

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE OS IMPACTOS DO NOVO CPC E DA LEI
DE MEDIAÇÃO NO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

INITIAL REFLECTIONS ABOUT THE IMPACTS OF THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE AND THE
MEDIATION LAW ON THE UNDERTAKING OF ADJUSTMENT OF CONDUCT

Revista de Processo | vol. 256/2016 | p. 371 - 409 | Jun / 2016

DTR\2016\19775

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Professor Associado de Direito Processual Civil (UERJ). Martin-Flynn Global Law Professor (University of Connecticut School of Law). Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. humbertodalla@gmail.com

Ludmilla Camacho Duarte Vidal

Mestranda em Direito Processual (UERJ). Pós-Graduada em Direito Processual Civil (UFJF). Advogada. ludmillacdv@gmail.com

Área do Direito: Processual

Resumo: As interações entre o Código de Processo Civil de 2015 e o Marco Regulatório da Mediação conferem ao compromisso de ajustamento de conduta novos contornos e definições, sendo possível verificar, em sua sede, tanto o ajuste de convenções materiais, por meio da utilização das técnicas aplicadas na mediação e na conciliação, quanto de convenções processuais, em razão da incidência do art.190 previsto na legislação processual iminente. O presente artigo se propõe a analisar os principais desdobramentos decorrentes desse panorama atual, promovendo a revisitação de algumas questões fundamentais para a operacionalização adequada e efetiva do ajuste; além de se apurar, por uma perspectiva de direito comparado, como a class action settlement é manejada nos Estados Unidos.

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Palavras-chave: Acordo - Impacto - Direitos coletivos - Efetividade - Processo civil -
Mediação

Abstract: The undertaking of adjustment of conduct acquires a new and different profile from the interactions between the new Civil Procedure Code and the Mediation Law. In this context, the agreement may be subject to the mediation and the negotiation practices to resolving mass disputes, or to adjust the contracts of procedure based in the article 190 laid down in the new Civil Procedure Law. This paper intends to analyze the main consequences of this current overview, also reviewing the fundamental issues about the collective agreement, in addition to check, through a comparative perspective, how the class action settlement is used in the United States.

Keywords: Settlement - Impact - Collective Rights - Effectiveness - Civil Procedure -
Mediation

Sumário:

1Introdução - 2Compromisso de ajustamento de conduta: aspectos ainda controvertidos - 3O panorama revelado pelo Código de Processo Civil de 2015 e pela Lei de Mediação - 4Class action settlement: um modelo a ser seguido? - 5Considerações finais: instâncias de controle, normatização institucional e participação democrática - 6Referências bibliográficas

1 Introdução

O conceito de acesso à Justiça, hoje compreendido como o acesso à tutela adequada, efetiva e tempestiva,¹ sofreu nos tempos modernos uma releitura em relação ao seu âmbito de concretização.² Não mais se cogita que a eficácia das decisões seja alcançada somente pela via do processo judicial ortodoxo; muito pelo contrário, em determinadas situações as decisões

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

autocompositivas representam saídas mais apropriadas ao problema a ser enfrentado do que imposição do poder estatal mediante a prolação de uma sentença de mérito.³

Nesse viés, torna-se imperiosa a reanálise das formas de tratamento dos conflitos que surgem em nosso sistema, sendo necessária a implementação de estratégias mais ajustadas à realidade vivenciada pelos indivíduos, e que estes, por sua vez, possam resgatar a autonomia relegada ao Estado e encontrarem as respostas para as suas demandas pela via que acreditarem ser a mais adequada.⁴

Afinada com a tendência de estímulo às soluções negociadas, a legislação processual civil de 2015 (Lei 13.105/2015) elege como uma de suas vigas mestras a *política pública de fomento à autocomposição*, potencializando a importância do diálogo⁵ ao dispor de uma série de previsões sobre o dever dos agentes jurisdicionais em priorizar o desfecho democrático e consensual dos conflitos,⁶ consoante preconizam, v.g., os arts. 3.º, § 3.º; 165, *caput*, 139, V; 221, parágrafo único.

No entanto, as ferramentas implementadas pelo Código de 2015 não serão capazes, solitariamente, de sanar a desarmonia crônica instaurada entre a segurança jurídica e a eficiência que salta aos olhos dos operadores do direito, tampouco de concretizar os desafios impostos pela ideologia pacificadora do novo modelo processual civil; não sem a reflexão crítica acerca dos caminhos a serem repensados para a esfera de proteção dos direitos coletivos, sobretudo no que concerne aos seus métodos conciliatórios e ao modo mais adequado de operacionalizá-los.

Ainda que de forma embrionária, o art. 174, III, inaugura a possibilidade de se utilizar das técnicas da mediação e da conciliação no compromisso de ajustamento de conduta (CAC). Contudo, não elucida se os direitos transindividuais, indisponíveis por sua natureza, podem ser objeto de concessões recíprocas, isto é, de transações ajustadas entre os legitimados ideológicos ao oferecimento da proposta e o agente violador do direito material coletivo.

É importante esclarecer que o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC (LGL\1990\40)) no começo da década de 1990, o qual inaugurou a previsão do sobredito compromisso para a composição do quadro de proteção de todo e qualquer interesse metaindividual, trouxe a lume as ideias provenientes de uma época diversa da conjuntura atual, em que a referida indisponibilidade dos direitos metaindividuais era acobertada sob um manto quase que sagrado, sendo o CAC destinado apenas ao ajuste da conduta ilícita aos estritos limites da legislação vigente.

Em outrora, também foram empreendidos notáveis esforços à complementação das bases estruturais do aparato jurisdicional para dirimir conflitos de natureza complexa, inicialmente traçadas pela Lei 7.347/1985 - Lei da Ação Civil Pública (LACP). O Código de Defesa do

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

Consumidor cuidou, por exemplo, das definições conceituais dos interesses transindividuais em difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos,⁷ além da legitimidade *ad causam*, da competência e do sofisticado, porém inoperante, sistema da litispendência e da coisa julgada coletiva.⁸

Em contrapartida, hoje respiramos os ares advindos de uma forte guinada de incentivo à utilização dos métodos autocompositivos na seara coletiva, respaldados por toda uma ideologia de estímulos à implantação de espaços democráticos que visem a extinção consensual e definitiva das controvérsias. Reconhece-se que o ingresso de um litígio de massa no Poder Judiciário nem sempre consiste na alternativa mais adequada às condições da ameaça ou da violação do direito,⁹ e pode estimular, por via transversa, a manutenção de um ambiente fértil à deflagração de novas demandas emergidas da mesma situação jurídica, já que se versa sobre interesses altamente conflituosos.

A Lei 13.140/2015, responsável pela introdução do Marco Regulatório da Mediação no ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito particular e na Administração Pública,¹⁰ demonstra uma maior sensibilidade do legislador em *flexibilizar* o tratamento dos direitos transindividuais indisponíveis, ou, ao menos, a oportunidade de se adotar a classificação proposta pelo art. 3.º, *caput* e § 2.º - indisponíveis não transacionáveis e indisponíveis transacionáveis. Percebe-se que a legislação recente sinaliza a capacidade de o acordo coletivo resultar em verdadeiras transações, com prestações equivalentes, típicas de um negócio jurídico bilateral.

Afora a potencial aplicação das convenções de índole material com vistas a pôr fim ao próprio conflito, outra importante inovação refere-se à possibilidade de as partes acordarem, prévia ou incidentalmente, sobre certas questões procedimentais. E podem, inclusive, dispor sobre os seus ônus, deveres, poderes e faculdades, de modo a afastar a aplicação de normas processuais que, em sua maioria cogentes, regulamentariam o trâmite do feito perante o Poder Judiciário.

Sob essa ótica, seria admissível, por exemplo, o estabelecimento de um regramento processual próprio destinado ao desenvolvimento de uma ação coletiva intentada no caso de serem descumpridas as condições firmadas em um eventual compromisso de ajustamento de conduta.

A compreensão sobre a provável conformação dos conflitos de natureza coletiva à figura das convenções processuais - que tiveram o seu grau de incidência amplo e atipicamente estendido pelo art. 190, *caput* do Código de 2015 - corresponde a um dos fatores que pretendemos abordar. Todavia, a assimilação correta acerca da aplicação do instituto deverá vir escoltada de cautelas necessárias, já que este será capaz de produzir efeitos em um processo que versar sobre direitos compreendidos como indisponíveis, sujeitos ou não à

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

autocomposição.

No presente contexto, é fundamental debruçarmo-nos sobre os novos contornos do CAC, instrumento democrático que detém a valiosa missão de levar a consensualidade, de mãos dadas com a eficiência e com os princípios do processo garantista,¹¹ ao cenário metaindividual de proteção de direitos. No entanto, embora mais permeável e consonante com os desígnios do processo civil contemporâneo, a nova roupagem do ajuste reivindica apropriadas precauções aos seus aplicadores, sob pena de se incorrer em erro e comprometer o notável potencial resolutivo de um importante aliado do processo coletivo brasileiro.

2 Compromisso de ajustamento de conduta: aspectos ainda controvertidos

Antes de adentrar o estudo dos impactos ocasionados pelo Código de 2015 e pelo Marco Legal da Mediação no cenário coletivo propriamente dito,¹² convém tecer algumas considerações acerca dos aspectos ainda hoje sensíveis em relação ao compromisso de ajustamento de conduta (CAC), mormente no que alude ao contexto do seu advento, às questões ainda polêmicas que o cercam e ao nível de profundidade da negociação (natureza jurídica).

A constatação de que os métodos e institutos processuais clássicos eram ineficientes à obtenção da tutela dos direitos de terceira dimensão, pensados sob o prisma da solidariedade, desencadeou "uma verdadeira revolução dentro do processo civil",¹³ repercutindo em solo pátrio na busca por técnicas aptas à concreta efetivação desses novos direitos.¹⁴

E na quadra de preparação do aparato jurisdicional para amparar os interesses coletivos *lato sensu*, cuja titularidade não pertence exclusivamente aos legitimados à propositura da ação civil pública,¹⁵ a figura do compromisso de ajustamento de conduta (CAC) foi apresentada à comunidade jurídica como uma ferramenta conciliatória relevante, que amplia o acesso à Justiça pela via do diálogo e colabora para a desobstrução da máquina judiciária por se evitar a propositura da ação coletiva competente.

Observa-se que a abordagem do CAC tangencia discussões sensíveis e atuais, v.g.:

- i) a busca pela efetivação da tutela coletiva consensual a partir de certa mitigação da indisponibilidade de interesses públicos e de interesses transindividuais;¹⁶
- ii) a aplicação dos métodos conciliatórios para dirimir conflitos de natureza complexa e a definição dos seus resultados possíveis, isto é, se considerar-se-iam válidas e aplicáveis todas as saídas apresentadas pela autocomposição, que são: transação, reconhecimento jurídico do pedido do autor, desistência da ação ou do pedido¹⁷ e renúncia à pretensão de direito material;

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

iii) a implementação de técnicas eficientes que propiciem a maior participação possível das partes e de todos os interessados, permitindo o controle da sociedade na tomada de decisões políticas - ou de decisões estruturais, efetuadas por meio de medidas estruturantes¹⁸ -, com a irrestrita observância do princípio da publicidade e da moralidade administrativa.

Um dos fatores alvo de discussões doutrinárias desde a previsão do compromisso de ajustamento de conduta no Código de Defesa do Consumidor, o qual inseriu o § 6.º no art. 5.º da LACP, consiste na definição sobre a sua natureza jurídica, debate imprescindível para que se consiga mensurar a abrangência objetiva do CAC e, caso seja admitida a negociação em seu bojo, a possibilidade de se identificar os produtos obtidos desta prática.

As divergências de opiniões na doutrina e na jurisprudência e, conseqüentemente, as implicações jurídicas provenientes destes debates, instigaram o desenvolvimento de pesquisas acadêmicas de fôlego.

Encontramos, basicamente, dois posicionamentos: o primeiro considera o CAC uma transação especial¹⁹ e o segundo o classifica como um ato jurídico atípico, *sui generis*.

Na compreensão de José dos Santos Carvalho Filho²⁰ e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro,²¹ o ajuste possui natureza de reconhecimento jurídico do pedido por parte do transgressor. Sob essa ótica, não há possibilidade de se transacionar, ser flexível, dispor ou negociar sobre maneiras alternativas ao cumprimento da obrigação sem que estas estejam previstas expressa e taxativamente na legislação vigente. O tomador só deverá oferecer o termo se restar clarividente a inadequação da conduta praticada pelo comprometente à lei e desde que ainda seja possível ajustá-la.

De outra parte, Rodolfo de Camargo Mancuso²² admite a figura da transação em matéria coletiva, mas a restringe ao curso da ação civil pública, ou seja, ao ambiente judicial. O autor sustenta que a indisponibilidade do objeto não representaria óbice ao acordo firmado em juízo se assim recomendar o interesse público ou quando seja atingida de forma mais eficaz a tutela coletiva perseguida.²³

Hugo Nigro Mazzilli,²⁴ por outro lado, afirma que o compromisso seria um ato administrativo negocial e unilateral, pois somente o causador do dano poderia se comprometer. Já o órgão público que o oferece a nada se vincularia, exceto a não propor a ação coletiva competente para requerer o que já lhe é garantido pelo título. Em verdade, esta não seria propriamente uma concessão do órgão público, tendo em vista que a eventual ação de conhecimento padeceria de interesse de agir em razão da existência do termo pactuado, que possui eficácia de título executivo extrajudicial por força de lei - art. 5.º, § 6.º da LACP.

Prosseguindo, a pesquisa elaborada por Geisa de Assis Rodrigues²⁵ trouxe significativa

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

contribuição para a compreensão do mecanismo à época, principalmente em relação à ampliação dos limites observados na negociação.

A autora entende ser o CAC um negócio jurídico bilateral,²⁶ em certa medida conciliatório, porém não transacionável. O viés conciliatório refere-se apenas aos aspectos adjacentes, ou seja, circunstâncias instrumentais ou periféricas da obrigação, como, por exemplo, a possibilidade de os legitimados pactuarem acordos sobre o modo, o tempo ou o lugar do cumprimento da conduta para a reparação do dano coletivo causado.

Com a ressalva de que devem ser observados critérios de razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de se dispor do próprio fundo de direito envolvido, Geisa de Assis Rodrigues deixa clara a sua posição quanto à impossibilidade de transação para a solução negociada dos direitos transindividuais, visto que, para a autora, embora se utilize o rótulo de "transação", transação não há.

Apesar disso, os sopros renovadores da conjuntura contemporânea miram para uma nova diretriz no tocante ao campo de negociabilidade dos direitos coletivos. Não mais se sustentam posicionamentos rígidos, pautados em argumentos genéricos lançados em debates pouco produtivos no plano prático.²⁷

Em nosso sentir, não seria mais cabível a manutenção do dogma onipotente sobre a indisponibilidade absoluta do direito material coletivo, de modo a não se admitir um mínimo de margem negocial para assegurar a sua própria efetivação. Os anseios por um sistema coletivo adequado caminham em sentido contrário à manutenção de paradigmas já ultrapassados.

E a experiência revela que, em muitas situações, seria mais eficaz à tutela do direito transindividual se houvesse uma maior autonomia dos órgãos públicos para a realização do ajuste, sob a condição de serem observados certos parâmetros de controle e limitação.

Vem adquirindo força o posicionamento sustentado por parte da doutrina que visualiza, a partir de um juízo de ponderação no caso concreto, a possibilidade de se cogitar o cabimento de transações com concessões recíprocas pelas partes.²⁸

Na esteira do entendimento de Ana Luiza Nery,²⁹ Patrícia Miranda Pizzol,³⁰ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.,³¹ o compromisso seria um negócio jurídico bilateral em sede do qual se reconhece a finalidade de contrair, modificar ou extinguir direitos. Ao celebrá-lo, os interessados buscariam a melhor alternativa, visando reparar ou evitar a lesão a um bem de natureza metaindividual.

Destarte, o fato de um legitimado não poder abrir mão de um direito coletivo em sua essência não representaria óbice à renúncia de, por exemplo, uma obrigação acessória ou principal, desde que a negociação se refira à parte inexpressiva do dever central.

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

Exemplificadamente, se após o encerramento do inquérito civil instaurado pelo Ministério Público chegar-se à conclusão de que o causador de determinado dano ambiental deverá, além de proceder à recomposição da área devastada, dispor de certa quantia para a compensação a título de dano moral, e que o pagamento dessa quantia comprometa, comprovadamente, o funcionamento do ente transgressor, o tomador do ajuste poderia abrir mão da obrigação de caráter indenizatório, em vistas à recomposição imediata do ambiente degradado.

Neste caso, ponderam-se os riscos assumidos com o ingresso hipotético de uma ação civil pública - somados aos entraves processuais lentamente enfrentados em seu bojo para que, ao final, se consiga discutir a respeito do direito material coletivo propriamente -, com as reais vantagens trazidas para toda coletividade com a assinatura do ajuste de conduta.

Diante das ideias ora lançadas, passa-se a admitir saídas não restritas ao reconhecimento jurídico do pedido,³² mas que representam a possibilidade de se pactuar prestações sinalagmáticas, as quais suplantam o ajuste lateral sobre a forma, o tempo e o lugar do cumprimento da obrigação.

É certo que a análise sobre a viabilidade da negociação em matéria coletiva, desde que não se renuncie ao direito material coletivo em sua substância, requer aguçada sensibilidade do órgão público legitimado.³³

Este deverá sempre se valer, no caso concreto, do princípio da proporcionalidade³⁴ em todos os seus níveis ou subníveis de aferição³⁵ - necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito - e, sobretudo, optar pelo caminho que assegure a máxima efetivação do direito violado, com a reparação imediata da conduta ilícita.

A determinação dos limites observados na negociação que versar sobre direitos transindividuais consiste em outro desafio a ser enfrentado, sobretudo a partir das mudanças anunciadas, conforme se confere adiante.

Passando à análise das vedações à fixação do CAC, o ajuste só poderá ser firmado desde que não possua determinadas cláusulas:³⁶

i) não pode o termo fixar cláusulas impedindo o acesso dos lesados ao Judiciário, em razão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional previsto no art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3). Poderá outro colegitimado firmar novo compromisso com objeto mais amplo ou fixar uma outra obrigação não englobada pelo primeiro ajuste, ou até mesmo entrar com a ação de conhecimento cabível para discutir tais situações;

ii) não pode o instrumento incluir renúncias à essência do direito material, todavia, o fato do ente legitimado não poder abrir mão do direito coletivo em sua substância não representaria óbice à renúncia da obrigação periférica ou de parte inexpressiva da obrigação principal.

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

Questão que merece reflexão a parte é a regra excepcional da Lei 8.429/1992. O art. 17, § 1.º, da Lei de improbidade administrativa dispõe que é vedada a transação, o acordo ou a conciliação nas ações destinadas a se apurar a prática de ato de improbidade praticados por qualquer agente público.

A partir de uma primeira leitura, aparenta ser intransponível a falta de espaço para a realização do CAC no âmbito da Lei. Independentemente da natureza jurídica que se queira emprestar ao sobredito compromisso, a vedação do dispositivo parecer ser absoluta.

Destarte, tal comando normativo atraiu a atenção de diversos autores nacionais, os quais divergem sobre seu alcance e extensão.

Neste momento, passamos ao exame das principais manifestações doutrinárias sobre o tema, com o fito de expor, ainda que brevemente, os aspectos centrais que permeiam a divergência existente na doutrina.

No entendimento de Wallace Paiva Martins Junior³⁷ "o interesse público traduzido na repressão construída da improbidade administrativa pela respectiva lei comentada, não tolera concessões mútuas ou alguma disposição do interesse". Para o autor, não seria possível se relativizar a regra que, em sua concepção, seria absoluta.

Contudo, reconhecemos que, *de lege ferenda*, seria útil e mais eficiente a mitigação do princípio da indisponibilidade para, por exemplo, se admitir a aplicação do instituto da "delação premiada", favorecendo coautores, beneficiários ou cúmplices que espontaneamente revelem às autoridades competentes o nome dos mentores e dos principais autores do fato.

Fábio Medina Osório³⁸ afirma que a Lei 8.429/1992 se equipara a um código geral de conduta dos agentes públicos. No entanto, reconhece que o diploma em exame 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 à própria dificuldade de se compreender os limites e a flexibilidade de tais interesses.

Como bem ressalta Maria Goretti Dal Bosco,³⁹ 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, aduz ao final que o "interesse público é dessas expressões cercadas de uma indeterminação que impede a fixação de um conceito objetivo e final. Está entre aquelas a que

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

os autores chamam de conceitos jurídicos indeterminados".

Geisa de Assis Rodrigues⁴⁰ pondera sobre o caráter absoluto da norma, enxergando, como valor prioritário, a reparação integral do dano. No mesmo viés, Roberto Senise Lisboa⁴¹ admite que se tutele o patrimônio público no ajuste de conduta desde que não seja caso das sanções de improbidade administrativa.

Marino Pazzaglini Filho⁴² afirma que a vedação do art. 17, § 1.º, é expressa e enfatiza que caso fosse permitida, inviabilizaria a persecução civil, frustrando as demais sanções previstas na Lei. No entanto, admite como única exceção a hipótese em que se postula apenas a restituição integral ao erário do acréscimo indevido, o que na verdade seria propriamente o reconhecimento jurídico do ilícito por parte do réu, com a reparação integral do dano cometido ao erário, e não a estipulação de concessões entre as partes, fruto de um procedimento conciliatório.

Finalmente, Emerson Garcia e Rogério Pacheco,⁴³ em obra que é referência nacional sobre tema, fazem uma ressalva imprescindível para a correta compreensão do problema. Sustentam os autores que o desejo do legislador foi proibir a celebração de compromissos 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.

Ao revés, o legislador não vedou o acordo quanto às condições, o prazo e o modo de reparação do dano causado ao erário, tampouco quanto à perda da vantagem ilicitamente obtida pelo agente.

Desse modo, o que for acordado entre o agente e o órgão legitimado em relação à reparação integral do dano não impedirá o ajuizamento da ação civil para a aplicação das sanções previstas na Lei de improbidade, como a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, o pagamento de multa e a 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". Os autores concordam que, dentro desta perspectiva, o ajustamento de conduta não será muito atrativo ao réu. No entanto, vislumbram uma potencial aplicação do CAC em caráter preventivo se tratando de obrigação de fazer.

Na realidade, após o advento da Lei 12.846/2013 - Lei Anticorrupção - parece que a possibilidade de se relativizar a vedação constada do art. 17, § 1.º, restou ainda mais clara, dada a previsão dos acordos de leniência previstos nos arts. 16 e 17 que podem ser conferidos

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

aos infratores do ato ilícito. Se até mesmo no campo penal existe essa margem de negociação, porque não poderia se firmar acordos sobre a mesma situação fática no âmbito cível?

É certo que nem sempre o mesmo ato impropriedade possa repercutir na esfera criminal do réu, contudo, caso isso aconteça, haveria a possibilidade de concessões na seara penal, mas não no juízo cível.

Como se pode perceber, mesmo em tema tão sensível, os autores tendem a flexibilizar o conceito de indisponibilidade material do direito, o que vem ao encontro das considerações expostas nesse texto.

3 O panorama revelado pelo Código de Processo Civil de 2015 e pela Lei de Mediação

3.1 Considerações preliminares

É cediço que o incentivo à utilização de técnicas consensuais para a resolução de conflitos consiste em forte tendência mundial, o que decorre da evolução da cultura participativa, do diálogo, da cooperação e do consenso. O reforço da democracia e da cidadania impõe a construção de uma nova relação entre os cidadãos e o Estado.⁴⁴

Além do papel primordial desempenhado pelos *ADRs - Appropriate⁴⁵ Dispute Resolution* - para a manutenção da qualidade da Justiça prestacional nos Estados Unidos, a União Europeia também se filiou ao fomento de tais práticas negociadas, sobretudo após a edição da Diretiva 52, de 21.05.2008. Esta regulamentação originou-se da recomendação lançada em 1998 (1998/257/CE) e em 2001 (2001/310/CE), em que se obrigou que cada Estado-membro inserisse normas que contemplassem os mecanismos resolutivos baseados na autocomposição.⁴⁶

No Brasil, a guinada legislativa incumbida de instituir a política pública de estímulo às soluções extraídas do consenso veio com a Res. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sendo esta incrementada a partir do advento do Código de Processo Civil de 2015, bem como do Marco Legal da Mediação.

Os diplomas retro possuem três palavras de ordem: adequação, flexibilização e eficiência. Sob o ponto de vista dos graus da escala de aperfeiçoamento do serviço jurisdicional, a adequação é compreendida como o patamar mais elevado em relação ao degrau ocupado pela efetividade, servido para auxiliar as partes na escolha do caminho disponível que corresponda, satisfatoriamente, aos interesses da causa.⁴⁷ Várias ferramentas podem ser escolhidas - como

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

a jurisdição estatal, a arbitragem, a mediação e a conciliação -, pois são vias potencialmente efetivas, mas apenas uma delas se revela a mais adequada.

No que diz respeito à eficiência, a função jurisdicional só será qualitativamente eficiente quando a atividade judicial for inserida como um dos personagens do sistema de resolução de conflitos, e não o seu protagonista ou Justiça de 1.^a classe.⁴⁸

Sobre a ideia de flexibilização, é importante ter em mente que a institucionalização da mediação,⁴⁹ com a criação de regras próprias e valores característicos a serem prezados, não retiram o seu intuito de simplificação.⁵⁰ A base da mediação poderá sujeitar-se à inserção de outras técnicas,⁵¹ inclusive no âmbito da tutela coletiva.

Foram apresentados três projetos de Lei com o objetivo de alterar determinadas matérias do Código de Defesa do Consumidor, entre eles o projeto de Lei 282/2012, que prevê uma série de modificações para a tutela coletiva, inclusive no que se refere à ampliação objetiva no CAC, ainda na linha do adormecido projeto de Lei 5.139/2009 conhecido como a reforma da lei da ação civil pública, que foi rejeitado em abril de 2010.⁵² No mesmo rumo, o projeto de Lei 282 restou arquivado definitivamente em dezembro de 2014.

Na própria Res. 125/2010 do CNJ, a qual inaugurou a regulamentação dos mecanismos conciliatórios para dirimir controvérsias no ambiente do Poder Judiciário, não se aponta a possibilidade de se realizar acordos coletivos pela aplicação das técnicas de mediação ou de conciliação, contudo, também não há vedação expressa ou implícita que represente óbice a esta prática.

O Código de Processo Civil de 2015 dá um passo à frente e no art. 174, III, realça o cabimento dos métodos consensuais em sede de compromisso de ajustamento de conduta, inserindo-os no âmbito de atuação dos órgãos da Administração Pública por intermédio da criação de câmaras de conciliação e de mediação. Neste momento, verificamos que a natureza jurídica do CAC, como reconhecimento jurídico do pedido, não mais encontra guarida no ordenamento brasileiro.

Entrementes, poderiam restar dúvidas a respeito do grau atingido pela negociação coletiva, isto é, se estaria restrita aos aspectos adjacentes ao cumprimento da obrigação, ou se poder-se-ia implicar concessões recíprocas no termo - posicionamento sustentado anteriormente e corroborado pelos arts. 3.^o e 32, *caput* e III, da Lei de Mediação.

De acordo com o art. 3.^o, poderá ser objeto da mediação tanto os conflitos que versarem sobre os direitos disponíveis, quanto os direitos indisponíveis que admitam a figura da transação. O § 2.^o do dispositivo em destaque informa que consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deverá ser homologado em juízo, com a devida oitiva

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

do Ministério Público.

Primeiramente, em que pese o *caput* do diploma supra não mencionar expressamente se os direitos referidos seriam apenas os individuais - ou individuais e coletivos -, entendemos que estes também estariam abarcados pela hipótese de incidência da norma e, por consequência, submetidos à sistematização traçada: indisponíveis transacionáveis e indisponíveis não transacionáveis (seriam, por exemplo, os direitos da personalidade *stricto sensu* e as situações expressamente vedadas pela lei).

Tal categorização não compromete a tutela dos direitos coletivos e coaduna com o desapego pertinente do novo Código no que concerne à terminologia "direitos indisponíveis". Na verdade, o legislador de 2015 preferiu se referir aos "direitos que não admitam à autocomposição", v.g., os arts. 190 e 470, II.

Em face das questões expostas, são verificados dois desdobramentos racionais importantes até o presente momento:

- i) partindo-se da constatação de que o *caput* do art. 3.º não define se os direitos mencionados seriam apenas aqueles pertencentes à órbita individual, entendemos, mediante uma interpretação lógico-sistemática do dispositivo legal, que os direitos coletivos são cingidos pela norma;
- ii) por conseguinte, ainda que indisponíveis em sua essência, submeter-se-iam à aplicação das técnicas autocompositivas (art. 32, *caput* e III), em que a transação consiste em um dos seus resultados possíveis.

Nesse viés, o art. 32, III, determina que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito da atuação destes respectivos órgãos, promovendo, quando couber, a celebração do compromisso de ajustamento de conduta. Porém, não exige a homologação judicial como requisito de validade das negociações realizadas no CAC, o qual possui eficácia de título executivo extrajudicial (arts. 32, § 3.º, da Lei de Mediação e 5.º, § 6.º, da LACP).

Na mesma linha, o art. 10, § 1.º, da Res. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) firma o entendimento de que se houver acordo em sede de mediação, este deverá ser referendado pelo órgão do Ministério Público ou levado ao Judiciário para homologação.

Parece-nos, todavia, que a homologação não seria um requisito de eficácia do ajuste, mas sim a via de se obter um título executivo judicial com eficácia *erga omnes*. Não obstante, negociar sobre o próprio direito transindividual demanda, em nosso sentir, a existência de instâncias de controle.

Nesse aspecto, o compromisso de ajuste de conduta deverá ser remetido aos órgãos de

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

deliberação dos colegitimados institucionais ao seu oferecimento, que na esfera do Ministério Público são os seguintes:

- i) Conselho Superior do Ministério Público, no âmbito dos Ministérios Públicos estaduais;
- ii) Câmara de Coordenação e Revisão, no âmbito de cada Ministério Público da União, desde que ressalvada a competência originária do procurador-geral da República para determinados casos;
- iii) Conselho Superior do Ministério Público Federal nas situações que versarem sobre a competência originária do procurador-geral da República.⁵³

Neste diapasão, em que pese a Res. 118 do CNMP representar um grande avanço para que as técnicas mais apropriadas à situação conflituosa sejam estimuladas pelo *Parquet*, não contempla os possíveis mecanismos de controle no CAC.

E até que se normatize especificamente sobre a matéria, entendemos que o art. 10, § 1.º, da Resolução deve ser interpretado conjuntamente com o art. 783, IV, do CPC/2015 (LGL\2015\1656), que prevê ser título executivo extrajudicial o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público; sendo desnecessário o ingresso perante o Judiciário para que o termo produza efeitos na prática.

Questão merecedora de destaque, ainda em remissão ao *caput* do art. 32 da Lei de Mediação, refere-se à menção estabelecida unicamente para que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criem câmaras de prevenção e de resolução administrativa de conflitos, mas não menciona o Ministério Público e as Defensorias.

No entanto, não há outro raciocínio senão o de que, da mesma maneira que os órgãos da Administração Pública poderão firmar compromissos de ajustamento de conduta utilizando os métodos autocompositivos, também poderá fazê-lo o Ministério Público e a Defensoria Pública, em razão da legitimação que possuem para atuar na defesa dos direitos transindividuais.

No âmbito do Ministério Público, órgão de envergadura constitucional e legitimado coletivo universal, incumbido da defesa da ordem jurídica, da democracia e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (arts. 127, *caput*, e 129 da CF/1988 (LGL\1988\3)), a questão é estável, já que há previsão expressa nesse sentido, conforme a mencionada Res. 118.

No que concerne às Defensorias Públicas, a normatização sobre esta prática virá, provavelmente, de um Decreto editado pelo Poder Executivo.

3.2 Convenções materiais, processuais e a indisponibilidade de direitos

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

Vistos os principais aspectos relativos ao cabimento das convenções materiais no compromisso de ajustamento de conduta, faz-se oportuna a abordagem sobre as convenções processuais e sua previsão no termo de ajuste com o intuito de derrogar determinados pontos do regramento processual cogente no caso do descumprimento das obrigações encetadas no CAC.

Desse modo, a possibilidade de se convencionar em matéria coletiva sugere duas possíveis ferramentas complementares: convenções de natureza material (mediação, conciliação, negociação) e convenções processuais.⁵⁴

É importante destacar que o instituto até agora examinado se refere às negociações das partes com o fito de solucionar o conflito. As convenções sobre o direito material aludem ao acerto da questão substancial em litígio, ou seja, ao fundo de direito propriamente, cuja finalidade corresponde à tentativa de se superar a controvérsia mediante a adoção de mecanismos consensuais, não sendo mais necessária a existência de um eventual processo.

Os negócios processuais, por outro lado, não vislumbram pôr fim ao conflito; destinam-se, em verdade, a regulamentar as "regras do jogo" conforme seja acordado pelas partes destinatárias do provimento final.

Nesse sentido, Diogo Rezende Almeida aduz que o negócio processual é o instrumento do próprio instrumento,⁵⁵ pois implica atos de disposição das partes sobre o procedimento e sobre o processo, não com vistas à disposição do direito material, mas sim do direito processual.⁵⁶

O Código de Processo Civil de 2015 concede significativo destaque ao instituto das convenções processuais, proporcionado pelo incremento das hipóteses típicas em alguns dispositivos,⁵⁷ bem assim em razão da inserção de uma cláusula geral atípica - art. 190, *caput* - em que são previstos certos requisitos de validade de conceituação imprecisa, os quais deverão ser controlados pelo juiz, conforme se observa no parágrafo único do mesmo diploma.

A *cláusula geral atípica de negociação processual*, conforme denominação atribuída ao art. 190 por parte da doutrina atual,⁵⁸ preceitua que, nas situações em que o direito material admitir a autocomposição, será lícito convencionar mudanças no procedimento de modo a ajustá-lo às particularidades do caso concreto, ou dispor sobre seus ônus, deveres, poderes e faculdades, antes ou durante a tramitação do feito.

É previsto no art. 17 da Res. 118 do CNMP a possibilidade de as convenções processuais serem inseridas como cláusulas de um termo de ajuste, sendo celebradas de forma dialogal e colaborativa.

E na mesma direção, registramos que nem sempre o caráter indisponível de um direito

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

substancial - leia-se, direitos indisponíveis que se submetem ou não à autocomposição - seria óbice à convenção processual, mas com a ressalva que de esta não prejudique o direito vindicado em juízo ou a sua tutela.⁵⁹

O controle do juiz sobre as convenções processuais é previsto no art. 190, parágrafo único, do Código de 2015, o qual deverá constatar a presença dos requisitos positivos previsto no *caput* - processo que versar sobre direitos que admitam a autocomposição e partes plenamente capazes -, podendo recusar a aplicação de determinada convenção processual no caso de esta ser nula, inserida de forma abusiva em um contrato de adesão ou que apresente uma situação de manifesta abusividade.

Trata-se de conceitos amplos e que reclamam a tarefa doutrinária de se estabelecer balizas concretas em relação ao conteúdo e a medida de aferição destes requisitos, tendo-se em mente que a validade das convenções sempre será pressuposta.

Reconhece-se que a situação é delicada, ainda mais se tratando de direitos coletivos, complexos e que interferem na esfera jurídica de inúmeras pessoas. Por isso, o controle deverá ser realizado de modo parcimonioso e consentâneo com o amplo acesso à justiça, o respeito às garantias fundamentais do processo e de forma a não comprometer a efetivação concreta dos direitos transindividuais.

A análise sobre a pressuposta regularidade das convenções processuais exigirá muita cautela do magistrado da causa, sendo necessário que tais critérios de aferição sobre a validade ou a invalidade do acordo ainda sejam severamente trabalhados na academia.

4 Class action settlement: um modelo a ser seguido?

Considerando-se que os novos influxos do direito processual contemporâneo despertam a reavaliação sobre o âmbito de negociação do compromisso de ajuste de conduta até então restrito às estipulações procedimentais da obrigação, e tendo em vista que o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei de Mediação constroem pontes mais seguras para essa travessia, é interessante analisar a figura da *class action settlement* prevista na legislação norte-americana, em razão da extensa margem de negociação que possui.⁶⁰

Um dos traços distintivos mais marcantes entre a prática jurídica exercida nos países de tradições romano-germânica e anglo-saxônica reside na prevalência do método aplicado às resoluções de controvérsias. A concepção litigiosa do processo, que predomina nos sistemas de origem *civil law*, não coincide com a principal forma de composição adotada no cenário norte-

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

americano, em que as demandas raramente são submetidas ao *trial*.

O princípio da autonomia da vontade é encampado como um dos fundamentos mais importantes da ideologia liberal norte-americana. Por esse prisma, não há qualquer participação do juiz nos acordos individuais; e o que se denomina em solo pátrio de "direitos indisponíveis" consiste em concepção desconhecida no direito americano. A *rule* 41(a) (1) prevê que a partir do momento em que as partes estiverem de pleno acordo, o processo prescindirá de homologação judicial para ser extinto.⁶¹

O fomento à consensualidade também consiste em prática bastante recorrente no contexto das ações coletivas,⁶² no entanto, traz uma distinção clara e justificável: para que um acordo coletivo seja eficaz e vincule os indivíduos que não tiveram o seu *day in court*, o Poder Judiciário deve reputá-lo adequado à defesa de todos os interesses dos membros da classe.

Desse modo, o juiz atua como o garantidor dos interesses dos membros ausentes e em prol dos direitos do grupo, que restariam comprometidos se não existisse tal previsão.⁶³ Em verdade, o controle judicial funciona como um instrumento de autenticação sobre a adequação, justiça e efetividade da proposta, cujo direcionamento foi expressamente traçado pela regra 23(e) das *Federal Rules of Civil Procedure*, sendo a subdivisão (e) (2) incorporada pela reforma de 2003.⁶⁴

Nesse panorama, uma demanda deve ser inicialmente proposta como individual, até que o representante da classe que a ofereça apresente um requerimento denominado de *motion for certification*, no intuito de obter o reconhecimento de que a contenda em questão ostenta as condições prescritas ao processamento de uma lide na forma coletiva.⁶⁵

Ademais, existe a possibilidade de as partes envolvidas já iniciarem a negociação extrajudicialmente, de forma que o membro representante da classe (ainda não eleito como representante adequado) e a parte contrária ingressam com um pedido de certificação "as a class action for settlement purposes only". Este é o que se denomina de *settlement class action*,⁶⁶ e não *class action settlement*, uma vez que a demanda é proposta apenas para se conferir eficácia *erga omnes* à composição já atingida, e não resulta, portanto, do acordo obtido após a certificação da demanda coletiva.⁶⁷

Percebe-se, em regra geral, que a principal motivação do réu ao se submeter a ajustes, por vezes desvantajosos ou injustos, reside nos danos marginais causados por uma demanda de grandes repercussões.⁶⁸ Nesse sentido, a *certification* - ou certificação - atua como se fosse um divisor de águas entre a ação individual e aquela de vultosas dimensões com todas as suas particularidades,⁶⁹ o que certamente vem a fortalecer o poder de barganha do grupo em relação ao réu.

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

Após essa etapa, além de mais inclinado à pactuação, o demandado passa a assimilar a figura do acordo como uma alternativa para que a estipulação possa vincular todos os membros da classe com grau de definitividade.⁷⁰

Outro fator de estímulo ao acordo se refere ao interesse do advogado do grupo em receber antecipadamente os frutos do investimento efetuado, além de evitar os prejuízos decorrentes de uma futura e eventual improcedência. Isso porque é o procurador da classe que geralmente arca com os custos necessários ao processamento da demanda coletiva, no intento de auferir os lucros de um investimento que, em tese, compensam os riscos assumidos.

Sobre as condições a serem verificadas pelo Poder Judiciário no momento de validar o acordo coletivo apresentado, a *rule* 23, subdivisão (e) determina que este deverá ser justo, adequado e razoável. Embora sejam conceitos jurídicos genéricos, o *Manual for Complex Litigation*, correspondente a uma compilação de orientações jurisprudenciais às Cortes Federais, estabelece algumas balizas metodológicas para a aplicação dos critérios destacados alhures, após a reforma de 2004.⁷¹

Em geral, o ajuste seria justo se realizada uma análise sobre o tratamento adequado dado pela negociação aos membros da classe que não estejam presentes em juízo. Neste caso, deve-se verificar, por exemplo, se algum dos integrantes do grupo ou o próprio representante adequado - ou ainda o seu advogado - ostentam posições de vantagens de forma injustificada em relação aos membros ausentes. Já a adequação e a razoabilidade seriam o resultado advindo da ponderação entre as vantagens apresentadas pelo acordo e a probabilidade de êxito em uma demanda coletiva, cujo exame deve ser realizado casuisticamente.⁷²

No Brasil, vimos que, com o advento do art. 174, III, do Código de 2015 e dos arts. 3.º § 2.º, e 32, III, da Lei 13.140/2015, vem sendo colocada em pauta a possibilidade de se negociar sobre o próprio fundo do direito coletivo. Não seria uma retomada à inspiração norte-americana até então negligenciada pelo direito brasileiro?⁷³

A questão é bastante tormentosa por ser visto que apesar de o art. 32, III, ter buscado fortes inspirações no *settlement*, caminhou em direção contrária no que se refere à desnecessidade de homologação para a produção dos efeitos da estipulação coletiva, já que o CAC possui eficácia de título executivo extrajudicial *ex vi legis*.

No sistema paradigma, o controle do Poder Judiciário é fundamental para que se garanta uma saída vantajosa àqueles que não participaram da análise do acordo, já que a coisa julgada será produzida *erga omnes* e nos termos ajustados na entabulação.

Por se tratar de uma decisão em tese irreversível,⁷⁴ consta a previsão na *rule* 23 (e) de que antes do exame das cláusulas do acordo pelo Judiciário, todos os interessados (membros

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

ausentes) deverão ser intimados por vias apropriadas ao caso, sendo a homologação realizada sempre em audiência pública (*fairness hearing*), após discussões, apresentação de objeções e sustentações sobre a justiça, adequação e efetividade do acordo.

O representante do grupo escolhido em juízo (*ideological plaintiff*) é legitimado para negociar de forma ampla sobre os direitos de uma classe em razão do sofisticado controle de sua representatividade adequada observado no caso concreto.⁷⁵ Caberá ao juiz, casuisticamente, constatar se o autor da ação coletiva possui condições para representar os interesses do grupo na qualidade de *named plaintiff*.⁷⁶

Em solo pátrio, a legitimação extraordinária para a propositura da demanda coletiva ou para o oferecimento do compromisso de ajustamento de conduta - judicial e extrajudicial - é concorrente e disjuntiva, tendo por fundamento a garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da CF (LGL\1988\3)). É concorrente porquanto existe uma pluralidade de legitimados que concorrem para o oferecimento do acordo, e disjuntiva em virtude de um colegitimado não depender do consentimento dos demais.⁷⁷

Em que pese a legitimação concorrente e disjuntiva poder comprometer a eficácia jurídica do compromisso em relação ao seu grau de definitividade, esta consiste em um importante instrumento para que se consiga abarcar todas as possibilidades de defesa dos direitos da coletividade, justamente em razão da conflituosidade intrínseca que as situações jurídicas que envolvam os direitos metaindividuais podem estabelecer entre si.⁷⁸

No entanto, para que o acordo seja vantajoso também para o causador do ilícito em relação à estabilização da pactuação, torna-se imprescindível a notificação prévia do maior número de interessados possível para que possam comparecer em audiência pública antes do encerramento do procedimento do CAC. Além disso, é recomendável a participação dos demais colegitimados e de órgãos e entidades para atuarem como *amicus curiae*.

É aconselhável, sobretudo, que sejam ouvidos os demais legitimados para que se possa evitar o ajuizamento posterior de eventuais demandas que venham a considerar que o compromisso firmado não resolve adequadamente a questão coletiva, gerando as intermináveis discussões acerca de litispendência e coisa julgada que se vê atualmente.

Por tratar-se de uma instância de consenso, é preciso conceder a oportunidade para que todos possam se manifestar e contribuir com o debate; mais vale atrasar a conclusão do termo de ajuste a fim de que se previna incidentes posteriores.

Em razão das considerações registradas, lançamos a seguinte indagação: a figura do *class action settlement* traz as experiências de um país eminentemente liberal que entende ser necessária a homologação judicial para a vinculação dos membros que não tiveram o seu *day*

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

in court: seria a mão ou a contramão ao sistema consensual coletivo brasileiro que se desponta?

Nesse momento, é convidativa a lição de José Carlos Barbosa Moreira sobre os riscos de se importar técnicas estrangeiras sem que se considerem os aspectos estruturais de cada ordenamento.⁷⁹

Parece-nos que, afora as distinções entre os dois sistemas em relação à legitimação, a coisa julgada, e o sofisticado e vigilante sistema de representatividade adequada, a compreensão de que homologação judicial seria necessária para se atribuir eficácia ao compromisso de ajustamento de conduta, quando versar sobre direitos indisponíveis-transacionáveis, certamente retiraria a autonomia dos legitimados políticos ao seu oferecimento, além de ir de encontro à tendência universal da desjudicialização de conflitos.

5 Considerações finais: instâncias de controle, normatização institucional e participação democrática

O Código de Processo Civil de 2015 e o Marco Legal da Mediação, alinhados com o movimento universal de estímulo aos métodos conciliatórios, apresentam importantes contribuições para o sistema de pacificação de conflitos na seara coletiva, dado que ampliam o campo de incidência das negociações, e por decorrência, atribuem maior autonomia aos entes legitimados no compromisso de ajustamento de conduta.

Na verdade, a norma não só possui a capacidade de impulsionar a prática dessas técnicas, como reclama por uma sistematização operacional. De que forma podemos nos valer do permissivo legal e aplicar as estratégias emergidas em um amplo procedimento dialógico, que seja adequado aos interesses metaindividuais?

Em primeiro lugar, é mister a imposição de mecanismos de controle aos "novos ajustes", no entanto, a resposta não está no retorno ao Poder Judiciário. O procedimento de homologação vem a ser desnecessário por garantir o que já é previsto no termo, que possui eficácia de título executivo extrajudicial por força de lei.

Em segundo lugar, e tomando por base a inexistência de limites prefixados, poderia ser interessante que o CAC fosse remetido às instâncias deliberativas das instituições competentes ao seu oferecimento, sendo recomendável a normatização interna sobre a nova prática.⁸⁰

Em terceiro lugar e por fim, é preciso ter em mente que as técnicas da mediação e da conciliação exigem a imersão em um profundo processo discursivo, que possa explorar os

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

possíveis resultados que atendam aos interesses transindividuais trazidos ao palco deliberativo, democrático e cooperativo.⁸¹

Sem dúvida consiste em um caminho promissor para o tratamento de conflitos complexos, os quais sugerem uma série de ramificações. No entanto, o êxito de tal prática demanda a atuação plural da sociedade,⁸² dos órgãos colegitimados e de entidades como *amicus curiae*.

Deborah Hensler,⁸³ em seu estudo, examina com pormenores as contribuições dos métodos adequados de solução de conflitos aos litígios de massa sob duas perspectivas figuradas distintas, valendo-se do provérbio da água na metade de um copo.

As palavras de arremate da Professora de Stanford, não obstante terem se baseado no contexto dos conflitos de massa do direito norte-americano, se aplicam para advertir àqueles que detêm o "copo meio cheio" no sistema consensual coletivo brasileiro (colegitimados político-institucionais): é hora de trazer todos os interessados ao diálogo.

Assim, parece que o caminho é mesmo abrir uma instância que viabilize a troca de ideias, que constitua um espaço para as diversas manifestações de todos os *players*, bem como que assegure que as decisões levem em conta todos os interesses legitimamente expostos e de difícil coordenação em um processo judicial.

Esse desafio se mostra altamente relevante na medida em que a efetivação do compromisso depende, muitas das vezes, da implementação de medidas estruturantes,⁸⁴ tendo em vista que, se bem compreendido e operacionalizado, poderá ser um veículo de promoção de políticas públicas com o fito de concretizar os direitos fundamentais sociais carentes de realização.⁸⁵

Como bem lembra Desirê Bauermann,⁸⁶ na teoria clássica das *structural injunctions* há direitos de base constitucional cuja efetividade só pode ser garantida pela supervisão substancial.⁸⁷

São estruturais,⁸⁸ pois, para dar efetivo cumprimento e garantir a observância do direito das partes, exerce-se a supervisão nas práticas e nas políticas adotadas pela instituição que está sob intervenção, a qual deverá cumprir um cronograma de metas e de prioridades traçadas.⁸⁹

Por outro lado, não se pode ignorar alguns graves efeitos colaterais ocorridos com a implementação das medidas estruturais no direito norte-americano, frutos de acordos homologados em juízo ou mesmo de decisões impositivas emanadas do Poder Judiciário.

Manifestando grande preocupação com o tema, José Carlos Barbosa Moreira,⁹⁰ ao comentar o precedente *Brown vs. Board of Education*, reconhece que podem existir inúmeras dificuldades práticas para se garantir o efetivo cumprimento das ordens estruturais.

Wendy Parker,⁹¹ da Wake Forest University, analisou 84 decisões entre 1992 e 2002 que tratavam de segregação racial em escolas. Após minucioso estudo, concluiu que a ideia de

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

intervenção pura e simples está superada e pode trazer diversas questões e complicações não previstas e indesejáveis. Desse modo, a autora aponta como alternativa a busca de uma solução consensual entre as partes.

O compromisso de ajustamento de conduta, por ser um mecanismo consensual, democrático e colaborativo no campo de efetivação dos direitos transindividuais, poderá ocupar posição de destaque no cenário de implementação das medidas estruturantes, sobretudo em razão do ambiente deliberativo que proporciona e do caráter preventivo que ostenta.

Com efeito, essa parece ser uma estrada mais segura. Antes de implementar uma medida estruturante, é preciso ouvir a opinião de todos os interessados diretos e indiretos.

A sociedade civil brasileira já tem um nível organizacional mínimo de modo a oferecer o tecido social necessário para a gestação das questões fundamentais e viabilizar a manifestação dos interessados e de terceiros que possam auxiliá-lo na tomada da melhor decisão para o caso e, sobretudo, evitar um provimento que por mais bem intencionado que seja, possa trazer consequências indesejáveis.⁹²

Eis o desafio dos operadores do direito nessa quadra da evolução legislativa brasileira: alinhar convenções materiais e processuais, direitos indisponíveis, mas transacionáveis, e garantir a criação de um *locus* adequado ao diálogo e que viabilize uma medida consensual, quando possível, e impositiva nas demais hipóteses, mas sempre assegurando o direito à manifestação de todos os interessados.

6 Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A contratualização do processo - Das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: Ed. LTr, 2015.

_____. *Das convenções processuais no processo civil*. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro, UERJ, 2014.

ANDRADE, Juliana Loss; MAIA, Andreia. Outros tipos de resolução de conflitos podem ser utilizados com a mediação. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-nov-23/outros-tipos-resolucao-conflitos-podem-usados-mediacao]. Acesso em: 11.12.2015.

ARAUJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos*

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. Disponível em: [www.academia.edu/221841/Reflexoes_sobre_o_principio_da_demanda]. Acesso em: 10.03.2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenção das partes sobre matéria processual. *Temas de direito processual*. 3.^a série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. *Temas de direito processual*. 8.^a série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O poder da Suprema Corte norte-americana e suas limitações. *Revista de Processo*. vol. 155. São Paulo: Ed. RT, jan. 2008.

_____. O processo norte-americano e a sua influência, parte geral, especial e a influência do processo penal norte-americano. *Temas de direito processual*. 8.^a série. São Paulo: Saraiva, 2004. BAUERMANN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

CADIET, Loïc. L'arbitrage et l'évolution contemporaine des modes de règlement des conflits. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. 12. n. 12. p. 446-462. 2013.

_____. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008.

_____. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y la justicia en Francia. Disponível em: [civilprocedurereview.com]. Acesso em: 10.06.2015.

CAMBI, Eduardo; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Compromisso de ajustamento de conduta - Um eficaz instrumento à disposição do Ministério Público para a implementação de políticas públicas e à efetivação de direitos fundamentais sociais. *Doutrinas essenciais de direito constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2015. vol. 7.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça como programa de reforma e método de pensamento. Trad. Hermes Zaneti Júnior. *Cadernos de Direito Processual. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. ano 2. Vitória, 2008.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*. ano 17. vol. 65. São Paulo: Ed. RT, 2008.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris,

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

1988, reimpr. 2002.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a ação civil pública*. Tese apresentada e publicada nos anais do 9.º Congresso Nacional do Ministério Público, Bahia, 1992.

_____. A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta. In: **TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo (coord.)**. *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993. vol. 6.

_____; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (org.). *O novo Código de Processo Civil anotado e comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CHASE, Oscar. A "excepcionalidade" americana e o direito processual comparado. *Revista de Processo*. vol. 110. p. 115-140. São Paulo: Ed. RT, 2003.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no direito brasileiro. Disponível em: [www.academia.edu/10270224]. Acesso em: 17.11.2015.

DAL BOSCO, Maria Goretti. *Responsabilidade do agente público por ato de improbidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority*. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. DOLE JR., Richard F. The settlement of class actions for damages. *Columbia Law Review*. vol. 71. n. 6. p. 971-1006. jun. 1971.

FISS, O.M. Against settlement. *Yale Law Journal*. n. 93. p. 1073-1090. May 1984.

_____. The class action rule. *Notre Dame Law Review*. n. 78. p. 1419. 2003.

_____. The political theory of the class action. *Washington and Lee Law Review*. vol. 53, 1996.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. 40. ed. St. Paul: Thomson West, 2005. Hornbook Series.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário no Brasil e nos EUA - Condições, desafios e*

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

limites para a institucionalização da mediação no judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *Coleção MASC: Meios alternativos de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIANNINI, Leandro J. Transacción y mediación en los procesos colectivos. *Revista de Processo*. vol. 201. p. 149-199. São Paulo: Ed. RT, nov. 2011.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____. Class actions in Brazil - A model for civil law countries. *The American Society of Comparative Law, Inc. American Journal of Comparative Law*, 51 Am. J. Comp. L. 311, 2003.

GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. Coleção Liebman.

GÓMEZ, Manuel A. Will the birds stay south? The rise of class actions and other forms of group litigation across Latin America. *University of Miami Inter-American Law Review*. vol. 43. n. 3. Miami: University of Miami, 2011.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil - Introdução ao direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. vol. 1.

_____. *O juiz pode ser sujeito de um negócio processual?* Palestra proferida no Seminário "Negócios Processuais no Novo CPC" promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo/SP - AASP, em 06.03.2015.

GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HENSLER, Deborah R. A glass half full, a glass half empty: the use of alternative dispute resolution in mass personal injury litigation. *Texas Law Review*. n. 73. p. 1587. jun. 1995.

JOBIM, Marco Félix. *As medidas estruturantes e a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para sua implementação*. Tese de Doutorado. Rio Grande do Sul, PUC, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *O novo processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Proibição administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades - Atuação do Ministério Público. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 42. 2006. Disponível em: [www.mazzilli.com.br].

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEADOW, Carrie Menkel. What we do when adjudication ends? A brief intellectual history of ADR. *UCLA L. Rev.* vol. 44. 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NAGAREDA, Richard A. *Mass tort litigation in a world of settlement*. Chicago: Oxford University, 2007.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta. Teoria e análise de casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

NERY JR., Nelson. O compromisso de ajustamento de conduta como transação híbrida e a problemática teorização da passagem do exercício do poder público para tentativa de ajuste no âmbito privado. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Ed. RT, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

PARKER, Wendy. The decline of judicial decision-making: school desegregation and district court judges. *North Carolina Law Review*. n. 81. may 2003.

PAUMGARTTEN, Michele. Os desafios para a integração das práticas conciliatórias no novo processo civil. *Revista de Processo*. vol. 247. p. 475-503. São Paulo: Ed. RT, 2015.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Class actions in Brazilian Law: general aspects. evolution and some controversies. *Connecticut Journal of International Law*. vol. 20. n. 2. p. 185-197. summer 2005.

_____. The role of the Department of Public Prosecutions in protecting the environment under Brazilian law: the case of "favelas" in the city of Rio de Janeiro. *Georgia State Law Review*. vol. 23. p. 735.

_____. The undertaking of adjustment of conduct in Brazilian Collective Procedural Law. *Connecticut Journal of International Law*. vol. 27. p. 346. Spring 2012.

_____; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no Novo Código de Processo Civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. 15. p. 240-267. jan. 2015. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp]. Acesso em: 12.08.2015.

_____; _____. Novos desafios da mediação judicial no Brasil: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. In: MEIRELLES, Delton; MARQUES, Giselle. *Mediação: um panorama atual*. Niterói: UFF/PPGSD, 2014. vol. 1.

_____; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Compromisso de ajustamento de conduta: atualidades e perspectivas de acordo com o projeto do novo CPC (LGL\2015\1656). *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. VII. p. 73-114. 2011. Disponível em: [www.redp.com.br].

_____; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. XIII. p. 229-258. jan.-jun. 2014.

_____. et al. Chapter 40. Brazil. In: SCHONEWILLE, Manon; SCHONEWILLE, Fred. *The variagated landscape of mediation. A comparative study of mediation in Europe and the World*. Holanda: Eleven, 2014.

_____. et al. *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei 13.140 de 26 de junho de 2015*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

_____; FARIAS, Bianca Oliveira. O compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro e no Projeto da Lei da Ação Civil Pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. IV. p. 25-53. 2009.

_____; _____. Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública. *Temas de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. vol. 1.

_____; PAUMGARTTEN, Michele. O acesso à Justiça e o uso da mediação na resolução dos

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

conflitos submetidos ao Poder Judiciário. *Boletim Informativo Juruá*. vol. 1. p. 11-14. 2013.

_____; _____. Desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do Novo Código de Processo Civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: REZENDE, Diogo; PELAJO, Samantha; PANTOJA, Fernanda (org.). *A mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Os direitos individuais homogêneos e a evolução da Jurisprudência do STJ. In: GALLOTTI, Isabel et al. *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Termo de Ajustamento de Conduta: a construção de uma solução extrajudicial de conflitos transindividuais democráticos*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro, UERJ, 2000.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Os limites do compromisso de ajustamento de conduta extrajudicial na tutela dos direitos transindividuais. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. IX. p. 697-733.

ROMÃO, Dalila. Arbitragem e administração pública em Portugal. *Revista de Arbitragem e Mediação*. ano 6. vol. 22. p. 184-210. Coord. Arnaldo Wald. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2009.

ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions - Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: JusPodivm, 2013.

SALLES, Carlos Alberto. *Class actions: algumas premissas para comparação*. *Revista de Processo*. vol. 174. São Paulo: Ed. RT, 2009.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da; DIAS, Márcio Leal. O termo de ajustamento de conduta como instrumento de atuação de um Ministério Público resolutivo na sociedade globalizada. *Revista do Ministério Público do Estado do Pará*. vol. 6. p. 123-138. 2011.

VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 - 15 anos*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milão: Giuffrè, 1979.

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

1 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *O novo processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 168-173.

2 "En conclusion, le système des modes alternatifs de règlement des conflits est donc pluriel, comme l'est le système plus général de justice dans lequel ces modes s'inscrivent aux côtés de techniques traditionnelles de solution judiciaire des litiges." CADIET, Loïc. L'arbitrage et l'évolution contemporaine des modes de règlement des conflits. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. 12. n. 12. p. 462. 2013.

3 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no Novo Código de Processo Civil: desafios concretos para sua implementação. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. 15. p. 240-267. jan. 2015. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp]. Acesso em: 12.08.2015.

4 PAUMGARTTEN, Michele. Os desafios para a integração das práticas conciliatórias no novo processo civil. *Revista de Processo*. vol. 247. p. 476. São Paulo: Ed. RT, 2015.

5 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (org.). *O novo Código de Processo Civil anotado e comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 99-100.

6 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. Novos desafios da mediação judicial no Brasil: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. In: MEIRELLES, Delton; MARQUES, Giselle. *Mediação: um panorama atual*. Niterói: UFF/PPGSD, 2014. vol. 1, p. 8.

7 Veja-se, por todos: ARAUJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

8 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Os direitos individuais homogêneos e a evolução da Jurisprudência do STJ. In: GALLOTTI, Isabel et al. *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 1093.

9 Conforme leciona Mauro Cappelletti, as exigências sociais hodiernas demandam a instauração de um espaço de justiça coexistencial, contrapondo-se à justiça unicamente conflitual típica do processo judicial. CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*. ano 17. vol. 65. p. 129. São Paulo: Ed. RT, 2008.

10 Sobre a institucionalização da mediação no ordenamento jurídico brasileiro, recomendamos a consulta da obra: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de et al. *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

11 Em virtude de a jurisdição não ser um monopólio do Estado, os princípios processuais de envergadura constitucional devem ser considerados em todos os ambientes de resolução de conflitos, por tratar-se de espaços jurisdicionais, assim como o Poder Judiciário. Veja-se, por todos: GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil - Introdução ao direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. vol. 1.

12 Sem o intuito de adentrar as possíveis derrogações sofridas pelo Código de Processo Civil de 2015, antes mesmo de sua entrada em vigor, analisaremos o diálogo desta fonte com a Lei de Mediação no âmbito coletivo.

13 V. a versão condensada: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 49, reimpr. 2002.

14 CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça como programa de reforma e método de pensamento. Trad. Hermes Zaneti Júnior. *Cadernos de Direito Processual. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. ano 2. p. 375-393. Vitória, 2008.

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

15 Sobre a legitimidade de agir e outros aspectos inerentes à figura das ações coletivas, é importante consultar a obra de grande relevo e inspiração de VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milão: Giuffrè, 1979.

16 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 395.

17 GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 3.

18 Consulte-se, por todos: BAUERMAN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2012.

19 Nesse sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos...* cit.; RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013; VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 - 15 anos*. São Paulo: Ed. RT, 2002; NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta. Teoria e análise de casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

20 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 137.

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

21 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 236.

22 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada...* cit.

23 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FARIAS, Bianca Oliveira. O compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro e no Projeto da Lei da Ação Civil Pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. IV. p. 25-53. 2009. Disponível em: [www.redp.com.br]. Acesso em: 10.08.2015.

24 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo...* cit., p. 404.

25 RODRIGUES, Geisa de Assis. *Termo de Ajustamento de Conduta: a construção de uma solução extrajudicial de conflitos transindividuais democráticos*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro, UERJ, 2000.

26 RODRIGUES, Geisa de Assis. *A ação civil pública e...* cit., p. 132.

27 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro e no Projeto da Lei da Ação Civil Pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. IV. p. 81. 2009.

28 Esse posicionamento é corroborado por: NERY, Ana Luiza de Andrade. Op. cit.; NERY JR., Nelson. O compromisso de ajustamento de conduta como transação híbrida e a problemática teorização da passagem do exercício do poder público para tentativa de ajuste no âmbito privado. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Ed. RT, 2010.

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

29 NERY, Ana Luiza de Andrade. Op. cit., p. 160.

30 PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998. p. 151.

31 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 293-294.

32 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 apresentada e publicada nos anais do 9.º Congresso Nacional do Ministério Público, Bahia, 1992; _____. A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta. In: **TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo (coord.)**. *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993. vol. 6.

33 Veja-se, a título de ilustração, acórdão proferido nos autos do RE 253-885-0/MG, rel. Min. Ellen Gracie, relativizando o princípio da indisponibilidade dos bens públicos, num contexto pós-positivista: "Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. E, 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". Publicado no DJ 21.06.2002. Acórdão disponível na íntegra no site: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 12.12.2015.

34 Gilmar Mendes anota que a jurisprudência da Corte Constitucional alemã reconhece o Estado de Direito como fundamentos do princípio da proporcionalidade. Na mesma página, o autor acrescenta que, com frequência, a aplicação do princípio em foco se sustenta na "compreensão ampla e geral da ordem jurídica como um todo", e é igualmente invocado "quando Poderes, órgãos, instituições ou qualquer outro partícipe da vida constitucional ou dos processos constitucionais colocam-se em situações de conflito". MENDES, Gilmar Ferreira; et al. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 248.

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

35 Recorrendo-se às lições de Marçal Justen Filho, em apertada síntese, cabe elucidar que o corolário da adequação consiste na avaliação das providências adotadas, no tocante à sua aptidão para o atingimento dos fins pretendidos; a necessidade, a seu turno, orienta a adoção do critério da menor onerosidade, de modo a se optar pela solução que importe no menor sacrifício possível aos interesses envolvidos; finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito preceitua a compatibilidade entre o meio adotado e os valores tutelados pelo ordenamento jurídico. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 134.

36 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FARIAS, Bianca Oliveira de. Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública. *Temas de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. vol. 1, p. 97-126.

37 MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 362-363.

38 OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 197.

39 DAL BOSCO, Maria Goretti. *Responsabilidade do agente público por ato de improbidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 13.

40 "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 art. 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

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

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 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." RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 184-185.

41 LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 203.

42 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 214.

43 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 595-597.

44 ROMÃO, Dalila. Arbitragem e administração pública em Portugal. *Revista de Arbitragem e Mediação*. ano 6. vol. 22. p. 193-194. Coord. Arnaldo Wald. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2009.

45 Reforça-se que a ideia dos meios apropriados ou adequados à resolução dos conflitos, e não "alternativos". Nesse sentido: MEADOW, Carrie Menkel. What we do when adjudication ends? A brief intellectual history of ADR. *UCLA L. Rev.* vol. 44. 1997.

46 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele. O acesso à Justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário. *Boletim Informativo Juruá*. vol. 1. p. 11-14. 2013.

47 Por exemplo, nos termos do art. 1.º, parágrafo único, da Res. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público, consiste em dever o membro do Ministério Público a orientação ao cidadão

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

sobre os mecanismos disponíveis. A íntegra da Res. 118, editada em 27.01.2015, a qual estabelece a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito da instituição ministerial, poderá ser consultada em: [www.cnmp.gov.br/portal/resolucoes/6871-resolucao-118].

48 "Não obstante servir inadvertidamente como a pretensa cura para a tormentosa incapacidade jurisdicional numérica de solucionar os conflitos que lhe são submetidos (viés quantitativo, mas que macula a qualidade do resultado), estes mecanismos devem ser vistos na verdade, a partir de suas bases constitutivas e valorativas, o que assume expressiva importância quando é observado um caminhar na cena contemporânea em direção a institucionalização generalizada da mediação (como já faz com a conciliação) e sua agregação ao Poder Judiciário." PAUMGARTTEN, Michele. Op. cit., p. 479.

49 Como elucida Daniela Monteiro Gabbay, existem razões suficientes a justificar a necessidade dessa institucionalização no ordenamento jurídico brasileiro, como, v.g.: (i) o fato de o Poder Judiciário ser um verdadeiro repositório de conflitos, devendo se abrir mais uma porta para os meios autocompositivos; (ii) para que seja viabilizada mais uma forma de acesso à justiça, compreendida não apenas como o ingresso formal perante o Poder Judiciário; (iii) a melhora no fluxo de demandas em respeito ao princípio da duração razoável do processo; (iv) o incentivo da mediação como uma forma de as partes depositarem maior confiança no Poder Judiciário, de forma a estimular o alcance de soluções mais democráticas pautadas na formação do diálogo humano; e (v) a função pedagógica que deverá ser observadas por juízes, partes e advogados, em relação à escolha da técnica compositiva mais ajustada as idiosincrasias do conflito, reconhecendo-se os limites do Poder Judiciário para a solução de todas as demandas a ele endereçadas e a necessidade de se repensar essa mentalidade pautada na concepção puramente litigante. GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário no Brasil e nos EUA - Condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *Coleção MASC: Meios alternativos de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 64.

50 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do Novo Código de Processo Civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira?* In: REZENDE, Diogo; PELAJO, Samantha; PANTOJA, Fernanda (org.). *A mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro:

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

Forense, 2015. p. 40.

51 ANDRADE, Juliana Loss; MAIA, Andreia. Outros tipos de resolução de conflitos podem ser utilizados com a mediação. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-nov-23/outros-tipos-resolucao-conflitos-podem-usados-mediacao]. Acesso em: 11.12.2015.

52 Importante esclarecer que no projeto de Lei 5.139/2009 o compromisso de ajustamento de conduta tinha natureza de transação atípica, *in verbis*: "Art. 49. O compromisso de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação com eficácia de título executivo extrajudicial. Parágrafo único. Não será admitida transação no compromisso de ajustamento de conduta que verse sobre bem indisponível, salvo quanto ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas".

53 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo...* cit., p. 417-418.

54 Em relação ao caráter terminológico, José Carlos Barbosa Moreira, em 1982, pontificava que: "A essas maneiras de dizer, parece-nos preferível a locução 'convenções processuais', de cunho mais técnico, e sobretudo, mais aderente à linguagem do Código". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenção das partes sobre matéria processual. *Temas de direito processual*. 3.^a série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 88-89. O Código de 2015 permanece apegado ao verbo "convencionar", conforme se extrai da redação dos art. 190 *caput* e parágrafo único. Entrementes, compreendemos que as expressões "convenções processuais", "avenças", "pactuações" "acordos processuais" e "negócios jurídicos processuais" encontradas aos pares na literatura jurídica pátria são coincidentes e traduzem, de igual modo, o instituto sob análise, não comprometendo a sua assimilação. O contrário seria, em nosso sentir, mera questão formal, sem maiores implicações práticas.

55 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das convenções processuais no processo civil*. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro, UERJ, 2014. p. 110.

56 Segundo Loïc Cadiet, as convenções relativas ao processo desvendam um movimento de

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

contratualização contemporânea perante o declínio do centralismo estatal - ou legicentrismo, e assim realça: "Ces conventions relatives au procès s'inscrivent dans une tendance très nette à la contractualisation contemporaine des rapports sociaux, liée au déclin du centralisme étatique et de son corollaire dans l'ordre de la production normative, le légicentrisme". CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 8-9.

57 "Em diversos outros dispositivos, o Código faculta que a vontade das partes interfira nos poderes do juiz, como, por exemplo: quando prevê a delimitação consensual dos pontos controvertidos (art. 357, § 2.º), que, homologada, "vincula as partes e o juiz"; quando prevê a escolha consensual do perito pelas partes (art. 471), desde que plenamente capazes e a causa possa ser resolvida por autocomposição; ou quando admite que, "de comum acordo, o juiz e as partes" estabeleçam calendário para a prática dos atos processuais, vinculando as partes e o juiz, inclusive na fixação de prazos, e somente podendo ser modificado "em casos excepcionais, devidamente justificados" (art. 191), além de outras que já existiam no Código de 1973, como, por exemplo, sobre a suspensão do processo (CPC de 1973, art. 265, II; CPC de 2015, art. 313, II) e sobre a distribuição de ônus da prova (CPC de 1973, art. 333; CPC de 2015, art. 373, §§ 3.º e 4.º)". GRECO, Leonardo. *O juiz pode ser sujeito de um negócio processual?* Palestra proferida no Seminário "Negócios Processuais no Novo CPC" promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo/SP - AASP, em 06.03.2015.

58 Por todos: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no direito brasileiro. Disponível em: [www.academia.edu/10270224]. Acesso em: 17.11.2015.

59 Nesse sentido veja-se o Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Não obstante, devemos registrar que, numa interpretação literal do art. 190 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), tal resultado não seria possível. Fato é que a restrição imposta pelo texto legal parece mesmo não ser absoluta, haja vista os inúmeros exemplos verificados no dia a dia forense, quer seja no âmbito das ações cíveis ambientais, nas quais são firmados compromissos de ajustamento de conduta, ou mesmo nas ações penais nas quais são celebrados os já famosos acordos de delação premiada, alguns dos quais já homologados pelo Poder Judiciário.

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

60 Consulte-se, por todos: DOLE JR., Richard F. The settlement of class actions for damages. *Columbia Law Review*. vol. 71. n. 6. p. 971-1006. jun. 1971.

61 "Rule 41. Dismissal of Actions: (a) Voluntary Dismissal. (1) By the Plaintiff. (A) Without a Court Order. Subject to Rules 23(e), 23.1(c), 23.2, and 66 and any applicable federal statute, the plaintiff may dismiss an action without a court order by filing: (i) a notice of dismissal before the opposing party serves either an answer or a motion for summary judgment; or (ii) a stipulation of dismissal signed by all parties who have appeared."

62 FISS, O.M. Against Settlement. *Yale Law Journal* n. 93. p. 1073-1090. p. 1443. May 1984.

63 PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. Class actions in Brazilian Law: general aspects. evolution and some controversies. *Connecticut Journal of International Law*. vol. 20. n. 2. p. 185-197. summer 2005.

64 "Rule 23 Class Action (...) (e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise: (1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal. (2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate. (3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal. (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so. (5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval".

65 FISS, O.M. *The Class action rule*. *Notre Dame Law Review*. n. 78. p. 1419. 2003.

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

66 Não é pacífico na doutrina norte-americana o entendimento sobre a legitimidade do *settlement class action* como um instrumento de representação dos membros ausentes, notadamente em razão de não se observar o contraditório durante as fases iniciais da negociação. Examinando outros fatores que poderiam comprometer ao escopo a ser perseguido pelo instituto, Andre Roque se posiciona da seguinte maneira: "Embora as *settlement class actions* não possam ser peremptoriamente proibidos, ainda que não estejam formalmente previstas na Regra 23, a responsabilidade do juiz em proteger os interesses dos membros ausentes aumenta ainda mais, sendo necessário que se analise de forma ainda mais rigorosa os termos do acordo". ROQUE, Andre. *Class actions - Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: JusPodivm, 2013. p. 379-380.

67 PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. The undertaking of adjustment of conduct in Brazilian Collective Procedural Law. *Connecticut Journal of International Law*. vol. 27. p. 346. Spring 2012.

68 PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. The role of the Department of Public Prosecutions in protecting the environment under Brazilian law: the case of "favelas" in the city of Rio de Janeiro. *Georgia State Law Review*. vol. 23. p. 735.

69 FISS, Owen. The political theory of the class action. *Washington and Lee Law Review* vol. 53. p. 21-31, 1996.

70 GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 308.

71 "Fairness calls for a comparative analysis of the treatment of class members vis-à-vis each other and vis-à-vis similar individuals with similar claims who are not in the class. Reasonableness depends on an analysis of the class allegations and claims and the responsiveness of the settlement to those claims. Adequacy of the settlement involves a comparison of the relief granted relative to what class members might have obtained without

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

using the class action process.". *Manual for Complex Litigation*, 2004, p. 351. Disponível em: [https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf]. Acesso em: 10.10.2015.

72 "To determine whether a proposed settlement is fair, reasonable, and adequate, the court must examine whether the interests of the class are better served by the settlement than by further litigation. Judicial review must be exacting and thorough. The task is demanding because the adversariness of litigation is often lost after the agreement to settle. The settling parties frequently make a joint presentation of the benefits of the settlement without significant information about any drawbacks. If objectors do not emerge, there may be no lawyers or litigants criticizing the settlement or seeking to expose flaws or abuses. Even if objectors are present, they might simply seek to be treated differently than the class as a whole, rather than advocating for class." *Manual for Complex Litigation*, 2004, p. 319. Disponível em: [https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf]. Acesso em: 10.10.2015.

73 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de et al. Chapter 40. Brazil. In: SCHONEWILLE, Manon; SCHONEWILLE, Fred. *The variagated landscape of mediation. A comparative study of mediation in Europe and the World*. Holanda: Eleven, 2014. p. 533-549.

74 Na verdade, a convicção na capacidade dos juízes para fiscalizar a adequada representatividade dos interesses da classe durante o curso do processo ou do acordo funciona como um dos fundamentos essenciais da oponibilidade *erga omnes* da autoridade da coisa julgada. Desse modo, o devido processo legal de quem não tenha participado do litígio, e se vê privado, no futuro, de interpor uma nova ação com idêntico objeto, se encontra salvaguardado pela razão de que aquele acordo foi realizado em juízo com as perícias que as circunstâncias razoáveis exigiam. GIDI, Antonio. Class actions in Brazil - A model for civil law countries. *The American Society of Comparative Law, Inc. American Journal of Comparative Law*, 51 Am. J. Comp. L. 311, 2003, p. 26-27.

75 FISS, O.M. Against settlement... cit., p. 1444.

77 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 366-367.

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA

78 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 94.

79 BARBOSA MOREIRA. O processo norte-americano e a sua influência, parte geral, especial e a influência do processo penal norte-americano. *Temas de direito processual*. 8.^a série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 223-231.

80 Essa possibilidade é fruto de analogia estabelecida com o posicionamento de Hugo Nigro Mazzilli acerca da homologação pelo órgão competente quando o CAC é firmado nos autos de um inquérito civil. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo...* cit., p. 417-418.

81 Consta no art. 46 da Lei 13.140/2015 a previsão expressa quanto ao uso da mediação *online* ou de outro meio de comunicação que permita a transação a distância, inspirada na Diretiva 11/2013 do Conselho da União Europeia. Sem dúvida é um mecanismo salutar e que poderá auxiliar a construção de debates democráticos para a formação de decisões adequadas à conflituosidade dos direitos transindividuais em pauta, principalmente na seara consumerista.

82 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Desafios para a integração... cit., p. 11-42.

83 "How one assesses the contributions of ADR to mass torts depends on how one measures the proverbial water in the glass. Is it half full or half empty? From the perspective of the defendants' and plaintiffs' attorneys who have used negotiation and mediation to create imaginative resolutions of their cases, the glass may well look half full. From the perspective of lay plaintiffs who were not at the table when these agreements were negotiated, who often were not fully in-formed of the real options that they would have when the agreements were implemented, and whose voices were not heard in the courtrooms when these agreements were debated, the glass may look half empty." HENSLER, Deborah R. A glass half full, a glass half empty: the use of alternative dispute resolution in mass personal injury litigation. *Texas*

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

Law Review. n. 73. p. 1587, jun. 1995.

84 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. XIII. p. 229-258. jan.-jun. 2014.

85 CAMBI, Eduardo; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Compromisso de ajustamento de conduta - Um eficaz instrumento à disposição do Ministério Público para a implementação de políticas públicas e à efetivação de direitos fundamentais sociais. *Doutrinas essenciais de direito constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2015. vol. 7, p.731-758.

86 BAUERMANN, Desirê. Op. cit., p. 68-70.

87 JOBIM, Marco Félix. *As medidas estruturantes e a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para sua implementação*. Tese de Doutorado. Rio Grande do Sul, PUC, 2012.

88 ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. Disponível em: [www.academia.edu/221841/Reflexoes_sobre_o_principio_da_demanda]. Acesso em: 10.03.2014.

89 Não custa lembrar que no precedente conhecido por *Milliken vs. Bradley* (433 U.S. 280, 1977), a U.S.S.C. assentou que o juiz deve formular decisão apta a restaurar as vítimas à posição que deveriam ocupar caso o ilícito não tivesse sido praticado. Assim, as providências determinadas pelo juiz se voltam apenas a restaurar a violação constitucional. Ademais, deve o magistrado levar em consideração os objetivos do legislador e não as suas concepções pessoais do que seria o interesse público. Este parâmetro ficou claro em *Swann vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* (402 U.S. 1, 1970).

90 BARBOSA MOREIRA, José Carlos O poder da Suprema Corte norte-americana e suas

**PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE
OS IMPACTOS DO NOVO CPC E
DA LEI DE MEDIAÇÃO NO
COMPROMISSO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

limitações. *Revista de Processo*. vol. 155. São Paulo: Ed. RT, jan. 2008.

91 PARKER, Wendy. The decline of judicial decision-making: school desegregation and district court judges. *North Caroline Law Review*. n. 81. may 2003.

92 Chamando a atenção para as limitações procedimentais hoje existentes e para a necessidade de se criar um novo espaço para a efetivação das medidas estruturantes, Arenhart assim se manifesta: "Se outra mentalidade do juiz é exigida, também se exige outro tipo de processo para lidar com essas causas. Mesmo a estrutura das ações coletivas - como hoje prevista - é insuficiente para tanto. Impõe-se um processo em que efetivamente se possa permitir a participação social, o conhecimento a fundo do problema e a gestão adequada do litígio. Não sendo assim, corre-se o sério risco de atirar o magistrado em um campo de batalha, em que ele sequer terá condições de conhecer aquilo que está julgando, em suas múltiplas facetas e com seus vários desdobramentos. Isso será, é claro, a certeza do fracasso da atuação judicial e da inadequação da decisão aí proferida". ARENHART, Sergio Cruz. Op. cit., p. 398.

76 GIDI, Antonio. A *class action* como instrumento... cit., p. 242.