

COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: ATUALIDADES E PERSPECTIVAS DE ACORDO COM O PROJETO DO NOVO CPC

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Pós-Doutor em Direito. Professor de Direito Processual. Civil na UERJ e na UNESA. Promotor de Justiça no Rio de Janeiro.

Trícia Navarro Xavier Cabral

Doutoranda em Direito Processual na UERJ. Mestre em Direito pela UFES. Juíza de Direito no Espírito Santo.

Resumo: O texto trata, num primeiro momento, do instituto do Compromisso de Ajustamento de Conduta, examinando sua definição, natureza jurídica, requisitos, legitimidade, alcance e consequências. Vistas as regras gerais, é estudada sua potencial utilização na atualidade e no Projeto de Lei de Ação Civil Pública rejeitado pelo Congresso Nacional. Por fim, são examinados os possíveis impactos resultantes do exame dos dispositivos do Projeto do Novo Código de Processo Civil.

Abstract: The paper intends to present the institute of the "Undertaking of Adjustment of Conduct" as it exists in Brazilian Law. It will be shown its definition, main characteristics and rules and its potential use according to Civil Public Law. Then, the paper examines the Project of Law number 5139/09, that was rejected by Brazilian Parliament, and the possible impacts of the Project of the new Civil Procedure Code.

Palavras-chave: compromisso. ajustamento. conduta. ação civil pública. novo CPC.

Key-words: undertaking of adjustment of conduct. civil public action. new civil procedure code.

Sumário: 1. Conceito e classificação. 2. Características e requisitos de validade. 3. Natureza jurídica. 4. Concessões no bojo do termo de ajustamento e vedações à sua fixação. 5. A redação do artigo 17, parágrafo 1º da Lei nº 8.429/92 e o posicionamento doutrinário. 6. Reflexões sobre o extinto Projeto da Lei da Ação Civil Pública. 7. Possíveis impactos com o Projeto do novo Código de Processo Civil. 7.1 Diretrizes do novo CPC. 7.2. Poderes do juiz no novo CPC. 7.3. Conciliação e mediação no âmbito dos direitos transindividuais. 7.4. Princípio da adaptação e mutabilidade do ajustamento de conduta. 8. Perspectivas e Expectativas. 9. Referências bibliográficas.

1. Conceito e classificação

Numa análise pontual do termo de ajustamento de conduta, compete-nos apresentar as modalidades de compromisso existentes.

Partimos, então, da definição deste instituto. Nesse diapasão, válida é a observação dos ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho¹: “Podemos, pois, conceituar o dito compromisso como sendo o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais”.

Passando à classificação do instituto ora em tela, convém ressaltar que, em sede doutrinária, é comum encontrarmos a subdivisão do termo de ajustamento de conduta em: compromisso extrajudicial e judicial, o último compreendido como o ajuste firmado pelo réu perante o juiz, no curso da ação civil pública.²

No tocante ao termo de ajustamento de conduta judicial, um aspecto peculiar é destacado por alguns autores. Entendem certos doutrinadores que, apesar de firmado perante o órgão jurisdicional, o instrumento sempre mantém seu caráter autônomo já que, segundo os mesmos, consistiria num título executivo extrajudicial *ex vi legis*.

Parcela doutrinária, contudo, sustenta que, uma vez celebrado em juízo, o termo de ajustamento de conduta adquire natureza de título executivo judicial com todas as particularidades a ele inerentes, muito embora possua a mesma finalidade visada pelo compromisso de ajustamento de conduta extrajudicial.³

Por fim, uma terceira corrente sustenta a possibilidade da conversão do compromisso extrajudicial em judicial. Para tanto, seria necessário distribuir o termo de

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigo*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.4.

² A classificação citada é sustentada por CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Idem*, p.7.

³ RODRIGUES, Geisa de Assis. Op. Cit, pp.234/236 e PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *A Transação no Curso da Ação Civil Pública*, artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, nº 16, outubro-dezembro, 1995, p.123.

compromisso extrajudicial a órgão judicial, que então o homologaria, dando-lhe a chancela de compromisso judicial.⁴

2. Características e requisitos de validade

São seis as características do termo de ajustamento de conduta comumente apontadas pela doutrina. Assim: a) dispensa testemunhas instrumentárias, bastando que conste no título a assinatura do compromitente e do compromissário; b) o título gerado é extrajudicial ; c) mesmo que verse apenas sobre ajustamento de conduta, passa a ensejar execução por obrigação de fazer ou não fazer; d) na parte em que comine sanção pecuniária, permite execução por quantia líquida em caso de descumprimento da obrigação de fazer⁵; e) mesmo que verse apenas acerca de obrigação de fazer, pode ser executado independentemente da prévia ação de conhecimento; f) é imprescritível.

Isto porque, o legislador preferiu não estabelecer prazo específico de prescrição para a ação civil pública e podia tê-lo feito, daí, frente os fundamentos do instituto e a singularidade da tutela coletiva, tem-se a imprescritibilidade do compromisso de ajustamento de conduta.

Passando à análise dos requisitos de validade do instituto ora em tela, necessário é subdividirmos o estudo em quatro diferentes aspectos, quais sejam subjetivos, objetivos, formais e temporais.

Os requisitos subjetivos referem-se às pessoas ou entes que podem fixar, regularmente, o termo de ajustamento de conduta. Assim, participam da fixação de tal compromisso o obrigado, ou seja, aquele que deve adequar sua conduta ao estipulado no termo e um dos órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública.⁶

⁴ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *A Proteção dos Direitos Difusos Através do Compromisso de Ajustamento de Conduta Previsto na Lei que Disciplina A Ação Civil Pública*, tese aprovada no 9º Congresso Nacional do Ministério Público, em Salvador, 1992. Ver livro de teses, tomo I, p.398-409.

⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro: Forense universitária, 2000, p. 643-644.

⁶ Conforme já expusemos, a doutrina não é pacífica acerca do uso dos substantivos compromitente e compromissário. Em que pese a divergência existente, ratificamos nosso entendimento no sentido de ser o último referente ao obrigado e o primeiro relativo ao órgão público envolvido. FARIAS, Bianca Oliveira. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Apontamentos sobre o Compromisso de Ajustamento de Conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública*. in MARTINS, Guilherme Magalhães. (Coordenador). *Temas de Direito do Consumidor*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 43-70.

Os requisitos objetivos referem-se ao conteúdo do compromisso de ajustamento de conduta. Isto porque, o termo não pode ter por objeto mera confissão de dívida, deve conter, também, a promessa de que certa conduta será adequada, por meio de ação ou omissão, ao disposto em lei.

Quanto aos requisitos formais, dispõe a doutrina inexistirem exigências expressas, como ocorre, de ordinário, em todos os atos administrativos⁷, salvo exceções expressas, como, por exemplo, as contidas no artigo 76-A da Lei 9605/98 e na Lei 8884/94.

Cumpra destacar que tal instrumento deverá ser sempre escrito em vernáculo e motivado.⁸

Além disso, deve o termo conter o prazo para cumprimento das obrigações, a identificação das partes signatárias, deve ser público e a obrigação cumprida deve estar prevista de forma clara, ou seja, deve ser líquida e certa.

Por fim, quanto aos requisitos de ordem temporal, ressaltamos que o termo de ajustamento de conduta produz seus efeitos a partir do momento em que é regularmente tomado pelo órgão legitimado e que não nos parece ser obrigatória a presença de cláusula prevendo o prazo de vigência do compromisso, desde que o termo preveja um prazo para o adimplemento das obrigações que fixou.

A razão para tal afirmação é bastante evidente, posto que, inexistindo previsão temporal para o cumprimento das obrigações estabelecidas, inegável será a tendência ao inadimplemento e, por conseguinte, o instituto tornar-se-á desprovido de qualquer eficácia⁹.

3 - Natureza Jurídica

⁷ Nos termos do artigo 22, da Lei 9.784/99, os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

⁸ É cabível, aqui, a aplicação analógica do artigo 21, parágrafo 1º, da lei 9784/99 que dispõe: “os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável”.

⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. FARIAS, Bianca Oliveira de. *O Compromisso de Ajustamento de Conduta no Direito Brasileiro e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública*, in Revista Eletrônica de Direito Processual, volume IV, 2009, p. 25-53, disponível em <http://www.redp.com.br>, acesso em 04/08/10.

Questão muito tormentosa é a relativa à natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta. Fala-se, comumente, em ser o compromisso de ajustamento de conduta:

- a) transação ou acordo
- b) reconhecimento jurídico do pedido
- c) negócio jurídico

Nesse diapasão, entendendo que o termo de ajustamento de conduta é um acordo, encontra-se Hugo Nigro Mazzilli¹⁰, ao argumento de que, hodiernamente, teria havido uma mitigação da indisponibilidade da ação pública.

Também Rodolfo de Camargo Mancuso¹¹ admite transação no curso da ação civil pública, ao argumento de que a indisponibilidade do objeto não é motivo suficiente para impedir o acordo judicial, quando o recomende o interesse público ou, ainda, a natureza do interesse metaindividual objetivado na ação. Para o autor, portanto, só não seria cabível transação na ação civil pública quando expressamente vedada, tal qual ocorre em matéria de improbidade administrativa (Lei 8429/92).

Em posição diversa, entendendo tratar-se de reconhecimento jurídico do pedido, assim entendido como o reconhecimento de uma obrigação legal a cumprir, destaca-se Paulo Cezar Pinheiro Carneiro¹². Afirma o autor ser inviável falar-se, na hipótese, em transação, uma vez que, como é cediço, não é possível transacionar-se com direitos por natureza indisponíveis, como se dá com relação aqueles que são passíveis de tutela por meio de ação civil pública. Corroborando esse entendimento, destaca-se José dos Santos Carvalho Filho¹³.

Manifestando-se no sentido de ser o instrumento ora analisado um negócio jurídico, merecem destaque as opiniões de Francisco Sampaio¹⁴ e de Geisa de Assis Rodrigues, cujas palavras ressaltamos para melhor compreensão do posicionamento

¹⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

¹² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Artigo suprarreferido.

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*

¹⁴ A opinião do autor é detalhadamente demonstrada em: SAMPAIO, Francisco José Marques. *Negócio jurídico e direitos difusos e coletivos*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

aqui explicitado: “É um negócio jurídico bilateral, um acordo, que tem apenas o efeito de acertar a conduta do obrigado às determinações legais.”¹⁵

A par do forte argumento apresentado pela doutrina, conforme demonstrado, no sentido da impossibilidade de transacionar-se com os direitos metaindividuais em virtude de sua indisponibilidade, parece-nos que esta vedação precisa ser temperada.

Como é cediço, o artigo 841 do Código Civil dispõe que somente direitos patrimoniais estão sujeitos à transação. Contudo, entendemos que os direitos difusos e coletivos, apesar de não possuírem caráter patrimonial, não podem se subordinar, de forma absoluta, ao disposto em tal preceito legal. Assim, tal norma deve ser vista com moderação, posto que cindível, na medida em que se permite ao Ministério Público discutir e estabelecer a melhor maneira para que se alcance a defesa do interesse coletivo tutelado.

Logicamente, isto não significa que é permitido ao *Parquet* renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, pois, se assim fosse, estaria o Ministério Público contrariando sua função institucional, insculpida no artigo 127 da Carta Magna.

Ademais, a prática evidencia que, sem se conceder ao compromissário vantagens, o instituto tornar-se-ia absolutamente ineficaz, pois não haveria qualquer razão para que o mesmo aceitasse a fixação do termo de ajustamento.

Portanto, não nos parece existir qualquer óbice para que haja, quando da realização do compromisso, acordo entre as partes quanto, por exemplo, ao prazo em que devem as obrigações estabelecidas serem cumpridas. O que não pode ocorrer, repita-se mais uma vez, é a prática de transação entre as partes no tocante à essência do direito material controvertido, já que a titularidade deste é conferida à coletividade.

É certo que o limite, por vezes, é tênue, mas a jurisprudência já vem entendendo que esse princípio, com aliás quase todos os outros, não são absolutos, e devem ser conjugados com os demais princípios constitucionais e analisados no caso concreto.

Veja-se, a título de ilustração, Acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 253-885-0/MG¹⁶, Rel. Min. Ellen Gracie, relativizando o Princípio da Indisponibilidade dos Bens Públicos, num contexto pós-positivista:

¹⁵ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Op. Cit.*, p.297.

¹⁶ Publicado no DJ 21.06.02. Acórdão disponível na íntegra no site <http://www.stf.jus.br>, acesso em 12.12.08.

“Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse”.

4 - Concessões no bojo do termo de ajustamento e vedações à sua fixação

Como é cediço, é vedada a prática de concessões no bojo do termo de ajustamento, pois este instrumento não se destina a proteger terceiro que não está agindo em consonância com as exigências legais.

Convém ressaltar, ainda, que o compromisso não pode implicar na renúncia a direitos, pois como já dissemos, sendo os mesmos pertencentes à coletividade, torna-se evidente o caráter de indisponibilidade dos mesmos.

Frisamos, uma vez mais, que pequenas concessões relativas à forma e ao prazo para cumprimento das obrigações fixadas no termo, parecem-nos perfeitamente possíveis, posto que não implicam em transação acerca do direito material controvertido, mas em pequenos benefícios que, não só em nada comprometem a indisponibilidade do direito em questão, como ainda viabilizam a formação do ajuste e, conseqüentemente, a reparação dos danos ocorridos e a tutela do interesse coletivo.

Igualmente, em situações nas quais é impossível o retorno ao estado anterior ao processo (estado do bem antes da ocorrência da lesão), será necessário buscar uma solução alternativa, algo como o “resultado prático equivalente”, previsto no artigo 461, § 5º do C.P.C..

Nesses casos, é inegável que haverá certa dose de discricionariedade na busca e na escolha de tal alternativa, o que levará à negociação de cláusulas específicas e questões concretas quanto ao adimplemento das obrigações pactuadas.

Passando à análise das vedações à fixação do termo de ajustamento, são basicamente, três as hipóteses em que tal compromisso não poderá ser firmado, ou poderá ser fixado desde que não possua determinadas cláusulas (algumas das quais já tivemos a oportunidade de analisar).

1- Não pode o termo de ajustamento fixar cláusulas impedindo o acesso dos lesados à jurisdição. Como já dissemos, mesmo com o estabelecimento de compromisso de ajustamento de conduta, aquele que se sentir individualmente lesado poderá recorrer ao Judiciário buscando seu particular ressarcimento.

2- Não pode o termo incluir renúncia a direitos materiais de que não são titulares os órgãos públicos legitimados, mas sim a coletividade.

3- Não pode ocorrer, da mesma forma, transação quanto ao objeto material do litígio, pois não têm os legitimados à ação civil pública disponibilidade sobre o direito material controvertido.

5 - A redação do artigo 17, parágrafo 1º da Lei nº 8.429/92 e o posicionamento doutrinário

O artigo 17, parágrafo 1º da Lei de Improbidade Administrativa assim dispõe: “*É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput*”.

Numa primeira leitura, parece bastante claro que não há espaço para o termo de ajustamento de conduta no âmbito da Lei. Independentemente da natureza que se queira emprestar ao Compromisso, a vedação do dispositivo parece absoluta.

Contudo, tal comando passou a atrair a atenção de diversos autores nacionais que divergem acerca de seu alcance e extensão. Passemos, agora, a examinar as principais manifestações doutrinárias acerca do tema, para que se possa ter uma idéia da divergência.

Wallace Paiva Martins Junior¹⁷ afirma que “*o interesse público traduzido na repressão construída da improbidade administrativa pela respectiva lei comentada não tolera concessões mútuas ou alguma disposição do interesse*”.

Contudo, reconhece que, *de lege ferenda*, será útil e mais eficiente a mitigação do princípio da indisponibilidade, para a adoção do instituto da “delação premiada”, favorecendo co-autores, beneficiários ou cúmplices que espontaneamente denunciassessem os mentores e principais autores do fato.

¹⁷ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*, 2ª edição, Saraiva, São Paulo: 2002, p. 362-363.

Fábio Medina Osório¹⁸ afirma que a Lei nº 8.429/92 equipara-se a um Código Geral de conduta dos agentes públicos. No entanto, reconhece que a Lei está em crise, fruto de um fenômeno global, que atinge as instituições fiscalizadoras.

A dificuldade de se admitir um acordo *lato sensu* envolvendo interesse público nos remete a própria dificuldade de se compreender os limites e a flexibilidade de tais interesses.

Como bem ressalta Maria Goretti Dal Bosco¹⁹, a expressão interesse público "*pode tomar diferentes matizes, conforme a época e as circunstâncias, como ocorre com outros vocábulos utilizados no Direito Administrativo*".

Prossegue a autora dizendo que o sentido do interesse público veio com o surgimento do Estado, a partir da "*transferência das responsabilidades sobre a proteção e provimento do grupo social dos seres individuais para uma ficção criada pelo Direito, uma personalidade jurídica que é a expressão jurídica da coletividade que representa*".

Dessa forma, finaliza, "*interesse público é dessas expressões cercadas de uma indeterminação que impede a fixação de um conceito objetivo e final. Está entre aquelas a que os autores chamam de conceitos jurídicos indeterminados*".

Geisa de Assis Rodrigues²⁰, com a habitual clareza, assim leciona:

"O ato de improbidade pode ensejar a incidência das seguintes sanções: reparação do dano ao erário, perda da função pública, multa, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, perda dos bens advindos do enriquecimento ilícito. Seria possível que o ajustamento de conduta versasse sobre uma dessas penas? Embora à primeira vista, a abrangência do artigo 17 possa impor uma resposta negativa a esta pergunta, consideramos que, se houver, no caso concreto, a disposição de se reparar integralmente o dano ao Erário Público por parte do agente que cometeu o ato de improbidade, ainda em sede extrajudicial, não podemos, sob pena de violar os princípios que se aplicam à tutela extrajudicial, impossibilitar simplesmente a celebração do ajuste. Este, tendo eficácia executiva, será mais um importante meio de defesa do patrimônio público. As demais

¹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa, Revista dos Tribunais, São Paulo: 2007, p. 197.

¹⁹ DAL BOSCO, Maria Goretti. Responsabilidade do Agente Público por Ato de Improbidade, Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2004, p. 13.

²⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática, 2ª edição, Forense, Rio de Janeiro: 2006, p. 184-185.

sanções, no entanto, a evidência, estão fora da possibilidade de acordo ou negociação. É bom que se frise que o compromissário poderá ser sancionado pela lei de improbidade, ainda que repare integralmente o dano ao Erário".

Roberto Senise Lisboa²¹ também admite tutelar o patrimônio público no ajuste de conduta desde que não seja caso das sanções de improbidade administrativa.

Marino Pazzaglini Filho²² afirma que a vedação do artigo 17 § 1º é expressa e enfatiza que caso fosse permitida, inviabilizaria a persecução civil, frustrando as demais sanções previstas na Lei. No entanto, admite com única exceção a hipótese em que se postula apenas a restituição integral ao erário do acréscimo indevido.

Finalmente, Emerson Garcia e Rogério Pacheco²³, em obra que é referência nacional no tema improbidade administrativa, fazem uma ressalva imprescindível para a correta compreensão do problema.

Sustentam que o desejo do legislador foi proibir a celebração de termos de ajustamento de conduta, em matéria de improbidade, de modo a que se afastasse o ajuizamento da ação em busca da aplicação das sanções previstas no art. 12.

Por outro lado, *“não vedou o legislador, no entanto, que se acordasse quanto às condições, o prazo e o modo de reparação do dano causado ao erário ou mesmo quanto à perda da vantagem ilicitamente obtida pelo agente ”.*

Nesse passo, o que for acordado entre o agente e o órgão legitimado quanto à reparação integral do dano (condições, prazo e modo) não impedirá o ajuizamento da ação civil para a aplicação das sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Contudo, *“a celebração do ajuste deve ser considerada pelo magistrado por ocasião da dosimetria das referidas sanções civis, atuando a integral reparação do dano ou a reversão da vantagem ilicitamente obtida como verdadeira circunstância atenuante no campo da ação por improbidade administrativa”.*

²¹ LISBOA, Roberto Senise. Contratos Difusos e Coletivos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 203.

²² PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, p. 214.

²³ GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 595-597.

Os autores concordam que, dentro desta perspectiva o ajustamento de conduta não será muito atrativo ao réu. No entanto, vislumbram uma potencial aplicação do TAC em caráter preventivo e em se tratando de obrigação de fazer.

Como se pode perceber, a doutrina brasileira vem adotando postura conservadora, não ousando questionar a redação do referido artigo 17, parágrafo 1º, quer pela adoção de uma acomodada interpretação literal, quer pelo fundado receio de que a abertura da via consensual em sede de improbidade administrativa venha a significar a tredestinação do ato, abrindo-se uma inconveniente porta para outros e mais graves atos de improbidade administrativa, justamente no procedimento que tinha como objetivo sancionar tal conduta.

6. Reflexões sobre o extinto Projeto da Lei da Ação Civil Pública

A história recente do direito brasileiro viu surgir uma enorme gama de iniciativas legislativas no sentido de se codificar o processo coletivo.

Grupos de pesquisa foram criados em diversas Universidades com a ambiciosa intenção de criar um *Codex*. As iniciativas não prosperaram, mas vale a pena fazer o registro do empenho de seus mentores.

O Projeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos²⁴, apresentado ao Ministério da Justiça em janeiro de 2007, e que acabou por ser arquivado em janeiro de 2009, apresentava a seguinte definição para o compromisso:

Art. 21. Do termo de ajustamento de conduta. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico protegido, o Ministério Público e os órgãos públicos legitimados, agindo com critérios de equilíbrio e imparcialidade, poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta à lei, mediante fixação de modalidades e prazos para o cumprimento das obrigações assumidas e de multas por seu descumprimento.

Prosseguindo, no artigo 25, parágrafo 3º determinava que “*preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação*”.

²⁴ Disponível no sítio do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, em <http://www.direitoprocessual.org.br>, acesso em 20 de novembro de 2009.

O Projeto, após intensos debates, acabou arquivado e cedeu lugar a uma proposta de Lei mais modesta, ou seja, ao invés de se propor a criação de um “Código”, seria feita uma sugestão para uma Lei regulamentando as ações civis públicas.

Em fevereiro de 2009, foi apresentado o Projeto de Lei nº 5.139/09, que consistia numa versão sistematizada²⁵ do chamado “Sistema Único de Ações Coletivas Brasileiras”, com as seguintes disposições acerca do Compromisso e de formas de composição em sede de direitos transindividuais:

Art. 19. Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º. O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão.

§ 2º. A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, tendo por finalidade exclusiva orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3º. Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 4º. Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

Este novo Projeto apresentava, em primeiro lugar, uma hipótese de transação, não esclarecendo, contudo, qual sua extensão, e ressalvava, no parágrafo terceiro, que em caso de direito indisponível, as partes poderiam pactuar apenas quanto ao modo de cumprimento da obrigação.

Esse dispositivo causava certa perplexidade, pois parece contribuir para criar mais uma discussão infundável em sede de ação civil pública, na medida em que não há parâmetros claros que apontem para a disponibilidade ou não do direito.

Interessante, porém ineficaz, a disposição acerca dos meios alternativos de solução de conflitos. A matéria ainda é incipiente no ordenamento brasileiro e não há números expressivos nem mesmo nos conflitos individuais versando sobre direitos

²⁵ Disponível em nosso blog, em <http://humbertodalla.blogspot.com>, acesso em 08 de novembro de 2009.

disponíveis, quanto mais em sede de direitos coletivos²⁶.

De qualquer forma, a avaliação neutra de terceiro, que também se pretendia inserir no Projeto de Lei sobre mediação²⁷, é instrumento de inspiração e traço cultural norte-americano, que consideramos inadequado ao direito brasileiro, sobretudo porque acabará por gerar delongas no já sobrecarregado procedimento coletivo, afrontando o Princípio da Tempestividade Jurisdicional.

Como temos tido a oportunidade de nos manifestar, entendemos que os meios alternativos devem ser intensamente motivados como forma de exclusão do processo; em outras palavras, devem ser tentados, exaustivamente, antes do início da relação processual.

Paralisar a demanda para, só aí, tentar a solução alternativa é contraproducente e desnecessário, pois as partes podem fazer as tratativas ou negociações fora dos autos e, após, simplesmente comunicar ao juízo para fins de homologação.

Frisamos para que fique clara nossa posição. Somos entusiastas dos meios alternativos; contudo, estamos em que eles devem ser utilizados fartamente antes da provocação da via jurisdicional. A utilização incidental deve ser a exceção e não a regra.

Prosseguindo, no artigo 27, § 6º havia a seguinte redação:

§ 6º. Se for no interesse do grupo titular do direito, as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, propondo nesse caso ação individual no prazo de um ano, contado da efetiva comunicação do trânsito em julgado da sentença homologatória, observado o disposto no parágrafo único do art. 13.

Trata-se de regra inovadora, porém ainda imperfeita. Quer nos parecer que não basta a oitiva do Ministério Público. Ou melhor dizendo: a simples oitiva de nada adianta na prática. A norma teria mais sentido se dispusesse “*após a concordância do Ministério Público*”, já que, pela inteligência do artigo 127, *caput*, da Carta de 1988, foi o *Parquet* o órgão escolhido pelo legislador constitucional para tutelar os interesses

²⁶ É bem verdade que o Projeto do Código de Processo Civil (PLS nº 166/10) trata da conciliação e da mediação nos artigos 144 a 154, na versão do Substitutivo apresentado pelo Sen. Valter Pereira, em novembro de 2010. Maiores informações podem ser obtidas em <http://humbertodalla.blogspot.com>. Ademais, recentemente, o CNJ editou a Resolução nº 125/10 que trata da matéria e que pode ser obtida em <http://www.cnj.jus.br>.

²⁷ Projeto de Lei nº 4.827/98, arquivado na Câmara dos Deputados. Este instituto não foi reproduzido no Projeto do CPC.

transindividuais.

Quer nos parecer que, numa leitura teleológica da norma, ante a física impossibilidade de ouvir todos os interessados, deve optar o legislador por eleger uma instituição que deve se manifestar em nome de todos.

Finalmente, o T.A.C. vinha tratado nos artigos 49 a 52, que não apresentavam grandes distinções quanto ao modelo atual, salvo pela opção expressa de atribuir-lhe a natureza jurídica de “transação”, embora limitada aos parâmetros de modalidades e prazos para cumprimento, ressaltando-se expressamente a possibilidade de homologação judicial, mesmo quando tomado no curso do procedimento administrativo.

Algumas posições que já vinham recebendo ampla acolhida na doutrina foram contempladas no Projeto, como a possibilidade do lesado obter cópia do TAC para viabilizar sua demanda individual, ou mesmo liquidar e executar a parcela que lhe cabe, após sentença condenatória nos autos da ação coletiva.

Também se assegurava a possibilidade de co-legitimado ajuizar execução com base no TAC, o que reforça a tese da legitimidade institucional (autônoma e disjuntiva) para as demandas coletivas.

O Projeto apresentado pelo Ministério da Justiça foi encaminhado à Casa Civil da Presidência da República, onde sofreu inúmeras alterações, sendo, a partir daí, remetido à Câmara dos Deputados. Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, foi escolhido como Relator o Deputado Antonio Carlos Biscaia, que após realizar inúmeras audiências com os mais diversos órgãos da sociedade, acolheu algumas sugestões apresentadas no sentido de tornar sem efeito as modificações impostas pela Casa Civil, bem como aperfeiçoar a redação.

Após uma tramitação rápida, não obstante a apresentação de diversas emendas, foram feitas modificações no capítulo do TAC..

Nota-se que houve a substituição do termo “transação” pelo termo “acordo” numa alusão clara à indisponibilidade do direito coletivo. Reforçou-se também a posição do Ministério Público e foram tornados mais claros alguns pontos, mediante a intervenção do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça.

Transcrevemos abaixo a redação dos dispositivos. A versão integral encontra-se disponível em nosso blog²⁸.

²⁸ Conferir em <http://humbertodalla.blogspot.com>, acesso em 09 de dezembro de 2009.

Art. 19. Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores.

§1º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da ação e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão.

§2º A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, tendo por finalidade exclusiva orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§3º Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão ajustar-se sobre o modo de cumprimento da obrigação ou sobre garantias mínimas em favor da coletividade lesada.

§4º Obtido o acordo, será esse homologado por sentença, que constituirá título executivo judicial. (...)

Art. 27. Em razão da gravidade do dano coletivo e da relevância do bem jurídico tutelado e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no compromisso de ajustamento de conduta ou na sentença. (...)

§6º Se for no interesse do grupo titular do direito, as partes poderão acordar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com o acordo, propondo nesse caso ação individual no prazo de 1 (um) ano, contado da efetiva comunicação do trânsito em julgado da sentença homologatória, observado o disposto no parágrafo único do art. 13.

De se registrar que ficava claro, também nessa nova redação do Projeto de Lei nº 5.139/09, que a nomenclatura “compromisso de ajustamento de conduta” ficaria reservada para o “acordo” firmado pré-judicialmente, embora ficasse sempre em aberto a possibilidade de sua “judicialização” para que o instrumento pudesse se beneficiar do regime do cumprimento de sentença, na hipótese de seu descumprimento.

Eis os dispositivos referentes ao Compromisso na última versão disponível do Projeto:

CAPÍTULO VIII
DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E
DO INQUÉRITO CIVIL

Art. 48. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às

exigências legais, mediante a fixação de deveres e obrigações, com as respectivas multas devidas no caso do descumprimento.

Art. 49. O valor da cominação pecuniária deverá ser suficiente e necessário para coibir o descumprimento da medida pactuada.

Parágrafo único. A cominação poderá ser executada imediatamente, sem prejuízo da execução específica.

Art. 50. O compromisso de ajustamento de conduta terá eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de sua homologação judicial, hipótese em que terá eficácia de título executivo judicial.

Parágrafo único. Quando o compromisso de ajustamento de conduta versar sobre bem indisponível, poderão ser estipuladas regras quanto ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas.

Art. 51. A execução coletiva das obrigações fixadas no compromisso de ajustamento de conduta será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na pessoa jurídica de direito privado, quando necessária.

§1º Quando o compromisso de ajustamento de conduta contiver obrigações de naturezas diversas, poderá ser ajuizada uma ação coletiva de execução para cada uma das obrigações, sendo as demais apensadas aos autos da primeira execução proposta.

§2º Nas hipóteses do §1º, as execuções coletivas propostas posteriormente poderão ser instruídas com cópias do compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, declaradas autênticas pelo órgão do Ministério Público, da Defensoria Pública ou pelo procurador do credor coletivo.

§3º Qualquer um dos colegitimados à defesa judicial dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos poderá propor a ação de liquidação e execução do compromisso de ajustamento de conduta, mesmo que tomado por outro colegitimado.

§4º Quando o ajustamento abranger direitos ou interesses individuais homogêneos, o indivíduo diretamente interessado poderá solicitar cópia do termo de compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, para a propositura da respectiva ação individual de liquidação ou de execução.

§5º Nos casos do §4º, o indivíduo interessado poderá optar por propor a ação individual de liquidação ou de execução do compromisso de ajustamento de conduta no foro do seu domicílio ou onde se encontrem bens do devedor.

Não obstante todo o trabalho desenvolvido pela Comissão constituída pelo Ministério da Justiça, em março de 2010, a comunidade acadêmica foi surpreendida

pela notícia de que o Projeto havia sido rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal, num placar que registrou 17 votos contrários e 14 a favor.

Quer nos parecer que alguns dispositivos do Projeto foram mal compreendidos e que houve excesso de zelo por setores do empresariado que se articularam contra a iniciativa legislativa. De qualquer sorte, foi interposto recurso desta decisão da CCJ, até mesmo porque o P.L. 5.139/09 é parte integrante do II Pacto Republicano e sua aprovação é vital para o aperfeiçoamento do sistema brasileiro das ações coletivas.

Resta-nos, agora, aguardar pelo desfecho do procedimento legislativo, estimando que prevaleça a versão apresentada pelo Dep. Biscaia, fruto de longo e salutar debate entre integrantes de todas as esferas da comunidade jurídica nacional, a fim de que possa ser editada, enfim, a nova Lei Geral da Ação Civil Pública.

Porém, passados quase dez meses, nenhuma notícia foi dada acerca do referido recurso, e a questão parece ter caído no esquecimento com a apresentação do PLS 166/10 (Novo Código de Processo Civil).

No próximo item, trataremos da potencial influência deste Projeto no compromisso de ajustamento de conduta, diante da rejeição do P.L. 5.139/09.

7- Possíveis impactos com o Projeto do novo Código de Processo Civil.

A multiplicação das relações sociais e a diversidade dos conflitos fazem com que o direito tenha de estar sempre atento à sua capacidade de prever a situação fática e esteja apto a solucionar eventual controvérsia estabelecida na sociedade. Esse dinamismo da vida e dos relacionamentos afeta todos os ramos do direito, sendo que com o processo não poderia ser diferente. Em razão disso, as técnicas processuais passam por importantes aprimoramentos normativos, doutrinários e jurisprudenciais, visando alcançar a adequada e justa prestação da tutela jurisdicional.

Trata-se, na verdade, do desdobramento das alterações ideológicas sofridas no nosso Estado Democrático de Direito e seus reflexos no campo do processo. Esse novo modelo de Estado fez com que vários institutos processuais precisassem ser revisitados e reavaliados, para se adaptarem às exigências e às necessidades que hoje estão presentes na disciplina processual.

Dessa forma, é inegável que existe forte influência ideológica no sistema processual. A ideologia que predomina nos ordenamentos constitucionais atuais é a que indica que os direitos fundamentais, além de arrolados, devem ser efetivados.

De plano e com acerto, Zaneti Jr. aponta a necessidade de compatibilização de dois valores fundamentais trazidos pela Constituição Cidadã: a efetividade, diretamente ligada à realização plena dos direitos fundamentais; e a previsibilidade, relacionada com o princípio da segurança jurídica, que é garantia dos cidadãos na defesa dos possíveis arbítrios do poder Estatal. Esses valores, unidos e corretamente observados, agregados ao valor democracia, ensejam o real fundamento do Estado Democrático de Direito, ou seja, a possibilidade de um debate público onde as partes conhecem as regras utilizadas de antemão.²⁹

A efetividade surge da influência dos direitos fundamentais com sua consequente necessidade de realização, devendo ser entendida como o direito a um processo em tempo hábil e como busca da perfeita congruência entre o que foi pedido - o direito afirmado de lesão ou ameaça -, e o que é obtido no processo, tutela específica.³⁰ Já a segurança jurídica está ligada à “qualidade da lei e previsibilidade”³¹, “aferível no caso concreto, que protege do arbítrio estatal, do abuso do processo, quer individual, quer coletivo”.³²

Ressalte-se, ainda, que os valores da efetividade e da segurança jurídica se aplicam por ponderação, jamais se anulando. Não bastasse, a busca pela efetividade tem preponderado sobre o valor da segurança nas últimas reformas processuais. Com efeito, o processo, para ingressar nessa ideologia constitucional, precisa resgatar o seu caráter instrumental de promoção do direito material.

Por fim, a democracia consiste no valor instrumental decorrente do Estado Democrático de Direito “[...] que representa a necessária observância do procedimento em contraditório entre os sujeitos da relação processual, como instância controlável pela sociedade [...]”.³³ Sobre o tema, Eduardo Cambi traz a subdivisão de democracia formal (representativa) e democracia substancial (conteúdos mínimos do Estado Democrático

²⁹ ZANETI JR, Hermes. *Processo constitucional: relação entre processo e Constituição*. In: Revista da Ajuris, ano XXXI, n.º 94, junho-2004, p. 128.

³⁰ *Ibid.*, p. 128.

³¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. In: *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, n. 137, p. 7-31, jul. 2006.

³² ZANETI JR, op. cit., p. 128.

³³ *Ibid.*, p. 127.

de Direito, *v.g.*, soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana), para concluir que: “Em síntese, não há democracia, em sentido substancial, sem a efetivação dos direitos fundamentais.”³⁴

Além dos três itens supracitados, a motivação das decisões atua como uma forma de limite e controle do decisionismo e da arbitrariedade. Assim, tem-se a “[...] motivação como atividade legitimadora da justiça perante a sociedade civil.”³⁵

Como se observa, tanto a força normativa da Constituição quanto o seu conteúdo ideológico devem ser aplicados ao direito processual. Isso porque a mudança de valores ideológicos inseridos no texto constitucional refletiu e alterou o panorama de todo ordenamento jurídico (ordem jurídico-constitucional) e, conseqüentemente, o próprio conceito e finalidade do processo, a fim de atender aos reclames sociais elevados a nível constitucional. Assim sendo, o processo foi afetado pelo fenômeno da constitucionalização do direito infraconstitucional.³⁶

Há de se considerar, ainda, que o direito processual possui uma carga valorativa própria, cujos contornos devem ser identificados, seja para que o processo cumpra a sua finalidade, seja para que se aqueles possam servir de parâmetro aos impasses processuais.

Importante salientar, outrossim, que o processo moderno deve ser visto como técnica idônea para o objeto da garantia do direito substantivo, mas agora sob a ótica constitucional, que trouxe significativas mudanças internas, para passar a reconhecer o processo como direito fundamental, e também mudanças externas, conferindo ao instituto a responsabilidade de fazer valer os ideais constitucionais, possuindo na cláusula do devido processo legal sua expressão mais completa.³⁷

Dessa forma, a influência valorativa que a Constituição exerce sobre o direito processual, faz como que ele represente um poderoso instrumento de solução de

³⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. In: FUX, Luiz & NERY JR., Nelson. *Processo e Constituição*. São Paulo: RT, 2006, p. 666-667.

³⁵ ZANETI JR, op. cit., p. 128.

³⁶ CAMBI, op. cit., p. 672.

³⁷ “Nesses termos, portanto, é que não se trata simplesmente de uma relação, Constituição, por um lado, processo, por outro, mas sim a construção de uma compreensão procedimentalista da Constituição como processo, como institucionalização jurídica de condições procedimentais que garantam o exercício democrático das autonomias pública e privada dos cidadãos.”. (OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. Da constitucionalização do processo à procedimentalização da Constituição: uma reflexão no marco da teoria discursiva do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 547).

conflitos, cuja consequência imediata é a pacificação social. Nesse passo, o desafio passou a consistir na aplicação de uma mudança ideológica e de mentalidade por parte dos aplicadores do direito, a fim de que a teoria e a prática se complementem quando solicitadas para a solução do caso concreto, proporcionando ao jurisdicionado a proteção do seu direito.³⁸

Sob essas premissas, o processo teve sua própria estrutura reformulada, fazendo com que ganhasse um papel principal - tal qual o direito substancial -, quando da prestação da tutela jurisdicional.³⁹ Nessa evolução, o direito processual também passou a ter uma relação muito íntima com o direito material, a fim de que esse sincretismo garantisse a prestação de uma tutela jurisdicional adequada.

O Projeto 166/2010 que reformula o Código de Processo Civil vem sistematizar e exprimir as inúmeras evoluções legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias que ocorreram no nosso ordenamento desde 1973 e que modificaram os paradigmas processuais até então considerados. Sendo assim, a necessidade de um novo diploma se justifica⁴⁰, seja pelo tempo decorrido desde a entrada em vigor do Código vigente⁴¹, seja pela necessidade de adequar as técnicas processuais à nova ideologia prevista na Constituição de 1988.

7.1 - Diretrizes do novo CPC

³⁸ “Uma consequência natural do fenômeno consistiu no fato de que os processualistas brasileiros foram levados, mais que anteriormente, a examinar ou reexaminar problemas do processo – tanto civil quanto penal – à luz das diretrizes contidas na Constituição. Grande parte da literatura processual contemporânea revela a impregnação de valores constitucionais, a que se passou dar maior peso na interpretação dos textos processuais.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. (Coord.). *Estudos de direito processual constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 47-48).

³⁹ Sobre a interdependência entre o direito material e o direito processual e suas consequências: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 189-192.

⁴⁰ Em sentido contrário, ver: MARINONI, Guilherme Luiz; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 55-60.

⁴¹ LOPES, João Batista; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. Novo código de processo civil e efetividade da jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, n. 188. p. 163-174, outubro. 2010, p. 172.

Grande parte do desprestígio do Poder Judiciário é atribuída à falta de prontidão e celeridade da justiça brasileira, levando à descrença e à insatisfação dos que dela necessitam, tornando-se, por isso, uma justiça denegada e ultrapassada.

Em vista disso, os desafios da Comissão de Reforma do Código de Processo Civil destinada a elaborar um novo ordenamento processual, foram justamente resgatar a imagem do Judiciário, a satisfação dos jurisdicionados e, acima de tudo, o aprimoramento das técnicas processuais de acordo com os valores constitucionais, permitindo a entrega de uma prestação jurisdicional compatível com os novos direitos e através de mecanismos cada vez mais eficientes.

Portanto, o objetivo da Comissão foi resolver o problema da morosidade da justiça e legitimar a solução processual que se colocou à disposição para tutelar o direito reclamado, atendendo-se às diversas necessidades sociais.

Ademais, a simplificação e a organização do sistema foram metas seguidas no intento de melhorar o Código de Processo Civil, conferindo um maior rendimento possível a cada processo, dando instrumentos para que o juiz profira decisões mais adequadas à causa e ainda reduzindo algumas complexidades desnecessárias.

Não bastasse, a Comissão tentou a harmonização entre os princípios constitucionais da segurança jurídica e o da efetividade.

Por fim, o Projeto 166/2010 novo CPC também inova ao trazer logo no seu início, 12 artigos destinados aos princípios e garantias processuais do processo civil, exteriorizando, assim, as premissas basilares que devem pautar o direito processual, todos, obviamente, frutos da ideologia constitucional que refletiu sobre a matéria.

7.2 - Poderes do juiz no novo CPC

O incremento dos poderes do juiz é alvo de calorosos debates jurídicos desde o início do século passado, em que pese sua origem remonte ao direito canônico do século XI, tendo passado por diversas fases, até chegar ao estágio atual.⁴² Com a queda do Estado Liberal individualista do século XIX e o início do Estado Social, o panorama jurídico até então existente alterou-se completamente e exigiu do Estado o abandono de

⁴² Sobre a evolução dos poderes do juiz, ver: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006, p. 38-48.

sua inércia frente às relações jurídicas, para iniciar uma era em que se exercem maiores ingerências estatais como forma de oferecer maior proteção aos cidadãos.

Não obstante, verifica-se que, ao longo do século XX, o ordenamento jurídico pátrio sofreu relevantes mutações valorativas, acompanhando as tendências mundiais. Criaram-se então novas perspectivas jurídicas, principalmente após a remodelação a que o Estado de Direito foi submetido, ao abandonar a antiga concepção liberal, para adotar uma postura mais intervencionista, atendendo-se ao que se denomina de Estado Social. Posteriormente, essa postura foi qualificada pela adoção de elementos e ideais substanciais da democracia – supremacia da vontade do povo, preservação da liberdade e da igualdade –, definindo a idéia atual de Estado Democrático.⁴³

Nesse mister, a figura do juiz como legítimo representante estatal se revelou fundamental, já que possui o importante papel de pacificar os conflitos sociais. Sua participação no processo como mero espectador cedeu lugar a uma conduta mais enérgica, imprimindo maior diligência e controle no desenrolar das disputas judiciais, assegurando aos jurisdicionados um processo mais igualitário, justo e tempestivo⁴⁴, distribuindo justiça a quem efetivamente a merece, e não a quem possui mais condições financeiras ou sociais de obtê-la.

Historicamente, no campo legislativo, consideráveis avanços dos poderes processuais do juiz foram observados por ocasião do Regulamento 737 que, infelizmente, não foi acompanhado pelos Códigos Estaduais que lhe sobrevieram. Ainda assim, havia quem admitisse a existência desses poderes, quando relacionados à instrução.⁴⁵ Já doutrinariamente, o ataque ao imobilismo judicial no Brasil iniciou-se em 1922-1924, com as idéias de Alexandre Gusmão – inspiradas nas legislações alemã, austríaca e húngara –, “para quem a iniciativa instrutória conferida ao juiz já não satisfazia aos legítimos reclamos e exigências da ciência processual de então”.⁴⁶

⁴³ “A idéia moderna de um Estado Democrático tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 145).

⁴⁴ Sobre o papel ativo no juiz na “aceleração do processo”, ver: BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 7, n. 27, p. 186-189, jul./set. 1982.

⁴⁵ Era o caso do Código de Processo Civil do Distrito Federal e do Código de Processo Civil e Comercial Paulista (AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 46).

⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 75.

Todos esses fenômenos que atingiram o ordenamento jurídico e refletiram na postura do juiz⁴⁷ e no processo iniciando-se um movimento de publicização⁴⁸, em que a liberdade antes concedida aos litigantes dentro do processo cedeu espaço às intensas intervenções estatais, retirando-se do campo de disponibilidade das partes a forma, o ritmo e o impulso do processo, que passaram a ser controlados pelo Estado – na pessoa do juiz –, como guardião do interesse público envolvido.

Além disso, visando aprimorar os mecanismos de entrega da tutela jurisdicional, foi necessária a implementação de algumas técnicas processuais. Uma delas refere-se aos poderes conferidos ao juiz na condução do processo, bem como a sua iniciativa no campo probatório. Afasta-se, pois, a neutralidade⁴⁹ do magistrado – antes reduzido a mero espectador, que deixava que o fluxo do processo fosse guiado pelos litigantes –, para dar ensejo a um juiz ativo, que dirige o processo de modo que ele sirva ao direito material, alcançando seu propósito de justiça, e não seja objeto de manipulação pela parte jurídica, econômica ou socialmente mais forte.

A questão não é pacífica e, no processo civil, a discussão se torna ainda mais ardente, tendo em vista que a disciplina consagra o princípio dispositivo, que prestigia os atos de disposição das partes praticados dentro do processo. Além disso, o tema é amplamente debatido na doutrina nacional⁵⁰ e estrangeira⁵¹, existindo consistentes posicionamentos favoráveis e contrários à tese. Percebe-se, pois, que o poder do juiz é muito bem assimilado quando estão em jogo os modelos acusatório ou inquisitivo, em que há a prevalência do interesse público justificador de uma postura mais atuante do

⁴⁷ “A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislativo ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 13, p. 71-91, 2009, p. 77).

⁴⁸ Sobre a influência dos princípios publicistas na iniciativa do juiz, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, n. 347, p. 3-10, jul./set. 2000.

⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 62.

⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 53-56.

⁵¹ Toda discussão é tratada na obra: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología*: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

Estado, o mesmo não ocorrendo no modelo adversarial em que há grande desconfiança da ingerência judicial.

Porém, o poder de gerenciamento do processo pelo juiz vem sendo admitido e utilizado por vários ordenamentos jurídicos, até mesmo por aqueles que sempre desconfiaram desse tipo de postura ativa do magistrado, como é o sistema norte-americano. Não obstante, Inglaterra, França, Alemanha e Itália vêm gradativamente adotando a figura do juiz gerenciador.

Verifica-se, portanto, que a publicização do processo fez com que o juiz assumisse outro papel na vida dos consumidores do direito. Agora, atua na direção do processo, utilizando-o não só como ferramenta para realização do direito material, servindo à Constituição, mas inserindo no procedimento toda carga dos valores previstos como garantias fundamentais. Sem essa dúplici perspectiva, o processo não se presta a socorrer o direito substancial. Com isso, autoriza-se o juiz agir com mais flexibilidade no processo, de forma a melhor atender aos anseios constitucionais contemporâneos, sem desviar da legalidade e das garantias constitucionais das partes.

Aos juízes também cabe a importante tarefa de compreender o contexto adequadamente, incorporando essa responsabilidade que lhes foi conferida, a fim de que esses poderes possam ser bem utilizados e não configurem justificativa para o arbítrio. Tudo isso tem como resultado uma prestação jurisdicional mais condizente com a finalidade do processo, para que a prestação da tutela jurisdicional seja, ao mesmo tempo, adequada e célere, deixando de lado o formalismo excessivo que por tanto tempo imperou em nossa Justiça.

No Projeto 166/2010 do novo CPC os poderes do juiz foram ainda mais intensificados, a fim de que atue positivamente do desenvolvimento do processo. O art. 118 e seguintes estabelecem que o juiz dirigirá o processo de modo que a prestação da jurisdição seja a mais adequada e célere possível, desde que cumpridos os deveres processuais e atento à responsabilidade que lhe é inerente. Assim, incentiva-se a utilização de técnicas processuais que sejam mais compatíveis com o caso concreto e mais próximas das necessidades sociais, dando maior rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado e eliminando complexidades que em nada contribuem para o alcance da justiça.

Por sua vez, o dever de colaboração do juiz para com as partes através do

diálogo, do esclarecimento, do auxílio e da prevenção também foi tratado pelo Projeto⁵², sendo que o princípio do contraditório foi reforçado para que sua obediência pelo magistrado ocorra até mesmo diante de matéria de pública ou de outras questões cognicíveis de ofício.

E quando o assunto é a tutela de direitos transindividuais, essa conduta gerencial do juiz ganha especial relevância para a melhor proteção de interesses públicos primários, seja através de utilização de mecanismos processuais que garantam a efetiva solução do conflito, seja através da judicialização de políticas públicas, sem que isso implique em desrespeito ao princípio constitucional da separação dos poderes.⁵³

7.3- Conciliação e mediação no âmbito dos direitos transindividuais

Ultrapassado o entendimento de que não cabe acordo no âmbito de interesses difusos e coletivos, verifica-se que a conciliação e a mediação constituem importantes instrumentos de pacificação social e suas técnicas devem, sempre que possível, ser aplicadas na solução de problemas envolvendo direitos transindividuais, tanto na esfera judicial como na extrajudicial.

Extrajudicialmente, os colegitimados na defesa dos direitos difusos e coletivos devem propor ao interessado formas eficientes de prevenir danos, ressarcir ou restabelecer os prejuízos causados ou, ainda, compensar as ofensas identificadas, por meio de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, com força de título executivo extrajudicial, na forma do art. 5º, § 6º da Lei n. 7.347/1985 e com respaldo no art. 585, inciso II, do CPC e sem atingir a indisponibilidade do direito material envolvido.

Trata-se de eficaz mecanismo de proteção aos direitos transindividuais, sendo muito comum a utilização desse ajustamento de conduta no âmbito do inquérito civil em que o Ministério Público investiga prévia e administrativamente a autoria e a materialidade de fatos que possam demandar uma atuação ministerial. Registre-se a

⁵² A questão da nova dimensão do direito do contraditório no Projeto do novo CPC foi abordada em: MARINONI, Guilherme Luiz; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 35-38.

⁵³ Cf. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona).

possibilidade de que apenas parte dos problemas seja solucionada, através do chamado “compromisso preliminar”, prosseguindo-se nas investigações quanto aos demais fatos apurados no inquérito civil.⁵⁴

Assim, a verificação de ilícitos civis relacionados aos interesses difusos e coletivos pode ensejar o estabelecimento de um ajustamento de conduta capaz de resolver, extrajudicialmente, eventuais impasses junto ao interessado, evitando, com isso, a judicialização do conflito e muitas vezes uma forma mais eficaz de resolver o problema.

No âmbito judicial, é possível que o compromisso se dê de três formas: a primeira é requerendo a homologação da avença, transformando-a em título executivo judicial; a segunda é no curso da ação civil pública, por meio de um acordo acerca do objeto da lide, como forma de eliminar a controvérsia e garantir meios mais adequados e pacíficos de solucionar o problema envolvendo direitos transindividuais; e a terceira é na fase executória de qualquer uma das espécies de título executivo – judicial ou extrajudicial. Ressalte-se que, dentre os poderes do juiz previstos no Projeto 166/2010 do novo CPC, destaca-se a previsão de tentar, prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais (art. 118, V). Assim, o juiz deve oportunizar sempre que cabível – até em fase recursal - o encontro entre as partes visando um acordo acerca dos problemas apurados, deixando de lado o ultrapassado hábito de não tentar promover ajustes quando em discussão direitos indisponíveis.

O Projeto 166/2010, em boa hora, reconhece o instituto da mediação como um mecanismo hábil à pacificação social. Além disso, trata dos mediadores e dos conciliadores nos artigos 144 a 153, atribuindo-lhes a qualidade de auxiliares da justiça, estando, inclusive, sujeitos aos motivos de impedimento e suspeição.

A conciliação já é bastante difundida em nosso ordenamento e vem representando um papel significativo na solução amigável dos conflitos, ainda que não reduza, necessariamente, o número de processos e o congestionamento do Poder Judiciário. Já a mediação⁵⁵ é um instituto ainda pouco conhecido e quase nada aplicado

⁵⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édís (coord.) *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010, p. 317-318.

⁵⁵ “Pode-se entender por mediação o instrumento de natureza autocompositiva marcado pela atuação, ativa ou passiva, de um terceiro neutro e imparcial, denominado mediador, que auxilia as partes na

como meio alternativo de solução de controvérsias. De qualquer forma, a previsão da mediação no Projeto do novo CPC representa um grande avanço para o reconhecimento da referida técnica de autocomposição⁵⁶.

Nesse passo, considerando essa tendência de se resolver os conflitos de interesses por outras vias que não a imposição de um provimento judicial, a possibilidade de firmar compromisso de ajustamento de conduta cai como uma luva para fins de superação das controvérsias, devendo o juiz estimular a utilização de meios alternativos de composição justa dos conflitos, através de mecanismos aptos a tal fim. Trata-se, como se vê, de um dever do magistrado combater a cultura da litigiosidade, de incentivar outras formas de solução das pendências e de combater o desvirtuamento da função judicial do Estado, atribuindo uma leitura contemporânea do acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, da CF.

A desjudicialização das controvérsias e a autocomposição pelas partes do processo é uma realidade nos grandes sistemas processuais como forma de resolver os problemas estruturais da justiça mas, acima de tudo, como meio de se atingir uma satisfação mais plena por partes dos envolvidos nos conflitos, destacando-se, neste último caso, os benefícios da mediação na pacificação social, já que esta técnica se aprofunda nas razões emocionais que cercam as relações conflituosas, trazendo mais legitimidade aos ajustes e mais chance de acabar em definitivo com o dilema estabelecido.

E dentre os meios alternativos à jurisdição, o ajuste de conduta é um importante instrumento por sua aptidão de prevenir e de solucionar controvérsias de praticamente todos os tipos de direitos transindividuais, como o meio ambiente, consumo, patrimônio público e etc. Conforme mencionado, pode ser realizado no âmbito do inquérito civil, antes ou no bojo de Ação Civil Pública, ou mesmo na fase executória de uma condenação. Estipulado extrajudicialmente assumirá a qualidade de título executivo extrajudicial e se submeterá às regras gerais do processo de execução de acordo com a modalidade de obrigação a ser executada. O acordo também poderá ser judicialmente

prevenção ou solução de litígios, conflitos ou controvérsias.” (GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos; WEBER, Ana Carolina. Disposições gerais sobre a mediação civil. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19-20.

⁵⁶ De se referir que o CNJ editou a Resolução nº 125/10 que trata da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. O texto está disponível em <http://www.cnj.jus.br>, acesso em 10 de dezembro de 2010.

homologado em ação própria (como nos moldes do art. 57 da Lei 9099/96) ou e dar no curso da ação civil pública, também com homologação judicial⁵⁷, ensejando, então, um título judicial que se sujeitará ao cumprimento de sentença caso o obrigado desrespeite a avença.

Em qualquer hipótese, estando em jogo litígio que envolva ameaça ou lesão a direitos difusos e coletivos, ou mesmo na execução do título extrajudicial ou ainda no caso de título judicial, é recomendável que o juiz estimule a possibilite de conciliação e de mediação, designando audiência, seja para tentar sensibilizar o obrigado a firmar um termo de ajustamento de conduta judicialmente, seja para que cumpra o que já restou acordado, sendo que tal possibilidade se estende até mesmo no âmbito recursal⁵⁸. Por sua vez os legitimados, ao firmarem o ajustamento de conduta, também devem, sempre que possível, se valer das técnicas próprias de mediação e de conciliação para garantir o sucesso do acordo pretendido.

Ademais, em se tratando de acordo firmado judicialmente, caberá ao juiz fiscalizar a regularidade da avença, quanto aos aspectos formal e material, a fim de eliminar possíveis vícios capazes de comprometer o título e seu adimplemento. Assim, o juiz deverá estar atento, por exemplo, à legitimidade para o estabelecimento do ajuste, à admissão da ocorrência do dano ou risco de dano, às consequências para o caso de descumprimento, à indicação da destinação das quantias em dinheiro, às garantias do ajustamento de conduta, a quem deve assinar o termo, a presença do Ministério Público no mínimo como fiscal da lei, à impossibilidade de disposição sobre o direito ou o interesse material objetivado ou de renúncia aos direitos indisponíveis, à impossibilidade de tal ajuste se dar sobre atos de improbidade administrativa (art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92)⁵⁹.

⁵⁷ “Não se justifica denominar compromisso de ajustamento de conduta, como erroneamente muitos têm feito, o acordo judicialmente homologado em sede ação civil pública, pois aquele é título executivo extrajudicial, enquanto este é título judicial. É justamente em razão da natureza extraprocessual do instrumento de tutela coletiva em comento, é que sua eficácia não está sujeita a prévio juízo de valor por parte do órgão jurisdicional.” (VIDAL AKAOU, Fernando Reverendo. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010, p. 63).

⁵⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 23ª ed. revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 430.

⁵⁹ Rodolfo de Camargo Mancuso sustenta que o afastamento dessa forma de composição é excepcional e requer previsão expressa, como é o caso da Lei de Improbidade Administrativa, sendo que mesmo quanto aos atos de improbidade a vedação consensual se limitará ao núcleo essencial da demanda (sanções jurídicas e políticas ao responsável), não se aplicando ao aspecto puramente pecuniário da lide, o qual pode, eventualmente, ser composto no âmbito de um Termo de Ajustamento de Conduta para que o erário

Como se observa, o papel do juiz⁶⁰ será imprescindível para o alcance da efetividade dos termos de ajustamento de conduta quando houver necessidade de alguma forma judicializar a controvérsia, as obrigações assumidas ou o seu cumprimento.

7.4. Princípio da adaptação e mutabilidade do ajustamento de conduta

Atualmente, o aparato normativo processual apresenta-se como um conjunto de procedimentos relativamente rígidos, em que se confere pouca margem de disposição da sequência dos atos e das formas processuais. Trata-se do sistema da legalidade das formas em contraposição ao sistema da liberdade das formas⁶¹ procedimentais⁶².

Isso porque, no ordenamento jurídico brasileiro, que segue o modelo da *civil law*, a forma encontra uma expressão diferenciada, na medida em que é responsável por conferir ordem social por meio do regramento das condutas humanas. Além disso, a forma garante a previsibilidade legislativa, estabelecendo hipóteses abstratas e gerais que conduzem as relações sociais, de modo impessoal. Por fim, a importância da forma está em evitar os arbítrios e preferências dos agentes públicos frente aos particulares, assegurando a necessária isonomia de tratamento entre todos os envolvidos na relação jurídica processual.

Contudo, após o reconhecimento da autonomia do direito processual frente ao direito substancial, houve um momento de apego excessivo às formas, tornando-as um

venha a ser devidamente ressarcido. In: *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009, p. 94-95.

⁶⁰ “Presentemente, não há mais espaço para o juiz neutro, asséptico, indiferente aos reclamos e às grandes transformações sociais, esperando-se desse operador do Direito a conscientização de seu papel transformador da realidade injusta e opressiva que grassa a sociedade, assim libertando-se da *persona* de um conformador e mecânico aplicador da norma aos fatos da lide. Até porque, sobretudo nos conflitos de largo espectro, pode dar-se que o ordenamento positivo não preveja, especificamente, uma norma para o caso *sub judice*, como se passa com a cláusula que permite a judicialização de “*outros* interesses difusos e coletivos” – CF, art. 129, III – ensejando o acesso à Justiça de novos valores e novas necessidades emergentes na contemporânea sociedade, massificada e competitiva.” (MANCUSO, 2009, p. 103).

⁶¹ “Apesar da liberdade das formas e do progressivo abandono do formalismo, por todos defendidos, não há ato sem forma, porque é a forma que introduz o ato no processo.” (GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1. p. 257).

⁶² Gajardoni assevera que não há sistemas puros, mas apenas tendentes à rigidez (como o nosso). Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona). p. 79-80.

fim em si mesmo e deformando os escopos do processo⁶³. O processo então passou a ser refém de suas próprias armadilhas e retirou de seu foco a finalidade para a qual foi concebida, que é de servir ao direito material e proporcionar uma efetiva e adequada entrega da prestação jurisdicional.⁶⁴

Com isso, a segurança jurídica que autorizava e justificava um procedimento mais estático passou a ser questionada para dar ensejo a soluções mais céleres e eficazes.⁶⁵ Desse modo, a segurança jurídica sai de uma análise de meio e fim para uma análise apenas finalística.

Nesse passo repensa-se o emprego da rigidez das formas como um meio de se atingir uma tutela jurisdicional adequada, admitindo-se seja disponibilizado um procedimento menos previsível e que sejam desconsiderados alguns vícios processuais por não terem o condão de abalar a segurança da técnica utilizada e que, ao mesmo tempo, seja assegurado o comprometimento com o resultado jurisdicional desejado⁶⁶.

⁶³ “A forma, no processo civil, está diretamente ligada à idéia de organização e de previsibilidade do procedimento, bem como de controle contra o arbítrio do Estado e até como fator de equilíbrio entre as partes (aspectos positivos de sua utilização). Não é por outro motivo que se costuma afirmar que o processo é eminentemente formal, no sentido de penhor da legalidade e segurança das partes. Quando, porém, utilizada em excesso, a forma pode levar ao formalismo, transformando-se em um mal, na medida em que pode até impedir a consecução das finalidades do processo.” (AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney. *Fungibilidade dos meios*. São Paulo: Atlas, 2008. (Coleção Atlas de Processo Civil) p. 14).

⁶⁴ “Pode-se dizer, pois, que o direito processual é ciência que tem por escopo a construção de um método adequado à verificação sobre a existência de um direito afirmado, para conferir tutela jurisdicional àquelas situações da vida efetivamente amparadas pelo ordenamento material. Trata-se de visão do direito processual preocupada com seus resultados e com a aptidão do instrumento para alcançar seus fins.” (BEDAQUE, 1995, p. 14).

⁶⁵ “A consciência de que as exigências formais do processo não passam de técnicas destinadas a impedir abusos e conferir certeza aos litigantes (*due process of law*), manda que elas não sejam tratadas como fins em si mesmas, senão como instrumentos a serviço de um fim [...]” (JARDIM, Augusto Tanger. *Das nulidades processuais*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Augusto%20Tanger%20Jardim%20-formatado.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2008. p. 10).

⁶⁶ “Daí por que a absoluta rigidez formal é regra estéril e que dissipa os fins do processo, que é o de oferecer em cada caso, processado individualmente e conforme suas particularidades, a tutela mais justa. A preocupação do processo há de se ater aos resultados, e não com as formas preestabelecidas e engessadas com o passar dos séculos. Não se nega que certo rigor formal “é a espinha dorsal do processo”, e que “seria impensável o processo sem determinada ordem de atos e paralela distribuição de poderes entre os sujeitos”. O que não parece certo é vincular a fonte de emissão destas regras exclusivamente à norma cogente, ou estabelecer que só assim há previsibilidade, conseqüentemente segurança aos contendores, como se o juiz fosse um ser inanimado incapaz de ordenar adequadamente o rito processual. [...] Ademais, as variações procedimentais implementadas por determinação judicial poderão ser controladas pela finalidade e pelo já citado contraditório obrigatório, bem como pela possibilidade de reexame da decisão em sede recursal, até porque as alterações do iter padrão ordinário, sumário ou especial – que como tal devem continuar a reger os processos em que não haja necessidade de variação ritual – deverão ser precedidas de convincente motivação pelo órgão condutor do procedimento.” (GAJARDONI, 2008, p. 86).

Registre-se, aqui, o importante papel da jurisprudência⁶⁷, que através de inovações corajosas, possibilitou que em muitos casos a justiça fosse efetivamente alcançada e reconhecida. A doutrina, por sua vez, aprimorou cientificamente as evoluções jurisprudenciais, e ainda identificou outros possíveis caminhos para o direito processual⁶⁸.

Esse esforço conjunto foi responsável por diversas alterações normativas, que acompanharam a trajetória de um novo modelo de processo. Dentre elas, está a flexibilização do procedimento, inicialmente prevista no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, atualmente convertido no Projeto de Lei do Senado – PLS 166/10. Tratou-se de intrigante iniciativa, a qual demandaria muita reflexão e amadurecimento jurídicos, além de grande observação de sua aplicação pela jurisprudência.

Como fontes principais dessa flexibilização, destacavam-se o art. 107, V, bem como o art. 151, § 1º, que versavam sobre a possibilidade de ajuste de atos e procedimentos quando inadequados às peculiaridades da causa. Estes dispositivos, inspirados no art. 265-A do Código de Processo Civil português, não vingaram na extensão inicialmente idealizada, já que as complicações práticas trouxeram enorme preocupação à comunidade jurídica, ensejando o acatamento pelo Senado. Dessa forma, após Relatório elaborado pela Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil, o poder de adaptação do juiz foi limitado à possibilidade de dilação dos prazos processuais e de alteração da ordem de produção dos meios de prova (art. 118, V), não

⁶⁷ “Não se pode negar que a jurisprudência pode exercer influência junto ao legislador, mediante a sinalização da necessidade de ser suprida a carência legislativa em certas matérias ou evidenciando a conveniência ou mesmo a necessidade de modificação no direito positivo. Vigente. A aplicação do direito é uma “obra de acomodação do geral ao concreto”, demandando incessante trabalho de adaptação e até mesmo de criação, já que a lei não pode prever todas as inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida.” (TEIXEIRA, Guilherme de Freire Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 13). p. 109).

⁶⁸ Marcelo Bonicio, ao tratar da necessidade de uma postura ativa do juiz quando da adequação de meios, mas que obedeça o princípio da proporcionalidade, acrescenta: “A exigência de adequação de meios, tal como estruturada no princípio da proporcionalidade, parece unir os antigos reclamos da doutrina processual com a moderna tendência de instrumentalização do processo, tornando ainda mais consistente a obrigação que o juiz tem de participar ativamente do processo. Esta busca por uma maior participação do juiz no processo deve contribuir para tornar o processo mais justo e equo, com uma fase instrutória conduzida com sabedoria e comprometimento com os ideais de justiça que se esperam desta atividade. Tudo isso deverá resultar num julgamento que se aproxime o máximo possível da verdade.” (BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona). p. 94).

atingindo os atos e procedimentos (retirou-se o parágrafo do artigo 151, atual 163)⁶⁹.

De qualquer modo, continua bastante abrangente o poder do magistrado previsto no Projeto do novo CPC, inclusive para fins de adaptação processual, mormente quando da escolha e aplicação das medidas cominatórias para fins de cumprimento do TAC. Ora, em se tratando de direitos transindividuais, tais técnicas de flexibilização se mostram extremamente úteis, já que adéquam o procedimento às peculiaridades do caso concreto, garantindo maior efetividade à tutela dos referidos bens jurídicos.

A flexibilização do procedimento é uma tendência já vem sendo adotada por outros sistemas jurídicos, especialmente nos Estados Unidos, na Inglaterra, na França e em Portugal⁷⁰. Possui perfeita compatibilização com a função legitimante do procedimento⁷¹ e com o devido processo constitucional⁷² – material e formal -, e representa uma técnica processual que vem atender às expectativas dos jurisdicionados de uma tutela judicial que efetiva e tempestivamente corresponda ao seu direito material.⁷³

A possibilidade de ajustes necessários não é uma novidade em nosso ambiente jurídico, e costuma se manifestar como fenômenos denominados de conversão, de

⁶⁹ Tais modificações constam do Substitutivo apresentado pelo Sen. Valter Pereira à Comissão Especial do Senado Federal. O texto integral está disponível em <http://humbertodalla.blogspot.com>, acesso em 30 de novembro de 2010.

⁷⁰ “Esta nossa conclusão sobre a eclosão de um novo sistema gerencial no estudo do processo civil se revelará pela análise de alguns ordenamentos jurídicos (Inglaterra, Estados Unidos e Portugal), que, independentemente de se filiarem ao sistema adversarial ou inquisitorial, acabam permitindo que o procedimento seja flexibilizado em favor da adequada tutela de direitos, pouco se importando se isto representa ou não quebramento do modelo processual historicamente desenhado.” (GAJARDONI, 2008, p. 112).

⁷¹ “A flexibilização do procedimento processual não tornaria a decisão nele proferida menos legítima, tampouco afetaria a sua função de desviar e amortizar as frustrações ao longo do *iter*. Em nenhuma passagem da elaboração da teoria sistêmica-funcional de Luhmann se condicionou o poder legitimante do procedimento à sua rigidez. Por isso, mesmo com um procedimento maleável conforme às circunstâncias do caso concreto, a decisão final do processo estaria legitimada, já que curso procedimental teria neutralizado as expectativas de ilusões e decepções das partes com o produto final da prestação jurisdicional.” (GAJARDONI, 2008, p. 97).

⁷² “Modernamente, a cláusula do devido processo compreende o direito constitucional a um procedimento adequado, isto é, conduzido sob o pálio do contraditório, aderente à realidade social e consuetâneo com a relação de direito material controvertida. Exatamente por isso a adequação do procedimento abstratamente e rigidamente previsto em lei às peculiaridades ligadas ao direito material, caso a caso, acaba por favorecer o princípio do devido processo legal ao invés de esmorecê-lo.” (Ibidem, p. 100).

⁷³ “Assim, em prol da justa adequação de meios, seria muito melhor que fosse estabelecido um procedimento específico para cuidar dos assuntos mais recorrentes, na esfera da ação civil pública, porque entre eles não há a mesma homogeneidade que há entre as demandas individuais, de maneira que o procedimento ordinário, evidentemente, não tem condições de oferecer respostas *adequadas* aos problemas que surgem na esfera das ações civis públicas.” (BONICIO, 2008, p. 151).

fungibilidade⁷⁴, ou de adaptação, expressões estas que geralmente são utilizadas como sinônimas pela doutrina. A primeira se revela no sentido de troca, substituição, e a segunda no sentido de escolha. Já a terceira é no sentido de flexibilização ou de aproveitamento do meio como se fosse o mais correto. Apesar dessa diferenciação, os casos de fungibilidade são tratados na doutrina: ora como troca, substituição, ou seja, no sentido de conversão formal; ora no sentido de possibilidade de utilização de mais de um meio processual posto à disposição pela lei; e ora para se aproveitar o ato inadequado.⁷⁵

Por sua vez, quanto ao princípio da adaptação, poder-se-ia indicar na lei processual em vigor a conjugação do artigo 154 “caput” com os artigos 243 e seguintes que tratam das nulidades processuais.⁷⁶ Essas normas dispõem que, a princípio, os atos e termos processuais só ensejarão vício se a forma, prevista em lei e com cominação de nulidade, não for atendida no processo. Por outro lado, inexistindo previsão legal ou cominação de nulidade, a forma utilizada só causará nulidade se por outro modo não atingir sua finalidade ou se causar prejuízo à parte. Em outras palavras, se os atos ou termos do processo previstos na lei sem cominação de nulidade atingirem sua finalidade ou não causarem prejuízo à parte, será considerado válido⁷⁷.

⁷⁴ Luiz Gustavo Tardin, em obra que destaca a fungibilidade das tutelas de urgência, assevera: “O princípio da fungibilidade, como mecanismo para flexibilizar a rigidez das formas processuais, tem sido aplicado no direito processual civil. Além disso, é tradicional o emprego do princípio da fungibilidade no âmbito recursal e se aplica também na tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisas. No mais, o art. 922 do CPC autoriza a fungibilidade nas demandas possessórias.” (TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 – (Coleção temas fundamentais de direito; v. 4). p. 152.).

⁷⁵ AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney. *Fungibilidade dos meios*. São Paulo: Atlas, 2008. (Coleção Atlas de Processo Civil). p. 4-5.

⁷⁶ “Salienta que a instrumentalidade das formas, ao contrário do que pode fazer crer o artigo 244 do CPC, estende-se a todas as modalidades de nulidades. Embasa sua tese no fato de que a própria lei prevê, em determinados casos, a possibilidade de uma nulidade cominada ser sanada em face do alcance do objeto da norma, na dicção do art. 249, §1º do CPC, que consagra a máxima *pas de nullité sans grief*, bem como na analogia, ao art. 249, §2º do mesmo diploma.” (JARDIM, Augusto Tanger. *Das nulidades processuais*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Augusto%20Tanger%20Jardim%20-formatado.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2008. p. 11).

⁷⁷ “O que me parece importante salientar da leitura é feita destas regras – especialmente no tocante ao procedimento – é que o nosso próprio sistema parece ter dado à ordenação dos atos processuais bem menos valor do que na prática se tem emprestado a ela. E sendo assim, ainda que haja no sistema uma forma predisposta à tutela do direito, possível se verificar se para o conjunto não é admissível outra escolha, mais adequada aos objetivos do próprio processo, já que o importante ao final é que a forma se modele à tutela, e não o contrário.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona). p. 104).

Fernando Gajardoni justifica as hipóteses de maleabilidade das formas do processo civil brasileiro em razão de dois princípios, a saber: a) princípio da adequação: que é “*a imposição dirigida ao legislador federal e estadual para que construa modelos procedimentais aptos para a tutela especial de certas partes ou do direito material*”; e b) princípio da adaptabilidade (ou da elasticidade processual), para designar “*a atividade do juiz de flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atendimento das peculiaridades da causa.*” Acrescenta o autor que a flexibilização do procedimento “*é condição inexorável da aplicação do princípio da adaptabilidade*”, bem como que ambos os princípios “*se operam do ponto de vista subjetivo (das partes) ou objetivo (direito material).*”⁷⁸

Na flexibilização procedimental judicial o julgador, na falta de previsão legislativa, adéqua o procedimento aos valores concebidos na Constituição. Citam-se como exemplos: os direitos difusos e coletivos e procedimento diferenciado⁷⁹, a inversão da ordem de produção de provas, a fungibilidade procedimental, a fungibilidade entre ritos e demandas, a fungibilidade entre defesas, a fungibilidade entre procedimentos liquidatórios, a fungibilidade entre as cautelares típicas e atípicas, a utilização de procedimento diverso do legal e abstratamente previsto, as variantes no âmbito do procedimento recursal, a flexibilização judicial dos prazos, e a flexibilização das rígidas regras sobre preclusão.⁸⁰

No que tange à aplicação da técnica mencionada nos ajustamentos de conduta, duas ocasiões se mostram oportunas: na eventual alteração fática ou jurídica a demandar a modificação das cláusulas do acordo inicialmente celebrado e na aplicação das medidas de apoio pelo juiz.

⁷⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona). p. 134-135.

⁷⁹ “As técnicas diferenciadas existentes no Brasil que tentam, ou “que se propõem” a uma adequação a essas demandas seriais ou em massa pode ser resumida do seguinte modo: (a) julgamento liminar de ações repetitivas (art. 285-A, CPC); (b) incidente de uniformização (art. 476, CPC); (c) afetação de julgamento a órgão colegiado indicado no regimento interno do tribunal (art. 555, §1º, CPC); (d) uniformização de interpretação da lei federal no Juizado Especial Federal (art. 14, Lei 10.259/2001); (e) súmula vinculante (art. 103-A, CF/1988 e Lei 11.417/2006); (f) julgamento por pinçamento dos recursos especiais e extraordinários (arts. 543-B e 543-C, CPC), entre outras.” (NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, n. 184, p. 109-140, junho/2010. p. 133).

⁸⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona). p. 180-215.

Assim, firmado o ajustamento de conduta por um colegitimado, nada obsta a que outros exijam, a qualquer momento, novas obrigações do ajuste, a fim de enquadrar as circunstâncias nos exatos preceitos do ordenamento jurídico. Não bastasse, o órgão público que firmou o termo pode pretender complementar o título para adequá-lo ao resguardo integral do bem jurídico tutelado, convocando o signatário para uma nova tentativa de composição.

Isso porque não há imutabilidade⁸¹ no compromisso inicialmente firmado que deve, sempre que necessário, se adequar à nova situação eventualmente existente no momento da exigência do cumprimento da obrigação. E caso não haja êxito em convencer o obrigado a se submeter a novo ajuste, deverá o interessado se valer das medidas cabíveis.⁸² Dentre elas está a possibilidade de rescisão voluntária pelo mesmo procedimento pelo qual foi feito ou, então, contenciosamente.⁸³

O termo de ajuste de conduta também pode ser desconstituído pelo próprio tomador do ajuste ou pelos colegitimados à propositura da ação civil pública, cabendo a todos os entes públicos e privados destinados a proteger os interesses transindividuais a fiscalização quanto à regularidade da tomada do ajustamento de conduta. Assim, as cláusulas do acordo devem efetivamente ser condizentes com a tutela do bem jurídico e com o legítimo interesse da sociedade, e não padecerem de vícios como dolo, coação ou erro essencial.

Portanto, eventual ilegalidade, excesso ou inadequação pode ensejar a desconstituição do título executivo formulado via ação civil pública, que pode, inclusive, ser cumulada com outros pedidos para a efetiva proteção do bem jurídico de natureza difusa ou coletiva.⁸⁴ Não bastasse, a ação popular e o mandado de segurança individual e coletivo também são instrumentos aptos à impugnação judicial de compromissos de ajustamento de conduta.⁸⁵

⁸¹ VIDAL AKAOUI, 2010, p. 93.

⁸² “Realmente, o não cumprimento sujeita o compromissário a suportar a execução ou o pedido de cumprimento, que se realizará pela conversão em valor monetário se houver recusa na obrigação de fazer. De maneira alguma se desconstitui o título, e retorna-se à situação anterior, isto é, com o prosseguimento do inquérito civil ou da ação civil, se o termo ficou celebrado depois de seu ajuizamento. É peremptório que o título dera força absoluta, desaparecendo o inquérito ou a ação.” (RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 193).

⁸³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 23ª ed. revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 437-438.

⁸⁴ VIDAL AKAOUI, 2010, p. 97.

⁸⁵ RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. CHAVES, Cristiano;

Por fim, deixe-se assente que, na tutela dos direitos coletivos, há várias regras legais que autorizam a adequação judicial do procedimento. Outrossim, o extinto projeto de lei de Ação Civil Pública consagrava de modo impecável o princípio da adequação jurisdicional do processo, no § 1º do art. 10, estabelecendo como limites para a adaptação o momento da sentença, o contraditório e a ampla defesa.⁸⁶

8- Perspectivas e Expectativas

Este trabalho não tem a pretensão de apresentar conclusões sobre as vicissitudes do compromisso de ajustamento de conduta. A ideia é rediscutir o tema à luz do Projeto do novo CPC e diante do arquivamento do P.L. nº 5139/09.

Quer nos parecer que, não só diante da regra que adota a subsidiariedade (art. 15 c/c art. 1006, ambos do PLS 166/10, na versão do Substitutivo), como também em razão do aumento dos poderes do juiz (art. 118, notadamente o inciso IV, que trata da composição amigável e art. 6º, que trata da atividade hermenêutica, voltada aos fins sociais da norma e às exigências do bem comum), os acordos em ações coletivas passarão a ser examinados de forma diversa.

É bem verdade que há de ser respeitada a natureza indisponível do direito tutelado nessas ações; por outro lado, diante da máxima da ponderação, se num determinado caso, o autor e o réu entendem ser possível o acordo, se o M.P. concorda e se o magistrado homologa, não vemos razão para que se negue exequibilidade ao avençado.

É preciso salientar que, em demandas coletivas, deve o juiz permanentemente velar para que a sociedade seja efetivamente ouvida acerca do que está em discussão.

Instrumentos como a audiência pública e a admissão de *amici curiae* devem ser estimulados, de modo a se pensar numa mudança legislativa para que tais providências sejam obrigatórias antes da homologação do acordo ou mesmo da decisão judicial,

MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ROSENVALD, Nelson. (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 209-212.

⁸⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Princípio da adequação jurisdicional do processo coletivo – benfazerla proposta contida no projeto de nova lei de ação civil pública. In: GOZZOLI, Maria Clara et al (Coord.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 253-254.

como forma segura de garantir a participação popular na administração judicial, sobretudo quando o objeto do processo traduz um interesse transindividual.

A submissão a juízo dos acordos em sede de ações coletivas dá mais segurança ao ordenamento jurídico, na medida em que garante a formação da coisa julgada, impede a alegação futura de alguns vícios e torna o procedimento executivo mais simples, por viabilizar a aplicação das regras relativas ao cumprimento de sentença.

Contudo, é preciso ainda pensar em mecanismos que possibilitem a exclusão dos efeitos da sentença homologatória daqueles que não concordam com os termos do acordo e que desejam ingressar com demanda individual. Trata-se da figura do "opt out" tão popular no direito norteamericano⁸⁷.

Voltando a temática dos poderes do juiz, parece-nos que diante da redação do Projeto do CPC, mesmo numa ação coletiva, poderá o juiz tomar uma das seguintes providências: (a) não designar audiência de conciliação, por entender que não há possibilidade de acordo ou que o direito em tela não pode ser objeto de qualquer tipo de transação, seja material, seja processual; (b) designar audiência de conciliação que será presidida pelo próprio magistrado, na qual poderá convocar outras pessoas ou entidades que possam contribuir para a busca de uma solução consensual (incluindo outros legitimados para aquela ação); (c) designar uma audiência de conciliação que será conduzida por um conciliador judicial, sob a orientação e supervisão do magistrado; (d) designar uma sessão de mediação, conduzida por um mediador judicial, nas hipóteses em que o magistrado vislumbre um vínculo entre as partes envolvidas ou uma situação mais delicada que mereça um trabalho mais profundo e complexo no sentido de não se causar um mal maior às partes envolvidas.

Para que tais providências possam ser tomadas com a estrutura necessária, e ainda com o objetivo de evitar os inúmeros problemas enfrentados hoje em razão de conexão, continência, litispendência ou mesmo pela simples reunião de processos, seria de todo recomendável a criação dos juízos especializados em tutela coletiva, preferencialmente organizados por matéria, e contando com um banco de dados administrado pelo CNJ, ligado a um outro banco de dados gerenciado pelo CNMP, no qual constariam os inquéritos civil e compromissos de ajustamento de conduta em trâmite ou encerrados.

⁸⁷ Para maiores informações, remetemos o leitor a seguinte obra: GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, São Paulo, RT, 2007.

Nesse sentido, o P.L. 5.139/09 trazia excelentes idéias relativas a esses bancos de dados, incluindo a necessidade de instruir a petição inicial com certidão a partir desses sistemas, de modo a informar o juízo acerca de eventual cumulação de demandas quanto ao mesmo objeto.

Finalmente, é preciso refletir sobre os impactos do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 930 do Projeto do novo CPC) sobre as demandas coletivas.

Mas isso é assunto para um outro trabalho.

9. Referências bibliográficas

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Fungibilidade dos meios*. São Paulo: Atlas, 2008. (Coleção Atlas de Processo Civil).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. (Coord.). *Estudos de direito processual constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. RDE. *Revista de Direito do Estado*, v. 13, p. 71-91, 2009.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, ano 7, n. 27, p. 186-189, jul./set. 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona).

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 662-683.

CAPPELLETTI, Mauro. (sem indicação de tradutor). Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil, in Revista de Processo, vol. 5 – separata.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *A Proteção dos Direitos Difusos Através do Compromisso de Ajustamento de Conduta Previsto na Lei que Disciplina a Ação Civil Pública*, tese aprovada no 9º Congresso Nacional do Ministério Público, em Salvador, 1992. Ver livro de teses, tomo I. pp. 398-409.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*: Comentários por Artigo, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Princípio da adequação jurisdicional do processo coletivo – benfazerla proposta contida no projeto de nova lei de ação civil pública. In: GOZZOLI, Maria Clara et al (Coord.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 245-254.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona).

GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos; WEBER, Ana Carolina. Disposições gerais sobre a mediação civil. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 3-58.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, n. 347, p. 3-10, jul./set. 2000.

JARDIM, Augusto Tanger. Das nulidades processuais. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Augusto%20Tanger%20Jardim%20formatado.pdf> . Acesso em: 01 jan. 2008.

LOPES, João Batista; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. Novo código de processo

civil e efetividade da jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, n. 188. p. 163-174, outubro. 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. Conceito e legitimação para agir. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo, in Estudos de Direito Processual Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Guilherme Luiz; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 55-60.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 2ª edição, Saraiva, São Paulo: 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 23ª ed. revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édís (Coord.) *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2000, pp. 643-644.

NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, n. 184, p. 109-140, junho/2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, n. 137, p. 7-31, jul. 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. Da constitucionalização do processo à procedimentalização da Constituição: uma reflexão no marco da teoria discursiva do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; Sarmiento, Daniel. (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. pp. 541-558.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona).

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *A transação no curso da Ação Civil Pública*. artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, nº 16, outubro-dezembro, 1995, p.123.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. A Tutela Coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos. (artigo publicado na *Revista Direito Público II*, organizada pela Escola Federal de Direito, Editora Federal, São Paulo, SP, 2005, pp. 91/112).

_____. (Org.). *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. FARIAS, Bianca Oliveira de. O compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro e no projeto de lei da ação civil pública. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, volume IV, 2009, pp. 25/53, disponível em <http://www.redp.com.br>. Acesso em 04/08/10.

RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *A ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. CHAVES, Cristiano; MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ROSENVALD, Nelson. (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. pp. 175-221.

TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 – (Coleção temas fundamentais de direito; v. 4).

TEIXEIRA, Guilherme de Freire Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 13).

VIDAL AKAOUI, Fernando Reverendo. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Processo constitucional: relações entre processo e Constituição. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, ano 31, n. 94, p. 105-132, jun. 2004.