data de 1965, e antevia o crescimento incessante de situações “em que se acham envolvidas coletividades mais ou menos amplas de pessoas”. Embasado em doutrina italiana, o autor estabeleceu os contornos dos direitos chamados coletivos e difusos, preocupando-se, sobretudo, com estes, uma vez que “o interesse que se quer tutelar não é função dele [do vínculo entre os titulares], mas antes se prende a dados de fato, muitas vezes acidentais e mutáveis”.¹⁶ Paralelamente, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior publicaram textos com preocupações e debates similares, atentando para o avanço da vida social, não acompanhado pelo direito. Como afirmou Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, “trata-se, na realidade, de assunto dos mais graves e preocupantes surgidos no campo do direito”.

A discussão desse ilustre grupo de pensadores surtiu grande efeito, ofereceu um arcabouço jurídico extremamente útil, respondeu perguntas sobre problemas que até então

¹² ALPA, Guido; BESSONE, Mario; GAMBARO, Antonio. *Aspetti privatistici della tutela dello ambiente: l'esperanza americana e francese*. In: Gambaro, A. (coord.). *La tutela degli interessi difusi nel diritto comparato*, p. 182 e 297. *apud* Zavascki, 2017, p. 32.

¹³ A participação do MP se dá muito além das questões práticas. Alguns juristas membros da instituição, influenciados pelo movimento da época, dedicaram-se ao estudo da tutela coletiva e retornaram à sociedade muitos dos estudos feitos, como o projeto da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor. São eles: Nelson Nery Jr., Édis Milaré, Herman Vasconcelos Benjamin, Hugo Nigro Mazzilli, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, entre outros. DIDIER JUNIOR e ZANETI JUNIOR, 2017, p. 28.

¹⁴ Alguns deles são: Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz Oliveira Júnior. DIDIER JUNIOR e ZANETI JUNIOR, 2017, p. 25.

¹⁵ São eles: A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados “interesses difusos”. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil: primeira série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 110-123. O artigo referido é, originalmente, de 1977, ano da primeira edição da obra. Posteriormente, em BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, foram recolhidos três artigos: A proteção jurídica dos interesses coletivos, p. 173-181, escrito em 1980, A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro, p. 183-192, redigido em 1981, e Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, p. 193-221, datado de 1982 *apud* Vitorelli, 2019, p. 20.

¹⁶ São eles: GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela dos interesses difusos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 12, 1979; e OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. *Estudos sobre o Amanhã*: ano 2000, São Paulo, Caderno 2, 1978 *apud* Ibidem.

eram novos e, com o olhar atento do legislador pelos anseios que a sociedade trazia, resultou já na década de 70 na alteração, a alteração na Lei de Ação Popular (AP) e na década de 80 a redação da Lei de Ação Civil Pública (ACP).

“Contemporaneamente à introdução dos mecanismos destinados a tutelar direitos transindividuais, foram também criados instrumentos para a tutela coletiva de direitos individuais. No sistema consagrado no Código de Processo Civil de 1973, era admitida, como o é também no Código atual, a defesa conjunta de direitos individuais afins ou comuns de vários titulares, mas desde que ocorresse por regime de litisconsórcio ativo facultativo (CPC/1973, art. 46; CPC/2015, art 113), ou seja, com a presença dos próprios litisconsortes no pólo ativo da relação processual. A Constituição de 1988 expandiu notavelmente uma forma alternativa de tutela coletiva de tais direitos, e o fez adotando a técnica da substituição processual.

Com esse desiderato, outorgou legitimação a certas instituições e entidades para, em nome próprio, defender em juízo direitos subjetivos de outrem. Foi o que ocorreu com as entidades associativas (art. 5.º, XXI) e sindicais (art. 8.º, III), às quais foi conferida legitimação para defender em juízo os direitos dos seus associados e filiados. Da mesma forma, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, às organizações sindicais, às entidades de classe e às associações atribuiu-se legitimação para impetrar mandado de segurança coletivo "em defesa dos interesses de seus membros ou associados" (art. 5.º, LXX, b).

Surgiu, logo depois, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.1990), que, entre outras novidades, disciplinou, no âmbito das relações de consumo, procedimento-que denominou de ação civil coletiva (art. 91)-para defesa conjunta de direitos individuais homogêneos, valendo-se, também para esse fim, da técnica da legitimação por substituição processual (art. 82).¹⁷

Com tudo isso em mãos, os operadores do direito no Brasil não podiam rejeitar a ideia de que a partir daquele tempo estava às suas disposições um leque de ferramentas que serviam para resguardar esses direitos públicos. Isto posto, não há que se contestar a existência de um subsistema processual coletivo, não codificado, porém rico, sofisticado e aparelhado.

Segundo o gênio da literatura processual, Barbosa Moreira, *in verbis*, "o Brasil pode orgulhar-se de ter uma das mais completas e avançadas legislações em matéria de proteção de interesses supra individuais", de modo que, se ainda é insatisfatória a tutela de tais interesses, certamente "não é a carência de meios processuais que responde".¹⁸

¹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, 2017, p. 36-37.

¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação civil pública e a língua portuguesa. In: MILARÉ, Édís (coord). Ação civil pública: Lei 7.347/85 - 15 anos, p. 345. *apud* Idem.

CAPÍTULO II - O MICROSSISTEMA DAS AÇÕES COLETIVAS

2.1. O arquétipo do processo coletivo

Visto o antecedente histórico e como se desenvolveu a marcha do processo coletivo no Brasil, é imprescindível debruçar-se sobre sua composição e como se define esse microssistema. Segundo Júlio Camargo de Azevedo,

“O microssistema de processo coletivo pode ser tomado como o microssistema mais complexo do direito brasileiro, quiçá um dos mais complexos do mundo. Nota-se que sua formação é composta pela reunião intercomunicante de diversos diplomas legais, dos mais variados ramos do direito, e não só por influência de normas gerais. Esses conjuntos de leis interpenetram-se e subsidiam-se, compondo um microssistema independente do Código de Processo Civil (que se aplica apenas residualmente, e não subsidiariamente, como de costume ocorre em nosso ordenamento).”¹⁹

Soma-se a isso a maneira como os Tribunais superiores vêm dando substância ao tema, na medida em que cita em seus julgados e reconhece tal subsistema. Em eminente voto, o Ministro Luiz Fux, atual presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), à época da decisão era Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), definiu basicamente os integrantes do microssistema de processo coletivo:

A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei de ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar interpenetram-se e subsidiam-se [...].²⁰

Outrossim, nada mais coerente do que começar com a importância da Constituição Cidadã como supedâneo dos direitos coletivos *lato sensu*. A Constituição é a carta fundadora do Estado, na visão contemporânea ela pode até substituí-lo na expressão da soberania, porquanto é a Constituição que controla as fontes do direito e orienta o ordenamento jurídico.²¹

¹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil– Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 4. ed., 2009. p.50 *apud* AZEVEDO, 2012, p. 167

²⁰ REsp n.º 510.150/MA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 17-2-2004.

²¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. II diritto mite. Torino: Einaudi, 1992. p. 9. *apud* DIDIER JUNIOR e ZANETI JUNIOR, 2017, p. 51.

Segundo Didier e Zaneti, “a Constituição é o fundamento de validade de todas as normas tanto no critério de sua formação como na aferição de sua conformidade *ex post factum* com os ideais constitucionais no momento de sua aplicação prática.”

A mudança foi evidente, o capítulo que dispõe sobre os direitos e deveres individuais e coletivos foi para o início da Carta Magna e tendo o primeiro título o enunciado “direitos e garantias fundamentais”, o que demonstra uma importância maior com esses direitos na topologia constitucional, ocupando lugar de destaque no início. Outrossim, a inclusão dos direitos “coletivos” na gama dos direitos fundamentais, também é um ponto perceptível.

Didier e Zaneti trazem que uma vez colocadas essas premissas, é possível identificar os elementos que compõem o conceito de processo coletivo.

“Além do interesse público primário são características principais do processo coletivo:

- a) a legitimação para agir;
- b) a afirmação de uma situação jurídica coletiva: direito coletivo *lato sensu*, no pólo ativo (ação coletiva ativa), ou dever ou estado de sujeição coletivos *lato sensu*, no pólo passivo (ação coletiva passiva);
- c) a extensão subjetiva da coisa julgada.

Nesse sentido, conceitua-se processo coletivo como aquele instaurado por um em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo *lato sensu* ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou um determinado número de pessoas.

Há procedimentos especialmente criados para servir às causas coletivas: a Ação Popular (Lei Federal nº 4.717/65 e art. 5º, inc. LXXIII, CF.), a Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347/85, reconhecida constitucionalmente no art. 129, III, da CF.), o Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, inc. LXX, da CF/88) e as ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos (arts. 91 a 100 do CDC), a Ação de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/92) etc.”

Parte da doutrina defende que também as ações de controle de constitucionalidade podem ser vistas como modalidade de tutela coletiva, como, v.g., Didier Jr., Nery Jr., Zavascki, entre outros. Inclusive, é aqui que reside a subdivisão do direito coletivo comum e especial, que será visto mais adiante neste presente trabalho.

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Ação Civil Pública possuem

um grande papel de destaque no microsistema.

Segundo Azevedo:

“Ambas estas leis formam o núcleo, o centro valorativo do microsistema de processo coletivo, pois suas normas não só servem para franquear a comunicação direta entre seus institutos (arts. 21 da Lei de ACP e 90 do CDC), como também irradiam aplicabilidade a todos os outros diplomas legislativos que compõem o microsistema.”

Didier e Zaneti dão uma atenção especial ao CDC, chegando a chamá-lo de “Código de Processo Civil Brasileiro” e “elemento harmonizador do microsistema da tutela coletiva”.²² O diploma consumerista fornece elementos unificadores e harmonizadores do sistema processual de massa, bem como, fornece um norte para o aplicador do direito.

Consoante Rodrigo Mazzei:

“Visão mais ampla há de ser empregada, pois, apesar de o CDC e a LACP terem, de fato, um *status* de relevância maior (decorrente da natural aferição de possuírem âmbito de incidência de grande escala), os demais diplomas que formam o microsistema da tutela de massa têm também sua importância para o direito processual coletivo, implantando a inteligência de suas regras naquilo que for útil e pertinente.

Note-se, por ser uma característica pouco comum, que o microsistema coletivo tem sua formação marcada pela reunião intercomunicante de vários diplomas, diferenciando-se da maioria dos microsistemas que, em regra, recebem apenas influência de normas gerais. Por exemplo, a Lei nº 8.245/91 (exemplo de diploma extravagante nas relações entre locador e inquilino de imóveis) possui diálogo com o Código Civil (CC), o Código de Processo Civil (CPC) e, obviamente, a Constituição Federal (CF)... Com efeito, a concepção do microsistema jurídico coletivo deve ser ampla, a fim de que o mesmo seja composto não apenas do CDC e da LACP, mas de todos os corpos legislativos inerentes ao direito coletivo, razão pela qual diploma que compõe o microsistema é apto a nutrir a carência regulativa das demais normas, pois, unidas, formam o sistema especialíssimo. Isso significa dizer que o CPC terá aplicação somente se não houver solução legal nas regulações que estão disponíveis dentro do microsistema coletivo que, frise-se, é formado por um conjunto de diplomas especiais com o mesmo escopo (tutela de massa). Dessa forma, a leitura de dispositivos com redação próxima à do artigo 19 da LACP e do artigo 22 da LAP há de ser feita de forma cuidadosa, porquanto o CPC será coletivo especial, o intérprete, antes de angariar solução na codificação processual, ressalte-se, de índole individual, deverá buscar os ditames constantes dentro do microsistema coletivo... As leis que formam esse conjunto de regulação ímpar, sem exceção, interpenetram-se e subsidiam-se, devendo, o intérprete aferir - em concreto - a eventual incompatibilidade e a especificidade de cada norma coletiva em relação aos demais diplomas, com aplicação apenas residual do CPC, em razão da sua dicção, repita-se, individual.”²³

²² DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil– Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 4. ed., 2017. p. 46.

²³ MAZZEI, Rodrigo Reis. “A ação popular e o microsistema da tutela coletiva”, in Luiz Manoel Gomes Júnior,

2.2. As ações coletivas em espécie: comum x especial

Dando um passo adiante, delineamos o objeto do processo coletivo em dois: formal e material. No aspecto formal, foca-se na análise dos princípios e regras que disciplinam a ação, a defesa, a jurisdição no processo coletivo. De outro lado, a lente material compõe-se de temas mais amplos sobre a tutela coletiva e o interesse legítimo.²⁴

Diante do objeto material Gregório Assagra de Almeida o divide em dois: comum e especial. Nas palavras do autor, in verbis:

“O direito processual coletivo especial se destina ao controle concentrado ou abstrato da constitucionalidade (ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por ação, ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por omissão, ação direta com pedido declaratório de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental) e o seu objeto material é a tutela de interesse coletivo objetivo legítimo. Especial porque em sede de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade não há, pelo menos em tese, lide. O processo é do tipo objetivo. A tutela é de direito objetivo e é levada a efeito no plano abstrato e da confrontação da lei ou ato normativo impugnado em face da Constituição. Não há aqui a tutela de direitos subjetivos. A finalidade precípua do direito processual coletivo especial é a proteção, em abstrato, de forma potencializada, da Constituição, aqui englobando, especialmente, o Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias constitucionais fundamentais.”

Afirma por outro lado:

“O direito processual coletivo comum se destina à resolução dos conflitos coletivos ou de dimensão coletiva ocorridos no plano da concretude. É o que se dá pela via da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo, da ação popular, etc. O objeto de tutela do direito processual coletivo comum são os direitos coletivos subjetivos (difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos). O direito processual coletivo comum é instrumento de efetivação concreta e de forma potencializada da Constituição e, especialmente, do Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias constitucionais fundamentais.”

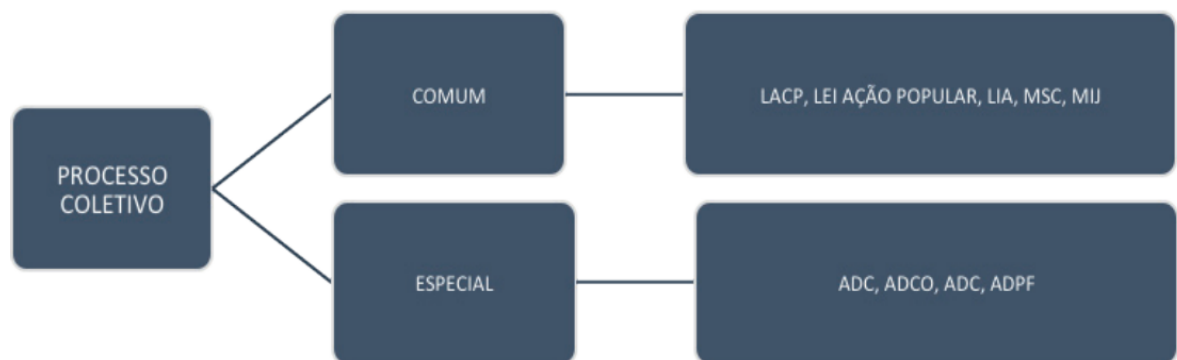
Considerando a exposição supra do ilustre autor, o processo de massa comum, objeto deste estudo, é composto, por exemplo, pelo CDC (Lei nº 8.078/90); LACP (Lei nº 7.347/85); LAP (Lei nº 4717/65); Lei de Improbidade Administrativa (LIA) (Lei nº

Ação popular - Aspectos controvertidos e relevantes - 40 anos da Lei 4.717/65. São Paulo: RCS, 2006; MAZZEI, Rodrigo. Comentários ao artigo 6º da Lei 4.717/65 (ação popular), no prelo, *apud apud* DIDIER JUNIOR e ZANETI JUNIOR, 2017, p. 50.

²⁴ BASTOS, Fabrício Rocha. Interface entre o CPC15 e os Processos Coletivos, 2018, p. 150.

8429/92); Mandado de Segurança Coletivo (Lei nº 12016/09); Lei do Habeas Data (Lei nº 9507/97); Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90); Estatuto do Idoso (Lei nº 10741/03); Anticorrupção (Lei nº 12846/13); Mandado de Injunção Coletivo (Lei nº 13300/15) e outros.

Assim, um esquema bem ilustrativo do que se trata a bipartição mencionada acima, conforme a didática de Fabrício Rocha Bastos²⁵:



2.3. Princípios formadores do sistema transindividual

As normas jurídicas são um gênero, do qual são espécies regras e princípios. Ademais, a concepção que tem maior influência na doutrina nacional é de Robert Alexy, que defende a visão da diferença qualitativa entre os conceitos, já que ambos, como exposto anteriormente, são espécies de normas jurídicas. Como afirma o autor, os princípios são mandamentos de otimização, que devem ser cumpridos na maior medida possível, de acordo com as condições fáticas e jurídicas subjacentes.²⁶

Dessa forma, os princípios nunca asseguram ou impõem deveres definitivos, sendo, por isso, denominados de normas *prima facie*. As regras, por seu turno, são mandamentos de determinação, normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas com definitividade; contemplam determinações daquilo que é fática e juridicamente possível, sendo aplicadas na maneira do tudo ou nada.²⁷

²⁵ BASTOS, Fabrício Rocha. Interface entre o CPC15 e os Processos Coletivos, 2018, p. 152.

²⁶ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales., p. 83 *apud* DIDIER JUNIOR e ZANETI JUNIOR, 2017, p. 105.

²⁷ *Ibidem*

Ou seja, os princípios são enunciações normativas de valor genérico que imprimem sentido lógico e harmônico às normas jurídicas. Os princípios são os fundamentos das regras. As regras, de outro modo, são consubstanciadas em dispositivos positivados, dotados de coercibilidade, que determinam uma conduta, limitam um comportamento e criam obrigações.²⁸

Passa-se de agora em diante a abordar os princípios do processo coletivo diante da denominação adotada por Didier Jr. e Zaneti Jr. na obra utilizada como marco teórico deste trabalho. Contudo, é relevante ressaltar que há um rol de princípios da tutela coletiva proposto na versão mais recente do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, cuja redação foi coordenada por Ada Pellegrini Grinover, o qual transcrevo por pertinência acadêmica.

“São eles: “Art. 2.º São princípios da tutela jurisdicional coletiva:

- a. acesso à justiça e à ordem jurídica justa;
- b. universalidade da jurisdição;
- c. participação pelo processo e no processo;
- d. tutela coletiva adequada;
- e. boa-fé e cooperação das partes e de seus procuradores;
- f. cooperação dos órgãos públicos na produção da prova;
- g. economia processual;
- h. instrumentalidade das formas;
- i. ativismo judicial;
- j. flexibilização da técnica processual;
- k. dinâmica do ônus da prova;
- l. representatividade adequada;
- m. intervenção do Ministério Público em casos de relevante interesse social;
- n. não taxatividade da ação coletiva;
- o. ampla divulgação da demanda e dos atos processuais;

²⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 100 *apud* LIMA, 2014, p. 2.

- p. indisponibilidade temperada da ação coletiva;
- q. continuidade da ação coletiva;
- r. obrigatoriedade do cumprimento e da execução da sentença;
- s. extensão subjetiva da coisa julgada, coisa julgada secundum eventum litis e secundum probationem;
- t. reparação dos danos materiais e morais;
- u. aplicação residual do Código de Processo Civil;
- v. proporcionalidade e razoabilidade.”

2.3.1. Princípio da adequada representação

O nome do princípio é sugestivo nesse ponto, trata-se do princípio que busca controlar a adequada representação, o legitimado é quem, sabatinado pelo ordenamento jurídico, apresenta condições de desenvolver a defesa em juízo dos direitos postos. Busca-se um sujeito ativo e passivo que esteja efetivamente envolvido na situação jurídica coletiva e lidere o processo com boa fé e recursos financeiros adequados.²⁹

Didier e Zaneti aprofundam o tema e pontuam:³⁰

“Por outro lado, a legitimação nas ações coletivas passivas deve estar preocupada ao máximo com a segurança jurídica e com o devido processo legal. Nos casos em que houver possibilidade de respeitar um contraditório mais amplo sem prejuízo da efetividade, mediante um prudente juízo de ponderação dos valores e observada a complexidade da causa, deverá o juiz, no âmbito de sua atividade de definição do litígio (*defining function*), determinar sobre a existência ou não do litisconsórcio passivo necessário, conseqüentemente, da legitimação passiva complexa na causa. Não só para exigir a presença de titulares de direitos individuais reflexamente atingidos, como também para exigir dos demais legitimados coletivos (outras associações, entes coletivos). Esta parece ser a solução prevista pelo contexto dos Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos, ambos preocupados com a representatividade adequada.”

Nessa toada, a legitimação coletiva possui como características:³¹

“i) está regulada, inicialmente, por lei; ii) é conferida a entes público, privados e despersonalizados, e, até, ao cidadão, na ação popular; iii) o legitimado coletivo atua em nome próprio na defesa de direitos que pertencem a um agrupamento humano (pessoas indeterminadas, comunidade, coletividade ou grupo de pessoas, titulares de

²⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil– Processo coletivo.Salvador: JusPodivm, 4. ed., 2017. p. 113.

³⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil– Processo coletivo.Salvador: JusPodivm, 4. ed., 2017. p. 201.

³¹ Idem

direitos individuais abstratamente considerados, art. 81 do CDC e seus incisos); iv) esse agrupamento humano não tem personalidade judiciária, portanto não pode atuar em juízo para proteger os seus direitos, cuja defesa cabe aos legitimados coletivos, que possuem legitimação autônoma, exclusiva e concorrente e simples.”

2.3.2. Princípio da adequada certificação da ação coletiva

Aduz-se a possibilidade de o juiz tecer as balizas de atuação do grupo que vai atuar na representação contra o réu. Assim, é importante, até mesmo para o exercício pleno da ampla defesa e da segurança jurídica, que o réu tenha bem disposto quem vai atuar no outro polo e quais suas atribuições.

Antonio Gigi chama isso de *class certification* “ a decisão que reconhece a existência dos requisitos exigidos e a subsunção da situação fática em uma das hipóteses de cabimento previstas na lei para a ação coletiva. Através dessa decisão, o juiz assegura a natureza coletiva à ação proposta.”³²

Conforme Didier e Zaneti, tal procedimento de certificação deverá ocorrer na fase de saneamento, porquanto relaciona-se de um juízo de admissibilidade.

“Como bem observado por Wouter de Vos, pela perspectiva do réu, que está sendo acionado em juízo pelo grupo, podendo ser responsabilizado a pagar ou despende uma grande quantia, é importante que seja estabelecida a certeza, em uma fase inicial do procedimento, de que se trata mesmo de uma ação coletiva legítima. De outra forma, seria possível ameaçar o réu por um longo período com uma ação coletiva incabível, com o objetivo de forçá-lo a entrar em um acordo ou simplesmente prejudicá-lo. Em face da importância dos interesses em jogo, trata-se de uma incerteza intolerável. É surpreendente, portanto, que o direito brasileiro não disponha expressamente de uma fase formal em que o juiz determine se a ação pode ou não prosseguir na forma coletiva. Todavia, há dispositivos no direito individual que podem superar essa lacuna. Pode-se equiparar a fase de certificação da ação coletiva americana com o “saneamento do processo” no direito brasileiro.”

A mesma exigência não é novidade no ordenamento jurídico, porque já há um regramento similar na LIA (nada mais é do que um espécie de processo coletivo, como visto acima), que possui uma fase própria e preliminar para averiguar a “justa causa”, art. 17 da Lei nº 8.429/92.

“Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério

³² GIDI, Antonio. “A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada”. São Paulo: RT, 2007. p. 194 *apud* DIDIER JUNIOR e ZANETI JUNIOR, 2017, p. 113.

Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

(...)

§ 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.³³ (Redação dada pela Lei nº 9.366, de 1996)

§ 4º O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

(...)

§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)³⁴

2.3.3. Princípio da coisa julgada diferenciada e a “extensão subjetiva” da coisa julgada *secundum eventum litis* à esfera individual

A coisa julgada coletiva é, como regra, *secundum eventum probationis*, art. 103, do CDC. Nessa toada, faz-se mister tecer alguns comentários sobre o conceito das técnicas de formação da coisa julgada:

i- Coisa julgada “*pro et contra*”. Havendo análise de mérito, há coisa julgada, pouco importa o resultado. Ou seja, essa coisa julgada vinculará as partes da demanda tanto no caso de sentença improcedente quanto no caso de sentença procedente, não interessa se houve falta de provas etc, art. 506, do CPC. Diz-se que forma coisa julgada “*pro et contra*”;³⁵

ii- coisa julgada “*secundum eventum litis*”: a coisa julgada se fará somente quando houver procedência; se for improcedente, com ou sem provas, não há coisa julgada. É o caso da sentença condenatória no processo penal, ela sempre pode ser revista em favor do réu.³⁶

iii- coisa julgada “*secundum eventum probationis*”: a coisa julgada se fará de acordo

³³ A PJ pode ter uma intervenção móvel aqui, podendo atuar ao lado do MP, ao lado do agente ou se abster de se manifestar.

³⁴ BRASIL. Lei nº 8.429 de 1992, Lei de improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em 25/08/2021.

³⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 598

³⁶ Ibidem.

com o evento probatório. Exemplo: haverá coisa julgada, salvo improcedente o pedido por falta de provas. É o que acontece nas ações coletivas.³⁷

Portanto, “os titulares de direitos (situações ativas) individuais não serão prejudicados, somente beneficiados, pela decisão coletiva (art. 103, §§ 1º, 2º e 3º, CDC).” Além disso, “fica garantido ao titular do direito individual, em caso de procedência da demanda coletiva, utilizar a sentença coletiva no seu processo individual, desde que comprove a identidade fática de situações, nos mesmos moldes da ação civil ex delicto.”³⁸

2.3.4. Princípio da informação e publicidade adequadas

Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade expuseram de forma muito inteligente, *ipsis verbis*:

“Consiste no princípio que preconiza a ampla divulgação da existência da ação coletiva. O art. 94 do CDC, *in verbis*, é inspirado por ele:

“Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.”

Embora referido dispositivo seja especificamente voltado para as ações coletivas em prol das vítimas das relações de consumo, nada obsta que a regra, com as devidas adaptações, seja aplicada às ações coletivas em geral.

A finalidade primordial desse princípio é concentrar a discussão da matéria comum na ação coletiva, com os já conhecidos benefícios daí decorrentes, e possibilitar a extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva. Para tanto, a divulgação deve ser suficientemente ampla a fim de levar a existência da ação coletiva ao conhecimento de todas as vítimas ou sucessores que poderiam ser beneficiados pela eventual extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva, a fim de que:

aqueles que já propuseram suas ações individuais possam optar tempestivamente por suspendê-las enquanto aguardam o desfecho da coletiva, (art. 104 do CDC) ou desistir de suas ações individuais (art. 22, § 1.º, do LMS); trata-se de condição para que possam beneficiar-se da eventual sentença coletiva favorável;

aqueles que ainda não propuseram suas ações individuais possam optar por aguardar o desfecho da ação coletiva.”³⁹

Outrossim, há também o dever de fomentar o ajuizamento de ações coletivas aos

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil– Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 4. ed., 2017. p. 115.

³⁹ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizados, 2015, p. 73.

curadores da sociedade.

“Se o princípio anterior tem por escopo evitar a proliferação de ações individuais, por meio da comunicação sobre a existência de uma ação coletiva, o princípio ora tratado atua anteriormente: busca estimular a propositura da ação coletiva. Segundo ele, qualquer pessoa pode – e o servidor público deve – levar ao conhecimento dos órgãos legitimados para ajuizar uma ação coletiva a ocorrência de fatos que possam motivá-la. A LACP prevê expressamente a possibilidade de qualquer pessoa informar tais fatos ao Ministério Público (o que não exclui a possibilidade de também comunicar outros legitimados. Já os servidores públicos em geral e os membros do Judiciário em especial têm não uma mera faculdade, mas o dever de informar ao Ministério Público fatos potencialmente ensejadores de uma 2.1.1.14 2.1.1.15 ação coletiva. É o que se infere dos seguintes dispositivos da LACP: Art. 6.º Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção. Art. 7.º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis. Portanto, no que se refere às pessoas em geral, o princípio em análise afigura-se uma derivação do princípio democrático da participação, ao passo que, no que toca aos servidores públicos (incluídos os membros do Judiciário), configura verdadeiro dever cívico.”⁴⁰

2.3.5. Princípio da competência adequada

A doutrina não é unânime quando se trata da competência nos processos coletivos. Isso porque, enquanto o art. 2º, LACP⁴¹ diz que a ação tem de ser proposta no foro do local do dano (há repetição dessa previsão nos arts. 209, ECA, art. 20, Estatuto do Idoso), o art. 93, CDC⁴² estabelece dois critérios com foros distintos: se o dano for local, a ACP deverá ser ajuizada no local do dano (como o art. 2º LACP); se o dano for regional ou dano nacional, a demanda pode ser ajuizada no foro da capital do Estado ou no foro do Distrito Federal.

Como o núcleo duro do microsistema da tutela coletiva é formado pela LACP e pelo CDC, há parcela da doutrina que define a competência pela análise conjunta desses dispositivos. Cleber Masson, Adriano Andrade e Landolfo Andrade elaboraram um quadro para estabelecer todas as hipóteses:⁴³

⁴⁰ Ibidem

⁴¹ Art. 2º, da LACP: as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

⁴² Art. 93, do CDC: ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II - no foro da Capital do Estado OU no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

⁴³ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizados, 2015, p. 147.

EXTENSÃO DO DANO OU DO RISCO	COMPETÊNCIA
LOCAL (um único ou poucos foros, ainda que em dois Estados vizinhos).	Juízos de quaisquer dos foros atingidos.
REGIONAL (muitos foros de um único Estado, sem abranger todo o território Estadual).	Juízos com foro na capital do Estado atingido.
REGIONAL (vários Estados, e, eventualmente, o Distrito Federal, sem abranger todo o território nacional).	Juízos com foro nas capitais dos Estados atingidos e juízos com foro no Distrito Federal (quando atingido).
NACIONAL (todo o território nacional).	Juízos com foro nas capitais de quaisquer dos Estados e juízos com foro no Distrito Federal.

Note-se, pois, que é um caso em que existem vários foros competentes para processar e julgar uma demanda, assim chamados de foros concorrentes. O autor da demanda exercita, portanto, aquilo que se denominou de *forum shopping*, isto é, possui o direito potestativo de escolher qualquer um dos foros competentes.⁴⁴

Acontece que, em determinada capital, o impacto poderá ter sido bem maior que em outra. Ademais, como o autor tem o direito potestativo de escolher qualquer foro, pode optar por um bem distante do local do dano, apenas para dificultar o direito à ampla defesa do réu. Tal atitude de má-fé também não faz sentido. O princípio em comento serviria para rebater essa vantagem processual e evitar abusos.⁴⁵

Assim, seria preciso fazer controle da competência adequada (*forum non conveniens*). Além disso, segundo Didier e Zaneti:

“Dentro do controle de sua competência, utilizando o princípio da *Kompetenzkompetenz* (o juiz é competente para controlar a sua própria competência), já aceito pelo ordenamento nacional, evitaria julgar causas para as

⁴⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil– Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 4. ed., 2017. p. 117.

⁴⁵ Ibidem

quais não fosse o juízo mais adequado, quer em razão do direito ou dos fatos debatidos, quer em razão das dificuldades de defesa do réu.”⁴⁶

2.3.6. Princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo

A intenção é de que o processo civil concretize a sua finalidade, qual seja, servir de instrumento para a efetiva concessão do bem da vida pleiteado. Por isso, outros princípios são também utilizados como reforço e instrumento de tal desiderato.

Cleber Masson, Adriano Andrade e Landolfo Andrade:

“O apego exagerado a questões formais (condições da ação, pressupostos processuais, nulidades, preclusões etc.) tem sido fator de ineficácia do processo individual. Contra ele, advoga-se cada vez com mais contundência o princípio da instrumentalidade das formas.

No processo coletivo comum esse princípio deve ser potencializado, pois nele se apresentam os grandes conflitos sociais. Logo, no âmbito processual coletivo é ainda mais necessário o abandono do formalismo excessivo – que descarta dos valores que o processo deve buscar realizar.

Na sociedade de nosso tempo, é por meio de um processo coletivo comum eficaz que o Judiciário soluciona as grandes causas, cumprindo sua função de pacificação social, e, desse modo, legitima sua existência. Para a consecução de tal escopo – pacificação advinda da resolução dos grandes conflitos sociais –, mais que uma simples intensificação do princípio da instrumentalidade das formas, Gregório Assagra de Almeida⁴⁷ visualiza a existência de um verdadeiro novo princípio, por ele denominado princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo.”

2.3.7. Princípio da indisponibilidade da demanda coletiva

Dada a natureza do direito discutido, o processo coletivo é permeado pela indisponibilidade do interesse público. No que tange ao ministério público trataremos melhor em tópico posterior, mas é seu dever funcional, quando presentes os pressupostos, propor a demanda.

Utilizando como referência os mesmos autores:⁴⁸

⁴⁶ Ibidem

⁴⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito Processual Coletivo Brasileiro – Um Novo Ramo do Direito Processual, p. 571-572. *apud* ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo, 2015, p. 70.

⁴⁸ Idem

“Dada a relevância social dos interesses objeto das ações coletivas, delas não se pode desistir sem um justo motivo, tampouco se pode simplesmente abandoná-las. Segundo esse princípio, a desistência infundada ou o abandono da ação coletiva demandam a assunção do polo ativo pelo Ministério Público ou por outro legitimado (LACP, art. 5.º, § 3.º; LAP, art. 9.º). Se a desistência for fundada (motivada), até mesmo o Ministério Público estará dispensado de assumir o polo ativo.

Quando o autor da ação for o Ministério Público, o magistrado poderá se opor a uma desistência que considere infundada ou ao abandono da ação, submetendo tal ato ao controle de um outro órgão do Parquet. Defendemos que tal órgão deve ser o Conselho Superior do Ministério Público, por analogia ao art. 9.º, § 4.º, da LACP, embora haja quem entenda que o órgão apropriado, por analogia ao art. 28 do CPP, seja o chefe da instituição (Procurador-Geral de Justiça ou Procurador-Geral da República).

De todo modo, urge atentar que tal princípio refere-se à disponibilidade da ação, mas não de seu objeto. Deste, o autor da ação jamais poderá abrir mão, uma vez que não é seu titular, ou, pelo menos, não é seu titular exclusivo, e sim um mero portador (representante adequado, legitimado extraordinário) dos interesses levados a juízo.”

2.3.8. Princípio do microsistema

É o princípio que dá consistência, sustentáculo para o diálogo entre as normas do microsistema. Diante das normas e princípios singulares que o processo de massa possui, o CPC deve ser utilizado apenas de maneira residual, primeiro analisa-se o conjunto legislativo do microsistema e, por fim, o CPC.

“Parte da doutrina sustenta, com certo eco na jurisprudência, que o art. 21 da LACP, quando afirma ser aplicável o Título III do CDC à defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, disse menos do que pretendia. A intenção da lei seria de que todas as normas processuais do CDC são aplicáveis à LACP, no que couber. Isso traria a possibilidade, por exemplo, de se aplicar às ações civis públicas em geral a regra de inversão do ônus da prova (CDC, art. 6.º, VIII), que está fora do Título III do CDC. Abordaremos tal questão com mais vagar quando estudarmos a prova nas ações civis públicas.

De todo modo, é certo que se criou, a partir da simbiose entre os dois diplomas, um verdadeiro microsistema de tutela de direitos coletivos, do qual a LACP e o CDC são os diplomas que contemplam as normas processuais de caráter mais genérico. O princípio de integração entre esses diplomas fornece as regras gerais do microsistema. Outros diplomas, com normas mais específicas, integram o mesmo microsistema (Lei da Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, ECA, Estatuto do Idoso 14 etc.), afastando, no que dispuserem de forma especial, a incidência daquelas normas gerais. À medida que formos analisando cada aspecto das regras gerais das ações civis públicas (LACP e CDC), faremos as ressalvas naquilo que os diplomas mais específicos delas divergirem.

Havendo lacuna em alguma das leis desse microsistema, convém ao intérprete procurar supri-la por meio de normas do mesmo microsistema. Permanecendo a omissão, restará valer-se, subsidiariamente, do CPC. É que este diploma, ao contrário daqueles, é dirigido primordialmente a lides onde se opõem interesses tipicamente individuais, sendo menos apropriado, portanto, à resolução de conflitos

entre interesses coletivos.”⁴⁹

2.3.9. Reparação integral do dano

Este princípio aduz, como o nome já adianta, que o prejuízo deve ser ressarcido integralmente. No art. 11, da AP, fica evidente tal princípio, porquanto “mesmo que não tenha sido feito o pedido de condenação, este se retira da natureza da ação popular e da ação de improbidade administrativa, admitindo-se uma espécie de pedido implícito.”⁵⁰

Ainda, o mesmo princípio possui uma outra face, chamada de *fluid recovery*, segundo o art. 100 do CDC.

“No Brasil, por força do art. 100 do CDC, adotou-se também uma espécie de *fluid recovery*: nas ações civis públicas condenatórias do ressarcimento dos direitos individuais homogêneos lesados, caso decorra um ano sem habilitação dos interessados em número compatível com a gravidade do dano, qualquer dos legitimados à propositura da ação poderá promover sua liquidação, caso em que o produto da indenização será revertido para o fundo criado pelo art. 13 da LACP. Nesse caso, a reparação deixará de se realizar na forma do ressarcimento dos prejuízos individualmente sofridos, para dar-se de maneira difusa, via programas financiados pelo citado fundo, e relacionados com a natureza do direito objeto da condenação.”⁵¹

2.3.10. Princípio da não-taxatividade ou da atipicidade da ação e do processo coletivo

Um princípio que apresenta dois aspectos. Assim, considerando o acesso à justiça também aos direitos coletivos, quaisquer formas de proteção a esses direitos deve ser assegurada.

“Pelo princípio da não-taxatividade da ação coletiva, qualquer tipo de direito coletivo em sentido amplo poderá ser tutelado por intermédio das ações coletivas. Essa assertiva também é reforçada pelo princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, previsto no art. 83 do CDC é aplicável a todo o direito processual coletivo, por força do art. 21 da LACP. Limitações levadas a efeito pela jurisprudência e pela legislação infraconstitucional são inconstitucionais, já que ferem disposições expressas do texto constitucional (arts. 5º, XXXV, e 129, III, da CF).”⁵²

⁴⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito Processual Coletivo Brasileiro – Um Novo Ramo do Direito Processual, p. 571-572. *apud* ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo, 2015, p. 71.

⁵⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil– Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 4. ed., 2017. p. 125.

⁵¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito Processual Coletivo Brasileiro – Um Novo Ramo do Direito Processual, p. 571-572. *apud* ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo, 2015, p. 83.

⁵² ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro, p. 575 *apud* DIDIER JUNIOR e

Muito embora o exposto por Almeida, a jurisprudência era reticente e, com relação a ACP, afirmava: "A ação civil pública não pode ter por objeto a condenação cumulativa em, dinheiro e cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer" (RSTJ 121/86).

Atualmente, o entendimento é uníssono no sentido de permitir cumulação de pedidos de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa e de condenação em quantia certa, bem qualquer outro. Vejamos:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

- 1) A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, a fortiori, difuso.
- 2) A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza multifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o mais adequado órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão.
- 3) A Lei de Improbidade Administrativa, em essência, não é Lei de ritos senão substancial, ao enumerar condutas contra legem, sua exegese e sanções correspondentes.
- 4) Considerando o cânone de que a todo direito corresponde uma ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio de ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa à toda a comunidade local mercê de a eficácia erga omnes da decisão aproveitar aos demais munícipes, poupando-lhes de novéis demandas.
- 5) As conseqüências da ação civil pública quanto ao provimento jurisdicional não inibe a eficácia da sentença que pode obedecer à classificação quinária ou trinária das sentenças.
- 6) A fortiori, a ação civil pública pode gerar comando condenatório, declaratório, constitutivo, autoexecutável ou mandamental.
- 7) Axiologicamente, é a causa petendi que caracteriza a ação difusa e não o pedido formulado, muito embora o objeto imediato daquele também influa na categorização da demanda.
- 8) A Lei de Improbidade Administrativa, juntamente com a Lei da Ação Civil Pública, da Ação Popular, do Mandado de Segurança Coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.
- 9) A doutrina do tema referenda o entendimento de que ‘A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio por ato de improbidade quanto à aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em

decorrência de sua conduta irregular. (...) Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública, que se constitui nada mais do que uma mera denominação de ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses meta-individuais. Assim, não se pode negar que a Ação Civil Pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para a repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão do art. 12 da Lei 8.429/92 (de acordo com o art. 37, §4º, da Constituição Federal e art. 3º da Lei 7.347/85) (Alexandre de Moraes in 'Direito Constitucional', 9ª ed., p. 333-334). 10) Recurso Especial desprovido".⁵³

O outro lado deste princípio é corolário da instrumentalidade das formas:

“São cabíveis todas as espécies de ações (conhecimento, cautelar, execução), procedimentos, provimentos (declaratório, condenatório, constitutivo ou mandamental), e medidas, inclusive liminares (cautelares e de antecipação da tutela). Daí serem possíveis ações civis públicas de conhecimento, cautelares ou executivas, deflagrando procedimentos e medidas das mais variadas espécies legalmente previstas, e buscando provimentos das mais diversas naturezas, desde que não vedados legalmente, necessários e adequados à eficaz tutela do direito em questão. O substrato legal desse postulado extrai-se da análise conjunta da LACP (arts. 12 e 21) e do CDC (arts. 83 e 90), bem como do princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5.º, XXXV).”⁵⁴

2.3.11. Princípio do ativismo judicial

Ante o valor ímpar tratado nas ações de massa, o exercício da jurisdição precisa ter mais participação nos processos. Não se trata aqui do sentido pejorativo aplicado nos dias atuais. O sentido proposto é utilizar a *judicial activism* para “estimular o legitimado a ajuizar a ação coletiva, mediante a ciência aos legitimados da existência de diversos processos individuais versando sobre o mesmo bem jurídico”.⁵⁵ Regra parecida se encontra no art. 7º, da LACP.⁵⁶

⁵³ STJ – RESP 510150 – MA – 1ª Turma – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 29.03.2004 – p. 00173.

⁵⁴ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizados, 2015, p. 72.

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, Direito processual coletivo, p. 305. Revela-se muito pertinente a transcrição do dispositivo previsto no CBPC-APG: “Art. 7º. Comunicação sobre processos repetitivos. O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com identidade de fundamento jurídico, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que proponham, querendo, demanda coletiva, ressalvada aos autores individuais a faculdade prevista no artigo anterior. Parágrafo único. Caso o Ministério Público não promova a demanda coletiva, no prazo de 90 dias, o juiz, se considerar relevante a tutela coletiva, fará remessa das peças dos processos individuais ao procurador-geral, e este ajuizará a demanda coletiva, designará outro órgão do Ministério Público para fazê-lo, ou insistirá, motivadamente, no não ajuizamento da ação informando o juiz.” *apud* DIDIER JUNIOR e ZANETTI JUNIOR, 2017, p. 128.

⁵⁶ Art. 7º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Outrossim, pode-se citar o *fluid recovery* como uma consequência desse ativismo, bem como no controle judicial de políticas públicas, como por exemplo:

"DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESTA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1. Ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina tendo vista a violação do direito à saúde de mais de 6.000 (seis mil) crianças e adolescentes, sujeitas a tratamento médico-cirúrgico de forma irregular e deficiente em hospital infantil daquele Estado.

2. O direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

'Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.' 'Art. 11. É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.' 3. Violação de lei federal.

4. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

5. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração.

Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quicá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pética.

7. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

12. O direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

13. Recurso especial provido para, reconhecida a legitimidade do Ministério Público, prosseguir-se no processo até o julgamento do mérito.⁵⁷

2.4. Direitos tutelados pelo microsistema

A classificação dos direitos de massa não é um tema pacífico na doutrina; mas, seguindo o proposto pelo próprio CDC,⁵⁸ temos a divisão em interesses ou direitos difusos, interesses ou direitos coletivos e interesses ou direitos individuais homogêneos.

Segundo Masson, Adriano e Landolfo Andrade, o CDC adotou três critérios para diferenciar as espécies em difusos, coletivo *stricto sensu* e individuais homogêneos: “i-

⁵⁷ REsp 577.836/SC, Rel. Min. Luiz Fux, PRIMEIRA TURMA, j. em 21.10.2004, DJ 28.2.2005

⁵⁸ Art. 81, parágrafo único, CDC. 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.

(in)divisibilidade do objeto; ii- fator de agregação dos sujeitos (situação de fato ou relação jurídica em comum); iii- (im)possibilidade de identificar os seus titulares.”⁵⁹

2.4.1. Difusos

São direitos indivisíveis, pertencentes a titulares indeterminados, ligados a uma mesma circunstância fática. Explicando melhor, os direitos difusos são indivisíveis, pois não é possível fracioná-los em partes, ou seja, a lesão ou ameaça afeta a todos os titulares e a reparação do dano a um dos titulares beneficia igualmente a todos.⁶⁰ Além disso, os titulares são indeterminados e indetermináveis, bem como, os titulares são ligados por uma circunstância fática em comum, o que os distingue dos direitos coletivos *stricto sensu*, cujo vínculo não é fático, mas jurídico, os sujeitos são vinculados por uma relação jurídica base.

Exemplos: direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput, CRFB), moralidade administrativa, direitos difusos dos potenciais consumidores de um produto.

2.4.2. Coletivos *stricto sensu*

São direitos indivisíveis, pertencentes a titulares determináveis, reunidos por uma mesma relação jurídica base. Isso significa que são indivisíveis, pois a ofensa atinge a todos e a interrupção da ofensa beneficia a todos concomitantemente. Ademais, entre os titulares há uma relação jurídica base, que necessita ser anterior à lesão (caráter de anterioridade). Todos esses titulares indeterminados pertencem a um grupo, classe ou categoria, mas são determináveis,⁶¹ já que é possível identificar todos aqueles pertencentes ao grupo, sindicato, categoria, contribuintes de um mesmo tributo etc.

Exemplos: se um TJ desrespeita o quinto constitucional, todos advogados filiados à OAB se tornam lesados e possuem o direito coletivo de ver cessada aquela violação.

⁵⁹ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizados, 2015, p. 47.

⁶⁰ Essa indivisibilidade do objeto que confere à coisa julgada efeitos *erga omnes*, art. 103, I, do CDC.

⁶¹ A determinabilidade do grupo confere à coisa julgada efeito *ultra partes*, art. 103, II, do CDC.

2.4.3. Individuais homogêneos

São direitos divisíveis, de origem comum e com titulares determináveis. Divisíveis, pois a lesão sofrida por cada titular pode ser reparada na proporção da respectiva ofensa. Por isso, o indivíduo pode optar pelo ressarcimento de seu prejuízo via ação individual. Ademais, a origem comum diz respeito à relação jurídica entre as partes ser *post factum*. Assim do fato deve se decorrer a homogeneidade.

É uma reunião de direitos individuais que são tratados coletivamente. E assim são tratados porque a tutela coletiva mostra-se mais vantajosa, pois resolveria vários casos individuais em uma única demanda.⁶²

Didier e Zaneti trazem a pertinência da ação coletiva quando se determina individualmente os lesados:

“O fato de ser possível determinar individualmente os lesados não altera a possibilidade e pertinência da ação coletiva. Permanece o traço distintivo: o tratamento molecular, nas ações coletivas, em relação à fragmentação da tutela (tratamento atomizado), nas ações individuais. É evidente a vantagem do tratamento uno, das pretensões em conjunto, para obtenção de um provimento genérico. Como bem anotou Antonio Gidi as ações coletivas garantem três objetivos: proporcionar economia processual, acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material.⁶³

Não por outra razão se determinou no CDC, art. 103, III, que a sentença terá eficácia *erga omnes*. (...) Nessa perspectiva, o pedido nas ações coletivas será sempre uma “tese jurídica geral” que beneficie, sem distinção, os substituídos. As peculiaridades dos direitos individuais, se existirem, deverão ser atendidas em liquidação de sentença a ser processada individualmente.”

Por fim, encerrando a explanação sobre tal direito, os autores vão além e diferenciam uma ação individual com litisconsórcio multitudinário de ações coletivas tratadas por direito individual homogêneo.

⁶² GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispêndência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, p. 20 *apud* DIDIER JUNIOR e ZANETI JUNIOR, 2017, p. 76.

⁶³ GIDI, Antonio. “Las acciones colectivas en Estados Unidos”. In: GIDI, Antonio e MAC-GREGOR, Eduardo F (coord.). *Procesos colectivos: la tutela de los derechos colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. México - DF: Editorial Porrúa, 2003 *apud* DIDIER JUNIOR e ZANETI JUNIOR, 2017, p. 77.

“As ações coletivas não são meros litisconsórcios multitudinários; revelam-se, antes, como espécie de tutela molecular dos ilícitos que afetam bens jurídicos coletivos ou coletivizados para fins de tutela (DIH). Segundo Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, “uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma das ações individuais. Às avessas, caracteriza-se a ação coletiva por interesses individuais homogêneos exatamente porque a pretensão do legitimado concentra-se no acolhimento de uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos, que pode aproveitar a muitas pessoas. O que é completamente diferente de apresentarem-se inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verificadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito.”⁶⁴

2.4.4. Considerações sobre unificação ou separação dos direitos individuais homogêneos dos litígios coletivos

Primeiramente, é importante destacar as inteligentes palavras do saudoso Teori Zavascki que, embora acredite ser fundamental a distinção desses direitos, *in verbis*:

“Nem sempre são perceptíveis com clareza as diferenças entre os direitos difusos e os direitos coletivos, ambos transindividuais e indivisíveis, o que, do ponto de vista processual, não tem maiores consequências, já que, pertencendo ambos ao gênero de direitos transindividuais, são tutelados judicialmente pelos mesmos instrumentos processuais. Pode-se, pois, sem comprometer a clareza, identificá-los em conjunto, pela sua denominação genérica de direitos coletivos ou de direitos transindividuais.

No entanto, os direitos individuais, não obstante homogêneos, são direitos subjetivos individuais. Peca por substancial e insuperável antinomia afirmar-se possível a existência de direitos individuais transindividuais. Entre esses e os direitos coletivos, portanto, as diferenças são mais acentuadas e a sua identificação, consequentemente, é mais perceptível.”⁶⁵

O ex-ministro apresenta a dificuldade prática imposta para diferenciar essas categorias:

“É importante anotar, todavia, que os conceitos e institutos jurídicos, concebidos, no plano teórico e para fins didáticos, em seu estado puro, nem sempre se amoldam tão harmoniosamente assim à realidade social, que é dinâmica e multiforme. O pragmatismo da vida é mais fecundo em novidades do que a capacidade intuitiva do legislador e do intérprete do direito. As situações jurídicas novas assumem, não raro, configurações insuscetíveis de ser, desde logo, conciliadas ou apropriadas por modelos legais ou doutrinários pré-estabelecidos.”⁶⁶

Além disso, demonstra seu pensamento no sentido de ser imprescindível o esforço acadêmico para delimitar as peculiaridades de cada fato:

⁶⁴ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos, cit., p. 114 *apud* DIDIER JUNIOR e ZANETI JUNIOR, 2017, p. 78.

⁶⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, 2017, p. 43-44.

⁶⁶ *Ibidem*.

“A existência de situações desse jaez, que fogem dos padrões conceituais rígidos, de modo algum infirma as distinções antes empreendidas, nem desautoriza o esforço metodológico que se deve desenvolver no trato doutrinário da matéria. Quando as peculiaridades do fato concreto não podem ser subsumidas direta e imediatamente nos gêneros normativos existentes nem submetidas aos padrões conceituais pré-estabelecidos, cumprirá ao aplicador da lei a tarefa de promover a devida adequação, especialmente no plano dos procedimentos, a fim de viabilizar a tutela jurisdicional mais apropriada para o caso. Também no domínio do processo coletivo, que, como todo processo) tem vocação essencialmente instrumental, há de imperar o princípio da adequação das formas: o instrumento deve ser amoldado para servir a seus fins. Nesses momentos, mais do que em qualquer outro, é indispensável que o juiz assuma efetivamente seu papel de condutor e dirigente) o que inclui a tarefa de ordenar as situações novas, valendo-se, para tal fim, dos recursos hermenêuticos e das linhas de princípios que o sistema oferece.”⁶⁷

Portanto, está clara a oposição do autor para uma unificação teórica dos direitos coletivos. Por outro lado, Vitorelli propõe, por exemplo, a unificação dos direitos individuais homogêneos em litígios coletivos.

“É certo que, no fundo, os direitos individuais homogêneos pertencem a pessoas identificáveis, com maior ou menor dificuldade. Todavia, isso é insuficiente para diferenciá-los dos direitos transindividuais, eis que a sociedade que titulariza essa modalidade de direitos, em qualquer das três acepções aqui propostas, também é composta de pessoas, mais ou menos individualizáveis. Logo, quando se reconceitua a titularidade dos direitos transindividuais, deixa de existir essa característica diferenciadora. A indivisibilidade da pretensão, outra característica que distinguiria os direitos transindividuais dos individuais homogêneos, nem sempre é claramente verificável. A segurança do trabalho, por exemplo, é usualmente reputada um direito coletivo.”⁶⁸

Entretanto, as prestações que tutelam esse direito são, não raramente, divisíveis, o que permitiria que, relativamente ao mesmo litígio, a pretensão fosse qualificada como transindividual ou individual homogênea, dependendo do modo como é posta em juízo.⁶⁹ Nos mesmos termos, se uma pretensão é dirigida contra o Estado, pleiteando a adoção de uma providência geral para a contenção de epidemia de determinada doença, tal como a restrição à circulação de pessoas, a doutrina brasileira tenderia a classificá-la como transindividual. Já a pretensão de que fossem fornecidas vacinas a um grupo populacional seria qualificável como individual homogênea.”⁷⁰

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ SANTOS, Elvécio Moura dos; GURGEL, Maria Aparecida. O Ministério Público e as questões de segurança e saúde no trabalho. Disponível em:

[http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/seguranca/mpt_questoes_seg_saude.pdf], *apud* Vitorelli, 2019, p. 47.

⁶⁹ Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região, nos autos do Recurso Ordinário 02672-2013-025-09-00-0, j. 13.08.2014 *apud* Ibidem.

⁷⁰ O exemplo da saúde pública é lembrado por ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 305, fazendo referência à crise da “gripe suína”, que assolou o Brasil há alguns anos. Antonio Gidi aponta exemplo semelhante, quando afirma que a publicidade enganosa pode ser atacada tanto por uma ação individual da empresa concorrente quanto por uma ação coletiva, o que demonstra que a pretensão não caracteriza, necessariamente, a natureza do direito violado. GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 21 *apud* Ibidem.

O autor lembra a direção confusa da jurisprudência que ora adota a indivisibilidade dos direitos individuais homogêneos, ora a sua divisibilidade:

“Isso se reflete na jurisprudência que, em trinta anos de aplicação, ainda não conseguiu chegar a um acordo sobre as diferenças entre essas categorias. Basta exemplificar que o Superior Tribunal de Justiça afirmou, em 2010, que a pretensão de não pagamento da taxa de emissão de boleto bancário consistia em “interesses individuais homogêneos de caráter indivisível”⁷¹, ainda que todos afirmem que a principal característica dos direitos individuais homogêneos seja a sua divisibilidade.

Em 2014, tratando rigorosamente do mesmo problema, o mesmo STJ afirmou que “os interesses individuais homogêneos não deixam de ser também interesses coletivos. Porém, em se tratando de direitos coletivos em sentido estrito, de natureza indivisível, estabelece-se uma diferença essencial diante dos direitos individuais homogêneos, que se caracterizam pela sua divisibilidade. Nesse passo, embora os direitos individuais homogêneos se originem de uma mesma circunstância de fato, esta compõe somente a causa de pedir da ação civil pública, já que o pedido em si consiste na reparação do dano (divisível) individualmente sofrido por cada prejudicado. Na hipótese em foco, o mero reconhecimento da ilegalidade da TEB caracteriza um interesse coletivo em sentido estrito, mas a pretensão de restituição dos valores indevidamente cobrados a esse título evidencia um interesse individual homogêneo”⁷².⁷³

E conclui

“O problema desse tipo de argumento é que o litígio que existe na realidade é rigorosamente o mesmo, quer seja o direito, seja a pretensão caracterizada como coletiva ou individual homogênea: pessoas cujos direitos foram lesados, em um contexto coletivo, pretendem tutela jurisdicional, no exemplo citado, do direito fundamental ao trabalho. Então, parece pouco útil criar uma classificação, seja de direitos, seja de pretensões, que não corresponde à realidade. Em qualquer caso, a tutela jurisdicional é buscada pela via do processo coletivo, com a atuação processual de um terceiro, legitimado pela lei.

Na sistemática do Código de Defesa do Consumidor, o mero fato de a pretensão ser apresentada sob roupagem coletiva ou individual homogênea em nada altera a elaboração da inicial, a tramitação do processo ou a decisão do juiz. As consequências da divisão entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são modestas e só se apresentam no momento da avaliação dos efeitos da coisa julgada e do cumprimento da sentença. Fora isso, todo o embate acerca dessa distinção só tem servido para tentar sustentar alegações de ilegitimidade ativa, calcadas em formalidades, sem nenhuma preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional.⁷⁴ 227

(...)

⁷¹ REsp 794.752/MA, 4a Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 12.04.2010.

⁷² REsp 1.304.953-RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.08.2014.

⁷³ VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo : dos direitos aos litígios coletivos, 2019, p. 47.

⁷⁴ O dissenso está bem representado no julgamento do REsp 974.489/PE, rel. Min. Luiz Fux, j. 25.11.2008, DJe 21.05.2009, no qual se debateu a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para ajuizamento de ação em defesa dos direitos individuais homogêneos dos consumidores de energia elétrica. Mais recentemente, o STJ atenuou seus entendimentos de ilegitimidade ativa coletiva, especialmente em relação ao Ministério Público, embora ainda exija a demonstração de existência de interesse social para autorizar-lhe o ajuizamento de ação para tutela de direitos individuais homogêneos. Ver AgRg no REsp 1.038.389/MS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 25.11.2014, DJe 02.12.2014 *apud* VITORELLI, 2019, p. 48.

Não há como justificar a insistência em uma classificação recorrentemente incompatível com os problemas postos pela prática. A resistência a se associar direitos transindividuais e individuais homogêneos é sustentada na noção de que os primeiros não têm titular determinado, o que, conforme demonstrado, não é verdadeiro. Da perspectiva do litígio é sempre possível identificar uma sociedade titular do direito, composta de pessoas mais ou menos atingidas pela violação, cujos interesses podem ser tomados como referência para a concretização da tutela. Se a lesão atinge, de modo específico, pessoas definidas, é natural que o cumprimento da sentença seja feito em benefício desses indivíduos. O direito de uma comunidade indígena, alcançada pelo alagamento de suas terras decorrente do barramento de um rio, ser realocada incide sobre os indivíduos indígenas concretamente existentes, embora se trate de direito transindividual, usufruído em caráter de grupo.

Pelo contrário, por mais identificados que sejam os titulares dos direitos, o cumprimento de sentença relativa a direitos individuais homogêneos será realizado coletivamente, sem qualquer consideração a suas particularidades, quando for conduzido em favor do fundo, nos termos do art. 100 do CDC. Nessa situação, os direitos individuais homogêneos pouco se diferenciam dos transindividuais, revertendo o resultado do processo em favor da sociedade como um todo e cumprindo, por isso, um papel mais amplo que o da tutela dos direitos individuais lesados.⁷⁵

⁷⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 85 *apud* VITORELLI, 2019, p. 49.

CAPÍTULO III - OS MEIOS ADEQUADOS E A AUTOCOMPOSIÇÃO

3.1. Relevância no cenário judicial brasileiro e possibilidades de aplicação

No cenário brasileiro, a previsão da atipicidade dos negócios jurídicos no art. 190, do CPC, contribuiu para a grande expansão dos negócios jurídicos por toda a seara civil individualista.

Por outro lado, diante da gravidade maior das ações cíveis de massa que as ações civilistas tradicionais, o legislador relutou para alterar tal matéria no sistema coletivo. A proximidade da estrutura coletiva com as ações penais é evidente e indiscutível, como acontece no caso de defesa prévia na Lei de Improbidade Administrativa, bem como com maiores garantias ao Réu em sua defesa.

Considerando o ano de promulgação da LIA, não havia qualquer discussão sobre a possibilidade de solução negociada com o Réu, fato que posteriormente veio flexibilizar até mesmo os princípios da indisponibilidade da ação penal e do objeto do processo.

Então, como fruto do seu tempo, o art. 17, §1, da Lei nº 8.429/1992, proibia expressamente qualquer tentativa de solução negociada com o Réu.⁷⁶ Como já não era hora, a ele foi dada nova redação em sentido diametralmente oposto pela Lei nº 13.964, de 2019, que permitiu expressamente que "as ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei."

A decisão de permitir tal questão, não é novidade no nosso sistema processual coletivo. Em 1995, com a Lei n. 9.099, inaugura-se no ordenamento jurídico uma série de medidas despenalizadoras que inibem a deflagração do processo criminal ou suspendem o prosseguimento da ação penal. Vale dizer, o Estado cria medidas legais que visam evitar o cumprimento da pena privativa de liberdade, permanecendo intacta a figura criminosa.

⁷⁶ Assim era o antigo §1º do art. 17: "A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput."

Com isso em mente, a transação penal (art. 76, Lei n. 9.099 /1995) e a suspensão condicional do processo penal (art. 89, Lei n. 9.099/1995), em ambos os casos, há negociação que gera resultados no Direito Penal material.

Didier e Zaneti adicionam, *ipsis litteris*:

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

Os autores ainda trazem argumentos do porquê não faria mais sentido manter no ordenamento um obstáculo para uma solução negociada nos processos de improbidade administrativo.

“A proibição de negociação prevista na Lei de Improbidade Administrativa era, na verdade, um reflexo da proibição no âmbito penal. Não havia sido admitida a improbidade em razão do princípio da obrigatoriedade para o MP e da visão que a tutela do interesse público era absolutamente indisponível, não admitia graus de tutela. Se agora é possível negociar as consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções civis de improbidade. Pode-se estabelecer a seguinte regra: a negociação na ação de improbidade administrativa é possível sempre que for possível a negociação no âmbito penal, em uma relação de proporção.”

Por fim, concluem:

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

Diante da sua relevância ímpar no processo coletivo, a autocomposição não deve ser vista como catalisador de processos de qualquer maneira, nem como forma de diminuição do número de causas que tramitam nos tribunais. É preciso tratar o tema de acordo com a seriedade que lhe é posta pelo ordenamento.

Levando em consideração a força de afetar diversos indivíduos, Didier e Zaneti trazem a importância da autocomposição para além do exposto anteriormente.

“No caso dos processos coletivos. a) o incentivo, aos grupos de pessoas e aos colegitimados, à participação e elaboração da norma jurídica que regulará o caso; b) o respeito à liberdade de conformação das suas situações jurídicas e dos seus interesses, concretizada no direito ao autorregramento; c) a percepção de que com a participação pode-se chegar a uma justiça mais adequada, mais célere e mais duradoura, do ponto de vista coexistencial, em matérias complexas e litígios nos quais o comportamento das partes precisa ser monitorado para além da decisão judicial que põe fim ao processo.

O respeito aos princípios da mediação e da conciliação, em especial a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a oralidade, a informalidade, e a decisão informada, é essencial para obter um resultado justo e equilibrado, que respeite o princípio da adequação.”⁷⁷

No que diz respeito à aplicação da autocomposição nos processos de massa, no processo individual, as partes buscam a satisfação de um direito disponível, e por isso, “os acordos não dependem de controle judicial, em regra. Na maior parte dos casos as partes litigam sobre direitos disponíveis, não há necessidade de intervenção do judiciário para assegurar os direitos.”⁷⁸

Já no processo coletivo, o cerne da discussão se dá quanto à disponibilidade dos direitos discutidos na contenda. Pois bem, “a autocomposição no processo coletivo cinge-se à ideia de que existem direitos que não admitem composição.”⁷⁹ Além disso, apesar do direito ser indisponível, não há impossibilidade, necessariamente, do uso dos métodos extrajudiciais:

“No âmbito administrativo, por exemplo, tem-se vários casos de transações autorizadas por lei. Tem-se os acordos em contratos administrativos (artigo 65 e 79, da Lei 8.666/1993), os acordos nos procedimentos sancionatórios do Cade (artigo 86, da Lei 12.529/2011), dentre outros. Outras hipóteses de direitos indisponíveis também admitem transação, a exemplo do acordo quanto ao valor e à forma de pagamento em ação de alimentos e o cabimento do compromisso de ajustamento de conduta em processos coletivos, hipótese em que o direito é indisponível (artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei 7.347/1985).”⁸⁰

Diante dessa crucial diferença de aplicação da autocomposição, surgem algumas

⁷⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil - v. 4: processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 321.

⁷⁸ Idem

⁷⁹ Ouannous, Renan Mori, 2019, p. 89.

⁸⁰ Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2016-abr-07/ravi-peixoto-fazenda-audiencia-conciliacaopc#_ftn1>. Acesso em: 23 mar. 2019 *apud* Ouannous, Renan Mori, 2019, p. 90.

necessidades do processo coletivo:

“Primeiro, há necessidade de tutela do objeto litigioso do processo, presente o interesse público, por se tratar de direitos de natureza coletiva; segundo, há necessidade da participação dos grupos que serão afetados pela decisão e da participação dos colegitimados, pelo menos potencialmente, no âmbito do acordo a ser firmado; terceiro, há a intervenção obrigatória do Ministério Público em todos os processos que tratam dos direitos coletivos em sentido lato.”⁸¹

3.2. Meios adequados de resolução de conflito

É evidente que o Estado não possui o monopólio da solução dos conflitos, pois percebeu com o passar do tempo e com o aumento da complexidade das demandas, que não tem a capacidade de concentrar a resolução de todos os litígios. Percebeu-se que era interessante para o Estado-juiz dispor de seu poder e transformar a visão da sociedade para enxergar no judiciário, o ajuizamento da ação, como *ultima ratio*.

A sentença judicial não é a única forma de apartar a lesão ou ameaça de lesão aos direitos coletivos, pois em grande parte das vezes o conflito pode ser resolvido com acordos extrajudiciais e judiciais.

Assim, o judiciário dá mais poderes aos indivíduos, mais liberdade (o foco sai da tríade "juiz-autor-réu" e passa para a confiança na capacidade dos sujeitos de buscarem a melhor saída para seus próprios conflitos) e garante de maneira mais eficaz o acesso à justiça, porquanto alberga as soluções encontrada fora do seu âmbito, mas que são reconhecidas por ele.

Considerando que vamos adotar o conceito de que existem 4 tipos de resoluções adequadas de conflitos, são elas: autotutela, autocomposição, arbitragem e *Dispute Board*, sendo essas as admitidas formas adequadas de solução dos conflitos (*alternative dispute resolution* - ADR ou sistema multiportas).

Didier e Zaneti complementam esse pensamento:

⁸¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil - v. 4: processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 318.

"A doutrina reafirma esta mudança, que significa, além da necessidade de adequação da justiça, a emergência da atipicidade dos meios de solução de conflitos: o direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações. Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem cantata ou sem passagem pelos tribunais [...] Agora, o direito de acesso aos tribunais é um direito de retaguarda, sendo seu exercício legítimo antecedido de uma série de filtros".⁸²

A busca pela tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva, exige a adequação do acesso à tutela, ocorrendo uma passagem necessária da justiça estatal imperativa, com a aplicação do Direito objetivo como única finalidade do modelo de justiça, para a aplicação da justiça coexistencial, uma *mending justice* (uma justiça capaz de remendar o tecido social), focada na pacificação e na continuidade da convivência das pessoas, na condição de indivíduos, comunidade ou grupos envolvidos.⁸³

3.3. Autocomposição: espécies e tipos

É fundamental fixar em mente que autocomposição é um gênero, do qual são espécies a transação, submissão. Além disso, OUANNOUS explicita as características da autocomposição como um modelo de negociação entre as partes.

“A autocomposição é uma forma de resolução em que uma das partes consente espontaneamente em prejudicar seu interesse, total ou parcialmente, em prol do direito da outra parte e pode ocorrer tanto no âmbito de um processo judicial como fora dele. A autocomposição é gênero e suas espécies são a transação, marcada por cessões mútuas, e a submissão, em que ocorre desistência do interesse, em favor da outra parte. A submissão, quando exercida em processo judicial, pode ser manifestada como renúncia (se realizada pelo autor) ou reconhecimento da procedência do pedido (se realizada pelo réu). Partindo dessa definição, pode-se compreender a mediação e a conciliação como tipos de autocomposição, na modalidade de transação. Há, também, a heterocomposição, em que o terceiro é quem decide pelas partes, como acontece na arbitragem. Não é o caso da mediação e da conciliação, uma vez que o terceiro, embora presente, apenas auxilia as partes a chegarem a um consenso (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 165, 275).”⁸⁴

Ou seja, na transação os conflitantes fazem concessões mútuas e solucionam o conflito.⁸⁵ Já na submissão um dos conflitantes se submete à pretensão do outro

⁸² COSTA E SILVA, Paula. A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 19/21. Sobre o princípio da atipicidade, idem, p. 24 *apud* DIDIER JUNIOR e ZANETI JUNIOR, 2017, p. 302.

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. Notas sobre conciliadores e conciliação. Trad. Hermes Zaneti Jr. In.: CAPPELLETTI, Mauro. Processo, Ideologias e Sociedade. Trad. Hermes Zaneti Jr. Vol. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 183-200 *apud* DIDIER JUNIOR e ZANETI JUNIOR, 2017, p. 302.

⁸⁴ Ouannous, Renan Mori. AUTOCOMPOSIÇÃO NO PROCESSO COLETIVO: possibilidades e limitações. 2019, p. 83.

⁸⁵ CC, Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

voluntariamente. Além disso, a submissão do autor se chama renúncia quando é feita em juízo (art. 487, III, “c”, CPC); a do réu se chama reconhecimento da procedência do pedido (art. 487, III, “a”, CPC).

Nesses casos, a autocomposição será homologada pelo juiz, prolatando uma sentença de mérito (art. 487, II, III, V, CPC), com formação de coisa julgada material. A autocomposição pode ser alcançada por meio de um diálogo travado apenas pelas partes (negociação direta). Mas também pode ser alcançada com a ajuda de um terceiro (mediação e conciliação).

Indaga-se se a mesma possibilidade de audiência preliminar para conciliação e mediação do processo civil comum se aplica no caso de processos de massa, como por exemplo na ação civil pública. A resposta é positiva segundo Didier e Zaneti, explicam:

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

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

(...)

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

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

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

Em quinto lugar, o parágrafo único do art. 33 da Lei n. 13.140/2015 expressamente determina que a “Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e

dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação; ao, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos". A prestação de serviços públicos é matéria de direito administrativo, interesse público, mas, na vida real, existem graus de satisfação que podem ser atendidos e implementados, logo a autocomposição, além de evitar processos intermináveis, resulta em menor resistência das partes no atendimento da medida acertada, garantindo mais efetividade."

E estendem o entendimento não só para a ACP.

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

Com isso, as consequências geradas são as duas formas de obter um título executivo judicial a partir de uma conciliação em direitos coletivos lato sensu, segundo Didier e Zaneti:

"A primeira é formular o compromisso de ajustamento de conduta em uma ação coletiva judicial já intentada, nos termos do art. 515, II, do CPC, pois será título executivo judicial "a decisão homologatória de autocomposição judicial". A segunda, requerer a homologação judicial do compromisso, valendo-se dos permissivos do art. 515, III, que determina ser título executivo judicial "a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza", e do art. 725, VIII, que prevê o procedimento de jurisdição voluntária de homologação de acordo extrajudicial."⁸⁶

Ademais, podemos destacar a autocomposição pelo âmbito em que ocorre, levando-o, assim, à autocomposição judicial e extrajudicial.

Nas lições de Didier e Zaneti⁸⁷, de acordo com o pensamento de Geisa Rodrigues, aponta-se as distinções entre o ajustamento de conduta judicial ou extrajudicial:

"a) a legitimidade para o ajuste judicial é mais ampla do que o extrajudicial, restrito aos órgãos públicos;⁸⁸

b) as implicações processuais que surgem do acordo judicial (extinção, com conseqüente produção da coisa julgada, ou suspensão do feito até o efetivo cumprimento do ajuste), estranhas ao extrajudicial;

c) a formação, pelo acordo judicial, de título executivo judicial, enquanto o outro é

⁸⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil - v. 4: processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 319.

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Discorda, no particular, José Marcelo Vigliar, para quem há também limitação da legitimidade aos órgãos públicos para a conciliação judicial (Ação civil pública, p. 90). Não vemos como possa vingar essa limitação, já que judicialmente haverá, no mínimo, a participação do Ministério Público como custos legis *apud Idem*.

extrajudicial.⁸⁹ De todo modo, o compromisso de ajustamento de conduta extrajudicial pode ser levado à homologação judicial (art. 515, III, CPC).⁹⁰

Importante ainda salientar a importância do controle da autocomposição pelo Juiz.

“A atividade do juiz nestes casos não será, contudo, meramente confirmatória do acordo, em juízo simplista de deliberação, no qual se verificam apenas os aspectos formais de representação das partes. O juiz, nestas oportunidades, deverá proceder a um verdadeiro exame de mérito do compromisso, possibilitando até mesmo sua discordância, caso em que não será homologado o acordo, cabendo agravo de instrumento contra essa decisão, por interpretação analógica do disposto no inciso III do art. 1.015 do CPC.⁹¹”

Destarte, um dos elementos que deve ser controlado pelo juiz no momento da homologação, seja do acordo judicial ou extrajudicial, será a adequada representação dos sujeitos envolvidos, ou seja, “a legitimação em concreto dos envolvidos para celebrarem o compromisso de ajustamento de conduta.”⁹² Isso ocorre, porquanto deve haver o atendimento ao princípio da representação adequada - já exposto em linhas passadas.

Outrossim, o magistrado pode controlar o conteúdo dos acordos, para impedir que ocorra qualquer prejuízo ao interesse dos membros do grupo que não figuraram no acordo celebrado. Além disso, “poderá ocorrer, e é salutar que ocorra, a divulgação e publicização do acordo, se possível com audiências públicas e intervenção de *amicus curiae*, para o fim de permitir que os grupos interessados participem da tomada de decisão.”⁹³

Adiante para traçar algumas linhas sobre cada tipo de autocomposição.

3.3.1. Autocomposição extrajudicial: o termo de ajustamento de conduta

Os acordos judiciais versando sobre a tutela de direitos coletivos são chamados de compromissos/termo de ajustamento de conduta e por meio deles, alguns legitimados, tomam responsabilidades dos causadores de danos ou ameaças, para que se adequem às exigências

⁸⁹ RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta, p. 234. *apud* Idem.

⁹⁰ NERY, Ana Luiza de Andrade. Compromisso de ajustamento de conduta. 2.ª ed., cit., p. 277 *apud* Idem.

⁹¹ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, v. 3, p. 217 *apud* Idem.

⁹² *Ibidem*

⁹³ *Ibidem*

legais, sob pena de cominações⁹⁴.

A respeito, Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade:

“A terminologia utilizada para denominar, de um lado, os órgãos tomadores dos compromissos e, do outro, as pessoas que se obrigam a ajustar suas condutas não é pacífica. Tendo em vista o emprego predominante na doutrina, vínhamos denominando aqueles como compromissários, e estes como comprometentes.⁹⁵ Contudo, considerando que esse emprego não é unânime nos Ministérios Públicos, encontrando-se, não raro, a utilização invertida,⁹⁶ ou, ainda, a confusão entre eles,⁹⁷ preferimos, doravante, referir-nos aos órgãos que tomam o compromisso como tomadores do compromisso, e às pessoas que se obrigam a ajustar suas condutas como compromissários. As obrigações e cominações são reduzidas a termo, razão pela qual também é comum referir-se ao instituto do compromisso por alusão ao termo que o documenta: termo de compromisso de ajustamento de conduta, ou, simplesmente, termo de ajustamento de conduta (TAC). O compromisso assim celebrado tem eficácia de título executivo extrajudicial.”⁹⁸

O termo de ajustamento de conduta (TAC) é o negócio jurídico processual mais conhecido e mais utilizado para o processo coletivo e que gera debates na doutrina quanto a sua natureza. Parte da doutrina entende como um acordo processual, lembrando a seguinte característica:⁹⁹

“O chamado “compromisso de ajustamento de conduta é um título executivo extrajudicial, por meio do qual um órgão público legitimado toma do causador do dano o compromisso de adequar sua conduta às exigências da lei”. Frisa-se que não

⁹⁴ Para compelir o compromissário a cumprir suas obrigações na forma pactuada, o compromisso deve prever cominações (sanções). Nesse sentido, o Conselho Superior do MP-SP (CSMP-SP), em sua Súmula 23, dispõe: A multa fixada em compromisso de ajustamento não deve ter caráter compensatório, e sim cominatório, pois nas obrigações de fazer ou não fazer normalmente mais interessa o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor que o correspondente econômico *apud* ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizados, 2015, p. 222.

⁹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. ção civil pública: comentários por artigo (Lei n. 7.347/85). 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 225. Hugo Nigro Mazzilli observa o não cabimento do emprego do termo comprometente para o tomador do compromisso de ajustamento de conduta, pois ele não se obriga a nada (A defesa dos interesses difusos em juízo, p. 410), no que é apoiado por Gregório Assagra de Almeida (Manual das Ações Constitucionais, p. 240) *apud* ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizados, 2015, p. 218.

⁹⁶ É o que ocorre, por exemplo, no Ministério Público de Minas Gerais, cujo Manual de Atuação Funcional, 2. ed., usa a palavra compromissário para aludir àquele que assume a obrigação de ajustar sua conduta *apud* Idem

⁹⁷ Colégio de Procuradores de Justiça (disciplina o inquérito civil e ajustamentos de conduta), refere-se às mesmas pessoas como comprometentes *apud* Idem

⁹⁸ Idem

⁹⁹ Posso destacar, ZIESEMER, H. R. Interesses e direitos difusos e coletivos. Salvador: Juspodivm, 2018 e GAVRONSKI, A. Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas.

se trata de transação, porquanto o órgão legitimado não é o titular do direito lesado e, por isso, não pode dele dispor (MAZZILLI, 2017).¹⁰⁰

Bem sintetiza esse ponto de vista, Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade.

“Dentro dos que refutam a natureza de transação do compromisso, podemos encontrar quem o considere:

(i) um ato jurídico unilateral quanto à manifestação volitiva, pois apenas o compromissário assume compromisso, e bilateral quanto à formalização, pois nele intervêm o órgão público e o compromissário;¹⁰¹ (ii) uma espécie de acordo,¹⁰² ou (iii) um ato administrativo negocial.¹⁰³”

Enquanto outra parcela o entende como transação, e ressalta que “o compromisso de ajustamento de conduta como um acordo e que, como tal, ao menos como a forma de cumprimento e o prazo, existe uma negociação, não limitada pela indisponibilidade do direito que se discute.”¹⁰⁴

Cabe ainda mencionar que a realização do termo não necessariamente significa a renúncia ao direito coletivo *lato sensu* de um grupo, porquanto ao reconhecer a importância desses direitos no ordenamento é preciso prover o sistema de ferramentas suficientes para sua tutela, então, “não se pode impedir a efetivação deles, cerceando a atuação de quem por eles compete lutar, especialmente se a transação se mostrar o meio mais adequado”, além disso, levar em consideração que “a indisponibilidade não será afetada, na medida em que visa, com a transação, a sua maior efetivação”, bem como “a efetivação dos direitos exige sua concretização”.¹⁰⁵

Didier e Zaneti trazem a importância de permitir a transação em direitos coletivos, bem

¹⁰⁰ *apud* Ouannous, Renan Mori. AUTOCOMPOSIÇÃO NO PROCESSO COLETIVO: possibilidades e limitações. 2019, p. 92.

¹⁰¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação Civil Pública: Comentários por Artigo (Lei 7.347/1985). 7. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 222 *apud* ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizados, 2015, p. 220.

¹⁰² AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008. p. 70 *apud* Idem

¹⁰³ MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 408 *apud* Idem

¹⁰⁴ CABRAL, A. P. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: ZANETI JR., H. (Coord.). Processo coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016 (Coleção Repercussões do novo CPC, v. 8; coordenador geral Fredie Didier Jr.). *apud* Ibidem. Além disso, Ada Pellegrini Grinover na apresentação da edição na obra de Didier e Zaneti deixa bem clara a sua posição no sentido de defender o TAC como uma transação.

¹⁰⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil - v. 4: processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 304-305.

como do entendimento nos tribunais superiores sobre tal tema:

“Há julgado que esclarece muito bem a importância de permitir a transação em direitos difusos relacionados ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer; desde que controlada pelo juízo e pela presença do interesse público primário e não só e exclusivamente pelo Ministério Público (STJ, 2ª T., Resp n 299.400/RJ, rel. Min. Peçanha Martins, rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, j. em 01.06.2006, publicado no DJ de 02.08.2006, p. 229), cuja ementa se transcreve e cujo conteúdo deve ser lido pelo estudioso, em razão da bela polêmica travada: "PROCESSO CIVIL- AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL - AJUSTAMENTO DE 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 a 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.”¹⁰⁶

Pois bem, passada essas características, é fundamental ressaltar que o termo de ajustamento de conduta surgiu na ECA¹⁰⁷, limitado a assegurar os respectivos direitos que protege. *A posteriori*, a LACP, ao ser modificada pelo CDC, trouxe o TAC¹⁰⁸, assegurando-lhe força de título executivo extrajudicial, celebrado por escrito entre as partes legitimadas à proteção dos interesses tutelados. Ainda, é prescindível a participação do Ministério Público em todo e qualquer TAC.

Não devemos esquecer que o tomador do compromisso não pode abdicar do conteúdo, do direito material em questão. Dessa forma, ele pode apenas negociar acerca do modo, tempo, lugar no qual o dano ao interesse transindividual deve ser reparado, ou a ameaça ser afastada.¹⁰⁹

Por exemplo: “se houve desmatamento ilegal de uma área de nove hectares, não é possível ao órgão público celebrar um compromisso em que o responsável pelo dano se comprometa a reparar tão somente oito hectares.”¹¹⁰

Nesse entendimento, as obrigações constantes nos termos de ajustamento de conduta

¹⁰⁶ Ibidem

¹⁰⁷ ECA, art. 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.

¹⁰⁸ LACP, art. 113, § 6.º 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.

¹⁰⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil - v. 4: processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 304-305.

¹¹⁰ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizados, 2015, p. 221.

podem dizer respeito a fazer, não fazer, de entregar coisa ou de pagar, como já abordamos em tópico anterior. Outrossim, “tais obrigações têm de ser certas quanto a sua existência, e determinadas quanto ao seu objeto, sem o que não seriam exequíveis”.¹¹¹ Seguindo essa mesma linha, dispõe a súmula 9 do CSMP-SP:

Só será homologada a promoção de arquivamento de inquérito civil, em decorrência de compromisso de ajustamento, se deste constar que seu não cumprimento sujeitará o infrator a suportar a execução do título executivo extrajudicial ali formado, devendo a obrigação ser certa quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto.¹¹²

Eventual compensação em dinheiro deverá ser revertida para fundo federal ou estadual de reparação daqueles direitos transindividuais afetados. Assim foi o entendimento do STJ¹¹³:

“(…) 6. A exegese do art. 3.º da Lei 7.347/85 (“A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”), a conjunção “ou” deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins). Precedente do STJ: REsp 625.249/PR, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31.08.2006).

7. A reparação de danos, mediante indenização de caráter compensatório, deve se realizar com a entrega de dinheiro, o qual reverterá para o fundo a que alude o art. 13 da Lei 7.345/85.

8. Destarte, não é permitida em Ação Civil Pública a condenação, a título de indenização, à entrega de bem móvel para uso de órgão da Administração Pública.

9. Sob esse ângulo, sobressai nulo o Termo de Ajustamento de Conduta in foco, por força da inclusão de obrigação de dar equipamento de informática à Agência Florestal de Lajeado.

10. Nesse sentido direciona a notável doutrina: “(...) como o compromisso de ajustamento às “exigências legais” substitui a fase de conhecimento da ação civil pública, contemplando o que nela poderia ser deduzido, são três as espécies de obrigações que, pela ordem, nele podem figurar: (i) de não fazer, que se traduz na cessação imediata de toda e qualquer ação ou atividade, atual ou iminente, capaz de comprometer a qualidade ambiental; (ii) de fazer, que diz com a recuperação do ambiente lesado; e (iii) de dar, que consiste na fixação de indenização correspondente ao valor econômico dos danos ambientais irreparáveis (Edis Milaré, Direito Ambiental, p. 823, 2004).”

¹¹¹ Ibidem

¹¹² A título de curiosidade acadêmica para o presente trabalho transcrevo o fundamento da súmula. “Por força do art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85, introduzido pela Lei nº 8.078/90, o compromisso de ajustamento terá eficácia de título executivo extrajudicial, devendo nele constar expressamente cláusula que consigne tal natureza (art. 359, III, Ato Normativo nº 675/10 – PGJ/CGMP). Para que possa ter tal eficácia, é indispensável que nele se insira obrigação certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85; art. 783, 784, XII e 786, NCPC; art. 83, § 1º, Ato Normativo 484/06 - Pt. n.º 30.918/93).”

¹¹³ STJ, REsp 802.060/RS, 1.ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 17.12.2009, DJe 22.02.2010.

Quanto aos legitimados, segundo traz o artigo da LACP, somente “os órgãos públicos” poderão tomar os compromissos. É assentado na doutrina que a expressão em testilha deve ser interpretada como “entes públicos” para o melhor entendimento e alcance da vontade do legislador. Pois bem, dessa maneira, abarcou-se órgãos (que majoritariamente não possuem personalidade jurídica), instituições (v. g. Ministério Público) e pessoas jurídicas de direito público (autarquias, por exemplo), contudo, associações, sindicatos e fundações privadas não estão incluídas nesse rol, por possuírem personalidade jurídica de direito privado.

A legitimidade de cada um dos colegitimados deve ser considerada como concorrente e não exclusiva, a legitimação de um não exclui a dos outros.

Questão ventilada na doutrina é sobre a insatisfação dos colegitimados que não participaram do acordo.

Por tais razões, nada obsta a que os colegitimados que não tenham participado do termo de compromisso discordem de suas cláusulas, podendo buscar sua complementação e/ou impugnação, quando o título for incompleto (quando as obrigações pactuadas não forem suficientemente abrangentes para a proteção do bem jurídico) ou contiver vício insanável (o que ocorreria, por exemplo, se houvesse desvio de finalidade por parte do órgão tomador do compromisso em benefício do compromissário, ou ilegítima transação a respeito de direito transindividual).¹¹⁴ Vejamos alguns exemplos:

a) incompletude do título: imagine-se, por exemplo, que o termo de compromisso contemple a obrigação de um degradador reflorestar apenas 80% de uma área por ele ilegalmente desmatada. Nesse caso, o colegitimado (se fosse um “órgão público”) poderia tomar do compromissário um novo termo de compromisso, no qual este se comprometesse a reflorestar, em acréscimo, os 20% faltantes, ou (sendo ou não um “órgão público”) ir a juízo em face dele, em uma ação de conhecimento, visando a compeli-lo a reflorestar os 20% restantes. O degradador, nesse caso, não poderia alegar falta de interesse processual do autor da ação, porque as obrigações assumidas no compromisso representam sempre uma garantia mínima em prol dos titulares dos interesses lesados, e não um limite máximo de responsabilidade em favor do causador do dano.¹¹⁵ A propósito, o STJ já reconheceu a possibilidade de o Ministério Público propor ação civil pública visando à comprovação da exata extensão dos danos e sua reparação, a despeito de prévia composição administrativa tomada pelo Ibama;¹¹⁶

b) vício insanável: aqui, não se trata de mera incompletude, mas de total inadequação do título à tutela do direito envolvido. Sabe-se, por exemplo, que,

¹¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação civil pública: comentários por artigo (Lei n. 7.347/85). 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 236 *apud* ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizados, 2015, p. 219.

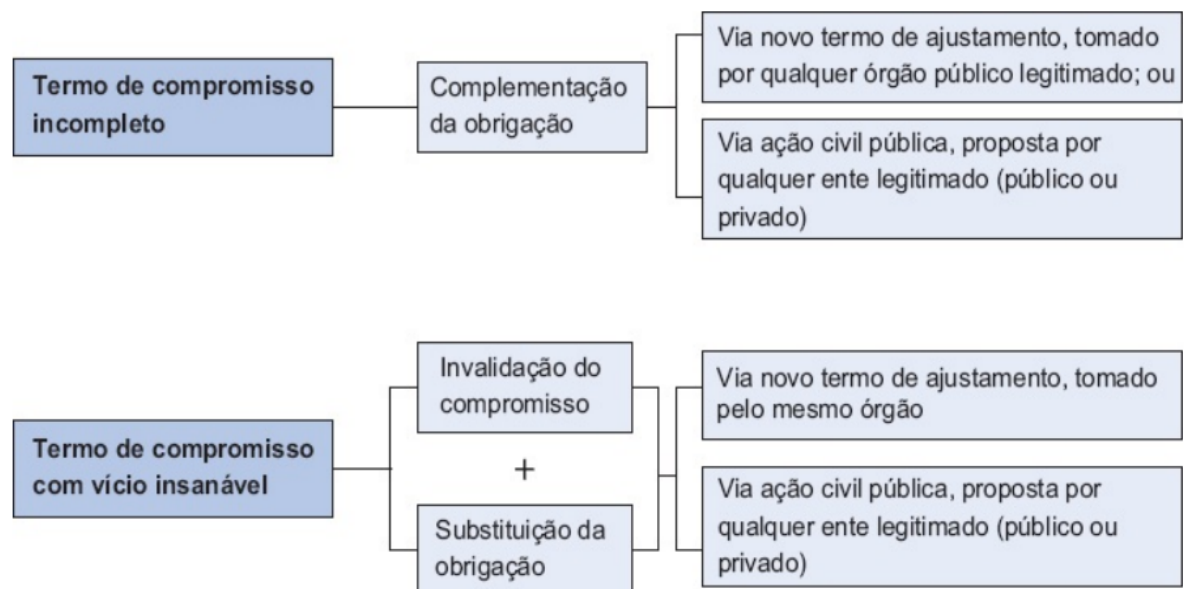
¹¹⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 418; SOUZA, Motauri Ciocchetti de. Ação civil pública e inquérito civil. 3. ed. de acordo com a Lei n. 11.448/2007. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 83; RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 207-208 *apud* Ibidem

¹¹⁶ REsp 265.300/MG, 2.^a Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 21.09.2006, DJ 02.10.2006.

sendo possível a reconstituição in situ do meio ambiente lesado, essa será a forma obrigatória de reparação do dano, ao passo que o pagamento de uma indenização ficaria sempre como última alternativa, somente cabível quando aquela reconstituição, ou mesmo quando a implementação de uma compensação, forem tecnicamente inviáveis. Pense-se, p. ex., em um caso em que houvesse sido desmatada uma área para construção de uma casa em uma área de preservação permanente, e, em vez de se tomar o compromisso de o degradador demolir a casa e reflorestar a área, fosse fixado o dever de ele pagar uma indenização ao fundo de reparação. Estaria patente o desvio de finalidade, pois o tomador do compromisso teria abdicado de tutelar adequadamente o meio ambiente, cedendo espaço àquilo que fosse conveniente para o compromissário. Logo, um colegitimado poderia insurgir-se contra o termo de compromisso, ante sua inadequação, e buscar sua anulação judicial (em ação civil pública proposta tanto em face do compromissário como do tomador do compromisso – ou da pessoa jurídica a que este seja relacionado, caso o tomador do compromisso seja ente despersonalizado), bem como a condenação do responsável à obrigação de demolir a construção e reflorestar a área degradada.

Além disso, o próprio tomador de compromisso pode, verificando a insuficiência ou o vício, pode se valer dessas alternativas, uma vez que o direito material envolvido não lhe pertence.

Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade resumem de maneira bem ilustrativa:¹¹⁷



Há controvérsia porém posta em relação à legitimidade de sociedades de economia mista e empresa pública, embora possuam personalidade jurídica de direito privado, são

¹¹⁷ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizados, 2015, p. 225.

integrantes da administração pública indireta. Divide-se, assim, *in verbis*:

“i) Não são legitimadas, pois não possuem personalidade jurídica de direito público;¹¹⁸”

Bem como:

“ii) Podem ser ou não legitimadas: se sua finalidade é a prestação de serviços públicos, atuam como órgãos públicos, estando, portanto, legitimadas; se seu objeto é a exploração de atividades econômicas, atuam como entes privados, não estando legitimadas.¹¹⁹”

Outro regramento que trata de regulamentar o termo é a resolução 179/2017 do CNMP. Logo nas considerações introdutórias ressalta a importância do termo¹²⁰ e no decorrer de seu texto traz, em seu art. 1º, que 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.

Por fim, cabe mencionar que, diante da independência das instâncias, o termo de ajustamento de conduta não afasta a persecução criminal:

“As Turmas especializadas em matéria penal do STJ adotam a orientação de que, em razão da independência das instâncias penal e administrativa, a celebração de termo de ajustamento de conduta é incapaz de impedir a persecução penal, repercutindo apenas, em hipótese de condenação, na dosimetria da pena. Nesse sentido: AgRg no AREsp 984.920-BA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 31/08/2017 e HC 160.525- RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 14/03/2013. Assim, "mostra-se irrelevante o fato de o recorrente haver celebrado termo de ajustamento de conduta, [...] razão pela qual o Parquet, dispondo de elementos mínimos para oferecer a denúncia, pode fazê-lo, ainda que as condutas tenham sido objeto de acordo extrajudicial " (RHC 41.003-PI, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 03/02/2014). Desse modo, a assinatura do termo de ajustamento de conduta, firmado entre denunciado e o Estado, representado pela Secretaria de Estado do Meio

¹¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação civil pública: comentários por artigo (Lei n. 7.347/85). 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 220 *apud* Idem

¹¹⁹ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Compromisso de ajustamento de conduta ambiental. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008. p. 76-77; RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 163; MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 407 *apud* Ibidem

¹²⁰ Dado os inteligentes versos, transcrevo: “considerando a acentuada utilidade do 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, por consequência, contribui decisivamente para o acesso à justiça em sua visão contemporânea.”

Ambiente, não impede a instauração da ação penal, pois não elide a tipicidade formal das condutas imputadas ao acusado.”¹²¹

Atualmente, é preciso perceber a mudança no sistema jurídico, ou seja, a dogmática vai além da lei. É preciso recorrer não só à lei, mas buscar novas ferramentas. Para compreender a grandiosidade do tema, é preciso desgarrar-se da visão clássica do Direito e ir além.

“É fundamental repisar o que se terá dito alhures: é preciso compreender que o Direito não se resume à lei. A passagem “da lei para o ordenamento jurídico” também ocorreu no CPC/2015. Basta observar o CPC, nos arts. 8º, 140 e 178, não fala mais em lei, aplicação da lei, ou em fiscal da lei 1, como refere o CPC/1973 (art. 5 do LINDB e arts. 126 82 do CPC/1973); mas, em todos os casos, seja na interpretação do direito (art. 8º), seja na aplicação do (art. 140), seja na atuação do Ministério Público como interveniente, o legislador processual contemporâneo refere ao “ordenamento jurídico”.¹²²

3.3.2. Autocomposição judicial

Da mesma maneira que a autocomposição é permitida na autocomposição extrajudicial, com o termo de ajustamento de conduta, os conflitos de massa também admitem autocomposição judicial. Portanto, “a partir da previsão normativa que autoriza o ajustamento extrajudicial da conduta, as partes litigantes podem firmar acordos em demandas coletivas, de modo que se ponha fim ao processo com resolução do mérito (art. 487, III, “b”, do CPC).”¹²³

Didier e Zaneti trazem a comparação, com precisão, de Geisa de Assis Rodrigues, da autocomposição judicial com o ajustamento de conduta previsto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85.¹²⁴

“A conciliação judicial tem as mesmas limitações que o compromisso de ajuste de conduta. (...) Portanto, é cabível falar em ajuste de conduta judicial e extrajudicial, posto que mesmo se tratando de questão posta em juízo não há possibilidade de transigir sobre o objeto do direito, apenas sendo admissível a definição de prazos, condições, lugar e forma de cumprimento, ainda que se utilize o termo de transação.”¹²⁵

¹²¹ APn 888-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 02/05/2018, DJe 10/05/2018 (info 625).

¹²² DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil - v. 4: processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 311.

¹²³ Idem

¹²⁴ § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

¹²⁵ RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta, p. 234 *apud* DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. op. cit., p. 307.

Com relação aos legitimados, diferentemente do que se dá na autocomposição extrajudicial, aqui pode ser incluído partes que não sejam órgãos públicos¹²⁶.

A razão para isso é que no âmbito extrajudicial, não haveria como impedir que associações privadas, por ventura, realizassem certas abdições indevidas sobre o direito material. “Já em juízo esse risco é afastado, visto que em toda ação coletiva o Ministério Público atua como fiscal da ordem jurídica, e, uma vez que não concorde com eventual acordo judicial, poderá contra ele se insurgir, inclusive, se for o caso, apelando contra a homologação indevida.”¹²⁷

Além disso, caso um colegitimado não tenha participado do acordo homologado judicialmente, nada obsta a possibilidade de, futuramente, ele executar o respectivo título judicial, caso o legitimado que o celebrou não venha a executá-lo.

No caso de um acordo ser homologado mesmo havendo vícios, “poderão apelar da sentença homologatória, quando dela discordarem, litisconsortes, assistentes litisconsorciais ou o Ministério Público, ainda quando for apenas fiscal da ordem jurídica (CPC/1973, art. 499, caput; novo CPC, art. 996).”

Nessa mesma toada são as interessantes linhas bordadas por Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade:¹²⁸

“Mesmo não tendo sido parte no processo, o colegitimado que divergir do acordo também poderá refutá-lo. Poderá fazê-lo por meio do recurso de terceiro prejudicado (CPC/1973, art. 499, § 1.º; novo CPC, art. 996), ou por outras vias. Para insurgir-se, deverá verificar se o problema do título é de incompletude ou de vício insanável.

Sendo o título incompleto, nada obsta a que, em função do princípio da garantia mínima, se busque tão somente a complementação do título, seja por meio da celebração de um termo de compromisso de ajustamento (se o colegitimado for órgão público), seja mediante a propositura de uma nova ação. Mas, se o título for dotado de vício insanável, o colegitimado deverá ajuizar uma ação em face das partes do acordo visando a desconstituí-lo e substituí-lo por uma sentença condenatória.”

¹²⁶ Como traçado anteriormente, o sentido que deve ser interpretado aqui é de “ente público”, incluindo órgãos e instituições.

¹²⁷ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizados, 2015, p. 228.

¹²⁸ Ibidem

Importante ressaltar, finalmente, que a conciliação judicial é permitida atualmente em ações de improbidade administrativa, como reza o art. 17, § 1.º, da Lei 8.429/1992.¹²⁹

3.4. O papel do ministério público como parte e fiscal da ordem jurídica

É inegável o papel de destaque do Ministério Público no cenário dos processos coletivos *lato sensu*¹³⁰. A instituição possui papel fundamental em diversas ações que tratam do tema, como na LACP¹³¹, na LIA¹³², na AP¹³³ e no Mandado de Segurança Coletivo¹³⁴.

Deve-se ter em mente que “A atuação do Ministério Público em prol dos interesses que a Constituição e a lei lhe determinam proteger é, portanto, regida pelo princípio da obrigatoriedade.” É dessa obrigatoriedade que decorre:

“Quando atuando como custos legis, não compete ao Ministério Público a tutela do autor ou o réu, sejam eles quem forem, mas, simplesmente, a defesa dos interesses a que a instituição está constitucionalmente vinculada.

Intervindo como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público terá vista depois das partes, e será intimado de todos os atos do processo, podendo produzir provas e requerer medidas e diligências necessárias à apuração da verdade (CPC/1973, art. 83). Também poderá recorrer, como reconhece a Súmula 99 do STJ: “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte”. O art. 179, II, do CPC/2015 prevê também o direito de o MP recorrer.”¹³⁵

¹²⁹ Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

¹³⁰ Aproveito para transcrever as lapidadas palavras de Cassio Scarpinella Bueno, “Defendendo a ampla legitimidade do Ministério Público em tais casos é a segura lição de Nelson Nery Jr. e de Rosa Andrade Nery (Código de Processo Civil comentado, p. 264), que merece transcrição integral: “No entanto, o feixe de direitos individuais, ainda que disponíveis, que tenham origem comum, qualifica esses direitos como sendo individuais homogêneos (CDC 81 par. ún. III), dando ensejo à possibilidade de sua defesa poder ser realizada coletivamente em juízo (CDC 81 ‘caput’ par. ún. III). Essa ‘ação coletiva’ é deduzida no interesse público em obter-se sentença única, homogênea, com eficácia ‘erga omnes’ da coisa julgada (CDC 103 III), evitando-se decisões conflitantes. Por essa razão está o MP legitimado a propor em juízo a ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos (...)”. in BUENO, Cássio Scarpinella, 2010, p. 214-215.

¹³¹ Art. 129, III, da Constituição Federal da República e art. 5º, I, da Lei n. 7.347/1985.

¹³² § 4º do art. 17: O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

¹³³ De acordo com o § 4º do art. 6º da Lei n. 4.717/1965, “o Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores”

¹³⁴ REsp 869.843/RS, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 18.9.2007, DJ 15.10.2007, p. 243; REsp 781.974/SC, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 13.2.2007, DJ 9.4.2007, p. 229, e REsp 736.524/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 21.3.2006, DJ 3.4.2006, p. 256.

¹³⁵ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizados, 2015, p. 260.

Além disso, quando outra parte ajuizar a ação coletiva, no caso da LACP, e desistir, sem fundamento, da ação, é imperativo que o Ministério Público assuma o polo ativo, conforme (LACP, art. 5º, § 3º).

Didier e Zaneti trazem considerações sobre a atuação do Ministério Público nos acordos de ajustamento de conduta:¹³⁶

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

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

A obrigatoriedade do MP ultrapassa essa questão, “tomando conhecimento de que um termo de compromisso celebrado por outro colegitimado não está sendo executado, terá a obrigação de executá-lo”, apenas se faz parte de “suas funções institucionais zelar pelo interesse transindividual objeto do compromisso.”¹³⁷

Ainda, a falta de intimação para o *Parquet* atuar como *custos legis*, nas ações não ajuizadas por ele gera a nulidade no processo a partir do momento em que deveria ter sido feita a intimação, art. 279, do CPC. Contudo, sob o influxo de Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade trazem algumas ressalvas sobre esse último ponto:

“i) Desde que o órgão do Ministério Público tenha sido intimado, sua recusa justificada em intervir no processo não gera nulidade. Nesse sentido, em um caso em que a ação civil pública versava direitos individuais homogêneos disponíveis, decidiu o STJ que: “Intimado o Ministério Público na instância ordinária, que entendeu não ser caso de manifestação específica ante a ausência de relação de consumo, não há falar em nulidade decorrente da não intervenção do parquet”.

ii) Não haverá nulidade se, a despeito da não intimação do Ministério Público de primeiro grau, seu órgão de segunda instância foi intimado e se manifestou, sem

¹³⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil - v. 4: processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 320.

¹³⁷ No REsp 1.020.009/RN, 1.ª T., rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 06.03.2002, DJe 09.03.2012, definiu-se que apenas os órgãos públicos poderiam executar os compromissos de ajustamento de conduta.

invocar nulidade nem prejuízo, suprindo, assim, a ausência do órgão de primeiro grau. 548

iii) Só haverá nulidade no caso de prejuízo ao interesse que incumbia ao Ministério Público proteger. Se, de sua não intervenção no processo, não adveio nenhum prejuízo, não se há de invocar nulidade processual. 549A propósito: antes de decretar essa nulidade, o CPC/2015 preconiza a necessidade de que o juiz ouça previamente o MP acerca da existência ou não de prejuízo (art. 279, § 2.º).¹³⁸

Por último, o Ministério Público possui regulamentação sobre a sua atuação para transacionar em processos coletivos, o conhecido termo de ajustamento de conduta, tratado no tópico anterior. A Resolução 179/2017 do CNMP e delimita a atuação da instituição, como no seu §1º, do art 1º que traz:

“Não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados”

¹³⁸ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizados, 2015, p. 260.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou ampliar a compreensão sobre o processo coletivo e como funciona a autocomposição nesse sistema, ao expor sobre as diferentes espécies que formam sua configuração.

Verificou-se a existência de um verdadeiro microssistema, cujos elementos são harmônicos e buscam se complementar e se integrar. Assim, embora não haja um código de processo coletivo, há, sem dúvidas, um pequeno arranjo de lei que pode proporcionar a ferramenta para a tutela dos direitos de massa.

Considerando, então, a importância, diante da mudança na visão global individualista, percebeu-se que o que tínhamos no ordenamento jurídico brasileiro era ineficaz e ineficiente para proteger direitos que vão além da ótica do indivíduo.

Destarte, o processo civil brasileiro, precisou proporcionar meios para o alcance desse nobre fim. No contexto histórico da época, enquanto diversos doutrinadores debatiam a importância da independência jurídica de Portugal e um vistoso código civil e leis com um pensamento jurídico nativamente brasileiro, uns, anos mais adiante, já questionavam a importância de se resgatar um processo que transcenda os alicerces daquele tempo.

Inicialmente, intentou-se expor as raízes desse microssistema, oferecendo uma breve explanação do que se passava pelo contexto da época. Com uma busca doutrinária, restou evidente que se tratava de uma consequência de seu tempo, embora já houvesse pensadores além do seu tempo que buscavam debater temas importantes para a coletividade em um período que, no Brasil, ainda se comemorava a individualidade nua e crua.

Traçou-se, no primeiro capítulo, um nexo de influência entre as ações coletivas atuais brasileiras e referentes internacionais, como no caso romano e, no mais próximo do nosso sistema, no caso das *class actions*.

Além disso, o presente trabalho mostrou o avanço até os dias atuais, permeando as

nuances históricas, que não são em linhas retilíneas, mas foram construídas com trajetórias de altos e baixos. Concluindo, a promulgação da CF/88, a criação de novas leis e a ressurreição do tema nas academias culminou no cenário atual.

Ato contínuo, capítulo II, buscou-se dissecar melhor o que é o processo coletivo, como se dá o preenchimento do sistema, qual arcabouço jurídico temos para a tutela dos direitos que buscou-se proteger. Em diante, trouxe classificações das espécies e os direitos tutelados, contudo, em especial, debruçei-me no norte do plano coletivo, seus princípios.

O entendimento do autor até esse momento, basicamente, foi demonstrar de onde viemos, no primeiro capítulo, para que pudesse demonstrar, em sequência, para onde queremos ir, o que protegemos e como pretendemos tutelá-los.

Portanto, no capítulo III, a tentativa foi de lapidar o cerne do trabalho, a autocomposição no processo coletivo. Buscou-se apresentar uma alternativa à dogmática da lei forte e que apenas o Estado-Juiz pode proteger e desfazer conflitos. Considerando as mais diversas opções de pacificação de conflitos dispostas, é preciso dar mais atenção a esses novos meios.

Por conseguinte, evidenciou-se as espécies de autocomposição, quais direitos podem ser previstos nesses negócios jurídicos, bem como o termo de ajustamento de conduta, indiscutivelmente o negócio jurídico processual mais utilizado na prática e o papel do Ministério Público no cenário da autocomposição no processo coletivo.

Por fim, conclui-se do presente trabalho a evidente necessidade de ampliação das discussões referentes à autocomposição no processo coletivo para que as partes tenham mais poderes em transacionar e decidir sobre seus próprios direitos. Assim, é fundamental o aprimoramento dos órgãos públicos para proporem acordos, a divulgação das ações coletivas em andamento, o fechamento de acordos razoáveis que respeitem as diretrizes dos direitos coletivos ofendidos e o fomento pela cadeira do processo coletivo no ambiente acadêmico.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.
- AZEVEDO. Júlio Camargo de. **O microsistema de processo coletivo brasileiro: uma análise feita à luz das tendências codificadoras**. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/43/26>. Acesso em: 19/08/2021.
- BASTOS, Fabrício Rocha. **Interface entre o CPC15 e os Processos Coletivos**. 2018. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1183784/Fabricio_Rocha_Bastos.pdf>. Acesso em: 24/08/2021.
- BRASIL. **Lei de improbidade administrativa**, Lei nº 8.429 de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 25/08/2021.
- BRASIL. **Código Civil de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 17/08/2021.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**, Lei nº 8.078/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 25/08/2021.
- BRASIL. **Lei de Ação Civil Pública**, Lei nº 7.347/85. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 25/08/2021.
- BRASIL. **Lei de Ação Popular**, Lei nº 4.717/65. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 31/08/2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil : direito processual coletivo e direito processual público**. vol. 2, tomo III. São Paulo : Saraiva, 2010

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil - v. 4: processo coletivo**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

LIMA, André Canuto de F.. **A teoria dos princípios de Robert Alexy**. 2014.
Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/31472/a-teoria-dos-principios-de-robert-alexey/2>>. Acesso em: 24/08/2021.

MADRUGA, Marina Nogueira, GUIMARÃES FILHO, Rogério Raymundo . **OS DESAFIOS DO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO**. 2021. Disponível em:
<<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/desafios/article/view/10058>>. Acesso em: 24/08/2021.

OUANNOUS, Renan Mori. **AUTOCOMPOSIÇÃO NO PROCESSO COLETIVO: possibilidades e limitações**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 86, 2019. Disponível em:
<<https://revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/download/174/43>>. Acesso em: 31/08/2021.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo : dos direitos aos litígios coletivos**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.