UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

TUTELA EXTRAJUDICIAL DE DIREITOS COLETIVOS EM PERNAMBUCO: *Ministério Público, Atividade Autocompositiva e Compromisso de Ajustamento de Conduta*

ANA DE FÁTIMA QUEIROZ DE SIQUEIRA SANTOS

TESE DE DOUTORADO
Direito Público

Recife
2007

ANA DE FÁTIMA QUEIROZ DE SIQUEIRA SANTOS

TUTELA EXTRAJUDICIAL DE DIREITOS COLETIVOS EM PERNAMBUCO: *Ministério Público, Atividade Autocompositiva e Compromisso de Ajustamento de Conduta*

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.
Área de concentração: Direito Público
Orientador: Professor Doutor Andréas Joachim Krell

Recife
2007

Santos, Ana de Fátima Queiroz de Siqueira
Tutela extrajudicial de direitos coletivos em Pernambuco: Ministério Público, atividade autocompositiva e compromisso de ajustamento de conduta / Ana de Fátima Queiroz de Siqueira Santos. – Recife : O Autor, 2007.

357 folhas; il.

Tese (doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2007.

Inclui bibliografia e anexos.

1. Conduta - Ajustamento - Compromisso - Pernambuco - Brasil. 2. Inquérito civil e ação civil pública - Pernambuco - Brasil. 3. Interesses ou direitos transindividuais - Proteção - Brasil. 4. Ministério Público - Poderes - Atribuições - Controle - Pernambuco - Brasil. 5. Resolução de conflitos - Mecanismos alternativos à jurisdição - Pernambuco - Brasil. 6. Tutela dos direitos – Pernambuco - Brasil. 7. Acesso à justiça - Pernambuco - Brasil. 8. Solução de conflitos - Crítica e interpretação - Brasil. 9. Ministério Público - Interesses coletivos - Brasil. 10. Justiça - Controle - Direitos sociais - Brasil. Título.

342.7 CDU (2.ed.) UFPE
342.8114 CDD (22.ed.) BSCCJ2007-005

ANA DE FÁTIMA QUEIROZ DE SIQUEIRA SANTOS

Título: ***TUTELA EXTRAJUDICIAL DE DIREITOS COLETIVOS EM PERNAMBUCO. MINISTÉRIO PÚBLICO, ATIVIDADE AUTOCOMPOSITIVA E COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA***

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.
Área de concentração: Direito Publico
Orientador: Prof. Dr. Andréas J. Krell

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu à candidata à defesa, em nível de doutorado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO
GERAL: Distinção

Professor Doutor João Mauricio Leitão Adeodato
Julgamento: Distinção Assinatura:

Professor Doutor Walber de Moura Agra
Julgamento: Distinção Assinatura:

Professor Doutor Alexandre Freire Pimentel
Julgamento: Distinção Assinatura:

Professor Doutor José Luciano Góis de Oliveira
Julgamento: Distinção Assinatura:

Professor Doutor Sérgio Torres Teixeira
Julgamento: Distinção Assinatura:

Recife, 28 de março de 2007

Coordenador do Curso: Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Junior

A Rori, Bernardo e Amanda, sempre.

AGRADECIMENTOS

À minha pequena família, agradeço o desprendimento e o auxílio prestado no empreendimento deste projeto. Um apoio que, para mim, será sempre fundamental. Manifesto especial gratidão à Professora Mirian de Sá Pereira, Diretora do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco, por viabilizar o meu afastamento da docência pelo tempo necessário à conclusão da tese. Dela recebi mais que um crédito, o apoio pessoal e o exemplo de um verdadeiro espírito acadêmico. Ao Procurador de Justiça Francisco Sales de Albuquerque, na Chefia do Ministério Público do Estado de Pernambuco, por ocasião do preparo da tese, agradeço os licenciamentos possíveis e a acolhida estimulante a algumas propostas que lhe foram antecipadas. À Procuradora de Justiça Janeide Oliveira de Lima, Corregedora Geral do Ministério Público, agradeço a materialização do apoio à pesquisa realizada e a abertura de um espaço para a objetividade da informação teórica em um projeto político-institucional. Ao Professor Doutor Andréas Krell, sou grata pela orientação serena, segura e por compreender os limites impostos pelas minhas condições de trabalho. Ao Professor Doutor Carlos Alberto de Salles, da Universidade de São Paulo, colega de Ministério Público e grande conhecedor da matéria pesquisada, agradeço as indicações e a remessa de material bibliográfico, generosamente ofertado. Aos Professores Doutores João Maurício Adeodato e José Luciano Oliveira, devo o acertamento metodológico, oferecido no exame de qualificação mediante observações precisas e pertinentes. A Clóvis Ático, técnico em informática e servidor da CGMP, agradeço a confecção do programa gerenciador dos dados e o seu processamento. Às bibliotecárias do Ministério Público Estadual, Rosa Dalva Rivera de Azevedo, Eulina Pedrosa Arruda, Maria Aparecida Alves Morais**,** sou grata pela solidariedade e pela disposição incansável na busca do material bibliográfico. Ao Bel. Maurício Leão, pela formatação final do trabalho. Finalmente, o meu reconhecimento e respeito aos promotores de justiça que generosamente se dispuseram a conceder entrevistas, doando à pesquisa informação preciosa, e por me revelarem seu movimento em direção a um outro projeto de sociedade.

We are modestly more agnostic, believing that there is no particular method of resolving disputes that is consistently superior to any other. Disputant, disputes and dispute contexts are too complex to permit any universal declarations. Some disputes would best be settled one way. Others should be resolved by another method. Perhaps some ought to be left unresolved — at least initially. We are persuaded, however, that in all but the rarest of circumstances, the use of force is ill advised — a blunt, inelegant, and all-too-often-tragic way to address disputes. Almost without exception, the use of force represents some combination of failure of skill, a failure of will, or a dearth of creativity on the part of one or more of the disputants (Michael Moffit and Robert Bordone. The handbook of dispute resolution, Introduction).

RESUMO

SANTOS, Ana de Fátima Queiroz de Siqueira. TUTELA EXTRAJUDICIAL DE DIREITOS COLETIVOS EM PERNAMBUCO: Ministério Público, atividade autocompositiva e compromisso de ajustamento de conduta. 357 folhas. Tese de doutorado — Centro de Ciências Jurídicas — Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Recife-PE.

A pesquisa afere as possibilidades da resolução extrajudicial de conflitos coletivos no Estado de Pernambuco. No Brasil, o Ministério Público é constitucionalmente encarregado da proteção dos interesses da coletividade. O Compromisso de Ajustamento de Conduta corresponde a um acordo criado por lei, visando facilitar o acesso a direitos coletivos. Pode ser usado dentro e fora do processo judicial sob a responsabilidade do Ministério Público e dos órgãos públicos como uma promissora ferramenta de tutela transindividual. Sabe-se pouco, ainda, acerca do modo e do momento de preparação da decisão no âmbito de um acordo deste tipo, ou a propósito de suas condições de cumprimento. A pesquisa é exploratória e focalizada na atividade do Ministério Público porque ele possui, mais que qualquer outra instituição, experiência e informação a respeito de litigância de interesse público e de soluções autocompositivas. Os resultados revelam que este acordo serve à proteção diversificada como meio ambiente, saúde, educação, consumidor entre outras. Apesar disto, melhores resultados poderiam ser obtidos. Há carência de informação adequada acerca do uso de técnicas de avaliação e de resolução conflitiva. Os controles internos acerca de resultados qualitativos e também a condução dos procedimentos decisórios empreendidos nas instâncias superiores da instituição se apresentam disfuncionais. Propostas de aperfeiçoamento de controle de resultados são sugeridas através de investimentos em estrutura e pessoal.

Palavras-chave: Direitos coletivos. Resolução de disputas. Ajustamento de Conduta.

ABSTRACT

SANTOS, Ana de Fátima Queiroz de Siqueira. TUTELA EXTRAJUDICIAL DE DIREITOS COLETIVOS EM PERNAMBUCO: Ministério Público, atividade autocompositiva e compromisso de ajustamento de conduta. 357 folhas. Doctoral Thesis — Centro de Ciências Jurídicas — Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Recife-PE.

The research surveys the possibilities of extrajudicial resolution in collective conflicts in the State of Pernambuco. Public prosecution service is constitutionally in charge of the protection of social rights. The so-called Compromisso de Ajustamento de Conduta (translated as Commitment to an Adjustment Behavior), is an agreement created by law, aiming to provide easier access to justice in public interest issues. It can be used inside and outside the courts under the responsibility of the Public Prosecution service and public agencies and it is a promising tool for public dispute processing. It is known little, still, concerning the moment and the ways of preparing a decision in the scope of an agreement of this type, and even less about its protective effects. This preliminary research focuses the activity of public attorneys because they gather experience and information regarding public interest litigation and non-adversarial solutions. The results disclose that this agreement encloses environment, health, education, consumer among other issues. However, better results should be achieved. Technical information concerning the use of techniques of assessment and conflict resolution is needed. The internal controls concerning qualitative results and supervision over institutional behavior in the consensus building process do not work as efficiently as they were expected. Revisional procedures undertaken by the higher stages of appeal in the institution, lack regulation. Proposals to improve quality result controls point out investments in structure and staff.

Keywords: Social rights. Dispute resolution. Agreement.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 01 — Tomadores ou compromissários 259

Gráfico 02 — Promitentes 263

Gráfico 03 — Área de Tutela Jurídica 269

Gráfico 04 — Relação entre pessoas físicas e jurídicas e tutela transindividual 272

Gráfico 05 — Relação entre administração direta e tutela transindividual 274

Gráfico 06 — Interesse transindividual — Categorias 276

Gráfico 07 — Modalidade de tutela do direito 278

Gráfico 08 — Natureza da obrigação assumida 280

Gráfico 09 — Conteúdo do TAC — Cláusulas 282

Gráfico 10 — Cominações previstas 283

Gráfico 11 — Obrigação quanto ao prazo de cumprimento 288

Gráfico 12 — Incidência de TACs por Região 292

Gráfico 13 — Investigação prévia 298

Gráfico 14 — Debate prévio, cronograma/plano de execução 300

Gráfico 15 — Incidência de outras técnicas resolutivas 303

Gráfico 16 — Capacitação em técnicas de RAD 305

Gráfico 17 — Técnicas resolutivas utilizadas 308

Gráfico 18 — Supervisão de cumprimento 309

Gráfico 19 — Etapa de cumprimento 311

Gráfico 20 — Resultados de efetivação 313

Gráfico 21 — Problemas de cumprimento / execução dos TACs 314

Gráfico 22 — Resultados parciais e problemas de cumprimento 316

Gráfico 23 — Revisão do TAC pelo CSMP 322

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
ACPs	Ações Civis Públicas
ADR	Alternative Dispute Resolution
AMEPE	Associação dos Magistrados do Estado de Pernambuco
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CGMP	Corregedoria Geral do Ministério Público
CPC	Código de Processo Civil
CSMP	Conselho Superior do Ministério Público
Dec.	Decreto
DJ	Diário da Justiça
DO	Diário Oficial
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ESMP	Escola Superior do Ministério Público
IC	Inquérito Civil
MP	Ministério Público
MPPE	Ministério Público do Estado de Pernambuco
MS	Mandado de Segurança
PA	Procedimento Administrativo
PIP	Procedimento de Investigação Preliminar
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TACs	Termos de Ajustamento de Conduta
TJPE	Tribunal de Justiça de Pernambuco

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 14

PRIMEIRA PARTE: O PROCESSO JUDICIAL DE RESULTADOS E OS RESULTADOS DA PRÁTICA 21

1 A TEORIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS 21

2 A EXECUÇÃO ESPECÍFICA COMO ETAPA DO PROCESSO DE TUTELA TRANSINDIVIDUAL 33

3 TUTELA JUDICIAL PERNAMBUCANA A DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS EM 1999: RELATÓRIO E PROGNÓSTICOS DE UMA PESQUISA 46

SEGUNDA PARTE: TUTELA EXTRAJUDICIAL — MINISTÉRIO PÚBLICO, INQUÉRITO CIVIL E COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA 51

4 O MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA EXTRAJUDICIAL DOS DIREITOS 51

5 O INQUÉRITO CIVIL COMO PARADIGMA PROCEDIMENTAL: LONGE DA DIMENSÃO AUTOCOMPOSITIVA 63

6 O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE TUTELA COLETIVA 70

7 ATIVIDADE REVISÓRIA: INQUÉRITO CIVIL, PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS E TAC 86

8 O CONTROLE INTERNO DA ATIVIDADE EXTRAJUDICIAL DE TUTELA TRANSINDIVIDUAL NO MINISTÉRIO PÚBLICO 96

9 O TAC COMO TÍTULOEXECUTIVO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL: A VOLTA À JURISDIÇÃO 104

TERCEIRA PARTE: OUTRAS DIMENSÕES TEÓRICAS: DIREITOS À PROCURA DE PROCESSOS 111

10 PLURIPROCESSUALISMO E AUTOCOMPOSIÇÃO 111
10.1 Acesso à justiça, Istrumentalidade e uma revisão da Teoria (Geral?) do Processo 111
10.2 Um sistema pluricêntrico de acesso à justiça 117
10.3 Uma teoria de processo para processos 130

11 TUTELA DOS DIREITOS E REFORMA DO ESTADO: A ALTERNATIVA CONSENSUAL 143
11.1 A globalização como cenário 143
11.2 A constitucionalização dos direitos 148
11.3 A Reforma do Estado e a administração pública de consenso 157
11.4 A tutela extrajudicial de direitos: o processo administrativo consensual como técnica resolutiva 168

12 LITIGÂNCIA DE INTERESSE PÚBLICO E EFICIÊNCIA JUDICIAL: A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA 176
12.1 Aspectos do sistema de justiça norte-americano: o *Common Law*, a justiça adversarial, a *equity* e as *injunctions* 176
12.2 A experiência das *injunctions*: os desafios da execução 189
12.3 Processo Civil de Interesse Público: uma perspectiva para a "litigância complexa" 199
12.4 Novas avenidas: política decisória, instituições e a crítica das reformas de processo 209

13 PROCESSAMENTO DE LITÍGIOS E TÉCNICAS RESOLUTIVAS NO PROCESSO EXTRAJUDICIAL 217
13.1 Da crise do processo judicial ao movimento pelos mecanismos alternativos 217
13.2 A evolução do debate adjudicação judicial *versus ADR* vista por Owen Fiss 224
13.3 O estado atual da discussão acerca de *ADR — Alternative Dispute Resolutions* 228
13.4 Processos de adjudicação judicial e de consenso: atividades de prevenção, solução e supervisão 234

13.4.1 Processos de resolução por adjudicação 236
13.4.2 Processos consensuais 238

QUARTA PARTE ANÁLISE DE RESULTADOS. SOLUÇAO EXTRAJUDICIAL ATRAVÉS DOS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA — TACs 248

14 HIPÓTESES DE TRABALHO E DESCRIÇÃO DA METODOLOGIA 248
14.1 As hipóteses básicas 248
14.2 As hipóteses secundárias 249
14.3 Material e métodos 250
14.3.1 Metodologia 250
14.3.2 Amostra 252
14.3.3 Instrumentos de pesquisa 254
14.4 Categorias de análise 257
14.4.1 Aspectos da formação do TAC e da tutela prestada aos direitos 257
14.4.2 Aspectos relativos ao procedimento e às atividades de deliberação e solução 258
14.4.3 Aspectos ligados ao cumprimento do ajuste: controle de eficiência e revisão 258

15 ANÁLISE DE RESULTADOS 259
15.1 Aspectos da formação do TAC e da tutela prestada aos direitos 259
15.1.1 Partes celebrantes, compromitente, compromissário e intervenientes 259
15.1.2 Resultados por área de tutela material 268
15.1.3 Modalidade da tutela prestada e natureza da obrigação assumida 278
15.1.4 Formação dos Compromissos de Ajustamento de Conduta 281
15.2 Aspectos da atividade autocompositiva: procedimento, deliberação e decisão 290
15.2.1 A atividade administrativo-resolutiva: aspectos investigativo-preparatórios 290
15.2.2 A práxis do processo administrativo de investigação/resolução: o informal é funcional 292
15.2.3 Procedimento administrativo investigativo ou resolutivo? 298
15.2.4 Procedimento administrativo e atividade deliberativa 299
15.2.5 A necessidade de uma formação para a atividade 305
15.3 Aspectos do cumprimento do TAC: revisão e controle de eficiência 309
15.3.1 Controle da eficiência qualitativa do cumprimento 309
15.3.2 Etapas de cumprimento (andamento) e resultados 311
15.3.3 Dificuldades de cumprimento 314
15.3.4 O controle interno pelo processo de revisão perante o CSMP e a ausência de impugnações ao TAC pelos interessados 321

QUINTA PARTE: RECOMENDAÇÕES E PROPOSTAS 324

16 PROGNÓSTICOS SOBRE A TUTELA DE DIREITOS ATRAVÉS DO TAC: CULTURA DE DELIBERAÇÃO E AUTOCOMPOSIÇÃO 324

17 PROCEDIMENTO COMO SEQÜÊNCIA E POSTURA: VIABILIZANDO O ESPAÇO DE RESOLUÇÃO CONFLITIVA POR MÚLTIPLAS PORTAS 329

18 CONTROLE INTERNO DE EFICIÊNCIA E REVISÃO DA TUTELA EXTRAJUDICIAL NO MP 334

19 ESTRUTURAÇÃO DA SUPERVISÃO E ORIENTAÇÃO DA ATIVIDADE EXTRAJUDICIAL DOS MEMBROS DO MP 338

REFERÊNCIAS 343

ANEXO — FORMULÁRIO DE PESQUISA 355

INTRODUÇÃO

A tese representa a continuação de um trabalho numa mesma dimensão investigativa: a tutela dos direitos transindividuais. Utilizam-se indistintamente as expressões direitos transindividuais, direitos supra-individuais, direitos metaindividuais ou coletivos *lato sensu*, porque assim o faz a teoria existente sobre a matéria. A preferência pelo uso da expressão *direitos coletivos* para o título da tese se justifica por ser a mais popular.

Desta vez, contudo, explorou-se o reverso da tutela judicial de caráter atributivo ou da adjudicação judicial, como trata a literatura norte-americana, a prestação jurisdicional. Buscou-se investigar os resultados de proteção a esses direitos na esfera extrajudicial através do uso de um mecanismo autocompositivo: o Compromisso de Ajustamento de Conduta. Um mecanismo alternativo à jurisdição.

Sabe-se ainda muito pouco a respeito do que este instrumento de solução consensual, um ajuste de comportamento ao que a lei prevê, pode produzir em termos de qualidade protetiva. Menos ainda sobre os instrumentos, os saberes e as reais possibilidades do espaço da solução acordada, seja ela explorada judicial ou extrajudicialmente para a resolução de conflitos. O próprio conflito constitui uma situação considerada indesejável, desagregadora, algo que precisa ser afastado quando se dá em cada um de nós e em relação aos que nos cercam. O saber de processo reproduz esta visão. O enfrentamento da dimensão resolutiva através do uso de mecanismos alternativos de solução permite que, em direito, se trate o conflito como ele se apresenta: inevitável, no indivíduo e na convivência. Mais que acreditar na sua supressão por decreto é preciso aprender que se pode gerenciá-lo.

A pesquisa se realiza sobre novos paradigmas: a utilização de dados empíricos como instrumento para uma pesquisa em teoria do processo e as possibilidades enriquecedoras da troca interdisciplinar.

Por isto, foram utilizados, além da dogmática jurídica pertinente ao tema, outros enfoques a adensar um pouco mais a teleologia que o direito processual civil reivindica para si: garantir um processo materialmente efetivador da tutela dos direitos. A informação interdisciplinar oferece novas ferramentas à exploração dessa expectativa.

Buscou-se aferir o que encerram os Compromissos de Ajustamento de Conduta tomados pelo Ministério Público (MP) ao rés-do-chão, no concreto. Contextualizou-se a efetividade como eficiência organizacional, procedimental e comportamental: instituições, processos e posturas, o instituto do Compromisso de Ajustamento como parte da atividade extrajudicial do Ministério Público Estadual. Isto significou avaliar, também, os procedimentos resolutivos não judiciais dos quais resultam tais títulos, a atividade preparatória, providências e aptidões, controles internos. Em suma, atividade extrajudicial, no âmbito externo e interno.

A abordagem dogmática foi realizada, por conseguinte, à práxis e de acordo com ela.

Efetuou-se uma revisão crítica da teoria do Inquérito Civil e dos procedimentos administrativos similares de investigação utilizados pelo Ministério Público Estadual, da teoria institucional do MP centrada no esquadrinhamento organizacional e no desempenho dos controles revisionais dirigidos à atividade extrajudicial de proteção coletiva.

A análise do Inquérito Civil, procedimentos investigativos administrativos e da dogmática do Compromisso de Ajustamento de Conduta, um segmento teórico atravessado pela perplexidade de uma prática não-uniformizada, realizou-se por um viés pouco explorado, representado pela circunstância de se oferecerem tais processos como sedes preparatórias de resoluções não contenciosas. A distância mantida deste tratamento até aqui tem resultado em ambivalências acerca do uso Inquérito Civil e do uso de “procedimentos administrativos” equivalentes. Este alheamento não tem permitido que se afira o que representa, na prática, a

atividade administrativa consensual, hoje sustentada dogmaticamente pelo Direito Administrativo, o manejo desta atividade pelos membros do MP, resultados de eficiência e déficits e exercício de controles. Ainda não é possível saber o tipo de controle que se deseja efetivar acerca das soluções produzidas no âmbito de tais procedimentos, principalmente, no que tange ao alcance e ao momento em que tal controle deve se dar. Os controles institucionais são mecanismos democráticos, garantias de legitimidade e eficiência.

A organização estrutural do MP para o exercício de tais controles é avaliada, portanto, no rastro da incompletude normativa reguladora da atividade extrajudicial. Hoje a instituição se encontra impossibilitada de acompanhar materialmente resultados de proteção transindividual através do Compromisso de Ajustamento de Conduta.

A incorporação da informação norte-americana em teoria de resolução de conflitos e mecanismos alternativos de resolução de conflitos presta-se a demonstrar a lacuna epistemológica que apresenta o tratamento das equivalentes jurisdicionais pelo processo civil. A abordagem processual brasileira é limitada à divisão clássica dos modos resolutivos (autodefesa, autocomposição e heterocomposição), passando ao largo do debate acerca de técnicas de processamento de conflitos (*dispute processing*) e mecanismos resolutivos alternativos à jurisdição (*alternative dispute resolutions*, as *ADR*s) que desde os anos oitenta motivam uma ambiciosa e sofisticada reflexão acadêmica nas boas universidades norte-americanas.

Em que pese a existência de uma legislação avançada de tutela coletiva no processo civil brasileiro, ainda não se enfrentam os problemas ligados aos perfis conflitivos e seu diagnóstico, à construção do caso concreto, às diferenciações decorrentes da materialidade conflitiva e dos partícipes, às ingerências do pano de fundo, à existência de modernas técnicas de resolução conflitiva e às técnicas de prevenção de uso da sede extrajudicial. Enfim, as questões que se põem para atender e montar perspectivas qualitativas de resultado.

O estudo do processamento de conflitos — *dispute resolution processes* — e de técnicas resolutivas alternativas constitui, ele próprio, um campo investigativo em fase de assentamento, mesmo em países nos quais a atividade de produção decisória de há muito representa um objeto epistemológico, como nos Estados Unidos. Um estudo a seu respeito oferece-se como um subsídio valioso para crivar práticas e controles utilizados empiricamente à falta de teoria nacional construída a respeito do tema.

A escassez de informação teórica assentada a propósito do tema escolhido determinou também o nível da pesquisa, realizada de forma exploratória, visando apontar planos de trabalho, enfoques, direções para a investigação teórico-processual, avenidas novas de investigação.

As recomendações e propostas alinhadas no último capítulo configuram um elenco de sugestões destinadas ao aperfeiçoamento estrutural institucional do Ministério Público para adequá-lo ao desempenho do que parece ser uma vocação nascente, mais que uma missão, uma atuação fomentadora da democracia e de fruição de direitos. Na esfera do acordo, um espaço convivencialmente mais exigente, refinado e arriscado, a reeducação para as novas necessidades do direito, o gerenciamento de conflitos e o controle de resultados, no interior das instituições, parecem ser as pedras de toque neste momento.

O trabalho encontra-se dividido em cinco partes.

A primeira parte cuida dos pressupostos teóricos da pesquisa, trazendo uma aproximação crítica à teoria da Ação Civil Pública com ênfase nos limites da execução específica, conceitos e categorias necessárias à compreensão dos objetos de investigação. Traz, ainda, uma descrição sucinta da pesquisa anteriormente realizada para a dissertação de mestrado da autora, a qual se oferece como justificativa para a escolha dos temas enfrentados nesta tese de doutorado.

A segunda parte versa sobre a dogmática do tema pesquisado, no que tange à atuação do MP, ao Inquérito Civil e ao Compromisso de Ajustamento de Conduta. Buscou-se, neste capítulo, filtrá-la sob o enfoque da pesquisa, ou seja, cotejá-la com as demandas da sede resolutiva extrajudicial e da administração distributiva de resultados. Esboçou-se nesta parte da tese, à luz da teoria institucional do MP, uma dogmática crítica do controle interno das atividades resolutivas administrativas.

A terceira parte encerra o que a autora chama de teorias de base, a descrição de um pano de fundo teórico que se oferece à construção de uma teoria do processo de feitio contemporâneo: os efeitos da globalização na Reforma do Estado, o conflito ou disputa, como objeto epistemológico, a experiência norte-americana com a resolução conflitiva como campo de pesquisa, o impacto desses novos saberes e modos resolutivos no Judiciário, em reformas judiciárias e vice-versa. Enfim, o vicejar de uma teoria do processamento conflitivo e dos mecanismos alternativos de resolução.

A quarta parte, Análise de Resultados, foi dedicada ao relatório da pesquisa realizada pela autora. Nela se encontram o tratamento da informação empírica encontrada, a exposição dos dados e sua análise a partir da literatura pesquisada. A descrição da metodologia e das técnicas de pesquisa utilizadas encontra-se ali também situada.

Para esta pesquisa, fez-se uso cumulado de métodos de procedimento, técnicas de pesquisa de documentação direta intensiva através da observação participante (experiência vivida, observação da realidade da práxis), observação direta extensiva, mediante o uso de formulário para coleta de dados e de uma análise de conteúdos. (MARCONI; LAKATOS, 2001, p. 222-225).

Ainda como procedimento adotado, com base em Estevam dos Santos (2005, p. 173), foi utilizada pesquisa bibliográfica, distinguindo-se, como leitura corrente, os trabalhos de direito processual civil mais aproximados à perspectiva deste trabalho, Capelletti

(1988, 1993), Fazzallari (2006), Guerra (2003), Proença (2001), Rodrigues (2006) e Salles (1999, 2003) e uma seleção da literatura norte-americana e inglesa sobre reforma judicial e uso de mecanismos alternativos de resolução de conflitos incluindo Cranston (2006), Fiss e Resnik (2003), Moffitt e Bordone (2005), Riskin e Westbrook (1987), Susskind e Mac Kearnan (1999), dentre outros menos citados. Para o cotejo de resultados da pesquisa empírica foram utilizadas outras pesquisas realizadas pela AMEPE (CADERNOS DA AMEPE, 2004), Sadek, Beneti e Falcão (2006) e, ainda, os resultados de pesquisa constante no relatório do Plano Estratégico MPPE 2005-2008 (PERNAMBUCO, 2006), como também no Diagnóstico do Ministério Público dos Estados. (BRASIL, 2006).

A pesquisa bibliográfica, como se pode verificar, ocorreu no âmbito de uma perspectiva pouco utilizada no âmbito do processo civil, visando contribuir ao adensamento do conceito de efetividade como eficiência de resultados aplicada à teoria do Inquérito Civil e da Ação Civil Pública. A sua realização por si atenderia às exigências metodológicas do Programa de Pós-graduação em Direito, dada a propositura uma abordagem dogmática nova sobre o tema. Preferiu-se, contudo, complementá-la com os resultados de uma pesquisa empírica.

A quinta parte foi destinada às conclusões e às propostas de trabalho. Instrumentaliza o produto das informações geradas sob um molde prescritivo e propositivo, um formato bem detalhado, por isto incomum numa parte conclusiva. Considerou-se inevitável flexionar a regra metodológica em virtude da necessidade de se explicitarem as razões do que ali se encontra sugerido.

As notas de rodapé foram reduzidas ao mínimo, reservadas às traduções, todas elas realizadas pela autora, indicações bibliográficas, transcrições das normas jurídicas mencionadas no texto e a explicações que, se colocadas no corpo da tese, interromperiam o fluxo do raciocínio desenvolvido.

As itálicas servem para realçar expressões ou palavras utilizadas em língua estrangeira fora dos trechos de citação e para dar ênfase a alguma expressão utilizada pela autora no contexto de um raciocínio. Quando utilizadas pelos autores referenciados, a autora efetua a ressalva.

PRIMEIRA PARTE:

O PROCESSO JUDICIAL DE RESULTADOS E OS RESULTADOS DA PRÁTICA

1 A TEORIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Faz-se necessário este preâmbulo para situar dogmaticamente o campo da pesquisa anterior, o qual servirá igualmente a esta que se vai expor, pois ambas se constroem sobre a mesma base dogmática: a proteção dos direitos transindividuais e o sistema de defesa coletiva brasileiro, instituído por dois diplomas legais, a Lei de Ação Civil Pública (LACP) 7.347, de 24 de julho de 1985 e o Código de Defesa do Consumidor (CDC) (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990).

A tese trata da proteção transindividual com foco no uso de um mecanismo extrajudicial, o Compromisso de Ajustamento de Conduta. Alinham-se os conceitos ligados à tutela ou proteção judicial transindividual, que servirão para o tratamento da tutela extrajudicial veiculada por aquele mecanismo autocompositivo. Adota-se para este trabalho a mesma construção dogmática utilizada na dissertação de mestrado, agregando-se informações novas acerca do processo judicial que serve à prestação jurisdicional de direitos transindividuais, anotando-se que o enfoque emprestado a elas pela autora não envelheceu. (SANTOS, 1999, p. 1-11, 50-76).

De acordo com Morais (1996, p. 125), são interesses transindividuais aqueles que

> escapam à tradição individualística, se põem como indispensáveis à vida das pessoas. São interesses que atinam a toda a coletividade. São interesses ditos transindividuais, pois não estão acima ou além dos indivíduos, mas perpassam a coletividade de indivíduos e estes, isoladamente.

São interesses que, por atingirem coletividades inteiras de pessoas, exigem não apenas um impedimento de violação, mas uma atividade educativa e promocional.

A preferência pela terminologia transindividual se deve à explicação do referido para adotá-la:

> O prefixo *trans* permite, assim, que possamos apreender a idéia de que os interesses debatidos, apesar de comuns (nitários), tocam imediata e individualmente — embora este termo individual não tenha o mesmo conteúdo excludente de quando está empregado como direito individual, como salientado há pouco — cada componente desta coletividade, ao passo que a consagração do prefixo *meta* importa uma perspectiva de algo que esteja alheio e acima do indivíduo, sem tocá-lo de forma alguma. (MORAIS, 1996, p.126).

Impõe-se definir interesses transindividuais como expressões dos chamados direitos fundamentais. Os direitos fundamentais correspondem ao catálogo de direitos humanos que são reconhecidos como tais por uma ordem jurídica estatal, através de uma Constituição. São os direitos humanos positivados (ALEXY, 1995, p. 97).

Neste trabalho, será importante trazê-los em sua dupla dimensão: a dimensão subjetiva, individual, aquela que tradicionalmente lhes empresta a doutrina, e uma dimensão objetiva, que é a dos valores almejados pela comunidade jurídica, com a qual se relacionam os interesses transindividuais. (GUERRA FILHO, 1996, p. 255-256).

São direitos de primeira geração os chamados direitos de liberdade — civil e política — aqueles que afirmam a liberdade humana sob o prisma da individualidade e se caracterizam por autorizar uma resistência em face do Estado, a exigibilidade de uma prestação negativa. Os direitos de segunda geração são direitos próprios da coletividade, aqueles que demandam uma prestação do Estado para ser implementados, se o modelo proposto reflete um Estado provedor de bem-estar social. São direitos que se destinam a efetivar a igualdade no plano coletivo. Os direitos fundamentais de terceira geração são aqueles baseados na idéia de solidariedade e que se voltam à proteção do gênero humano. Traduzem o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e por isto envolvem o direito à saúde, à alimentação adequada, ao trabalho, etc. (MORAIS, 1996, p.162-166).

A evolução histórica da ordem coletiva com a ampliação dos direitos sociais, erigidos como direitos fundamentais e da tutela de novas categorias de direitos/interesses evidencia qual a tônica dos conflitos transindividuais. Ela reside na proteção a interesses difusos. São eles a expressão de pretensões que se dirigem ao reconhecimento de direitos garantidos na própria ordem constitucional dos estados contemporâneos.

Os chamados *novos direitos* representam, desse modo, o produto da ampliação do acervo constitucional de direitos fundamentais e correspondem, aqui, aos chamados direitos fundamentais sociais, exemplificados os direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia, à educação como direitos a prestações. Aclara-se que estes direitos não esgotam o âmbito da categoria jusfundamental dos direitos a prestações. (ALEXY, 1997, p. 419-420).

Para os fins desse trabalho opera-se com a flexibilização do conceito de direitos sociais, com apoio em Krell (2002, p.47-48), que adverte sobre tais distinções de primeira, segunda e terceira gerações (ou dimensões), serem elas meramente graduais. Muitos direitos fundamentais tradicionais foram reinterpretados como direitos sociais, perdendo sentido o apego a distinções rígidas. O direito constitucional moderno enfatiza que qualquer direito fundamental, seja ele civil, político, econômico, social ou cultural, possui, de igual maneira, componentes de obrigações *positivas e negativas* para o Estado. Juntamente com a pretensão de se fruir do direito à vida, à liberdade e à propriedade, ao se exigir a abstenção da interferência do estado, também se exige uma dimensão protetiva de atuação por parte do Estado, exemplificando o autor com serviços de polícia, sistema prisional e organização judiciária.

A ampliação do discurso constitucionalista a respeito dos *novos direitos* mediante o aperfeiçoamento dos modelos estatais democráticos desdobrou, no direito processual civil, a discussão sobre estratégias de adequação do sistema de processo a novas necessidades, designadas por *tutela dos direitos.*

A dogmática processual (GUERRA 2003, 114-115), ao buscar subsídios na teoria dos direitos fundamentais, apropriou-se das características que definem tais direitos para adequar a estes o processo. O ajuste deveria atender às seguintes peculiaridades:

a) o conteúdo desses direitos envolve prestações de trato sucessivo, de realização contínua por um tempo mais ou menos longo;

b) a sua violação conduz a uma lesão irreparável ou de difícil reparação;

c) a tutela ressarcitória, pecuniária ou pelo equivalente se afigura inadequada para o atendimento de tais direitos; eles necessitam de uma tutela específica, correspondente à sua satisfação *in natura*

A tutela dos direitos é utilizada, em processo civil, como categoria-gênero para definir a atividade de proteção desenvolvida pelo Estado através de um sistema de normas de criação de direito material, a mais básica forma de proteção. As normas de direito material, e se exemplifica, normas que protegem o consumidor e o meio ambiente, prestam tutela ou proteção legislativa aos direitos. A tutela ou proteção do direito pode também ser prestada jurisdicional ou administrativamente, nisto as atividades se equiparam. Ambas constituem espécies do gênero *tutela dos direitos*, modalidades deste. (MARINONI, 2004, p. 145-146).

Tutelar direitos, por conseguinte, constitui atribuição, aliás, dever de prestação entregue ao Estado, em qualquer de suas funções de poder. Garantir o bem da vida através da proteção do ordenamento jurídico como um direito a ser fruído.

Hoje é normativamente possível pedir proteção jurisdicional em face de condutas ilícitas ou de sua ameaça, contrárias à fruição de direitos, com base também no mesmo dever de proteção do Estado, em relação a determinados bens e situações imprescindíveis para a justa organização social (normas de proteção à saúde, aos consumidores, ao meio ambiente). Cuida-se, além de *reprimir* a ocorrência de danos oriundos

da ilicitude, de *prevenir* a ocorrência do próprio ilícito para evitar que danos ocorram. Remover o ilícito é secar a fonte dos danos. (MARINONI, 2004, p. 68-69).

Esta perspectiva supõe que se impregne o manejo das técnicas processuais da materialidade existente na situação conflitiva. As tutelas representam os resultados materiais que o processo deve operar para atender, concretizar, a fruição de um bem jurídico. O conceito de tutela dos direitos encerra o novo enfoque epistemológico processual de reaproximação entre materialidade e processualidade, abandonado deliberadamente pela teoria do processo até meados do século findo como uma exigência da etapa de emancipação de seu objeto científico (fase autonomista ou científica da ciência processual, separação entre direito processual e material). (MARINONI, 2004, p. 146-148).

Os novos direitos reclamaram a renovação do tratamento processual das obrigações de prestações de fato, ou tutelas de prestação, que respondem à necessidade de alguém obter *um fazer ou um dar, que pode ser um pagar*, exigindo-se do juízo providências de interferência concreta imediata no mundo fático, para permitir a efetivação de um direito. (ARENHART, 2003, p. 97).

Como parte de um movimento pelo reconhecimento do direito à proteção, derivado da dimensão fundamental, foram positivados os direitos ou interesses transindividuais através de um sistema de proteção coletiva previsto na LACP 7.347/85, complementado e integrado por normas processuais previstas no CDC (Lei 8.078/90).

O CDC normatizou definições para os interesses transindividuais difusos e coletivos, objetivando delinear o âmbito do exercício daquilo que se chamou de *defesa coletiva* (artigo 81, parágrafo único).[1]

[1] Artigo 81 — A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único — A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I — Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II — Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que

Arenhart (2003, p. 159) registra que o sistema de proteção transindividual através da Lei da Ação Civil Pública, segundo a doutrina, dividiu em dois tipos de ações a defesa desses interesses, designando de *Ação Civil Pública*, a defesa de interesses difusos e coletivos e de *ação civil coletiva* a defesa de interesses individuais homogêneos, instituindo-se dois microssistemas. Assim, a LACP não trata de uma única ação, mas de um conjunto aberto de ações do qual se pode lançar mão e que se pode encaixar numa só categoria rotulada de *Ação Civil Pública.* É o que se extrai do texto mesmo do artigo 83 do CDC, ao dispor que, para a defesa dos direitos e interesses protegidos naquele Código, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. A práxis, de fato, não distingue a nomenclatura e trata tais ações pelo gênero. A Ação Civil Pública também é designada por ação coletiva, o que seria, ao ver de Mazzilli (1995, p. 27-28), a designação tecnicamente mais correta.

O intuito do legislador ante as dificuldades conceituais que cercam os interesses transindividuais foi, de fato, oferecer amplos critérios de balizamento para a identificação desses interesses.

Esboça-se um breve comentário sobre cada uma destas categorias para viabilizar a compreensão das informações que virão a seguir.

A maior parte dos interesses transindividuais de grande amplitude, que são os interesses difusos, emana do texto constitucional. Fiorillo (1995, p. 176) exemplifica como reveladores de interesses difusos o princípio da igualdade de todos perante a lei, o direito à vida digna; o uso da propriedade; a higiene e a segurança do trabalho; a educação; o incentivo à pesquisa e ao ensino científico e amparo à cultura; à saúde; o meio ambiente natural; o interesse do consumidor; a proteção ao patrimônio cultural; a família, criança, adolescente e idoso e, mesmo, algumas regras vinculadas à comunicação social.

---

seja titular grupo categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III — Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos, os decorrentes de origem comum;

A preeminência dos direitos ou interesses difusos tem razões quantitativas e qualitativas. O caráter abrangente e fluido dos interesses difusos empresta a esta categoria um amplíssimo espectro e justifica a sua predominância na maior parte das demandas coletivas. Eles pertencem a segmentos indeterminados da sociedade, a tutela a ser prestada sempre vem a amparar um contingente maior de pessoas. A necessidade de maior proteção que apresentam esses direitos difusos — à vista do risco de serem deixados a descoberto por inapropriáveis, permanentemente, a um grupo social, e por serem essenciais à qualidade de vida — leva a que a sua proteção seja perseguida preferencialmente e se apresente a mais significativa. (MORAIS, 1996, p. 154).

É da natureza desses interesses possibilitar um alto grau de conflituosidade (a conflituosidade máxima é uma de suas características). A intensa litigiosidade surge pela discutibilidade das pretensões, das escolhas que os interesses difusos representam. Não há, no trato com interesses difusos, parâmetro jurídico para justificar uma escolha axiológica, o certo e o errado. Exemplifica-se essa conflituosidade máxima: a proteção dos recursos florestais conflita com os interesses da indústria madeireira e com os interesses dos lenhadores à mantença dos seus empregos; a interdição da construção de um aeroporto supersônico, que fere os interesses dos moradores da localidade, mas atende aos interesses da construção civil, o interesse na preservação de casas antigas contraria interesses de incorporadores imobiliários... (MANCUSO, 1994, p. 79-80).

A teleologia da proteção difusa radica-se fortemente no modelo estatal de bem-estar social, reconhecendo-se, desde os estudos iniciais de Cappelletti e Garth (1988, p. 29), a dificuldade em transformar a tutela jurídica sobre interesses e direitos difusos para “apoiar cidadãos contra governos, os consumidores contra os comerciantes, o povo contra os poluidores, os locatários contra os locadores, os operários contra os patrões (e os sindicatos) [...] em vantagens concretas para pessoas comuns.” A grande indagação no mundo inteiro é a

mesma: como proceder para fazer valer esta nova ordem de interesses reconhecida formalmente? A pergunta ainda faz sentido ao ser repetida, passadas algumas décadas.

No Brasil, a proteção dos interesses difusos foi ampliada pela doutrina muito além das questões clássicas de meio ambiente, direito do consumidor ou patrimônio cultural. Yoshida (1998, p. 759-760) ilustra a ampliação ao escrever que esta tutela

> deve alcançar os novos conflitos de massa, notadamente na área social, que reivindicam não apenas melhoria de condições, mas, para os excluídos, o próprio acesso aos direitos sociais básicos, entre os quais, o direito à moradia, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à educação, à segurança, à previdência e assistência sociais, ao lazer.

Sobre tal ampliação, Morais (1996, p. 143) adota o mesmo sentido.

Ao lado dos interesses ou direitos difusos encontra-se a categoria dos interesses coletivos *stricto sensu*. Os interesses coletivos, diferentemente dos interesses difusos, têm a marca da determinabilidade do grupo de pessoas a que pertence. Eles se diferenciam dos difusos por causa da determinabilidade das pessoas que os detêm, "seja através da relação jurídica base que as une [...] seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária [...]." (BENJAMIM, 1995, p. 95).

Os interesses coletivos *strictu sensu* que apresentam, assim, certa capacidade de organização para atuar, compõem os grupos sociais, corpos intermediários da sociedade civil: sindicatos, associações, família, partidos políticos etc. (MANCUSO, 1994, p. 51).

O reconhecimento da existência dos interesses individuais homogêneos através desta modalidade de ação se deu por via da Lei 8.078/90 — CDC (artigo 81, parágrafo único, inciso III), gênese que se impõe pela natureza mesma desta categoria, ou seja, um interesse transindividual criado por ficção jurídica. Por serem, de fato, interesses individuais, a transindividualidade, ou seja, a nota coletiva *latu sensu* que se lhes empresta é artificial e acidental. Opera-se apenas por criação legal e por razões pragmáticas (eficiência e economia processuais, etc.). As suas características são: transindividualidade artificial, determinabilidade dos sujeitos, a divisibilidade, um núcleo comum de questões de fato e de

direito a unir os sujeitos, irrelevância da unanimidade social, organização-ótima viável, reparabilidade direta, com recomposição pessoal do bem lesado. (BENJAMIM, 1995, p. 96).

Esses direitos, por serem, efetivamente, direitos individuais de massa, recebem do CDC, um tratamento distinto dos direitos transindividuais coletivos e difusos. Emprestou-lhes o legislador consumerista um instrumento autônomo de proteção, que se designou por *ação civil coletiva*, disciplinada a partir do artigo 91 do mesmo diploma. A leitura do Capítulo II do Título III do CDC — Das Ações Coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos — demonstra como o modelo de atuação retrospectiva e de função ressarcitória encontra-se enraizado na cultura processual. Observe-se que, apesar de ser um ferramental distinto, a ação coletiva de tutela individual homogênea busca outorgar a *condenação genérica* do causador de um fato danoso, permitindo, em segundo momento, o pagamento dos prejuízos individualmente experimentados pelos indivíduos substituídos na ação. Um tônus, como se vê, essencialmente ressarcitório. Essa ação é, efetivamente, a representação nacional da *class action for damages* norte-americana, disciplinada pela regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* daquele sistema, francamente inspirada naquela espécie de demanda. (ARENHART, 2003, p. 160-161).

Admite-se, hoje, a partir de uma interpretação sistemática à luz dos princípios constitucionais, especialmente o princípio do acesso à justiça previsto no artigo 5.º, inciso XXXV, CF, a utilização de qualquer forma de tutela, repressiva ou preventiva, admissível no direito brasileiro, ampliando-se a proteção de direitos ou interesses individuais homogêneos. (Ibidem, p. 168-169).

A ampliação da proteção jurídica para superar meras pretensões ressarcitórias justifica-se em face da gravidade das situações fáticas que o conceito de interesses individuais homogêneos vem de abrigar. Conflitos entre pais e estabelecimentos de ensino em torno de mensalidades escolares; aqueles que envolvem as empresas públicas gerenciadoras do sistema

de transporte viário urbano, concedentes do serviço de linhas de ônibus municipais, as empresas concessionárias e os usuários deste tipo de transporte no município, só para ficar com exemplos mais conhecidos.

A definição legal dada aos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, aos quais se destina a tutela coletiva prevista na LACP, no artigo 81 do CDC, contribuiu para que se assentassem as notas características básicas de cada categoria e, assim, facilitar o seu manuseio e identificação pelos operadores do direito. Estas constituem, porém, cláusulas gerais, sempre sujeitas a divergências sobre conteúdo e diferenças entre si.

A identificação de cada categoria perde algo de sua importância formal no plano fático da existência-utilidade, pois eles são, em realidade, feitos de uma única matéria: a massa de pretensões e aspirações inerentes à sociedade como um todo ou aos grupos de indivíduos que a compõem. É importante repisar que "o que existe entre eles é uma diferença de intensidade, de grau, de agregação". No plano fático eles se manifestam sempre numa relação de mútua interação, de modo que uma mesma situação fática sempre dá ensejo a mais de uma possibilidade de tutela judicial diante de pretensões de natureza coletiva e difusa e eventualmente, também, individual homogênea. (MANCUSO, 1994, p. 112, 136).

A expressão *defesa coletiva* ou *defesa coletiva de direitos* será utilizada na acepção adotada pelo CDC artigo 81, § 1º, para designar a defesa dos direitos transindividuais através do processo judicial, observando-se, contudo, que o contexto instaurado pelo sistema do CDC, foi criado sob a perspectiva do uso de uma tutela jurídica complementar, por via judicial e extrajudicial.

Tanto é assim que se incorporou o Compromisso de Ajustamento de Conduta, uma forma de proteção autocompostiviva e por isto não-judicial, a direitos transindividuais no bojo da LACP (artigo 115, CDC), ao incluir os parágrafos 4.º, 5.º e 6.º ao artigo 5.º da lei

mencionada. Ao assunto voltar-se-á por ocasião da análise do sistema extrajudicial de defesa coletiva abordado na segunda parte desta tese.

Em abono a esta leitura vale anotar que Watanabe (In GRINOVER et al, 2004, p. 781), um dos autores do CDC, em comentário ao mencionado artigo, adverte que o uso dos instrumentos processuais instituídos pelo sistema "funcionará mais pela sua virtualidade do que pela sua efetiva utilização", pressupondo a possibilidade da emancipação da sociedade civil, com maior participação e consciência, na qual mecanismos informais e não oficiais de resolução de conflitos de interesses sejam mais atuantes e eficazes do que meios formais e oficiais.

A Lei n° 7.347/85 (LACP) instituiu inicialmente a tutela aos interesses difusos e coletivos, de forma restrita, sendo esta posteriormente ampliada a todo e qualquer interesse difuso e coletivo pela edição do CDC (Lei n° 8.078/90), o qual dedicou todo o título VI, à adaptação da Lei 7.347/85, especialmente a uma tutela mais ampla a interesses difusos. (FIORILLO, 1995, p. 170).[2]

A Ação Civil Pública é fundamentalmente regida pelo conjunto formado pela Lei 7.347 e pelo CDC. Na verdade não se trata de uma única ação, mas de um conjunto aberto de ações de que se pode lançar mão sempre que estas se apresentem adequadas para a tutela desses direitos coletivos (ARENHART, 2003, p. 159). Nesse sentido, claramente estabelece o artigo 83 do CDC: "Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela".

Este artigo autoriza a ampliação do rol de ações cabíveis com base na LACP, vinculando ao sistema de tutelas por ela criado, na dicção de Nery Júnior, qualquer ação que seja necessária para a adequação e efetiva tutela desses mesmos direitos (NERY JÚNIOR; NERY. 2003, p. 1.355).

[2] Artigo 21 da LACP: Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Seja qual for a pretensão material que veiculem como ações ideológicas, exigem as suas finalidades sociais e coletivas que os institutos e conceitos da ciência processual, bem como as garantias clássicas do processo, passem a se conformar às peculiaridades dos conflitos de massa que encerram. (GRINOVER, 1986, p. 23). Em outras palavras, a chancela legislativa visando concretizar o acesso a esses direitos por via judicial interdita restrições quanto ao direito de ação.

A função jurisdicional exercitada no âmbito das Ações Civis Públicas visa efetivar objetivos sociais corporificados na legislação constitucional e infraconstitucional, dirigindo-se, para isto, não apenas ao particular, mas ao Estado, para que cumpram a lei — abstendo-se ou prestando deveres — considerando-se, inclusive, a possibilidade da captura ou cooptação das agências ou órgãos públicos por interesses privados. (SALLES, 2003, p. 56-57).

2 A EXECUÇÃO ESPECÍFICA COMO ETAPA DO PROCESSO DE TUTELA TRANSINDIVIDUAL

Os processualistas costumam apontar dois aspectos que marcam a dificuldade de efetivação de direitos através do exercício da execução por título, seja por meio de um processo executivo autônomo — a ação executiva proposta com base num título executivo extrajudicial —, seja no interior do processo sincrético, no qual a atividade de satisfação de um direito reconhecido, antecipada ou definitivamente, se consuma em um módulo executivo, no interior de um mesmo processo, em uma única relação processual.

O primeiro aspecto relaciona-se com uma cultura de produção do saber de processo ainda avessa a pesquisas sistemáticas sobre a atuação do direito processual sobre a prática, conduzindo-se as propostas de reforma da lei processual pela *doxa (*opinião) e não pela *episteme* (conhecimento). Muitas inferências teóricas resultam da observação pessoal realizada pelos profissionais do foro e numa crença desmedida no poder das reformas legislativas, convicção que representa um paradoxo, quando se conhece a força que a práxis tradicional desempenha num sistema de processo. Ignora-se, outrossim, a implicação inevitável entre “o direito processual e a estrutura do Estado em que ele se insere” e as tensões internas que as modificações tópicas trazem ao sistema processual, pelo fato de serem imprevisíveis as suas repercussões sobre o sistema do Código de Processo como um todo. (FOWLER, 2001, p. 189-192; MOREIRA, 1997, p. 82-84).

O segundo aspecto da crise da dogmática da execução consubstancia-se na tradicional dificuldade em se tratar a atividade de efetivação prática do direito reconhecido, das providências e técnicas necessárias à sua fruição, como atividade jurisdicional propriamente dita. O ato de jurisdicionar, pela própria tradição romano-canônica, sempre esteve vinculado à atividade de conhecer e certificar situações de fato, declará-las o

magistrado como situação de proteção jurídica. A atividade executiva por tradição era entregue à autoridade privada, como ensina Dinamarco. (2000a, p. 34-35):

> A execução era realizada por autoridade privada e apenas controlada ligeiramente pelo magistrado. Esse controle era provocado pelo credor, através do exercício da *actio judicati*. Decorridos infrutiferamente os trinta dias após a condenação ou o reconhecimento da dívida (*tempus judicati*), era o devedor levado à presença do magistrado e ali, se ele não se rebelasse contra a pretensão do adversário, era feita a *addictio*, ou seja, a sua adjudicação ao credor para que ele a principiasse. Nessa hipótese, ou seja, nada se alegando em favor do devedor, exauria-se aí a função do magistrado e o resto far-se-ia por atos exclusivos do exeqüente [...] a idéia de jurisdição não ia além dos poderes que tem o juiz no processo de conhecimento, não sendo jurisdicional a atividade executiva.

A estes aspectos se poderia ajuntar um terceiro, na verdade um déficit cultural a ser contornado através da incorporação da experiência e da dogmática de países que seguem a tradição jurídica do *common law*. No modelo anglo-americano, a atividade executiva nunca foi estranha à atividade jurisdicional ou adjudicatória, comprometendo-se o juiz com a ocorrência material do resultado do julgamento. Tal déficit se revela especialmente diante das novas exigências que carrega a atividade executiva em relação ao desempenho da atividade jurisdicional, no Brasil, um herdeiro do modelo romano-germânico. Ali, a execução, foi, historicamente, reduzida à atividade de declaração de direitos, através do longo processo de construção do saber processual referido centralmente ao conteúdo romano de jurisdição. Na origem, a atividade jurisdicional não se compatibilizava com qualquer tipo de atividade efetivadora ou de emissão de ordem e se destinava a servir a litígios de natureza privada, através dos esquemas e princípios do processo privado da *actio*, no período do direito romano designado como *ordo iudiciorum privatorum.* (BAPTISTA DA SILVA, 1997, p. 47).

O direito anglo-americano foi quem levou adiante a outra face remedial do direito romano negligenciada pelo direito europeu continental, o legado dos interditos, atos executórios, praticados pelos pretores, com caráter publicístico, mediante o uso do poder de *imperium*. Por via dos interditos os pretores ordenavam a prática ou a abstenção de certos atos

ou a adoção de determinados comportamentos. (BAPTISTA DA SILVA, 1997, p. 9-10).[3] O legado jurisdição de *equity*, dentro da qual se decretam os provimentos injuncionais (ou injunctions) representa a experiência mais interessante a avaliar do prisma do direito coletivo brasileiro, que se afina ao movimento de aproximação contemporânea das duas principais famílias jurídicas do ocidente.

O molde do processo judicial que realiza tutela a direitos não patrimoniais constitui, também e inevitavelmente, uma referência ou padrão, para a evolução de outros processos resolutivos coexistentes, no que respeita a seqüência ritual, estratégias de desenvolvimento e diagnóstico do conflito (cognição), implemento de mecanismos e técnicas de decisão (gerenciamento e supervisão, efetivação, em suma, execução). Por esta razão, serve o conhecimento dogmático-processual a uma tese acerca de eficiência resolutiva extrajudicial na medida em que as peculiaridades da sede alternativa o permitem.

A descrição do sistema processual de tutela específica como instrumental de acesso a direitos transindividuais tem o propósito de aclarar quão difícil se apresenta aos operadores jurídicos o uso de técnicas processuais exigentes ao juiz e especialmente árduas na aplicação. A existência de um aparato normativo, representado por uma teoria processual rica em justificativas analíticas é desafiada por um contexto de implementação extremamente trabalhoso e por uma precariedade que inibe resultados satisfatórios, consoante já assinalava a pesquisa realizada pela autora em 1999. (SANTOS, A.,1999).

Salles (1999, p. 231e 242) caracteriza a atividade executiva “pelo fato de se dirigir à obtenção de resultados práticos consubstanciados na realização dos direitos expressos

[3] Não cabe, numa tese acerca de eficiência de mecanismos extrajudiciais, alongar-se em digressões acerca da influência do direito romano-canônico na tradição das duas principais famílias jurídicas ocidentais, representadas pelo sistema continental ou romano-germânico (Europa, América Latina, alguns países da Ásia, África, Oriente Médio) ou, ainda, civil como os chamam os autores anglo-saxões) e pelo sistema de *common law* ou do direito comum, (vigorante no Reino Unido e países que receberam influência do direito inglês). Na literatura processual brasileira destacam-se os trabalhos de Ovídio Baptista da Silva que tracejam a construção do sistema processual civil segundo o paradigma do racionalismo moderno, a partir dos institutos oriundos da tradição romano-germânica, o desenvolvimento das categorias de jurisdição, da sentença condenatória e da dicotomia cognição—execução através do aperfeiçoamento procedimento ordinário (1997) e (2004). Para um olhar anglo-americano sobre a tradição jurídica romano-germânica consultar Merryman (1989).

na sentença ou no título extrajudicial. Trabalha o autor com o conceito ampliado de execução "(...) englobando todos os atos que tenham por finalidade a satisfação da obrigação contida num título".

A teoria da execução específica define, no plano normativo, a tutela jurisdicional prestada na tutela específica pela preventividade, por uma orientação prognóstica voltada à proteção futura e pela vocação a uma atividade continuativa. A primazia da especificidade exige a aprendizagem do manejo de remédios e providências que produzam o cumprimento exato da obrigação assumida e do resultado correspondente. A compensação pecuniária não é o destino da tutela jurisdicional do direito (SALLES, 2005, p. 90).

O processo que veicula uma ação de execução específica se define como um processo de estrutura procedimental complexa, na qual se conjugam, em justaposição, a atividade de certificação do direito do autor e se declarado tal direito, numa etapa posterior, a atividade executiva, providências de satisfação do direito do credor. A um processo desse feitio, que tem como função precípua preparar o provimento de um título executivo[4], chama-se processo de prevalente função executiva ou *processo sincrético*. Ao resultado prático concreto produzido no mundo empírico através desse processo, como qualquer outro processo de execução, denomina-se *tutela executiva.* (GUERRA, 2003, p. 30-33).

O modelo de ação previsto no artigo 84 do CDC destina-se a produzir o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, na forma prevista em lei, mas também prevê que, na impossibilidade de obter este cumprimento, garantir-se-á, resultado prático

[4] Com Dinamarco (2000a, p. 456-457) define-se o título executivo como "ato ou fato jurídico legalmente dotado da eficácia de tornar adequada a tutela executiva para a possível satisfação de determinada pretensão. Ele torna adequadas as medidas de execução forçada para a atuação da vontade da lei. Ainda quando o ingresso em juízo seja necessário para obter o bem almejado, só se tem legítimo acesso às vias executivas quando a pretensão estiver amparada por um título executivo."

equivalente. Espera-se, desse modo, que o processo assegure a fruição plena e tempestiva do direito certificado. [5]

Os provimentos judiciais que carregam essas tutelas têm natureza mandamental (um mandamento ou ordem judicial de cumprimento obrigatório, sob meio coercitivo) e executiva *lato sensu (*determinação de realização concreta do direito com ou sem a colaboração do réu); são técnicas que veiculam a meta da alteração a ser produzida no mundo real. (ARENHART, 2003, p. 97-98).

O cumprimento de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, veiculado pelo sistema de tutelas específicas, permite fazer uso das técnicas de tutela mandamental e executiva, podendo o juiz combiná-las sucessiva ou simultaneamente, sem necessidade de modificação formal do provimento, sem se cogitar de afronta ao princípio da inalterabilidade do provimento judicial final, previsto no artigo 463 do CPC. (AMARAL, 2006, p. 76). [6]

Avalia, ainda, Amaral (ibid., p. 76-77) acerca dos efeitos mandamentais e executivos independentemente da modificação formal das decisões judiciais:

> Trata-se de uma "instabilidade virtuosa" da decisão eis que se reconhece a sua adaptabilidade e maleabilidade frente a eventual resistência ao seu cumprimento, verificada no plano real. Assim, por hipótese, o juiz que determina a uma indústria que instale filtro para evitar a poluição do ar, sob pena de multa diária (técnica de tutela mandamental), pode, sucessivamente, caso não obedecida a ordem judicial, determinar atos de sub-rogação (técnica de tutela executiva) tais como o fechamento da indústria ou a instalação por terceiros do referido equipamento — exemplo de aplicação *sucessiva* das técnicas de tutela mandamental e executiva; ou ainda, o magistrado que determina a entrega de coisa certa sob pena de multa diária pode, simultaneamente, determinar a busca e apreensão do bem — exemplo de aplicação simultânea das técnicas ora apontadas.

[5] Artigo 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.§ 1.º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.§ 2.º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (artigo 287 do CPC).§ 3.º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.§ 4.º O juiz poderá, na hipótese do § 3.º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente do pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.§ 5.º Para a tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

[6] Artigo 463: Publicada a sentença o juiz só poderá alterá-la: I — para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II — por meio de embargos de declaração.

Faz-se uma digressão para associar este tipo de processo (de execução específica) ao sistema de tutelas executivas que compõe o Código de Processo Civil de 1973 do qual o sistema de tutela judicial transindividual se serve subsidiariamente. O sistema positivado em 1973 originalmente seguiu o desenho do Código de Processo Civil Alemão (ZPO) do final do Século XIX, com base na tipologia das obrigações, divididas em obrigações de dar dinheiro (pagar quantia), dar coisa diversa e fazer (e não fazer). E a cada um desses tipos elaborou "um *procedimento executivo específico*, tendo *tipificado*, em cada um dos procedimentos específicos, o meio ou os meios executivos cabíveis." (GUERRA, 2003, p. 62, grifos do autor*).* [7]

Adota-se aqui, ainda com Guerra (2003, p. 65), um conceito ampliado para o termo jurídico, *obrigação,* objetivando o uso no contexto da tutela executiva:

> É suficiente e mesmo fundamental que o interprete *redefina* o termo legal "obrigação", sempre que ocorrente no contexto da tutela executiva como significando toda e qualquer imposição de conduta a alguém em benefício de outrem, qualquer que seja a origem da imposição, no plano do direito material: estritamente legal, contratual, responsabilidade por ato ilícito, direito de família, sucessões, direito real, etc.

O legislador processual de 1973 optara por um sistema típico de tutela executiva do que resultou o *princípio da tipicidade dos meios executivos,* significando isto que a disponibilização dos meios executivos reduzia-se às opções ofertadas pelo legislador. Em outras palavras, o legislador restringira inovações no uso de meios executivos pelo juiz da execução mediante o apego a escolhas normativas por ele pré-ordenadas.

A partir de 1994, com a introdução do modelo processual sincrético no artigo 461 para as obrigações de fazer, ampliado posteriormente com a reforma do CPC para as obrigações de entregar coisa, através da Lei 10.444/2002, rompeu-se a orientação geral do princípio da tipicidade prevista legislativamente para tais hipóteses. O legislador reformista

[7] As disposições do CPC aplicam-se subsidiariamente ao processo que instrumentaliza uma ação civil pública, por força de dispositivo expresso na própria Lei 7.347/1985, Lei da Ação Civil Pública. Artigo 19 : Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta lei, o CPC, aprovado pela Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

incorporou a flexibilidade do modelo processual de tutela a direitos transindividuais para as obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa. Generalizou-se com isto um padrão de execução efetivador, centrado no envolvimento e na responsabilidade judiciais sobre resultados materiais e na legitimação de provimentos de antecipação contra a intempestividade da jurisdição, municiando a magistratura dos instrumentos de coerção necessários à consecução de resultados de tutela efetiva. [8]

Guerra (2003, p. 67) destaca que as alterações promovidas em 1994 e 2002 romperam com o princípio da tipicidade dos meios executivos na medida em que o § 5.º, autorizou o juiz a adotar medidas asseguradoras da satisfação específica da obrigação, sem que tais medidas estivessem expressamente previstas em lei. A essa abertura à discricionariedade judicial, o legislador instrumentalizou com a previsão das chamadas *medidas necessárias*, que representam o vínculo do comprometimento judicial com a efetividade do sistema de tutelas específicas, consoante do mencionado artigo 461 do CPC. Este praticamente reproduz a letra do artigo84 do CDC, de redação similar.

No que tange ao aspecto mais relevante da reforma, para os temas da tese, a última etapa de alterações ao CPC consumou-se através da Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que estabeleceu no interior do processo de conhecimento, uma fase de cumprimento e revogou dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, para provimentos judiciais que condenam ao pagamento de quantia. (MITIDIERO, 2006, p. 3).

[8] Artigo 461. Na Ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. §1.º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. §2.º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (artigo 287). § 3.º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4.º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente e compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.§ 5.º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento e obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.§ 6.º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

A execução por título judicial permite agora, para as obrigações de fazer dar e entregar coisa e também para as obrigações de pagamento de quantia certa, a superação da autonomia do processo da execução e a troca dos embargos do devedor por mera impugnação, o que possibilita a atuação imediata dos meios executivos com a suspensão do procedimento executivo apenas em caráter excepcional. (YARSHELL, 2006, p. 330).

A última reforma, segundo Mitidiero (2006, p.2-3) abole a dicotomia existente entre o procedimento de cognição e de execução, cujo valor prático, para juristas como Pontes de Miranda, era quase nenhum. Em suas próprias palavras:

> [...] apenas em homenagem à arquitetura inicial do código de Processo Civil se mostra possível aludir ainda a 'processo de conhecimento'. A rigor, a Lei 11.232/2, de 2005, dá lugar a um processo misto, sincrético, em que se encontra junto à cognição, a efetivação ou a execução do julgado, espécies do gênero "cumprimento da sentença", consoante a nova terminologia legal. Efetiva-se a ordem (artigo461, CPC); executa-se o preceito (artigos 461-A e 475-I, CPC), com o que se logra cumprir decisão jurisdicional.

O modelo processual de relativização entre atividades executivas e de cognição, incorporado pelas reformas processuais de 1994 e 2002, que veicula a execução de uma tutela específica, como Salles (1999, p.236) já enfatizara, experimenta "um significativo deslocamento de poder da fase de conhecimento para a de execução". Isto demanda o aumento da capacidade judicial de implementar decisões e uma intensificação da atividade cognitiva, não sendo outra a razão pela qual a relativização do binômio cognição—execução afigura-se essencial para instrumentalizar medidas e providências necessárias. A execução passa a colocar-se como pólo orientador do processo de modo a possibilitar, mesmo na fase de conhecimento, a antecipação de resultados de alcance dos fins processuais.

Gize-se o desempenho judicial neste processo de jurisdição de tutela específica, como de gestão. O juiz não mais como emissor de ordens abstratas, mas um decididor de alternativas tendentes à realização de resultados práticos. Numa etapa executiva para implementar concretamente a vontade da lei, reabrem-se discussões numa verdadeira instrução com amplo contraditório, visando apurar situações relacionadas a providências

necessárias à fruição do direito consagrado num título. A atividade executiva exige um juiz envolvido com resultados materiais numa etapa implementadora que carrega características peculiares, como a outorga de responsabilidades a órgãos auxiliares, providência incomum em nosso sistema de justiça e o desempenho de atividades de supervisão e acompanhamento prolongado das atividades satisfativas do direito. (SALLES, 1999, p. 232-235).

Um outro aspecto que marca este tipo de execução é um forte componente técnico, pluralidade de sujeitos direta ou indiretamente envolvidos, elevado número de fatores a serem considerados na situação fática e a contingência da situação concreta sobre a qual incidirão os atos executórios. (GRECO, 2001, v. II, p. 518).

A essencialidade dos direitos tutelados em processos de execução específica e a complexidade do processamento recomendam que o juiz não abandone a sorte da etapa executiva do processo ao credor, devendo, após citado o executado e com apoio no § 5.º do artigo 461 (correspondente ao § 5.º do artigo 84 do CDC), nomear, se não constar do título, um administrador judicial, pessoa física ou entidade pública ou privada, para definir, em prazo curto, o plano de execução. Este representa o conjunto de providências que oportunizarão ao credor a fruição do seu direito. As partes serão ouvidas a respeito, o plano será aprovado pelo juiz e posto em execução pelo devedor, sob a supervisão desse mesmo administrador ou de quem o juiz nomear. A tutela permite o uso analógico de outros procedimentos como o artigo 677, que dispõe sobre a administração de estabelecimento comercial, industrial ou agrícola em fase de penhora e os artigos 719 e seguintes do CPC, que dispõem sobre administrador de imóvel ou empresa para gerenciar usufruto dado ao credor, para definir os rumos do procedimento. (Ibidem, p. 519-520). Na esteira do uso analógico de soluções supervisoras assinaladas ao juiz na execução, Assis (2006, p.230) e Talamini (2001, p. 275-279) sugerem como paradigma a figura do interventor ou fiscal, instituído na Lei

8.884/94, com direitos e deveres previstos no mesmo diploma legal, administrador que fará cumprir as estipulações traçadas pelo Órgão Judiciário.

Salles (2005, p. 95-96) acentua o aspecto estratégico que assume a atividade de execução, a qual se transforma num conjunto de atos a serem modelados pela combinação de diversas alternativas no uso de remédios executórios. Ou seja, planejamento e estratégias remediais para cada caso, durante a etapa executiva do processo.

O modelo da execução específica obriga a assimilar o papel importante que assume a vontade do devedor, do obrigado, em relação ao êxito da tutela entregue ao credor.

O devedor da prestação goza de uma posição de força diante do que se pede dele. A tutela do direito se encontra firmemente vinculada à deliberação do devedor de aquiescer em fazer. A indução dessa vontade no sistema judicial repousa na descoberta de formas de coerção que dissuadam o devedor de cometer ou prosseguir no ilícito ou a cumprir a determinação judicial representativa da prestação devida. No processo judicial a tônica das técnicas de produção satisfativa centram-se na coerção dirigida à pessoa — técnicas de coerção *in personam* — que incidem sobre a pessoa do devedor, para compeli-lo a obedecer ao provimento judicial. (SALLES, 2005, p. 91).

Não por outra razão os provimentos de tutela específica, dirigidos a induzir uma *prestação in natura*, supõem a emissão de ordem judicial com a agregação de *comandos explícitos* dirigidos ao ato de cumprimento e técnica de indução à pronta obediência, a imposição de multa — ou astreintes — (artigo 84, § 4.º do CDC similar ao artigo 461, § 4.º, CPC). A sistemática de tutelas específicas assim descrita no sistema brasileiro, a qual se substitui à coerção da vontade do devedor mediante o constrangimento físico de sua pessoa nos moldes da medida executiva do *contempt of court* (prisão do devedor) nos países do *common law,* esbarra no sério obstáculo da carência de meios financeiros do destinatário da ordem, destituído de patrimônio penhorável. Por conseguinte, há que se considerar a sua

eficiência em termos de ameaça, coerção psicológica, como uso potencial. (ASSIS, 2006, p. 222-223).

Desde a consumação da reforma de tutela específica pela Lei 10.444/2002, englobando as obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, vêm os processualistas mais críticos refletindo sobre os seus efeitos abreviadores e simplificadores.

As críticas de Guerra (2003, p. 73-81), dirigidas à reforma processual realizada até o advento da Lei 10.444/2002, pontuam os impasses que cercam a execução da tutela específica:

a) os obstáculos à prestação efetiva de direitos por via da tutela executiva não se encontram de forma alguma associados à duração do processo executivo, qualquer que seja a sua disciplina, e sim à inadequação dos meios executivos previstos em lei, em determinadas situações concretas. A teoria processual negligencia em identificar e tentar solucionar esses obstáculos que resistem, inclusive, ao processo sincrético;

b) os processualistas deixam em segundo plano e sem tratamento adequado a ação executiva direta, ajuizada em virtude de um título executivo extrajudicial, não se justificando tal preterição porque, embora sem quantificação segura, esses títulos configuram talvez a maior parte das tutelas executivas;

c) a teoria processual desconhece que a duração excessiva do processo de execução se deve, em grande parte, a falhas estruturais, ausência de um aparelhamento judiciário adequado, excesso de demandas executivas e mesmo má atuação do juiz na aplicação das regras do próprio Livro II do CPC;

d) ignoram os reformistas que não se pode abolir um processo de execução apenas modificar sua forma (transformando-o numa etapa do modelo sincrético) e que a prestação executiva jamais poderá ser instantânea, em

homenagem ao devido processo legal. O módulo processual executivo nessas ações de tutela específica constitui uma seqüência de atos em contraditório, às vezes de cumprimento muito complexo;

e) se os juizes carecem de aperfeiçoar sua formação de modo a permitir aplicar corretamente as normas em vigor, extraindo delas o melhor possível, as reformas processuais terão sempre alcance limitado;

f) a generalização do modelo de ação executiva *lato sensu*, entendida como *processo com predominante função executiva*, e a crença na *eliminação do processo execução* ignoram o caráter prático da tutela jurisdicional executiva e afastam-se do núcleo da questão que encerra proteção devida ao credor;

g) não há um paradigma teórico-dogmático adequado à superação da crise da execução. As ferramentas teóricas e hermenêuticas propiciadas pelo constitucionalismo contemporâneo e pela teoria dos direitos fundamentais, não são utilizadas como deveriam num Estado Constitucional;

h) é impossível construir um sistema *típico* de meios executivos, apto a atender a todas as necessidades concretas de tutela executiva, em todas as suas nuances. Há limites para o que o aperfeiçoamento de meios executivos pode propiciar, em termos de resultados. A capacidade de contribuírem as reformas para a resolução dos problemas práticos de efetivação é extremamente reduzida.

As reformas processuais da etapa mais recente (2005), que positivaram como regra o processo sincrético para a quase totalidade dos títulos judiciais, continuam a gerar inúmeras críticas quanto aos limites normativos de tais inovações quando se pensa em eficiência material. [9]

[9] Ver os trabalhos recentes coordenados por Didier Júnior. (2006); Lopes e Cunha (2005) ; Fux, Nery Júnior e Wambier (2006).

Santos (2006, p. 320) assim se manifesta acerca da insuficiência das transformações normativas para resolver as lacunas do processo executivo:

> Nossa opinião é mais comedida. A reforma implementada na execução da sentença tem pontos positivos e que contribuirão para melhoria dos resultados esperados por aqueles que têm em mãos um título judicial. Isso, porém, em nosso sentir não altera a percepção de que a reforma é bem mais superficial do que, na verdade, tem sido anunciada. Estruturalmente, ou seja, do ponto de vista formal como visto acima, as mudanças são profundas, já que a organização das matérias no texto do CPC foi significativamente alterada. Substancialmente, porém, a realidade nos parece outra. É que organizar as regras atinentes ao "cumprimento" da sentença, inclusive da perspectiva da alocação dos dispositivos no Código, como algo *naturalmente* ligado e conseqüente à atividade cognitiva que lhe antecedeu, não tem o condão de alterar a natureza das coisas. Isto é, a distinção *ontológica* entre as atividades cognitiva e executiva da jurisdição é imutável. Organizá-las, ou não, em livros específicos (como fez o legislador de 1973) ou encadeá-las, formalmente, numa mesma relação processual como opta agora o legislador da reforma) não passa de mera opção legislativa, como na prática certamente se perceberá.

E apostando que a inovação normativa acarretará, de todo modo, uma mudança comportamental judicial, arrisca um prognóstico sobre mudanças culturais para otimizar o uso do sistema:

> Embora a execução continue ocorrendo nos mesmos autos, a diferença é que, sob o aspecto formal, será parte integrante da mesma relação processual iniciada lá atrás, com a citação para o processo de conhecimento. Deixa de existir o intervalo entre as atividades cognitiva e executiva. A execução da sentença, ao menos aparentemente, passa a ser mais uma *fase*, de uma mesma relação processual *complexa* e divisível em módulos: o processual declaratório e o processual executivo. É o que há algum tempo já acontece com as sentenças dos artigos 461 e 461-A. Seja como for, enxergar o cumprimento da sentença como subseqüente e conjugado à atividade cognitiva em si exige importante alteração na postura do juiz na condução do processo para efetivação da decisão que condena o réu a pagar quantia certa (SANTOS, 2006, p. 323).

Moreira (2004, p. 26), mais cético em relação ao alcance das reformas legislativas, adverte: "A grande questão está em saber em que medida e sentido hão de ser exercitados pelo juiz os poderes de que a lei o investe. Com isso, recaímos no antigo e sempre atual problema da formação do magistrado".

3 TUTELA JUDICIAL PERNAMBUCANA A DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS EM 1999: RELATÓRIO E PROGNÓSTICOS DE UMA PESQUISA

A autora realizou uma pesquisa para subsidiar sua tese de mestrado, em 1999, na qual investigou a efetividade das Ações Civis Públicas na proteção dos direitos transindividuais ou coletivos *lato sensu.* (SANTOS, 1999).

Ela foi realizada para aferir a hipótese de que a jurisdição dos interesses transindividuais através das ACPs não produzia tutela material eficiente. Ao final, confirmou-se que:

a) a sistemática recursal do processo judicial estrangulava o prosseguimento das ações e estagnava a obtenção de resultados substanciais de tutela garantidos pelos magistrados em primeiro grau;

b) a cultura processual configurada no *modo* como os operadores judiciários se utilizavam da dogmática transindividual (legislação, doutrina e jurisprudência) comprometia resultados de eficiência protetiva.

Fotografada a *práxis* em 1999, enunciou-se que o perfil pernambucano dos conflitos transindividuais jurisdicionados àquela ocasião envolvia pretensões ao reconhecimento de direitos de cidadania (educação, saúde, respeito a direitos sociais de modo geral) e diagnosticava entraves no processamento e na prestação jurisdicional em tais ações.

A análise das decisões de cassação das liminares pela Presidência do Tribunal de Justiça local, estancando providências de urgência concedidas por magistrados na tutela dos direitos em primeiro grau, permitiu que se visualizasse um outro nexo: um ciclo realimentador entre a disfunção da estrutura mesma do sistema processual e o comportamento, também disfuncional, dos partícipes do processo em seu desenrolar. Dizendo de outro modo, a tutela jurisdicional encerrava disfunções de estrutura procedimental, mas

isto também se imbricava com déficits de desempenho que se ligavam à permeabilidade do judiciário ao próprio contexto sócio-político em que a decisão se perfazia.

Em relação ao que a autora trata como *jurisdição formal*, leia-se prestação jurisdicional sem o cálculo das conseqüências. Valem os ensinamentos de Komesar (1994, p. 138) para explicar este contexto. As dimensões de competência e escala que estruturam o processo judicial, entre outras atividades institucionais, determinam a desvantagem ou vantagem do seu uso. Competência, para esse autor, é a habilidade dos julgadores (também dos jurados) em investigar, entender e produzir materialmente decisões para os conflitos que chegam até eles. Escala é a fonte ou orçamento disponível ao judiciário e as restrições à expansão (em tamanho/estrutura) do processo judicial. Competência e escala interagem entre si e também com as determinantes da litigância (cálculo entre benefícios e custos) e produzem a habilidade institucional do processo judicial. Uma escolha, em termos de eficiência, envolve ponderação entre competência, escala e tendências sistêmicas associadas ao cálculo de custos e benefícios.

A análise dos dados levou a autora, por ocasião do encerramento da pesquisa, a concluir pelo uso subsidiário da Ação Civil Pública como mecanismo de acesso à justiça a direitos transindividuais e a propor a utilização de outras sedes de deliberação para conflitos envolvendo especialmente direitos sociais.

Alguns resultados justificaram esta conclusão e determinaram a escolha dos objetos de investigação desta tese: a autocomposição, figurada no Compromisso de Ajustamento de Conduta, a sede ainda pouco explorada dos procedimentos administrativos de investigação como função institucional pelo MP, o próprio MP e suas condições estruturais para o exercício da tutela coletiva.

Constatou-se:

a) a impropriedade do uso do modelo processual e dos institutos processuais. Ausência de cálculo de resultados, evidenciada pela não visualização do efeito disfuncional do sistema de recursos do CPC sobre as Ações Civis Públicas. Não foram consideradas mudanças de postura em busca de maior eficiência;

b) a não utilização, pelos sujeitos do processo, do argumento do binômio materialidade—processo. Desconheciam, os operadores jurídicos, a flexibilização ritual. Não se encontraram soluções de adaptação do procedimento ao perfil do conflito sob jurisdição;

c) a inexistência de uma infra-estrutura de organização judiciária apta a viabilizar jurisdição adequada às exigências materiais e de pessoal exigidas pelo modelo conflitivo apresentado, caso a quisesse prestar o magistrado;

d) o alheamento da práxis de um discurso constitucionalista. Nenhum uso de teoria dos direitos fundamentais, tampouco juízos de ponderação ou uso de regras de proporcionalidade. Ausência de uma cultura constitucionalista à tutela de direitos sociais;

e) a ausência de conjeturas para arrefecer os efeitos da aplicação de uma medida excepcional e drástica como a cassação de uma tutela judicial mediante um provimento administrativo, a suspensão da liminar pela Presidência do Tribunal de Justiça (TJ). Tampouco providências para mitigar a intensidade conflitiva buscando-se um provimento menos controvertido e mais durável;

f) a demanda de certas controvérsias por decisões de prevalência e reconhecimento gradual de direitos, afastadas do modelo sancionatório / compensatório no qual foram educados os operadores jurídicos até meados dos 90. A tensão entre direitos: o interesse público alegado pelo governo e o interesse público alegado pelo MP em nome da coletividade, impunham ao

judiciário a politização da decisão. Apesar de constituir a nota distintiva de qualquer polêmica envolvendo direito a prestações. (ALEXY, 1997, p. 426-427), essa tensão nunca foi enfrentada nas medidas judiciais examinadas;

g) o efeito cerceador de uma educação jurídica ministrada a partir de um modelo interindividual, sancionatório, compensatório e intensamente litigioso;

h) o banimento da fundamentação de natureza política. O uso da solução formal como estratégia de neutralização do embate a permitir que não se jurisdicionalizasse os reais motivos subjacentes à controvérsia. A presidência do TJPE preferia a estratégia do distanciamento político correspondente à manutenção da imagem de neutralidade e objetividade do julgador;

i) O absenteísmo como uma solução comum, um mecanismo de defesa utilizado para proteger a própria legitimidade do tribunal, quando a prolação da decisão puder colocá-lo em risco. Uma dessas hipóteses é quando a Corte é levada a lidar com conflitos tradicionalmente considerados inadequados à solução pela via jurisdicional. (GOLD, 1985, p. 496-505);

j) a descontextualização do conflito. A decisão monocrática facilitava a formulação solitária do conteúdo da decisão. O próprio rito procedimental o permitia. Não se apurou, então, se a sede autocompositiva reproduziria este modelo autoritário e impositivo de produção de solução;

k) o aprofundamento teórico da constitucionalização do direito processual, não obstante a alienação da práxis. Isto fomentou a (re)construção teórica do modelo processual para adequá-lo às exigências de implementação dos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações. Restava apurar se ele reverberaria na sede procedimental extrajudicial, considerando a crescente reflexão dos processualistas. (MARINONI, 2003, 2004; SALLES, 2003);

l) a possibilidade de uma eficiência maior através de um modelo procedimental, mais informal, menos estruturado, mais oralizado, visando a um resultado mais consistente acerca da matéria conflitiva.

Consumada a justificativa da escolha do plano teórico a ser abordado através dos dados encontrados e narrados neste item, a investigação a ser doravante empreendida cinge-se, essencialmente, a aferir a eficiência da tutela transindividual prestada extrajudicialmente.

SEGUNDA PARTE:

TUTELA EXTRAJUDICIAL —

MINISTÉRIO PÚBLICO, INQUÉRITO CIVIL E COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

4 O MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA EXTRAJUDICIAL DOS DIREITOS

Avaliar o desempenho de uma função institucional do Ministério Público (MP) como o processamento do Inquérito Civil e demais procedimentos investigativos de proteção a direitos, dos quais resulta a celebração de um Compromisso de Ajustamento de Conduta, supõe situar, antes, o exercício desta atividade no âmbito da organização do MP e indagar dos próprios fins buscados por esta Instituição, quando faz uso de uma sede extrajudicial de resolução conflitiva.

Supõe, ainda, uma descrição da atividade de revisão acerca dos processos administrativos e Termos de Ajustamento de Conduta operada pelos órgãos da Administração Superior daquela instituição visando possibilitar, por ocasião da análise de resultados, mapear comportamentos e ações, uniformizar posturas no que for cabível e, ao final, subsidiar propostas de controle revisivo.

O modelo de atuação do MP encontra-se previsto na própria Constituição da República Federativa do Brasil. Esta o insere no Título IV — Da organização dos Poderes —, em capítulo distinto dos demais Poderes do Estado (Capítulo IV), designado Das Funções Essenciais à Justiça, no qual ocupa uma seção própria, a Seção I (Do Ministério Público).

O seu status constitucional situa na própria Carta Maior o MP, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, encarregada da defesa da ordem jurídica, da democracia e dos interesses sociais e indisponíveis, os mais relevantes da

sociedade (artigo 127, caput). A Seção própria que a Constituição lhe reserva e que vai do artigo 127 ao artigo 130, amplia e detalha suas funções em razão de suas atribuições institucionais, estabelece os mecanismos necessários a assegurar o seu desempenho mediante autonomia administrativa e funcional, ao mesmo tempo em que lhe realça a vocação para concretizar o modelo estatal democrático de direito. Este marco constitucionalista, no qual se equilibra o zelo pelos direitos fundamentais e também pelo próprio processo democrático, constitui o seu padrão comportamental de referência, seu estágio atual de evolução.

Antes da Constituição de 1988, diz Mazzilli (1999, p. 4), a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) marcara a evolução institucional do Parquet ao aparelhá-lo para a defesa jurisdicional dos direitos difusos e coletivos.

A evolução da Instituição partiu de um papel eminentemente repressivo, o MP é o titular do direito à persecução penal, mas migrou em direção a uma vocação nova, ditada pelas exigências político-democráticas: a de defensor de uma sociedade civil com baixo poder de organização.

Segundo Almeida, G. (2003, p. 508-510), a construção cultural da instituição se encaminhou e de certa forma ainda se encontra dividida entre uma postura demandista, oriunda de uma percepção eminentemente litigiosa da resolução conflitiva nos moldes do processo jurisdicional interindividual e uma postura nova, designada como resolutiva, que autoriza utilizar com grande amplidão o princípio da autonomia funcional na busca de tutela efetiva aos interesses transindividuais.

A postura resolutiva subsidia a atividade extrajudicial de resolução de conflitos como parte de uma nova cultura institucional e reclama que “o órgão de execução do MP tenha consciência dos instrumentos de atuação que estão à sua disposição, como o Inquérito Civil, o procedimento administrativo e o termo de Ajustamento de Conduta, fazendo o seu uso efetivo e legítimo”. A teoria do processo coletivo incorpora condutas eminentemente

preventivas e ativistas para evitar violações a direitos sociais mediante o uso de procedimentos adequados a esta teleologia. Nesta nova dimensão teórica o projeto institucional se constrói sem a acessoriedade à jurisdição. Ele supera de certo modo, para os agentes do MP, a atuação como guarda da legalidade (*custos legis*), ultrapassando-a com a atuação guardiã da sociedade (*custos societatis*). (ALMEIDA, G., 2003, p. 511-513). [10]

É bem verdade que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional em face de ameaça ou lesão a direito (artigo 5.º, XXXV, CF) criou, de forma correlata, um elenco ampliado de titulares para a defesa judicial de direitos transindividuais legitimando-os às atividades judiciais de tutela.

Este elenco, configurado constitucionalmente, dotou a defesa coletiva de uma gama ampliada de protagonistas potenciais consoante se vê no artigo 5.º XXI, CF, ao entregar às associações civis a defesa judicial ou extrajudicial dos interesses de seus filiados. O mesmo ocorre com o artigo 8.º inciso III que entrega aos sindicatos a defesa dos interesses individuais e coletivos da categoria.

Não obstante este espectro ampliado de legitimação da participação popular por via da multiplicação dos entes legitimados, concorrente e disjuntivamente, o legislador constituinte entregou ao MP com a especificidade de uma função institucional, a proteção judicial e extrajudicial dos interesses transindividuais através do Inquérito Civil e da Ação Civil Pública (artigo 129, III). (VIEIRA, 2002, p. 266).

As objeções opostas em outros países ao MP na condição de legítimo e seguro defensor dos interesses e direitos massificados por falta de independência e especialização

[10] Sob este prisma é que se deve divisar a ampliação das atribuições que foram entregues a seus agentes por toda a legislação de tutela da coletividade que se seguiu à Constituição de 88, como a Lei 7.853/89, que tutela o direito das pessoas portadoras de deficiência, a Lei 7.913/89, para proteção dos investidores no mercado de valores mobiliários, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), para a proteção dos infantes e jovens, o CDC (Lei 8.078/90), destinado a reger as relações de consumo e seus abusos contra a hipossuficiência, a lei de regência da ordem econômica e da livre concorrência (Leis 8.625/93 e 8884/94, respectivamente), a Lei de Improbidade (lei 8.429/92), para proteção do patrimônio público.

não se aplicam ao perfil nacional da instituição, contribuindo para aperfeiçoar o desenho institucional que lhe fora dado pela Constituição de 1988. (ALMEIDA, G., 2003, p. 508).

A *mens legis* utilizada para entregar a legitimação para agir na defesa coletiva a uma instituição do Estado, o Ministério Público, reproduz a desconfiança do constituinte na falta de aptidão organizacional da sociedade civil para proteger e tratar de seus interesses e também a crença de que a atividade ministerial desenvolvida na tutela de tais direitos se revela a mais eficiente.

Convém lembrar ainda que as atividades da própria instituição do MP para consolidar o seu espaço de atuação e de poder político, no período constituinte, integram-se essencialmente por suas prerrogativas e pelo instrumental que lhe foi entregue para o manejo da defesa coletiva.

O movimento de criação da Ação Civil Pública como instrumento de tutela transindividual, a constitucionalização do múnus institucional da resolução judicial e extrajudicial de conflitos coletivos foi o produto do esforço de um grupo de pressão, composto de processualistas ilustres e membros do MP que logrou afirmar seu pensamento como uma elite capaz de influir no processo decisório legislativo a respeito do tema. Não se discute aqui a legitimidade da pretensão de buscarem instituir, esses processualistas prestigiosos, instrumentos e mecanismos de defesa coletiva e de influírem sobre a opinião dos atores políticos.

Apenas se registra o fato para realçar a marca sob a qual prosperou o movimento de abertura ao acesso coletivo à justiça. Como a maior parte das iniciativas de proteção da hipossuficiência social, a iniciativa foi institucional, isto é, outorgada à coletividade porque não resultou de um movimento espontâneo de sua destinatária.

O contraste é interessante quando se observa como o processo de reforma do sistema judicial se construiu de modo diferente nos Estados Unidos para o contorno da crise de eficiência judiciária consoante se verá na Seção 13, da terceira parte.

Ali, a reforma pelo acesso, apesar de carregar um viés elitista ao entregar ao judiciário a defesa dos direitos civis e da intervenção da voz acadêmica, contou também com a participação de movimentos de adesão e crítica ao sistema judicial e extrajudicial promovidos pela sociedade civil.

Giza-se, desse modo, que a previsão de atuação constitucional para o Ministério Público na tutela de interesses transindividuais, com criação de atribuições e mecanismos específicos de atuação, viabiliza a hegemonia na defesa transindividual, assumindo o Parquet esse múnus de ator preferencial, porque tais atividades lhe são entregues como "obrigatórias e principais, representativas do exercício de parcelas da soberania." (VIEIRA, 2002, p. 272). Assim preceituada, a atividade de tutela dos direitos coletivos permite e até sugere a expectativa de que a iniciativa por parte de outros órgãos e entes ocorra de forma suplementar.

Pesquisa anteriormente feita pela autora confirmou que a instituição assume esta hegemonia com 84% do total das Ações Civis Públicas pesquisadas numa amostra de 170 unidades, equivalentes a 69,67% do total das promotorias consultadas no âmbito estadual, num período que mediou entre julho de 1985 e dezembro de 1996 (SANTOS, 1999, p. 112). Concordando com esta pesquisa, o posicionamento de Ferraz (1995, p. 64), ao afirmar que mais de 90% (noventa por cento) dos casos de atuação na defesa dos interesses massificados decorrem da atividade ministerial, adianta a consideração de que esse percentual indicia como a tímida atuação dos demais co-legitimados para a ACP reproduz a fragilidade de nossa democracia.

Seguindo a diretiva constitucional prevista no artigo128, § 5.º da CF [11], a Lei 8.625, DE 12 de fevereiro de 1993 instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispondo normas gerais para a organização do MP de todos Estados da federação brasileira, diretrizes sobre organização estrutural, atribuições e estatuto.

Em Pernambuco, ela foi reproduzida em seu conteúdo pela Lei Complementar 12, de 27 de dezembro de 1994, que recebeu alterações posteriores através da Lei Complementar 21, de 28 de dezembro de 1998, da Lei Complementar 44, de 19 de junho de 2002, da Lei Complementar 57, de 05 de janeiro de 2004, da Lei Complementar 73, de 28 de janeiro de 2005, e, finalmente, a Lei Complementar 83, de 11 de janeiro de 2006.

Esta é a razão pela qual as alusões aos conteúdos normativos relativos à organização, às atribuições e ao estatuto do MP serão feitas através da Lei Orgânica Estadual, fazendo-se remissão à lei estatutária nacional apenas quando necessário à análise dogmática, ou quando seu conteúdo não se reproduzir na lei orgânica pernambucana.

No plano estadual também se repete o perfil assinalado ao MP pelo texto constitucional (artigo 127, *caput*), entregando-se a este, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais sociais e indisponíveis (artigo 1.º da LC 12/94).

A definição institucional vincula a tutela material de direitos fundamentais às atribuições e funções cometidas ao MP como desenho estrutural de eficiência. Esta vinculação tutelar atravessa a organização desde a sede constitucional até o âmbito federativo e sua disciplina no âmbito estadual.

No que interessa ao plano legislativo do tema tratado — tutela de direitos no plano extrajudicial — a legislação infraconstitucional reproduz o Texto Maior, para assinalar com especificidade dentre as funções institucionais, o dever de tutela aos direitos nele

[11] Eis o texto: "Leis Complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros [...]".

assegurados em face dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública através das medidas necessárias à sua garantia, bem como a instauração do Inquérito Civil e da Ação Civil Pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (artigo 129, II e III, CF).

Na esfera estadual, norma de repetição vem aclarar os destinários desta diretriz constitucional de tutela contra o Poder Público e estipular iniciativas procedimentais de facilitação do trabalho fiscalizador da tutela dos direitos diante do Poder Público e seus representantes. [12]

Encontra-se, ainda, no dispositivo constitucional supra mencionado, uma norma de encerramento disposta no inciso IX, possibilitando ao MP o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade.

Em Pernambuco, o detalhamento das funções institucionais de promoção do Inquérito Civil e da Ação Civil Pública e o respeito pelos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição Federal se realizam em torno da ampliação da tutela de qualquer interesse transindividual e da opção legislativa pela especialização da disciplina da ação de improbidade administrativa. [13]

---

[12] LC Estadual 12/94 com modificações subseqüentes: Artigo 5.º — Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito: I — pelos poderes estaduais ou municipais; II — pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta; III — pelos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal; IV — por entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município, ou executem serviço de relevância pública;
Parágrafo único — No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências: I — receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhes sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas; II — zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos; III — dar andamento, no prazo de trinta dias, às notícias de irregularidades, petições ou reclamações referidas no inciso I; IV — promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionados no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

[13] LC Estadual 12/94 com alterações subseqüentes: Artigo 4.º — Além de outras funções constitucionais e legais, incumbe ao Ministério Público: [...] IV — promover o Inquérito Civil e a ação civil pública, na forma da lei, para: a) proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos; b) anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais, ou de entidades privadas de que participem.

Também cuidou o legislador estadual de especificar na forma mais detalhada possível as requisições, notificações, pedidos de perícia e outras atividades investigatórias de modo a legitimar da forma mais completa possível a atividade de coleta de informações a respeito do fato investigado e das possibilidades de resolução conflitiva e responsabilização.[14]

Por outro lado, preocupam-se os estudiosos da tutela transindividual ou coletiva *lato sensu*, com o adequado desempenho dos membros da instituição do MP diante do papel proeminente que a normatização constitucional e infraconstitucional lhe entregou. A preocupação já se manifesta no sentido de que a visibilidade e relevância da atuação em prol tutela coletiva conduza a práticas profissionais institucionalizadas e não a performances individuais.

Assinala Holanda (1995, p. 145-146), em *Raízes do Brasil* 1.ª Edição em 1936, que a especialização das funções e o esforço em assegurar garantias de cidadania, almejados por um Estado Burocrático, representam um produto cultural raro e que o modelo weberiano garantidor de racionalização e divisão de tarefas institucionais, luta no Brasil, contra os efeitos do funcionalismo patrimonial. O patrimonialismo, uma forma de manipulação do espaço público, faz da gestão política um interesse particular e dos benefícios e direitos auferidos numa posição política, direitos pessoais daquele que atua.

No próprio texto de Holanda (1995, p. 146):

> No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicado a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que

[14] Artigo 6.º — No exercício de suas funções, o MP poderá: I — instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei; b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior; II— requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie; III — requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível; VI — dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas;

> encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal.

Ao menos no plano da reflexão, a teoria da Ação Civil Pública e do Inquérito Civil apresenta-se crítica a respeito da atividade hegemônica do MP na defesa dos interesses da sociedade. Aponta-se o seu caráter suplementar em relação ao movimento natural de articulação e de organização da sociedade civil visando a proteção e o estabelecimento de seus próprios valores e interesses. O protagonismo, não é bem avaliado e termina por comprometer o próprio desenvolvimento institucional (RODRIGUES, 2006, p. 74; SANTOS, 1999, p. 102).

Noticia Rodrigues (2006, p. 82-84) o que ela chama de *uma silenciosa revolução* na atuação do MP: a expansão, na prática, de uma nova gama de atividades realizadas fora do âmbito judicial, a maior parte delas no interior dos inquéritos civis ou dos procedimentos administrativos de verificação. Esta ampliação deriva do aumento de uma demanda pela tutela dos direitos difusos que traduz expectativas de atendimento a direitos sociais fundamentais e que reclama vazão imediata e preventiva. Os membros do MP enfrentam dificuldades em responder a isto, diante da desproporcionalidade existente entre o cotidiano intenso da atuação ministerial extrajudicial e as exigências do oficio nos processos judiciais, o que ocasiona o diferimento da atividade preventiva. Demais, a fluidez da atividade promocional de investigação acerca de meios de acesso a direitos dificilmente é computada para fins de avaliação de eficiência funcional, numa administração institucional que ainda se orienta por uma avaliação burocratizada do trabalho de seus membros. Acrescente-se a essas dificuldades práticas o contraponto entre a complexidade das pretensões (a agregar-se, também a urgência) e uma cultura judicialista que orienta a atividade do MP essencialmente para o manejo da atividade judicial.

É possível constatar essa tendência em Pernambuco, quando se examina a direção que tomaram recentes reformas estruturais visando o adensamento da qualidade da

atuação ministerial mediante a instauração e o aperfeiçoamento de mecanismos de controle. Planejou-se e se pôs em desenvolvimento um plano estratégico de ação destinado a adequar, no plano estadual, o *Parquet* e a atuação de seus membros, às suas funções institucionais com destaque ao atendimento das expectativas e reivindicações transindividuais. A providência encerra políticas de reavaliação do trabalho extrajudicial do órgão, capacitação gerencial através da Escola do MP, adequação da estrutura dos órgãos de administração e de execução aos novos desempenhos. (PERNAMBUCO, 2006).

O Inquérito Civil, o Termo de Ajustamento de Conduta, a recomendação, a audiência pública, intervenções ministeriais no desempenho do múnus deliberativo, o domínio de novas técnicas de resolução conflitiva e de resolução de situação de crise configuram instrumentos e técnicas que determinarão o teor e o alcance desta atividade. Os membros do MP ainda não se apropriaram dessas ferramentas totalmente.

Diante da instauração de um Inquérito Civil ou procedimento administrativo, outros instrumentos de tutela a direitos podem ser normalmente utilizados de forma coadjuvante a ele: as recomendações, as audiências públicas, os termos de Ajustamento de Conduta. Esta gama variada de possibilidades de acesso à justiça vem sendo utilizada, incipiente e contingencialmente, mesmo antes da instauração do procedimento como forma de simplificar, antecipar ou possibilitar solução imediata a pleitos de urgência.

Este arsenal compõe a dimensão da atuação administrativa institucional, na condição de novos instrumentos de indução ao acesso e se encontra previsto na Lei Orgânica Nacional do MP dos Estados, como prevê o artigo 27, parágrafo único, inciso IV, como também na Lei Orgânica Estadual, no artigo 6.º:

> Artigo 6.º — No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: [...] IV — promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionados no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

A recomendação, as audiências públicas são instrumentos utilizados pelos membros do MP com alguma eficácia como instrumento de visibilidade da atividade fiscalizadora da instituição e da regularidade do comportamento do recomendado, considerando-se que normalmente são levados à pública ção, pelo menos no Diário Oficial do Estado e eventualmente noticiados pela imprensa local. Através da recomendação, por exemplo, divisa-se previamente a instauração potencial de um debate acerca da fruição de um determinado direito ou interesse. Preventivamente, aposta-se na possibilidade de uma solução ou esclarecimento mediante resposta por escrito da parte do recomendado. Obtém-se, através dessa providência, uma relação muito equilibrada entre efetividade e coercitividade, pois nenhuma ameaça ou medida é veiculada normalmente no texto.

Como acentua Rodrigues (2006, p. 91-92), elas oferecem pouco custo, rapidez e eficácia, quando se pensa que, através de uma recomendação, podem induzir soluções que subjazem à discricionariedade do Administrador ou somente podem ser implementadas sob chancela judicial. A autora aponta, como exemplo, o não repasse de verbas para uma obra quando lesivo ao patrimônio público. Em suas próprias palavras:

> A recomendação não obriga o recomendado a cumprir os seus termos, mas serve como advertência a respeito das sanções cabíveis pela sua inobservância. É importante que a recomendação seja devidamente justificada, de modo a que possa convencer o recomendado de sua justeza. Em regra, é expedida nos autos do inquérito após a sua instrução, como forma de evitar a propositura da medida judicial e quando não seja caso de Ajustamento de Conduta, mas nada impede que a recomendação seja feita fora de uma investigação ou até inicie o Inquérito Civil.

Rodrigues (2006, p. 92-94) assinala como um outro instrumento de acesso, as atuações de caráter preventivo e promocional que o órgão do MP protagoniza independentemente da intervenção pontual numa situação conflitiva. São designadas como *promoções de políticas públicas*. Elas envolvem ações participativas em convênios, conselhos e fóruns da sociedade. Convênios firmados com instituições públicas e privadas podem ser celebrados para viabilizar ações implementadoras de alguma política pública, restringindo-se, contudo a participação da instituição em conselhos que administrem verbas públicas, em

razão da prevalência da função fiscalizadora do *Parquet* e do exercício do controle sobre aqueles órgãos e suas ações.

De origem anglo-saxã a audiência pública se define como:

> *um processo administrativo de participação* aberto a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da *legitimidade* das decisões da Administração Pública, criado por lei, que lhe preceitua a forma e a eficácia vinculatória, pela qual os administrados exercem o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o poder público a decisões de maior aceitação consensual (MOREIRA NETO, 2001, p. 204).

A audiência pública é um instituto específico de participação polivalente por se dirigir à atuação de quaisquer entes e Poderes do Estado. Os demais são a representação política, a publicidade, a informação, a certidão e a petição.

A rigor nenhum dos instrumentos extrajudiciais de promoção ao implemento de políticas públicas franqueados ao MP encontra-se sujeito a revisão e são atividades de grande impacto sobre a tutela a ser dispensada. A não ser que sejam referidas deliberadamente pelo Promotor de Justiça como parte de um contexto procedimental administrativo enviado ao CSMP, não se encontram sujeitas ao crivo revisivo pelos órgãos da administração superior, pois a lei orgânica não o prevê.

E não o faz porque se está diante do desempenho das atividades administrativas da instituição sujeitas a uma nova dimensão, a dimensão consensual que rege a Administração Pública. O princípio da moralidade administrativa ganha o foro de diretriz reguladora de controles para a atividade da administração pública, associando, eficácia e efetividade. (MOREIRA NETO, 2001, p. 97-98). Voltar-se-á ao tema na Seção 12, da terceira parte.

5 O INQUÉRITO CIVIL COMO PARADIGMA PROCEDIMENTAL: LONGE DA DIMENSÃO AUTOCOMPOSITIVA

O Inquérito Civil se define como um procedimento administrativo, de caráter inquisitivo, instaurado e presidido pelo MP. Seu objeto é, basicamente, a coleta de elementos de convicção para as atuações processuais ou extraprocessuais a seu cargo. Neste sentido, subsidia o MP na identificação das hipóteses em que a lei exige sua iniciativa, a propositura de alguma Ação Civil Pública, na defesa do patrimônio público, do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural e outros interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. (MAZZILI, 2005, p. 223).

Avalia-se aqui como este instrumento da atividade ministerial de tutela a interesses transindividuais se conecta com a realização de compromissos de Ajustamento de Conduta e influencia sobre os conteúdos que este ato encerra. A doutrina o classifica como um procedimento administrativo evitando a nomenclatura processo, o que permite que se empreste ênfase ao seu desenvolvimento sob um molde inquisitório.

Diante da essencialidade dos interesses tutelados através do ajuizamento da Ação Civil Pública, a tônica inquisitória deste instrumento termina por se sobrepor, para garantir os resultados ali buscados, ou seja, um levantamento exitoso acerca de circunstâncias de fato susceptíveis de tutela jurídica, a dar ensejo a uma providência *judicial*, geralmente de caráter urgente.

Convém anotar que parte dos defensores desta caracterização do inquérito como procedimento integra ou integrou a instituição do MP e receia os prejuízos que a aplicação incondicional das garantias do devido processo venha a acarretar ao acesso à justiça em tempo hábil, comprometendo a eficiência da atuação do *Parquet*.

Assinale-se, por fim, que o Inquérito Civil ao definir-se como processo administrativo, rol de atividades que se organizam e desenvolvem em direção a uma decisão,

se sujeita à garantia constitucional do devido processo legal, nomeadamente a observância do princípio do contraditório e a produção de defesa ampla, publicidade, motivação, ao princípio do promotor natural e ao duplo grau obrigatório de revisão que condicionam toda atividade administrativa de informação e preparo de decisão. Como acentua Nery Júnior (2000, p. 38), a aplicação da cláusula do *due process* sobre o direito administrativo ilustra o direito de todos ao controle substantivo e processual das decisões administrativas.

Referência à concepção original da categoria Inquérito Civil na discussão do Grupo de Estudos do Ministério Público de São Paulo, em 21.06.80, identifica a inspiração do caráter inquisitório do Instituto. Observe-se a concepção de José Fernandes da Silva Lopes, membro daquele Grupo de Estudo, a respeito:

> Como órgão do Estado, o Ministério Público, a exemplo do que ocorre com o trabalho desenvolvido pela polícia judiciária através do inquérito policial, poderá valer-se dos organismos da administração para realizar atividades investigativas preparatórias — Inquérito Civil — muitas vezes indispensáveis para recolher suficientes elementos de prova. (FERRAZ, 1995, p. 62).

Vale a pena traçar a evolução da teoria do Inquérito Civil para compreender melhor o seu perfil procedimental.

Em 1995, coletânea comemorativa dos dez anos de promulgação da Ação Civil Pública (MILARÉ, 1995) trazia avaliações sobre a constitucionalização deste instrumento de atuação do MP, considerando, este balanço, o resultado de sua utilização prática durante os dez anos de vigência da Lei 7.347/85. (LACP).

Convém assinalar, então, havia uma grande expectativa na jurisdição como sede viabilizadora de direitos e interesses sociais, prevendo-se um futuro promissor ao uso da Ação Civil Pública como instrumento inovador e restaurador de igualdade social. No entanto, mesmo assim, desconfiava Ferraz (1995, p. 69) que esta expectativa não se confirmaria se o processo de democratização não se consolidasse, e que, como instrumentos de cidadania, não apenas a Ação Civil Pública, mas o Inquérito Civil feneceriam, em meio aos múltiplos problemas da disfunção do sistema político-econômico.

Associou-se sempre a defesa dos interesses sociais, prevista no artigo 127 da Constituição Federal, e a apuração de eventuais omissões dos Poderes Públicos aos serviços de relevância pública, previstos no artigo 127, II da mesma Carta, ao dever de prestação dos direitos assegurados na Constituição. Novamente diante desse âmbito exsurge o Inquérito Civil como instrumento de preparação e subsídio ao pedido de tutela *judicial* (FERRAZ, 1995, p. 63-64).

Aos 15 anos da promulgação da Lei 7.347/85 (LACP), novo balanço feito por Edis Milaré através de outra série de estudos sobre a práxis da tutela coletiva com arrimo naquela lei, trouxe avaliação acerca do Inquérito Civil (ANTUNES, 2002, p. 701-712; MAZZILLI, 2002, p. 308-345).

Também àquela ocasião tratou-se o IC sob uma perspectiva eminentemente preparatória à jurisdição. Seu objeto, segundo Mazzilli (2002, p. 311), era a coleta de elementos de convicção que servissem de base à propositura de uma Ação Civil Pública para a defesa de interesses transindividuais, de modo que, à sua vista, o MP *pudesse identificar ou não* a hipótese em que a lei exigia sua iniciativa na propositura de alguma Ação Civil Pública.

Não é difícil associar este pensamento ao instituto inspirador do IC em sua origem: o modelo investigatório penal que estrutura o inquérito policial, desconsiderando-se o seu desenvolvimento em obediência ao contraditório por não se tratar de processo administrativo, mas de mero procedimento. (ANTUNES, 2002, p. 701-712; MAZZILI, 2002, p. 312-322).

Antunes (2002, p. 704-707), por uma perspectiva crítica, visualizou, porém, uma diferença de natureza política relevante entre o inquérito penal e o civil: a sua origem histórica. O inquérito penal é fruto de um regime ditatorial. Suas formas e procedimentos não poderiam servir de referência à atividade investigatória do Inquérito Civil, pensado para apurar fatos e não para ter o ajuizamento da Ação Civil Pública como destino fatal. Graças ao

vasto poder de informação e requisição previsto no Inquérito Civil e ao dever de imparcialidade e da defesa do Estado Democrático, a feição deste instituto não deveria ser inquisitória. Ele se destinaria a coleta de informações que também poderiam servir à obtenção de um Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Antunes (2002, p. 712) observava que, diante da amplitude dos poderes institucionais do MP, o Inquérito Civil merecia reflexão exaustiva por parte dos especialistas. Não poderia ser reduzido a uma mera peça de informação. Mereceria ser contextualizado como instrumento de uma ordem jurídica democrática, observadas garantias constitucionais processuais da ampla defesa e do contraditório.

Passados 20 anos da promulgação da Lei 7.347/85, conquanto haja estudiosos da Ação Civil Pública e do Inquérito Civil que se distanciem do seu modelo de inspiração, ou seja, do inquérito policial, [15] muitos ainda o concebem essencialmente um instrumento investigatório de caráter inquisitivo destinado a subsidiar a ação judicial e a jurisdição.

Alonso Júnior (2002, p. 293, 297-298) defende a desnecessidade do contraditório no mesmo inquérito, em homenagem à celeridade, diante da relevância dos valores que reclamam pronta tutela, e elege a via jurisdicional como instrumento preferencial. Apresenta, apesar disso, o IC como um instrumento de utilidade múltipla, qual seja de instrumentalizar, Compromisso de Ajustamento de Conduta, ou possibilitar a realização de prova pericial.

Mazzilli (2005, p. 223) em artigo recente, já abre o leque de utilização do Inquérito Civil, porém o faz em caráter subsidiário à atividade informativa e formativa de uma ação judicial. Transcreve-se o argumento para melhor evidenciá-lo:

---

[15] O Inquérito Civil foi sugerido no anteprojeto da LACP de Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Edis Milaré e Nelson Nery Júnior, todos do MP paulista. O anteprojeto enviado serviu de base à aprovação da Lei 7.347/85. Neste figuraram a iniciativa da instauração exclusiva para o MP, a diferenciação da figura do inquérito policial (embora mantida a analogia na doutrina) e a teleologia original, subsídio à propositura de Ações Civis Publicas (MILARÉ, 2005, p. 222).

> O Inquérito Civil também serve para que o MP colha elementos de convicção que lhe permitam desempenhar algumas atuações subsidiárias, como a tomada de compromissos de Ajustamento de Conduta, a realização de audiências públicas, a emissão de relatórios e recomendações. Nesses casos, não se afasta a possibilidade de o Inquérito Civil servir também de base para a propositura de ação civil ou de ação penal pública.

Trabalhos recentes têm aproximado o Inquérito Civil do contraditório, embora ainda se trate este instituto como procedimento administrativo inquisitivo não obrigatório para a ACP e se reivindique a dispensa do contraditório apenas por tradição. É o que se infere quando autores defendem a oitiva dos envolvidos e a produção de defesa, o que na prática ocorre, embora sem observância do princípio da bilateralidade da audiência (RODRIGUES, 2006, p. 86).

As recomendações quanto ao formato procedimental dizem da mesma estrutura dialógica. Recomenda-se que os "procedimentos administrativos" utilizados pelo MP conquanto informais, portem uma fase instauradora, uma probatória e uma conclusiva. Para Rodrigues (2006, p. 86-88) não se pode preordenar um rito para a sua consecução, embora se faça necessário reduzir todas as atividades investigatórias orais a termo e acostar a documentação comprobatória da causa de sua instauração (representação, denúncia verbal, remessa documental) da prova recolhida e dos fatos noticiados. Destacam-se os poderes de requisição do órgão do MP para angariar as informações necessárias à formação de sua convicção sejam eles depoimentos, realização de serviços técnicos, tudo visando o encontro da providência adequada ao caso. Admite essa autora que o desate do procedimento pode não se resumir ao arquivamento ou ao ajuizamento de uma ACP ou no ajuizamento de ações civis outras, mas resultar também na expedição de recomendação, na celebração de um TAC.

Não se visualiza, então, uma distinção ontológica entre Inquérito Civil e os chamados procedimentos de investigação preliminar. Na avaliação de Rodrigues (2006, p. 86-87):

> [...] No nosso entendimento, todos os procedimentos administrativos utilizados pelo ministério Público para a investigação de fatos relacionados ao exercício de direitos transindividuais devem ser considerados inquéritos civis inclusive porque a

> disciplina legal é sempre a mesma. Assim, não importa o nome que se dê à investigação, se "dossiê", "peças de informação", "representação", "procedimento administrativo — PA", ou "Inquérito Civil", existem sempre os mesmos poderes, as mesmas limitações e a mesma necessidade de controle por parte dos órgãos superiores da instituição. Na prática é comum se reservar nomenclatura "Inquérito Civil" para os casos em que já se conheça os possíveis violadores do direito transindividual, ou os casos em que se repute relevante uma maior publicidade da instauração da investigação.

Este entendimento relativiza a polêmica que se criou doutrinariamente acerca da possibilidade de desvios na prática investigatória de âmbito civil, mediante o uso substitutivo ao Inquérito Civil dos *Procedimentos Preparatórios ou Procedimentos de Investigação Preliminar* conhecidos como PIPs, ou Procedimentos Administrativos, os PAs, previstos nas leis orgânicas locais para chancelar atividades investigativas preliminares buscando uma averiguação rápida e preliminar da situação. O uso de tais procedimentos vem recebendo as reservas de estudiosos da LACP, na medida em que receiam que este uso represente uma estratégia de contorno às responsabilidades da instauração do IC (formalidades do processo inquisitório e revisão obrigatória pelos órgãos da Administração).

Não obstante haja fundamento em tais objeções, pois sempre haverá em relação a todo o uso instrumental a possibilidade do desvio, constata-se, por outro lado, que esta insistência pela modelagem ainda mais informal do processo administrativo de averiguação preliminar encerra utilidade. A regência das leis estaduais, cedendo à práxis, legitimam o uso desse espaço do procedimento investigatório preliminar como um processo relevante e funcional, seja à atividade autocompositiva, seja a um diagnóstico mais completo do conflito.

A análise da dogmática administrativa a ser realizada na segunda parte da tese demonstrará que a fluidez do procedimento objetiva facultar a ocorrência da solução negociada. A circunstância de que um procedimento investigatório deve servir também a esse fim, seja ele um IC ou um PIP, dirige-se ao aumento da densidade participativa, ao espaço de exame das alternativas e ao fabrico de soluções.

A teoria do Inquérito Civil deve absorver a existência dos procedimentos administrativos verificatórios com escopos investigatórios de preparo resolutivo não contencioso, cedendo à força da práxis, constituindo eles, tanto quanto o Inquérito Civil, espécies de processo administrativo exercido pelo MP. Esses procedimentos por vezes veiculam atividades verificatórias de possibilidades deliberativas e soluções consensuais.

A consideração não compromete a configuração do Inquérito Civil com perfil inquisitório e preparatório, destinado a recolher elementos de prova ao ajuizamento de Ação Civil Pública e posterior tutela *jurisdicional.* (FERRAZ, 1995, p. 63). A convivência entre tais dimensões processuais administrativas será complementar e sujeita às circunstâncias ditadas pela situação de fato.

Em suma, a teoria do Inquérito Civil deverá absorver o estudo e a investigação dos chamados processamentos investigativos preliminares ou procedimentos administrativos do MP e admitir o seu uso regular com destinação precípua a situações nas quais se enseje a verificação e o diagnóstico da tutela autocompositiva, por meio dos Compromissos de Ajustamento de Conduta ou de outras soluções extrajudiciais. A hipótese de arquivamento implícito para abrigar situações desviantes de atuação ministerial através do uso de processos mais informais deverá ser coibida de outra forma que não através da negação do chamado procedimento administrativo, como sede de investigação resolutiva extrajudicial.

6 O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE TUTELA COLETIVA

O Compromisso de Ajustamento de Conduta constitui um instrumento de defesa coletiva incorporado ao sistema com este teor através da Lei 8.078/90 (CDC). A previsão no artigo 113 do CDC ordenou que se acrescentassem os parágrafos 4.º, 5.º e 6.º do mesmo artigo do CDC ao artigo 5.º da LACP. [16]

Dentre eles, o parágrafo 6.º disciplinou as condições de realização do compromisso de reAjustamento de Conduta, nos seguintes termos:

> Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados Compromisso de Ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de títuloexecutivo extrajudicial.

Fink (2004, p. 975), um dos autores do anteprojeto que deu origem ao CDC, encarregado precisamente da redação do Compromisso de Ajustamento de Conduta, caracteriza-o como instrumento de tutela de interesses difusos e coletivos, de feição conciliadora e restauradora, embora seu caráter seja predominantemente inibitório, pois o *ajuste* realizado através daquele instrumento se destina a coibir conseqüências futuras. Não obstante, podem os responsáveis, diante de condutas ameaçadoras de direito ou lesivas, corrigir os efeitos danosos do ilícito com as reparações cabíveis.

A inserção deste mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos transindividuais evidencia o desenho complementar do sistema de tutela coletiva, assinalando-

[16] Grande discussão cercou a vigência deste dispositivo, considerando parte da doutrina que se o artigo 82, § 3.º, de idêntico teor, fora vetado pelo Presidente da República por ocasião da sanção do projeto do CDC, por extensão o mesmo ocorreria com o mencionado parágrafo 6.º do artigo 5..º da LACP introduzido pelo artigo 113 do mesmo CDC. Argumenta Fink, um dos autores do anteprojeto do CDC, que este entendimento afigura-se incabível, pois pressupõe a descaracterização do veto legislativo como ato excepcional e singular, que se dirige de forma expressa ao dispositivo restringido, afigurando-se impossível a atividade interpretativa extensiva a respeito de outros dispositivos não mencionados. Demais, o artigo 113 do CDC, ao ampliar o uso do Compromisso de Ajustamento para compor outros conflitos sujeitos à defesa coletiva mediante ação civil pública, não poderia entender como equivalentes o seu texto e aquele, contido no vetado artigo82 § 3..º do CDC. A publicação do mencionado artigo 113 de forma intacta, autoriza a interpretação do autor. A matéria se encontra pacificada através de posicionamentos jurisprudenciais do STJ (Resp. n..º 213.947). (GRINOVER, 2004, p. 974-975).

se jurisdição e autocomposição como duas partes do mesmo modelo de acesso à justiça. A jurisdição convive assim com instrumentos consensuais como parte da própria filosofia de resolução conflitiva que inspirou o CDC. A atividade de recomposição das relações entre os envolvidos promovida pelo Compromisso de Ajustamento de Conduta ganha em força persuasiva com a adesão voluntária do obrigado. A doutrina sempre considerou maior a eficiência autocompositiva que a obtenção de um comando cogente, oriundo de sentença, para reconhecer e fazer cumprir a obrigação devida, na esfera transindividual. (GRINOVER et al., 2004, p. 976).

O instituto reproduz a matriz orientadora do sistema do CDC que se baseia predominantemente, no valor da pedagogia das ações em detrimento das sanções e na restauração das relações entre os litigantes. Centraliza-se, portanto, em um comportamento de conciliação e na busca de pactos negociados, nos quais se procura atentar também à situação daquele que se obriga. O seu tratamento dogmático reproduz, ainda, como se verá, a dificuldade de se levar adiante o espírito da tutela consumerista que inspira aquele da tutela dos direitos coletivos *lato sensu.* O detalhamento de uma política de defesa coletiva esbarrará sempre na dificuldade que representa abandonar um raciocínio repressivo-contencioso-sancionatório em substituição ao padrão preventivo-conciliador-inibitório.

Exemplifica-se este fato com o relato de Fink (2004, p. 966-968), a propósito da dificuldade de detalhar os princípios e o uso dos instrumentos consensuais consumeristas na organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor através do Decreto 2.181/97. Não foi capaz o legislativo de superar a ênfase sancionatória e fiscalizatória assentada no mencionado decreto, de teor repressivo, em favor de um modelo prescritivo e conciliador. Deu-se ali uma ênfase “quase patológica” à atividade de fiscalização, fortalecendo-se a atividade fiscalizatória, em detrimento, inclusive, de práticas de solução negociada, já vivenciadas em matéria de consumo.

A presença do Compromisso de Ajustamento no sistema de proteção coletiva integrado pela LACP possibilita, na condição de técnica processual, atividades resolutivas em duas sedes:

a) na esfera extrajudicial, sinaliza o cumprimento espontâneo de uma obrigação assumida, seja o compromisso considerado negócio jurídico ou transação, seja considerado como acordo, ato jurídico unilateral;

b) na esfera judicial, possibilita o ajuizamento da ação executiva, na condição de título executivo de natureza judicial ou extrajudicial, de cumprimento forçado.

Importa abordar o tópico relativo à natureza jurídica do Compromisso de Ajustamento de Conduta para distinguir o traço autocompositivo como sua essência. São muitos os entendimentos a respeito da natureza jurídica do Compromisso de Ajustamento de Conduta. Para Fink ele constitui uma *transação*, obedecendo-se no que for possível às previsões do Código Civil atinentes a este instituto. No mesmo sentido, Vieira (2002, p. 263-290).

Esclarece ainda Fink (2004, p. 976):

> As concessões mútuas, como forma de terminar o litígio, se constituem em transação, e o compromisso é o meio, um instrumento, de que se valem fornecedores e consumidores para estabelecer as obrigações por meio das quais os direitos dos consumidores serão recompostos ou resguardados.

A transação acerca de interesses transindividuais não apresenta incompatibilidade com a indisponibilidade dos direitos acerca dos quais ela versa. No compromisso em comento, ajustam-se condições de *modo, tempo e lugar* do cumprimento das obrigações destinadas a inibir ou remover ilicitudes como também a reparar prejuízos causados. (FINK, 2004, p. 975).

Também Vieira (2002, p. 270) manifesta este mesmo entendimento. Entende que a norma prevista no § 6.º do artigo 5.º da Lei 7.347/85, introduzido pelo artigo113 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código do Consumidor), prevê não apenas a possibilidade

do ajuste extrajudicial como também do ajuste em sede judicial, pois ambos configuram uma *transação*. O Compromisso de Ajustamento deve ser tomado quando ainda não estiver ajuizada a ação e a transação processual realizada no processo judicial deverá ser homologada por sentença.

A respeito da posição de Fink, discordam Mancuso e José dos Santos Carvalho Filho, ao definirem o Compromisso de Ajustamento de Conduta como ato jurídico unilateral de *submissão* do obrigado mediante a observância dos preceitos protetivos, seja de forma ressarcitória, seja de forma preventiva, equiparando-o à figura civil do *compromisso.* (MANCUSO, 2004, p. 330). Segundo Carvalho Filho (1999, p. 187), o compromisso reconhece uma situação de ilegalidade oriunda da vulneração de interesse transindividual e que, por esse motivo, não há alternativa senão restaurar totalmente a legalidade, fazendo cessar por inteiro a conduta ofensiva.

Adotando outra posição, Akaoui (2003, p. 69-71) considera um equívoco o entendimento de que o Compromisso de Ajustamento de Conduta constitui uma transação por não abrigar, aquele, margem alguma de disponibilidade acerca do objeto para concessões recíprocas de conteúdo. Se todos estão de acordo em que o TAC deve abarcar a totalidade das medidas necessárias ao afastamento ou inibição do ilícito e reparação do bem lesado, não cabe, então, aplicar o regime civil da transação, como contrato bilateral, com eficácia de título judicial. Para este autor, o Compromisso de Ajustamento se insere como uma espécie do gênero acordo constituindo, em face da indisponibilidade do seu objeto, um acordo em sentido estrito, não uma transação. Esta também configura espécie do gênero acordo no qual se admitem concessões recíprocas. [17]

Akaoui (2003, p. 71) apóia-se em Shimura (1997, p. 379), para quem os compromissos de Ajustamento de Conduta nada mais são que acordos extrajudiciais que

[17] A Lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005, acrescentou o acordo extrajudicial, ao rol de títulos judiciais, através da norma do inciso V do artigo 475 do CPC, com a seguinte redação. “Artigo 475 —. São títulos executivos judiciais [...] V — o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente”.

dispensam homologação judicial (salvo se o ajuste for feito no bojo de uma ação civil já instaurada).

Mancuso (2004, p. 337) admite, contudo, a ocorrência de transação no bojo de uma Ação Civil Pública já proposta por reconhecer que não haveria razão plausível para interditar, uma vez ajuizada a ACP, uma saída autocompositiva representada pela inclusão da *transação*, como título executivo *judicial*, com força de coisa julgada (artigo 449, 269, inciso III, do CPC). Com ele, Mazzilli. (1995, p. 345). A mesma opinião possuem aqueles que consideram o Compromisso de Ajustamento de Conduta um compromisso, ato jurídico unilateral de vontade embora revestido de forma bilateral. (CARVALHO, 2005, p. 215).

O tratamento doutrinário adotado no tema para este trabalho, no entanto, é o de Rodrigues (2006, p. 149-151). O Compromisso de Ajustamento de Conduta é um negócio jurídico da Administração no exercício da atividade resolutiva de conflitos alternativa à jurisdição, constituindo-se num acordo e não um contrato. Ela destaca a atividade de concordância e a possibilidade de negociação em torno das condições em que se formulará a adesão, através da declaração de vontade, como elementos fundamentais na definição do instituto.

Nas próprias palavras da Autora:

> O Ajustamento de Conduta, sob qualquer prisma que se analise tem a essência de um negócio jurídico. O primeiro aspecto a ser considerado é a fundamental manifestação de vontade para sua celebração, tanto por parte do obrigado como por parte do órgão público [...]. Embora os efeitos mais importantes desse negócio estejam previstos na lei, assim como seu campo de atuação e sua eficácia executiva, a declaração de vontade, ínsita ao Ajustamento de Conduta, tornará específica a forma de incidência da norma ao caso concreto, vinculando os pactuantes aos efeitos expressos no ajuste. Por outro lado, há uma nítida "visão social" de que nessa hipótese especial possam as partes, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, ter uma margem para exercer a sua declaração de vontade e determinar a forma do ajustamento à conduta legalmente exigida. (RODRIGUES, 2006, p. 151).

Observe-se que a adoção do tratamento teórico do compromisso como negócio jurídico bilateral coaduna-se com a atividade nitidamente inibitória, preventiva e negociada, que se encerra no Compromisso de Ajustamento, destinado ao cumprimento espontâneo e à

prevenção do uso da sede judicial. Disto resulta subsidiário o enfoque do instituto como título executivo extrajudicial, e a correlata ação executiva, recurso ao Judiciário para um cumprimento forçado.

A eficácia de um título extrajudicial permite que se postule judicialmente a satisfação de um direito, superando-se a atividade cognitiva, porque este título carrega os atributos de certeza, liquidez e exigibilidade, nos termos do artigo 586 do CPC. [18]

A natureza negocial do Compromisso de Ajustamento e a diversidade de entendimentos a respeito da sua natureza obrigam a uma suma das considerações a respeito dos pressupostos de sua existência jurídica e de uma formação válida e eficaz. No contexto normativo não se pode, evidentemente, ignorar este desenho.

O exame dos requisitos de validade e eficácia do Compromisso de Ajustamento de Conduta através do termo que o corporifica constitui um *prius* às análises do impacto das exigências teóricas de forma na prática extrajudicial, verificando-se a valia ou desvalor de sua observância.

Constata-se certa unanimidade quanto aos requisitos formais de sua constituição.

Entende Locatelli (2002, p. 28) que o termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta deve ser firmado de modo que seus subscritores possam promover o atendimento das exigências impostas através das correções cabíveis. Constituem elementos obrigatórios o nome, endereço, qualificação das partes compromissadas e respectivos representantes legais; o prazo de vigência do compromisso, propondo variação de noventa dias a três anos, prorrogável por mais três; a descrição detalhada do objeto do compromisso; o valor do investimento previsto; o cronograma físico da execução e de implantação das obras e serviços

[18] A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível, discutindo-se se pode atribuir a títulos que reflitam obrigação de fazer, o atributo da liquidez, considerando-se que o credor pode escolher que espécie de execução prefere, quando ela puder ser efetuada por mais de um modo (artigo 615, inciso I, do CPC. (RODRIGUES, 2006, p. 210-211).

exigidos, com metas trimestrais a serem atingidas; a fixação de multas a serem aplicadas a pessoas físicas ou jurídicas; os casos de rescisão em decorrência de descumprimento. Também o foro competente para dirimir os litígios entre as partes compromissadas.

Os órgãos públicos capazes de celebrar o Compromisso de Ajustamento são os mesmos intitulados à propositura da Ação Civil Pública, nos termos do artigo 5.º da Lei 7.347/85 e 82 do CDC. Desse modo, a lei disse menos do que queria porque a expressão *órgão públi*co não abrange todo o elenco intitulado à celebração de tal ajuste. São eles, além do MP, os órgãos da Administração direta, ainda que sem personalidade jurídica, as pessoas jurídicas de direito público interno, em suma, todas as pessoas, órgãos ou entidades públicas têm capacidade para firmar o compromisso. As associações civis poderão apenas co-celebrar o acordo com quaisquer dos entes legitimados. (GRINOVER, 2004, p. 978).

Segundo Mazzili (1999, p. 301), não estão legitimadas as sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações privadas, porque se regem por regimes jurídicos próprios a entidades de direito privado. Com Akaoui (2003, p. 77-78), entendemos que ampliar a legitimação a esses entes da administração para a tomada de compromissos de ajustamento não induziria bons resultados de proteção transindividual, uma vez que eles, por sua própria natureza, não se acham vocacionados à tutela desses direitos. Tampouco a presença estatal na participação acionária removeria a cultura privatista que orienta a gestão de seus dirigentes, cuja meta se radica na busca primordial de resultados financeiros, deixando o bem-estar público em segundo plano. Contudo, este autor considera que este posicionamento se condiciona aos fins sociais de cada paraestatal, ressalvando a possibilidade de empresas com objetivos de prestação de serviços ou coordenação de obras públicas estarem também intituladas a firmar compromisso em face do desempenho de suas atribuições.

Cuidados com a representação das pessoas jurídicas que figuram como compromitentes se afiguram essenciais. Verificar os poderes outorgados aos representantes legais, bem como a regularidade da constituição da sociedade obrigada perante as Juntas Comerciais competentes também constitui medida assecuratória da certeza do título executivo em comento. São desnecessárias as testemunhas para validade do ato. Outros co-legitimados que não o subscritor tomador podem também executar o título, podendo, por exemplo, o MP, executar o Compromisso de Ajustamento de Conduta firmado pelo município. (AKAOUI, 2003, p. 95-96).

Os co-legitimados poderão firmar como assistentes ou litisconsortes o termo de compromisso a teor do que dispõe em relação à sua intervenção na Ação Civil Pública, os parágrafos 1.º e 2.º da Lei 7.345/85. (VIEIRA, 2002, p. 277).

A designação dos celebrantes guarda certa divergência, verificando-se que alguns autores utilizam a designação *compromissário* para aludir ao devedor, àquele que se obriga a adimplir a obrigação mediante o termo, e *compromitente* para referir-se ao órgão que toma o compromisso, aquele perante o qual o obrigado se compromete ao realizar o acordo. (RODRIGUES, 2006, p. 153, 271*)*. Outros, como Carvalho Filho (1999), preferem a nomenclatura *promissário ou tomador* para categorizar aquele que toma do obrigado o ajustamento *e promitente ou obrigado* ao devedor ou àquele que se obriga a adimplir com as condições do compromisso ajustado. Embora o uso haja consagrado a designação, *compromissário ou promissário* para aludir-se *ao devedor* e a designação *de promitente* para referir-se a*o tomador do ajuste,* considera-se preferível a nomenclatura adotada por Carvalho Filho (1999) buscando fidedignidade ao vernáculo. [19]

[19] Ensina Houaiss (2004) que *Promissário* é o indivíduo em favor do qual se faz uma promessa, por oposição a *promitente. Compromissário* diz-se de ou da pessoa a quem se faz a promessa de venda nos compromissos de compra e venda. No verbete *Promitente* encontramos, aquele que faz uma promessa a alguém, promissor. Por oposição a *Promissário.* No verbete *compromitente,* encontra-se o que ou quem se obriga por compromisso a se submeter à decisão do juiz compromissário; que ou quem toma sobre si o fazer ou o realizar determinado ato jurídico.

Entre os estudiosos do Compromisso de Ajustamento, a validade do título é ditada pela observância do que Mancuso (2004, p. 331-332) chama de *espaço transacional*, ou seja, a esfera de disponibilidade negocial deixada ao tomador ou compromissário do termo, já que o conteúdo da obrigação, ou seja, a prestação devida em termos materiais, não é transigível. A doutrina é unânime ao traçar a dimensão de disponibilidade ofertada legalmente aos estipulantes: o tempo, lugar, o modo de cumprimento, a observância da cláusula da menor onerosidade, recomendando-se a estipulação de um cronograma razoável de execução, sob as cominações legais estabelecidas. Cuida-se, pois, de uma disponibilidade processual, e a reparação em termos substanciais, ensina-se, deve ser integral.

Garante-se o êxito da execução do compromisso com uma fixação bem delimitada do conteúdo da obrigação e da existência da responsabilidade do obrigado, demonstrando-se o nexo de causalidade entre o ato ilícito ou lesivo e o dano ou ameaça, se for o caso. O objetivo é evitar rediscussão a propósito da ocorrência do fato subjacente ao acordo e garantir o esvaziamento da abertura cognitiva que oferece ação executiva, oportunizada por uma ampla dilação probatória, consoante o artigo 745 do CPC. (AKAOUI, 2003, p. 88).

O objeto de um ajuste constitui, sempre, o adimplemento de uma obrigação de garantir a fruição precisa de um direito ou interesse transindividual, adequando-se o teor do ajuste a esta teleologia do resultado específico. A tutela inibitória, preventiva do dano, será sempre preferencial, resultando desta perspectiva o molde negocial adequado às especificidades de cada ajuste. Nos casos em que se pactua tutela ressarcitória diante da irreversibilidade do dano causado, novamente a teleologia inspira o formato. Consigna-se neste último caso, detalhadamente, a quantia devida a ser destinada ao fundo como também a pena pecuniária por descumprimento, nos termos do artigo 13 da LACP e também do Decreto 1.306 de 9.11.1994, o qual tem como objetivo regular o alcance do mencionado artigo 13.

Akaoui (2003, p. 91) consigna que os mencionados fundos de reparação de interesses difusos lesados, no plano estadual e federal "tem sido absolutamente inertes aos fins a que se destinam, deixando de cumprir seu desiderato de contribuir para a reparação de interesses difusos lesados". Esta circunstância induz á convicção da ineficiência da solução ressarcitória para tutelar interesses transindividuais, atentando-se para a incapacidade de decisão política dos organismos encarregados da reconstituição dos bens lesados, como o Conselho Gestor de Recursos do Fundo.

Não obstante, Rodrigues (2006, p. 191-192) acentua, *a forma*, é um conceito relativo e instrumental. No caso do TAC, as exigências formais têm de atentar à teleologia do instrumento, havendo previsão legal de certas condições obrigatórias apenas para ajustes firmados pelos órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), no artigo 76-a da Lei 9.605/98 ou para o compromisso de cessação de atividades (Lei 8.884/94). Como todo ato administrativo, os atos daquele sistema não dependem de forma determinada, a não ser quando a lei expressamente o exigir, afigurando-se obrigatórios a data, o local da realização do ato e assinatura dos responsáveis (artigos 21, § 1.º e 22, da Lei 9.784/99). A autora, entretanto, registra que para garantir a validade de um TAC como título executivo extrajudicial, é exigido que o termo consigne: a certificação da existência do ajuste, a adesão manifesta do obrigado, a determinação clara e a liquidez da obrigação assumida. Indispensável o uso do vernáculo. [20]

Autoriza a teoria um molde ágil de flexibilidade, informalidade e não rigidez.

Não constitui, por exemplo, exigência *sine qua non*, a designação do ajuste pelas expressões "Ajustamento de Conduta, termo de compromisso, Compromisso de Ajustamento de Conduta" podendo se dispensar o epíteto desde que a sua natureza se

[20] Alcalá-Zamora e Castillo (2000, p. 75) considera que os títulos executivos contractuales (extrajudiciais) nao se constituiriam em equivalentes jurisdicionais porque do ponto de vista do processo judicial representam a substituição do processo de conhecimento necessário para a emissão dos títulos executivos judiciais.

manifeste inequívoca. Convém que, como ato integrante de um processo administrativo, o TAC seja motivado com base na legislação que o disciplina, mas isto não é indispensável. Não se reputa imprescindível *o reconhecimento confessional da prática ilícita ou danosa*, até porque há casos de responsabilidade sem culpa. Facultativa, ainda, a presença de testemunhas instrumentárias. (RODRIGUES, 2006, p. 193-194).

Recomenda-se um prazo de vigência para o compromisso, se não há pactuação de prazos de cumprimento para as obrigações assumidas, pois não se pode deixar ao compromissário a deliberação sobre o momento da prestação.

Nos compromissos, não se nega que as cláusulas penais desempenham um papel relevante. Alguns autores defendem mesmo que a sua tomada sob cominações (artigo 5.º § 6.º *in fine*) constitui requisito essencial. Akaoui (2003, p. 127-129) considera-a pressuposto de validade do título executivo. A cláusula penal pode ser exigida como multa moratória, a título de cumulação ao cumprimento da obrigação por mora, ou pode ser compensatória, em substituição ao cumprimento da obrigação. A cominação constituiria ato vinculado acarretando a sua ausência, a nulidade do ajuste como um todo (com apoio em sentença proferida nos autos do Processo 1.458/00, 1.ª Vara de Jacareí, Estado de São Paulo).

Sob a defesa da essencialidade da cláusula penal especial, de caráter coercitivo, residem preocupações quanto à sua omissão e uso brando, temendo-se a malversação do Compromisso de Ajustamento, manobras de procrastinação e inadimplemento das obrigações assumidas. Receia-se, enfim, a má pedagogia de uma cominação incipiente ou de um ajuste ineficaz diante do agir articulado da litigância organizacional (poder econômico, poder político). (AKAOUI, 2003, p. 132-134).

Outra é a posição de Rodrigues (2006, p. 195). Para ela, multas tampouco integram a natureza do título, porque, diante da nova redação dada ao artigo 645 do CPC, faculta-se ao juiz da execução, em obrigações de fazer, estipulá-la de ofício ou a

requerimento. Como as análises demonstrarão na terceira parte desta tese, é correta sua afirmativa de não constituir a fixação da multa, a razão principal do cumprimento.

Agregue-se em prol deste raciocínio de Rodrigues que o juiz hoje pode manejar este meio coercitivo, ajustando a multa em termos quantitativos ao cumprimento específico em execução forçada. Cuida-se mais de certa desconfiança da doutrina, decerto fundada, a respeito da funcionalidade da própria atuação judicial no tocante à execução por tutela específica. Não se pode, porém, permitir que o estado atual de dificuldades pelas quais passa a etapa executiva ou as ações de execução inibam o uso das prerrogativas entregues pelo legislador à magistratura, visando à eficiência da prestação jurisdicional de tutela específica (artigo 645 e parágrafo único do CPC).

Também flexível deve ser o manejo do princípio da publicidade. Em casos de dimensão reduzida (especificidade e escala), como um reparo pequeno em imóvel tombado pelo patrimônio histórico, não haveria porque se condicionar a eficácia do título à publicação do ajuste. (RODRIGUES, 2006, p. 206). Recomenda Akaoui (2003, p. 95-96), em homenagem ao princípio da publicidade, que se faça a publicação do compromisso ajustado no Diário Oficial, da União ou do Estado. Sugere que, no caso de ser ele tomado pelo MP, o Conselho Superior, após a homologação, o mande publicar.

A forma como o controle interno institucional da celebração deste ato se performa em cada Estado, no âmbito federal, não apresenta uniformidade. Esta condição se repete no interior da atividade institucional em cada Estado e tem dado causa a atuações individuais díspares.

Como negócio jurídico, o TAC apresenta três dimensões de análise: existência, validade e eficácia. No que tange à existência, verifica-se a presença dos partícipes, de um objeto (cumprimento de obrigação ou um dever) e um acordo nítido de vontades em torno de tal objeto. A dimensão da validade leva ao cotejo do ajuste com as disposições legais, ou seja,

compatibilidades no que tange à representação, capacidade para contratar, viabilidade jurídica do objeto pactuado, licitude. A dimensão da eficácia leva a inquirir sobre a aptidão do documento para produzir efeitos jurídicos. São eles, a determinação da responsabilidade do obrigado e a constituição de um título executivo extrajudicial. (RODRIGUES, 2006, p. 201-205).

Analisar um negócio jurídico sob o plano da eficácia é justamente verificar se o mesmo tem aptidão para produzir efeitos. (Rodrigues, 2006, p. 204). A eficácia de um título extrajudicial permite que se postule judicialmente a satisfação de um direito, superando-se a atividade cognitiva, porque este título carrega os atributos de certeza, liquidez e exigibilidade, nos termos do artigo 586 do CPC.

Assim, no caso do Ajustamento de Conduta, tem-se um ato documentado que haure sua força tanto do negócio jurídico que o motivou como também da sua própria cartularidade. Não há título executivo se o documento não traz um ajuste expresso de cumprimento de obrigações certas e líquidas, como da mesma forma não haverá se, apesar de manifesta, a intenção do devedor não se apresentar num documento que substancie tais obrigações. (RODRIGUES, 2006, p. 209).

Ainda para Rodrigues, (2006, p. 211) o TAC deve, em termos de liquidez ou certeza, trazer: quem é o responsável pelo seu cumprimento, a delimitação de seu objeto, o valor quantificado quando houver cláusula de indenizar; quando se tratar de obrigação de entregar coisa, a individuação desta; quando versar sobre obrigação de fazer e não fazer, delinear a definição mais precisa possível do fazer, o modo de cumpri-lo, o local de cumprimento e qual o resultado prático pretendido. O legislador processual não regulou o *como* nem o *onde* (artigo 632, CPC). Registra a autora, interessou ao legislador regular apenas o *quando,* sendo esta a razão pela qual se deve aperfeiçoar a descrição da obrigação assumida

com laudos que instruam também o *como e o onde*, a bem do aperfeiçoamento do documento como título executivo.

O Compromisso de Ajustamento tem eficácia imediata, pois não há previsão na lei federal, determinando a aprovação do ajuste pelo CSMP como condição prévia de sua eficácia.

Segundo Mazzili (2005, p. 235), a Constituição delineou materialmente as Leis de Organização do Ministério Público (artigo 128, § 5.º) afigurando-se inconstitucional a disposição que venha a atentar contra a uniformidade procedimental pré-ordenada na LACP como lei Federal. A anotação se faz para assinalar que grande parte dos autores defende a existência de um *modelo federal* com o *regime integral* do Inquérito Civil retratado na LACP e que não pode ser inovado, modificado.

Matéria de direito substantivo e processual, o momento de constituição de um título executivo, como o Compromisso de Ajustamento de Conduta, é adstrito à disciplina da lei federal.[21] Se não há regra estabelecendo a homologação pelo CSMP como condição antecedente de eficácia do ajuste, o Compromisso de Ajustamento de Conduta tem eficácia imediata à sua celebração. (MAZZILLI, 2002, p. 331; RODRIGUES, 2006, p. 206). [22]

Criticando a regulação dada ao Inquérito Civil pela lei orgânica estadual paulista, aclara mais uma vez Mazzilli (1999, p. 275-276) a disciplina do Inquérito Civil não se enquadra no objeto da lei orgânica estadual do Ministério Público. O objeto de tal legislação consiste em apenas dispor sobre a organização, as atribuições e o estatuto do

[21] A solução paulista de controle da validade dos compromissos firmados parece atender a necessidade de controle de eficiência material dos mencionados instrumentos. Outrossim, tratar sob condição resolutiva a eficácia do Compromisso de Ajustamento é gravá-lo com certa margem de insegurança, circunstância incompatível com os atributos inerentes de exigibilidade, liquidez e certeza quanto à obrigação que ele ostenta como título executivo.

[22] A Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo (Lei n.º 734, de 26/11/93), traz o artigo 112, parágrafo único, com a seguinte redação: "O órgão do Ministério Público, nos Inquéritos Civis que tenha instaurado e desde que o fato esteja devidamente esclarecido poderá formalizar, mediante termo nos autos, compromisso do responsável quanto ao cumprimento das obrigações necessárias à integral reparação do dano. Parágrafo único: A eficácia do compromisso ficará condicionada à homologação da promoção de arquivamento do Inquérito Civil pelo Conselho Superior do Ministério Público". Disponível em: <htpp//www5.mp.sp.gov.br:8080/conselho/lei_orgânica_sp.htm>. Acesso em: 22 ago.2006.

Ministério Público e não a dar disciplina normativa ao Inquérito Civil. Muito menos o legislador estadual o poderia fazer, inovando e criando recursos destinados a obstar a instauração ou tramitação de um procedimento já inteiramente criado e disciplinado por lei federal.

A Rodrigues (2006, p. 220) não escapa a conotação política que encerra a atividade resolutiva administrativa, embora ela também seja rigorosa quanto aos limites da esfera de negociação para direitos transindividuais, resumidos a forma, prazo, modo e lugar de cumprimento de obrigações. Observa, entretanto, a relevância política da decisão de aderir por parte do obrigado, mormente se for o Poder Público.

O Compromisso de Ajuste, por sua própria natureza, carrega uma ambivalência, facultada pela concepção eclética do título executivo. Como documento e como ato negocial, permite que se focalizem além da documentação do negócio, as condições materiais do acerto que o constituem. (RODRIGUES, 2006, p. 209). A formação do compromisso como título executivo, extrajudicial ou judicial, exige o seu afeiçoamento a um molde formalmente íntegro para habilitá-lo a garantir o êxito de uma ação judicial, se frustrado o cumprimento espontâneo. Por outro lado, há a necessidade de compatibilizar estas exigências de formulação ao seu caráter negocial permeável às trocas como todo meio autocompositivo.

A teoria do Inquérito Civil não diz muito a respeito. Não se cogitam de técnicas de negociação de cláusulas de estabilização e adesão ao desfazimento do litígio, cláusulas de atendimento às pretensões em jogo, divisão de ônus. Em suma, ignoram-se teoricamente as nuances do processo de produção decisória que reverberam na documentação formal do compromisso.

Por isso, a construção teórica deste trabalho centraliza-se, em um outro foco, no TAC como o epílogo de uma atividade deliberativa e decisória negocial, optando por não

aprofundar a análise da eficiência desse instituto como título executivo apto ao retorno à sede judicial. Esta não é a proposta desta tese.

A atividade administrativa preparatória da celebração do TAC, ou seja, o processo de preparação da decisão negociada pelo MP e o tracejo do perfil resolutivo, bem como o seu controle, constituem o objeto de maior interesse para a construção de teoria.

Nesta esteira, ganha realce a avaliação do processo de revisão dos Termos de Ajustamento de Conduta como desfecho ou soluções provisórias em procedimentos administrativos de tutela transindividual, incluídos os inquéritos civis, como um aspecto do controle interno realizado pelo MP em relação às atividades de seus membros. [23]

[23] Impõe, ao fim, lembrar que esta vinculação do Ministério Público com o uso de um acordo elevado à condição de título extrajudicial remonta à revogada Lei 7.244, de 7.11.1984 — Lei de Pequenas Causas, artigo 55, mantida a sistemática pelo artigo 57, parágrafo único da Lei 9099/95. Também a existência das normas específicas, artigo 211, Lei 8069/90, Lei 8.884/94, artigo 53 e Lei 9.605/98, artigo 79-A.

7 ATIVIDADE REVISÓRIA: INQUÉRITO CIVIL, PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS E TAC

Nada obstante a evolução do tratamento teórico-dogmático do Inquérito Civil, que claramente aponta a fluidificação das formas procedimentais de investigação da tutela transindividual, o perfil inquisitório deitou profundas raízes culturais na instituição do *Parquet*. Elas enlaçam, em menor ou maior proporção, o manejo da atividade administrativa, desde a instauração do procedimento escolhido pelos Promotores de Justiça, até a revisão das atividades ali imprimidas e decisões dali decorrentes, as quais são submetidas ao Conselho Superior do Ministério Público (CSMP).

A revisão desta atividade pela Administração Superior encontra-se positivada na LACP e Leis Orgânicas que regem a atividade do MP, nos planos federal e estadual. Regulamentação no âmbito interno disciplina o procedimento revisional, mas este tipo de normatização também não chega a disciplinar a atividade autocompositiva do MP.

Em Pernambuco, a regulamentação do Inquérito Civil e do Termo de Ajustamento de Conduta encontrava-se em estudo ao tempo da elaboração desta tese, havendo a autora disponibilizado os conteúdos da pesquisa empírica e realizado propostas e sugestões.

O controle dos instrumentos investigativos, cingido ao Inquérito Civil, ainda se destina à emissão de um parecer homologatório ou de rejeição a promoções de arquivamento. Não prevê as condições de uma supervisão de caráter material (substantivo) à atividade de produção autocompositiva que nele se haja desenvolvido.

A própria topografia normativa que prevê a celebração do Compromisso de Ajustamento de Conduta (artigo 5.º, § 6.º da LACP), tratada em artigo distinto daquele que regulamenta o uso do Inquérito Civil (artigo 9.º da LACP), corrobora a constatação de que em relação a tal procedimento não se prevê, nem se regula, uma etapa deliberativa destinada à solução consensual.

A atividade de controle da utilização do Inquérito Civil apresenta, assim, *por força do próprio sistema da LACP*, um desenho afastado da dimensão autocompositiva inerente ao Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Transcrevem-se os artigos que disciplinam a matéria para melhor se visualizar a organização do sistema de revisão.

O artigo 9.º encerra a disciplina do regime de revisão do Inquérito Civil:

> Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do Inquérito Civil ou das peças informativas fazendo-o fundamentadamente.
>
> § 1.º Os autos do Inquérito Civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 03 (três dias) ao Conselho Superior do Ministério Público.
>
> § 2.º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.
>
> § 3.º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu regimento.
>
> § 4.º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

O artigo em comento põe como pressupostos de tal ato de reexame, o esgotamento de todas as diligências, a constatação da inexistência de justa causa para a propositura da Ação Civil Pública e a remessa da promoção, devidamente fundamentada, ao Conselho Superior do Ministério Público.

Observe-se agora o parágrafo 6.º do artigo 5.º, da mesma LACP:

> § 6.º — Os órgãos públicos legitimados poderão tomar Compromisso de Ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de títuloexecutivo extrajudicial.

O Compromisso de Ajustamento de Conduta é ofertado como equivalente jurisdicional não se encontrando vinculado, caso se faça uma leitura rigorosamente legalista, às condições de controle e revisão assinaladas ao acompanhamento das razões de arquivamento do Inquérito Civil previstas no artigo 9.º acima transcrito.

Assente-se, por conseqüência, que apenas através de uma leitura sistêmico-teleológica de tal artigo é possível extrair que o controle institucional de procedimentos administrativos equivalentes ao Inquérito Civil e a atividade autocompositiva neles inserida, representada pela celebração do Compromisso de Ajustamento de Conduta, sujeitam-se, de modo implícito, ao regime de revisão instituído pelo legislador federal. O raciocínio se ancoraria, então, numa interpretação ampliada da expressão *peças de informação*, admitida pela doutrina. (MAZZILLI, 2005, p. 236).

Desta disciplina legal decorreu a falta de uniformidade da atividade de revisão da decisão de arquivamento do inquérito, entregue ao Conselho Superior do Ministério Público e também a necessidade de se aperfeiçoar um controle de eficiência de resultados que se apresenta precário, incompleto e impreciso, também em relação aos chamados procedimentos administrativos (PIP e PA) e aos Compromissos de Ajustamento de Conduta.

Há autores que consideram desnecessária a remessa do Inquérito Civil ao CSMP quando a mencionada promoção de arquivamento se der pela ocorrência de um fato ou circunstância que torne o inquérito prejudicado. Enquadram, nesta hipótese, a realização de um Compromisso de Ajustamento de Conduta com os investigados. Chamam de *arquivamento administr*ativo a este tipo de promoção objetivando opô-la à *promoção de arquivamento institucional*, envidam virtude do convencimento da falta de justa causa para a propositura de uma Ação Civil Pública. (CARVALHO FILHO, 1999, p. 276-282).

Usando a distinção realizada por Carvalho Filho, acima mencionada, pode-se considerar que o tratamento legislativo relacionado à atividade de supervisão se destina a orientar o exame de *arquivamento institucional* e não o exame do *arquivamento administrativo*, decorrente da celebração de um Compromisso de Ajustamento. Desse modo, Procedimentos Administrativos Investigativos, como PIPs e PAs e os TACs firmados em face destes, não estariam sujeitos a revisão.

Faz-se remissão a esta opinião para registrar que o reexame do Termo de Ajustamento entregue ao CSMP constitui um entendimento dogmático, uma *opinio,* não um imperativo do sistema revisional do Inquérito Civil. Não é a toa que a práxis revela certa flexibilidade na remessa das promoções de arquivamento em face de tais ajustes, quando se trata de uma solução de baixo impacto e significação. (RODRIGUES, 2006, p. 206).

Os Conselhos Superiores do Ministério Público no âmbito estadual, de que é exemplo o de São Paulo, têm buscado uniformizar a utilização dos Compromissos de Ajustamento no âmbito dos inquéritos e procedimentos similares, emitindo enunciados orientadores.[24]

Toda esta controvérsia doutrinária franqueada pelo modelo aberto previsto na LACP desaguou em três comportamentos básicos quanto ao tratamento dos processos administrativos de tutela transindividual no que tange à revisão no âmbito do MP, federal e estadual:[25]

a) a celebração do TAC suspende o procedimento (IC/PIP/PA) e o TAC é enviado ao CSMP, para homologação do compromisso;

b) a celebração do TAC implica a suspensão do procedimento (IC/PIP/PA) mas o documento não é enviado ao CSMP para homologação, seguindo ao final, juntamente com o procedimento, após o cumprimento pleno do compromisso;

c) a subscrição do TAC acarreta o arquivamento do processo administrativo, operando-se a abertura de novo procedimento, pelo promotor de justiça, para fiscalizar o cumprimento do termo. (RODRIGUES, 2006, p. 205).

Tais comportamentos se estabelecem em função de dois aspectos:

[24] Mancuso (2004, p. 326-327) refere as chamadas súmulas de entendimento do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo nominando aquelas de 4, 9, 20, 21, 23, 25 e 27.

[25] No caso de Pernambuco a regulamentação da atividade administrativa de tutela transindividual encontra-se em estudo, havendo a autora disponibilizado os conteúdos da pesquisa empírica, realizado propostas e sugestões a partir das reflexões desta tese.

a) o entendimento que mantém o Ministério Público Estadual local acerca da cláusula de eficácia consignada no Compromisso de Ajustamento;

b) o âmbito do controle material da revisão entregue pela legislação estatutária pertinente, ao órgão da administração superior do MP, encarregado de realizá-la.

Para Rodrigues (2006, p. 222), o Compromisso de Ajustamento de Conduta ganha eficácia a partir do momento da celebração, do que ela depreende a imediata suspensão do Inquérito Civil (e podemos desdobrar, do procedimento administrativo utilizado de forma similar) até que tal compromisso venha a ser devidamente cumprido. No seu entender, esta circunstância enseja, igualmente, o sobrestamento do processo de revisão, o qual somente deve acontecer após a ocorrência do cumprimento das obrigações ajustadas, certificando-se o fato como causa do arquivamento da investigação.

A efetivação do controle interno após o cumprimento do ajuste reúne as seguintes vantagens (RODRIGUES, 2006, ibid):

a) favorece a celebração expedita do ajuste;

b) é consentâneo com o regime federal do Inquérito Civil que apenas previu o *controle do arquivamento* do Inquérito Civil (ou investigação similar);

c) preserva a autonomia funcional do promotor de justiça, homenageando os princípios da unidade e indivisibilidade;

d) a publicidade que precede a publicação do ajuste preserva a eficiência da atividade de revisão posterior ao cumprimento, permitindo aos interessados e aos Membros do Conselho Superior acesso ao teor do acordado;

e) a possibilidade de ofertar medidas outras de tutela à ocasião do exame do arquivamento.

Posiciona-se assim, aquela autora, pelo controle mediato do arquivamento do inquérito e da solução pelo Compromisso de Ajustamento nele inserida.

Com Rodrigues (2006), está Locatelli (2002, p. 33-34) anotando, inclusive, a existência de regimes revisionais em outros órgãos públicos tomadores que adotam o critério do controle mediato, ao arquivar processos administrativos pós-cumprimento. Sugere, no âmbito do CSMP, a instituição de uma secretaria com atribuições próprias a esta verificação.

A doutrina, em sua maioria, fica com o controle *imediato*, a exemplo da posição que adota o Ministério Público Estadual de São Paulo. Defende, nos termos da legislação federal e estatutária, que o âmbito da revisão da atividade administrativa de tutela transindividual e extrajudicial entregue ao CSMP abranja a decisão de arquivamento do procedimento administrativo e sua relação de pertinência com as circunstâncias que lhe deram origem: a falta de justa causa para o ajuizamento de Ação Civil Pública ou a solução do conflito por via autocompositiva.

Não obstante o MP paulista haja conjugado esse regime com um entendimento equivocado acerca da eficácia condicionada do ajuste à homologação do compromisso pelo Conselho, em sede de revisão (artigo 112, LC 734/93), considera-se acertada a decisão de entrega do controle imediato da solução encontrada e espelhada no TAC ao órgão superior da administração do MP (CSMP).

E pensa-se assim porque as ponderações oferecidas por Rodrigues (2006) em prol do controle mediato, já mencionadas acima, também podem servir para firmar convicção no sentido inverso.

Alinham-se as seguintes razões:

a) o reexame, com remessa imediata subseqüente, favorece a celebração expedita do ajuste, vez que propicia, mais rapidamente, um respaldo institucional à solução encontrada (isto é, legitima a posição do promotor de justiça);

b) a lógica utilizada pelo legislador federal instituiu a revisão *pelo CSMP da promoção do arquivamento* e não das atividades administrativas de implementação da tutela promovida, que podem, incluir, inclusive, uma renegociação do ajustado (fase de cumprimento);

c) se o órgão do MP *presenta* a instituição, a decisão pela solução autocompositiva é tomada sob os princípios da unidade e da indivisibilidade. O controle do CSMP é de *pertinência* entre a solução administrativa e o resultado da investigação;

d) a publicação dos ajustes não garante seu crivo imediato pelos membros do CSMP. A inferência não parece segura quando se sabe que os prazos de cumprimento dos acordos os farão chegar, por distribuição, só muito mais tarde à instância de revisão. O Conselho Superior não porta a atividade supervisora e correicional entregue à Corregedoria Geral do MP ao conhecer, de ofício, os termos de um compromisso firmado;

e) a revisão imediata favorece a atividade de supervisão, facultando aos examinadores o acesso imediato aos termos da solução autocompositiva, se houver, possibilitando com isto providências tempestivas de complementação ou a sua invalidação.

Este posicionamento afigura-se mais consentâneo à imposição de eficácia plena e executoriedade que as Leis Orgânicas emprestam às decisões administrativas do MP. A solução autocompositiva em desfecho a um procedimento investigatório é uma delas. [26] Possui mais afinidade com a realização de um negócio jurídico que se traduz também num título executivo extrajudicial com suas características de liquidez, certeza e exigibilidade. O empréstimo de condição suspensiva representada pela confirmação da eficácia pela via

[26] Artigo 2.º [...] § 4.º — As decisões do MP fundadas em sua autonomia funcional, administrativa e financeira, obedecidas as formalidades legais, têm eficácia plena e executoriedade imediata, ressalvada a competência constitucional do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas.

homologatória do CSMP contradiz os efeitos decorrentes da definição da obrigação constituída e suas condições de cumprimento, comprometendo a certeza e a segurança jurídicas, obtidas mediante a instituição de um títuloexecutivo.

O controle imediato, considerando-se que imediato também é o empréstimo de eficácia ao termo de ajustamento, previne efeitos de insegurança e incerteza que a pendência dos processos revisionais naturalmente ocasiona, impedindo que na esfera administrativa extrajudicial, se reproduzam os efeitos obstativos do sistema recursal judiciário. O efeito deste regime favorece a fruição imediata da tutela ajustada.

Por fim, a imediatidade da apreciação, além de tempestiva, favorece um maior comprometimento com resultados tanto da parte do órgão celebrante do ajuste quanto do revisor, motivando intercâmbio entre as instâncias, ações coordenadas, aumento de informação sobre a atividade extrajudicial de tutela transindividual, maior integração institucional, enfim.

No que tange aos pedidos de arquivamento por falta de justa causa, o controle imediato constitui conquência automática, não havendo o que aguardar para a remessa ao CSMP. De todo o modo, a uniformização do procedimento de remessa imediata para qualquer decisão administrativa terminará por otimizar a atividade da instância revisora.

Adota-se, contudo, a mesma cautela de Rodrigues (2006, p. 222-223), ao ressalvar que o Compromisso de Ajustamento de Conduta constitui “uma prática em construção”. O mais importante é que na disciplina da revisão se observem duas noções básicas: *a possibilidade da supervisão da atividade institucional por uma instância revisora e a garantia de fiscalização efetiva no cumprimento do ajustado.* Registre-se, ainda, o controle judicial é extremamente amplo, um controle externo que abarca a celebração do ajuste e seus conteúdos, desde que haja lesão e ameaça a direitos.

Em Pernambuco, o tratamento legislativo estatutário estadual, através da Lei Complementar 12/94 e alterações posteriores, terminou por equiparar, no plano administrativo, o Inquérito Civil aos procedimentos administrativos que lhe são assemelhados, promovendo, ainda, a vinculação da atividade autocompositiva inerente ao uso do Compromisso de Ajustamento de Conduta e à atividade administrativa preparatória de decisão desenvolvida naqueles procedimentos.

O artigo 6.º da aludida Lei Complementar 12/94 assim o preceitua:

> Artigo 6.º — No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:
>
> I — instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:
>
> a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;
>
> b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
>
> c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;
>
> II — requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie;
>
> III — requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;
>
> V — praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório;
>
> VI — dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas;
>
> Omissis...
>
> § 6.º — O Inquérito Civil, que poderá instruir petição inicial de Ação Civil Pública, será instaurado de ofício pelo órgão de execução competente, ou em face de representação, ou por determinação do Procurador Geral de Justiça, e obedecerá às seguintes regras:
>
> I — a representação, formulada por pessoa natural ou jurídica, será dirigida ao órgão competente do Ministério Público e deverá conter:
>
> a) nome, qualificação e endereço do representante e, sempre que possível, do autor do fato objeto da representação;
>
> b) descrição do fato a ser investigado;

> c) indicação dos meios de provas e juntada destas, se houver;
>
> II — do indeferimento da representação caberá recurso ao Conselho Superior do Ministério Público, no prazo de 10 (dez) dias contados da data em que o representante tomar ciência da decisão;
>
> III — depois de homologado o arquivamento do Inquérito Civil ou das peças de informação, o órgão do Ministério Público poderá proceder a novas investigações, se de outras provas tiver notícia;
>
> IV — o órgão do Ministério Público, nos inquéritos civis que instaurar, e desde que o fato esteja devidamente esclarecido, poderá formalizar, mediante termo nos autos, compromisso do responsável quanto ao cumprimento das obrigações necessárias à integral reparação do dano.

Percebe-se, então, positivada e a explorar teoricamente, uma instância administrativa preparatória e deliberativa da produção decisória destinada à resolução conflitiva por autocomposição no bojo do Inquérito Civil e procedimentos similares.

Este espaço de resolução conflitiva reclama estruturação e controle e, por isso, convida a uma reflexão acerca da organização de toda a instância administrativa e extrajudicial, no âmbito do MP, dentro da qual se desenvolve a atividade de entrega de tutela de direitos transindividuais.

A matéria integra, pois, o sistema do controle interno institucional e, por conseguinte, pede que a investigação se desdobre acerca das atribuições dos órgãos da Administração Superior e da própria atividade supervisora que a eles foi entregue pela LACP e pela legislação estatutária do MP.

8 O CONTROLE INTERNO DA ATIVIDADE EXTRAJUDICIAL DE TUTELA TRANSINDIVIDUAL NO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como qualquer instituição num estado democrático de direito, o MP se sujeita ao controle externo, ou seja, ao crivo de suas atividades e à obediência a diretrizes por entes controladores externos. Também se sujeita ao controle interno, um sistema de auto-regulação instituído pela própria organização. [27]

Esta sistemática deriva de previsão constitucional prevista no artigo 74 da Lei Magna, que impõe a instauração de um sistema de controle interno e suas diretrizes. [28]

Intitula-se a instituição do MP, por via desse sistema de controle, à cura da organização, estruturação e administração organizacional e, por conta de sua autonomia funcional, administrativa e financeira, a praticar atos próprios de gestão, compor os seus órgãos de administração, elaborar seus regimentos internos (artigos 2.º, I, X, XI da LC 12/94).

No plano administrativo, conforme o disposto no artigo 4.º, § 2.º da Lei 8.625/93[29], o legislador infraconstitucional deixou à Lei Orgânica do Ministério Público Estadual, a atribuição de sistematizar o controle da atividade institucional, a qual se realiza através dos órgãos da administração da instituição no limite de suas atribuições, a saber, a Procuradoria Geral de Justiça, a Corregedoria Geral de Justiça, o Conselho Superior do Ministério Público e as Procuradorias de Justiça.[30]

---

[27] O controle externo no plano financeiro se exercita através da Assembléia Legislativa e Tribunal de Contas, o Executivo, mediante o Judiciário através do controle jurisdicional e pelo Conselho Nacional do Ministério Público, instituído pela Emenda Constitucional 45/2004. (GARCIA, 2005, p. 116-120,127).

[28] No âmbito estadual o controle da Administração ministerial vem assim disciplinado: Lei Complementar 12/94, Artigo 3.º — [...] § 4.º — A fiscalização contábil, orçamentária, operacional e patrimonial do Ministério Público, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de dotações e recursos próprios e renúncia de receitas, será exercida pelo Poder Legislativo, mediante controle externo, e pelo Colégio de Procuradores de Justiça, mediante controle interno.

[29] O § 2.º do artigo 4.º Lei 8.625/93 encontra-se repetido na legislação estadual, tal como reproduzido na nota anterior, com a alteração *in fine:* ***e*** **pelo Colégio de Procuradores de Justiça, mediante controle interno.**

[30] Artigo 7.º (LC 12/ 93 e modificações posteriores): Integram a estrutura organizacional do Ministério Público**:** I — como órgãos da Administração Superior: a) a Procuradoria Geral de Justiça; b) o Colégio de Procuradores de Justiça; c) o Conselho Superior do Ministério Público; d) a Corregedoria Geral do Ministério Público; II — como órgãos de Administração: a) as Procuradorias de Justiça; b) as Promotorias de Justiça; III — como órgãos

No que tange ao desenho estrutural, convém frisar que os órgãos da Administração Superior acima elencados, ao menos normativamente, têm como influir legalmente sobre a modelagem e a prática da atividade administrativa extrajudicial, afigurando-se que o legislador estadual distribuiu entre eles, a partir de suas próprias configurações, mecanismos de controle direto e indireto destinados ao aperfeiçoamento institucional, os quais poderão ser utilizados para supervisionar bem mais que uma mera decisão de arquivamento em detrimento da opção por ajuizar uma ACP.

Permite a Lei Orgânica que se organize a partir de suas próprias disposições um sistema de previsão e controle de toda a atividade administrativa de resolução extrajudicial de conflitos, desenvolvida pelos órgãos do MP.

O Procurador Geral de Justiça se vincula a esse controle por meio das diversas tarefas que desempenha como órgão de administração e de execução. Cabe-lhe orientar o desempenho das atividades administrativas extrajudiciais através de recomendações de caráter geral, avaliar e integrar decisões do CSMP e CPJ atinentes à matéria como membro nato. Responde pelo desdobramento do processo revisivo, se dele decorre a rejeição da decisão de não justicialização, ao designar outro órgão do MP para propositura de ACP ou prosseguimento do Inquérito Civil, em seqüência à negativa de homologação de promoção de arquivamento pelo CSMP além de outras competências que a lei orgânica vier a lhe entregar (artigo 9.º, XIII, d).[31]

---

de Execução: a) o Procurador Geral de Justiça; b) o Colégio de Procuradores de Justiça; c) o Conselho Superior do Ministério Público; d) os Procuradores de Justiça; e) os Promotores de Justiça; (NR) IV — como órgãos auxiliares do Ministério Público: a) os Centros de Apoio Operacional; b) o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Profissional; c) a Comissão de Concurso; (AC) V — Junto aos órgãos do Ministério Público atuarão os seguintes serviços auxiliares: a) os serviços de apoio técnico e administrativo; b) os estagiários. (AC). (LCE 57/04). (Nossas itálicas).

[31] Artigo 9.º — Compete ao Procurador Geral de Justiça, como órgão da Administração Superior: I — exercer a chefia do Ministério Público, representando-o judicial e extrajudicialmente, *e dirigindo-lhe as atividades funcionais e os serviços técnicos e administrativos;* II — integrar, como membro nato, e presidir o Colégio de Procuradores de Justiça, o Conselho Superior do Ministério Público e a Comissão de Concurso para ingresso na carreira; III — submeter ao Colégio de Procuradores de Justiça as propostas de criação e extinção de cargos e serviços auxiliares e do orçamento anual; *omissis*...IV — encaminhar à Assembléia Legislativa os projetos de lei de interesse do Ministério Público; V — praticar atos e decidir questões relativas à administração geral e execução orçamentária do Ministério Público; [...].XI — expedir recomendações, sem caráter normativo, aos

O Colégio de Procuradores de Justiça, como órgão de atuação na segunda instância, exercita a inspeção permanente em relação à atividade do *Parquet* nos processos em que oficia, podendo, ainda que indiretamente, influir na conduta extrajudicial em primeiro grau opinando junto ao Procurador Geral de Justiça sobre a matéria ou através de relatórios e pedidos de orientação à Corregedoria Geral de Justiça. Há norma de encerramento permitindo-lhe o exercício de atribuições outras (artigo 12, inc, XVI). [32]

A Corregedoria Geral do Ministério Público constitui o órgão correicional por excelência. Visa à orientação e à fiscalização dos Procuradores de Justiça e dos Promotores de Justiça. Segundo Garcia, "trata-se de órgão de controle interno que deve velar pelo aperfeiçoamento da atividade desenvolvida pelos referidos agentes e pelos respectivos órgãos administrativos que a integram: as Procuradorias e as Promotorias de Justiça (artigo 6.º da Lei 8625/93)." (2005, p. 227).[33]

Como órgão de inspeção, à Corregedoria incumbirá, na qualidade de orientadora e fiscalizadora da conduta de membros do MP, em consonância às atividades normativas do CSMP, empreender ações de organização e uniformização de condutas no desempenho da atividade extrajudicial do *Parquet*, através da expedição de sugestões e recomendações aos órgãos de execução, fiscalizando-lhes a aplicação, bem assim, através de

---

órgãos do Ministério Público, para o desempenho de suas funções; [...] XIII — designar membros do Ministério Público para: [...] d) oferecer denúncia ou propor ação civil pública nas hipóteses de não confirmação de arquivamentode inquérito policial ou civil, bem como de quaisquer peças de informação; [...] XV — exercer outras atribuições previstas em lei. (LCE 21/03).

[32] Artigo12 — O Colégio de Procuradores de Justiça é composto por todos os Procuradores de Justiça, competindo-lhe: I — opinar, por solicitação do Procurador Geral de Justiça ou de um quarto de seus integrantes, sobre matéria relativa à autonomia do Ministério Público, bem como sobre outras de interesse institucional; [...] XVII — desempenhar outras atribuições que lhe forem conferidas por lei. (LCE 57/04).

Artigo 19 — Compete às Procuradorias de Justiça, como órgãos de Administração:

[...]IV — fixar orientações jurídicas, sem caráter vinculativo, encaminhando-as ao Procurador Geral de Justiça; V — exercer, por seus respectivos Procuradores, inspeção permanente do trabalho dos Promotores de Justiça, nos autos em que oficiem, remetendo seus relatórios à Corregedoria Geral do Ministério Público;

[33]Artigo 16 — A Corregedoria Geral do Ministério Público é o órgão orientador e fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público, incumbindo-lhe, dentre outras atribuições: I — realizar correições e inspeções; [...] IV — fazer sugestões e recomendações, sem caráter vinculativo, a órgão de execução do Ministério Público; [...] VII — remeter aos demais órgãos da Administração Superior do Ministério Público informações necessárias ao desempenho de suas atribuições; VIII — apresentar ao Procurador Geral de Justiça, na primeira quinzena de fevereiro, relatório com dados estatísticos sobre as atividades das Procuradorias e Promotorias de Justiça, relativas ao ano anterior.

inspeções dirigidas, a levantar um perfil do desempenho do uso de instrumentos de atividade extrajudicial na práxis.

Como parte de sua atividade de orientação e supervisão, nada obstaria a que este órgão tivesse, como decorrência de suas atribuições, o encargo de investigar sistematicamente o cumprimento de Termos de Ajustamento de Conduta em andamento, objetivando aferir resultados ou reavaliar oportunidade de eventual propositura da ação executiva.

Ao Conselho Superior do Ministério Público [34] o artigo 5.º, III, da Lei 8.625/93 — Lei Orgânica Nacional do Ministério Público [35] — entregou em todos os níveis da legislação estatutária, a revisão das promoções do arquivamento do Inquérito Civil (artigo 30, da mesma LONMP).[36]

Diga-se a propósito, que a revisão em comento, constitui a única hipótese contemplada na Lei Orgânica Nacional em que o CSMP atua como órgão de execução. (GARCIA, 2005, p. 155-156).

Convém anotar, de logo, o enorme rol de atribuições entregue ao CSMP para posterior reflexão crítica acerca do alcance e dos fins da atividade revisora que lhe é

[34] Artigo 13 — O Conselho Superior do Ministério Público é composto pelo Procurador Geral de Justiça, que o preside, pelo Corregedor Geral do Ministério Público e por sete Procuradores de Justiça eleitos pelos integrantes da carreira com os respectivos suplentes, também Procuradores de Justiça, para mandato de dois anos, permitida uma recondução pelo mesmo processo.

[35] Segundo Garcia (2005, p. 154) este diploma tem natureza jurídica de norma geral, nos termos do artigo 61, § 1.º, II, d (CR/1988), deixando ao legislador estadual a faculdade da disciplina mais adequada da instituição às peculiaridades locais. Respeitam-se as diretrizes gerais e as esferas de atribuição, Promotores em primeira instancia e Procuradores sempre perante a segunda instância. Nada impede, ante as aberturas à atuação em segunda instância dos Promotores de Justiça (v.g. artigo 32, Lei 8.625/93), possam eles receber novas atribuições por delegação, por preceito em lei orgânica estadual.

[36] Artigo 30, lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993(LONMP): "Cabe ao Conselho Superior do Ministério Público rever o arquivamento do Inquérito Civil, na forma da lei." A norma é repetida no artigo 15 da LC 12/94; "Cabe ao Conselho Superior do Ministério Público, como órgão de execução, rever o arquivamento de Inquérito Civil, na forma da lei. Parágrafo único — O Conselho Superior do Ministério Público regulamentará o Procedimento de Investigação Preliminar e o Inquérito Civil, no que couber (LCE 21/98)".

devolvida em relação aos procedimentos, inquéritos civis e compromissos de Ajustamento de Conduta. [37]

Como se vê, toda tessitura orgânica do controle interno de atividade dos membros aponta a um desempenho coordenado para o alcance daquele fim, por parte da Administração Superior da Instituição. Entretanto, não se verificou até agora a existência de uma iniciativa articulada entre eles, dirigida especialmente a aperfeiçoar o exercício da atividade extrajudicial, através da otimização do desempenho das atividades de controle e supervisão.

O Inquérito Civil em Pernambuco se encontra normado convencionalmente, à luz da disciplina dominante a respeito do regime de instauração, promoção de arquivamento e revisão.

---

[37] Artigo 14 da LC .12/94: Compete ao Conselho Superior do Ministério Público, como órgão de Administração Superior:
I — elaborar as listas sêxtuplas a que se referem os arts, 94, caput, e 104, parágrafo único, II, da Constituição Federal;
II — indicar ao Procurador Geral de Justiça, em lista tríplice, os candidatos a remoção ou promoção por merecimento, em votação aberta no âmbito do Colegiado, resguardados os critérios de escolha a serem estabelecidos por aquele órgão;
III — eleger os membros do Ministério Público que, juntamente com o Procurador Geral de Justiça, membro nato, integrarão a Comissão de Concurso de ingresso na carreira;
IV — indicar o nome do mais antigo membro do Ministério Público para remoção ou promoção por antigüidade;
V — indicar ao Procurador Geral de Justiça, anualmente, a lista de Promotores de Justiça da mais elevada entrância para substituição de Procuradores de Justiça, por convocação;
VI — aprovar os pedidos de remoção por permuta entre membros do Ministério Público;
VII — decidir sobre vitaliciamento de membros do Ministério Público;
VIII — determinar, por voto de dois terços de seus integrantes, a disponibilidade ou remoção de membro do Ministério Público, por interesse público e conveniência do serviço, assegurada ampla defesa;
IX — aprovar o quadro geral de antigüidade do Ministério Público e decidir sobre reclamações formuladas a esse respeito;
X — sugerir ao Procurador Geral de Justiça a edição de recomendações, sem caráter vinculativo, aos órgãos do Ministério Público, para desempenho de suas funções, bem como a adoção de medidas convenientes ao aprimoramento dos serviços;
XI — autorizar o afastamento de membro do Ministério Público para freqüentar curso ou seminário de aperfeiçoamento e estudo, no País ou no exterior;
XII — aprovar o projeto de Regimento Interno, no prazo de noventa dias, a partir da vigência da presente Lei;
XIII — propor ao Procurador Geral de Justiça o ajuizamento da competente ação civil para demissão do membro do Ministério Público com garantia de vitaliciedade ou para cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
XIV — exercer outras atribuições previstas em lei. (LCE 57/04).
Artigo 15 — Cabe ao Conselho Superior do Ministério Público, como órgão de execução, rever o arquivamento de Inquérito Civil, na forma da lei. Parágrafo único — O Conselho Superior do Ministério Público regulamentará o Procedimento de Investigação Preliminar e o Inquérito Civil, no que couber. (LCE 21/98).

O Regimento Interno do CSMP pernambucano alinha entre as atribuições desse órgão a revisão da promoção de arquivamento do Inquérito Civil, sem remissão expressa ao exame do Termo de Ajustamento de Conduta. (TAC). Traz, ainda, a possibilidade de formular recomendações sem caráter vinculativo através do Procurador Geral de Justiça aos órgãos do MP acerca da matéria, como também a adoção de medidas referentes ao aprimoramento dos serviços. [38]

Prevendo o Regimento Interno a instrução normativa como instrumento legislativo para estabelecer critérios normativos e procedimentos a serem observados na apreciação de matérias submetidas à sua deliberação (artigo 18, alínea *b)*[39], o Ministério Público de Pernambuco baixou a Instrução Normativa CSMP-001/99 para regularizar o processamento de revisão do IC, na qual se verifica disciplina dirigida a regular pura e simplesmente *promoção de arquivamento de Inquérito Civil*. [40]

---

[38] Resolução RES-CSMP-001/99 (D.O.E. 05/08/1999) Regimento Interno do Conselho Superior do Ministério Público**:** Capítulo I — Da Organização Interna, da Composição e das Atribuições: [...] Artigo 7.º — São atribuições do Conselho Superior do Ministério Público; [...] X — sugerir ao Procurador Geral de Justiça a edição de recomendações, sem caráter vinculativo, aos órgãos do Ministério Público, para desempenho de suas funções, bem como a adoção de medidas convenientes ao aprimoramento dos serviços; [...] XIV — elaborar seu Regimento Interno; [...] XXXIII — rever a promoção de arquivamento do Inquérito Civil.

[39] Artigo 18 — Os atos do Conselho Superior do Ministério Público serão formalizados através de:

[...]

b) Instrução normativa — para estabelecer critérios normativos e procedimentos a serem observados na apreciação de matérias submetidas à sua deliberação; [...]

[40] Instrução Normativa — CSMP-001/99.

[...] Item 5 — Inquérito Civil e Peças de Informação: Item 5.1 — A promoção de arquivamento de Inquérito Civil ou de peças de informação serão apreciadas em sessão ordinária, observadas as seguintes disposições complementares:

a) a promoção de arquivamento de Inquérito Civil ou das peças de informação, sendo recebida pelo Presidente, o Conselho Superior do Ministério Público dará publicidade da sua existência, através da imprensa oficial, concedendo o prazo de 15 (quinze) dias para o oferecimento de razões escritas e juntada de documentos pelas associações legitimadas;
b) decorrido esse prazo, a promoção será incluída na ordem do dia da primeira sessão ordinária subseqüente;
c) nessa sessão será designado um Conselheiro para atuar como relator, concedendo-se o prazo de 15 (quinze) dias para a apresentação do relatório;
d) na sessão que vai deliberar sobre o pedido de arquivamento, será concedida a palavra para que representantes das associações legitimadas, previamente inscritos, ofereçam sustentação oral pelo tempo de 10 (dez) minutos;
e) aprovada a promoção, o processo será encaminhado à Coordenadoria respectiva para arquivo;
f) rejeitado o pedido de arquivamento, o Conselho, na mesma sessão, designará outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação civil pública.

Sob a justificativa de não permitir que violações aos interesses transindividuais ocorram em face da promoção de arquivamento do MP, a instrução normativa CSMP 01/99 reproduz o modelo previsto na LACP (§ 3.º do artigo 9.º da LACP) que prevê, na instância de revisão, a possibilidade da abertura de uma fase instrutória para facultar às associações interessadas o subsídio de sua posição a respeito do pedido de arquivamento (em contrário ou a favor). (CARVALHO FILHO, 1999, p. 291-298).

A remissão à disciplina do reexame, da deliberação acerca da promoção do arquivamento do Inquérito Civil e das peças informativas na forma do regimento interno de cada Conselho abre fresta, entretanto, à revisão do Compromisso de Ajustamento de Conduta, pois a disposição prevista no artigo 15, inciso XII da Lei Federal 8.625/93, encerra norma em branco que faculta àquele órgão da administração superior o exercício de outras atribuições previstas em lei. (Ibidem, p. 302).

A tramitação das promoções de arquivamento e dos TACs, que as fundamentam e acompanham, cumpre burocracia de formação dos autos de um procedimento de exame. Este é entregue a um Membro do Conselho Superior do Ministério Público, um conselheiro, para exame e parecer. Preparado o processo, é levado à votação para que se dê o arquivamento. O lapso que mediará entre a remessa e a homologação do compromisso, condição de implementação de sua validade dependerá, então, da pauta de andamento dos trabalhos do CSMP.

A legislação regulatória do processo de revisão, também em Pernambuco, deixa entrever que a Administração Superior tentou instalar o controle da atividade extrajudicial resolutiva estendendo-o até o exame dos Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), mas isto se faz ainda de modo bastante vago.

Este déficit se verifica em todos os Ministérios Públicos, em qualquer esfera. Observe-se o depoimento de Rodrigues (2006, p. 259):

> De outro modo, não existem normas internas claras disciplinando de forma genérica a condução dos inquéritos civis públicos, a celebração dos termos de Ajustamento de Conduta, a realização de audiências públicas, a expedição de recomendações. Mesmo quando existe um posicionamento dos órgãos de supervisão não é divulgado de forma adequada entre todos os seus integrantes, para todos os seus integrantes [...].

A lei não esclarece os encargos que este tipo de supervisão entrega ao Conselho Superior. Não se verificam dispositivos em lei ou atos normativos que se destinem ao controle da eficiência do ajuste para além dos requisitos de validade formal do documento.[41]

O controle promovido pelo CSMP acerca da atividade dos promotores de justiça no âmbito extrajudicial, através do exame da fundamentação das promoções de arquivamento e do conteúdo dos TACs não se encontra ainda sujeito a critérios pré-fixados e objetivos de aferição de eficiência qualitativa e tempestividade, definidores de efetividade.

Como as promoções de arquivamento muitas vezes se dão em razão da obtenção de um Compromisso de Ajustamento de Conduta, os Promotores de Justiça enviam o termo que o instrumentaliza, o TAC, para ser avaliado como fundamento mesmo da promoção de arquivamento. O controle local se centraliza na forma, não nos conteúdos da decisão que configuram a tutela prestada.

[41] Como as promoções de arquivamento muitas vezes se dão em razão da obtenção de um Compromisso de Ajustamento de Conduta, os Promotores de Justiça enviam o seu instrumento, o TAC — Termo de Ajustamento de Conduta, para ser avaliado como fundamento mesmo da promoção de arquivamento.

9 O TAC COMO TÍTULOEXECUTIVO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL: A VOLTA À JURISDIÇÃO

Um modelo de atuação judicial interventivo e supervisor de resultados desafia não apenas o cumprimento da sentença em Ações Civis Públicas destinadas à obtenção de tutelas de prestação de deveres de fazer, como também a ação executiva autônoma com base em título extrajudicial representado pelo TAC. Com a agravante, neste último caso, de sujeitar-se o procedimento ao ritual mais exigente do processo de execução autônomo ao qual continuaram entregues as execuções por título extrajudicial, apesar de ocorrência da reforma processual promovida pela Lei 11.232/05. Determinou apenas o legislador que a etapa ou módulo satisfativo para os dois tipos de obrigação primeiro nomeadas designar-se-ia por *cumprimento* e no segundo caso seria designada por *execução.* [42]

Hoje, apenas algumas hipóteses de execução sobrevivem no formato do processo de execução autônomo (isto é, uma ação proposta independentemente do processo de conhecimento para garantir ao titular de um direito, a sua fruição), além das execuções por título extrajudicial, da qual o Compromisso de Ajustamento de Conduta faz parte integrante.[43]

Continua a atividade jurisdicional executiva a apresentar disfunções, seja como etapa do processo sincrético, seja como processo autônomo.

Yarshell (2006, p. 331) propõe, por isto, uma nova mudança sempre no âmbito da reforma legislativa:

---

[42] É o que se lê no artigo 471-I, logo à entrada do Capítulo X, do título VIII do Livro I do CPC: O *cumprimento da sentença* far-se-á conforme os artigos 461 e 461-A desta lei, ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, *por execução*, nos termos dos demais artigos deste capítulo.

[43] Consoante Amaral, em comentário ao novo regime de cumprimento de sentença (2006, p. 81-82), subsistem ainda, a transação realizada extrajudicialmente e apenas levada a homologação judicial; sentença estrangeira homologada pelo Supremo Tribunal Federal; sentença arbitral, quando o compromisso arbitral não houver previsto que a sentença teria a força do artigo 461 (CPC, artigo 584, III, IV e VI). Em todos esses casos consideram que os títulos judiciais representativos de obrigação de fazer dão ensejo ao processo previsto no artigo 632 e seguintes, uma vez que o título se forma antes de vir a juízo. Se a parte pretende a efetivação do comando contido na sentença recorrerá ao processo de execução previsto no livro II e não ao processo decorrente da aplicação do artigo 461 que é (também) processo de conhecimento destinado em princípio a casos em que ainda não há título executivo. Ressalva, entretanto, que os detentores do título têm interesse e direito ao uso da ação prevista no artigo 461 se a tutela for mais eficiente, utilizando então o título obtido como mera prova.

> Em suma, é preciso estabelecer, se não um regime unitário (que abranja tutela antecipada e 'final' de um lado, e execução fundada em título executivo judicial e extrajudicial do outro), um regime coerente. Um regime, por exemplo, que não leve ao paradoxo consistente em que a situação de um credor que ostenta um título executivo extrajudicial seja menos favorável do que a situação de um credor que, embora sem deter título executivo, tenha "prova inequívoca" que autorize, no processo de conhecimento, a concessão de tutela antecipada: aquele, sujeito a embargos do devedor com suspensão da execução; o outro apto a obter a satisfação de seu direito mediante provimento que não pode ser sustado mediante embargos do devedor.

Examinem-se agora, mais detalhadamente, as repercussões trazidas pelas inovações da Lei 11.232/2005 no artigo 475-N, ao disciplinarem os títulos executivos judiciais. Estas apenas interessam na medida em que repercutem, negativamente, no manejo que doravante se emprestará ao Compromisso de Ajustamento de Conduta como título executivo.

Este instrumento autocompositivo que se define legalmente como título extrajudicial (artigo 5.º § 6.º da LACP c/c o artigo 585, incs. II e VII, CPC) poderá assumir, também, a configuração de um título judicial, uma vez que a Lei 11.232/2005 amplia a categoria dos títulos judiciais e define o acordo firmado extrajudicialmente como título executivo extrajudicial na origem, mas judicial nos efeitos e fins, após homologado pelo juiz. O Compromisso de Ajustamento de Conduta integra a hipótese pelo gênero, como acordo. [44]

Indaga-se, então: uma vez que a lei processual agora permite que a homologação judicial empreste caráter de título judicial ao Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, qual a vantagem de firmá-lo sob a égide do artigo 6.º, § 5.º da LACP, ou seja, como título executivo extrajudicial, negócio entre as partes, sem levá-lo ao judiciário?

---

[44] Dispõe o artigo 475-N: São títulos executivos judiciais: I — a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa e pagar quantia;II — a sentença pena condenatória transitada em julgado; III — a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; IV — a sentença arbitral; V — o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente; VI — a sentença estrangeira, homologada pelo superior Tribunal de Justiça; VII — o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores, a título singular ou universal. Parágrafo único: Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (artigo 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível para liquidação ou execução, conforme o caso.

Bueno (2006, p. 138) afirma que no título judicial constituído sob o regime do acordo homologado, a forma de o devedor defender-se dos atos executivos oriundos deste título apresenta-se "ainda mais estreita" do que originalmente prevista pelo Código de Processo Civil e que eventual ação de anulação do acordo e da subseqüente homologação não teriam o condão de suspender a execução.

Observe-se que a ação executiva a que dá origem o TAC como título executivo extrajudicial, se comparada à ação executiva com base em título judicial (sentença homologatória) *privilegia a defesa processual do devedor*, considerando-se que esta técnica executiva possibilita que aquele faça a interposição de embargos. Este tipo de exceção *suspende a execução*, de acordo com o artigo 739, § 1.º do CPC, até quando for julgada.[45] O procedimento é o da execução por título extrajudicial ainda não alterada. Aplicam-se à espécie as regras procedimentais da fase postulatória, previstas no artigo 645 do CPC. [46]

Além isso, a execução por título extrajudicial aparelha a ação executiva com uma ampliada dimensão cognitiva, parcial, mas exauriente. [47]

Pondera-se, aqui, se a reforma processual de 2005, ao redimensionar a atividade executiva e o tratamento dos títulos judiciais, não termina por fortalecer a sede jurisdicional como sede preferencial e não mais subsidiária de resolução de conflitos. Ela reduz o potencial garantido à dimensão negocial através da obtenção de um título executivo extrajudicial.

Não se pode negar que o procedimento disponibilizado pelo novo tratamento dado aos títulos judiciais oriundos de acordos extrajudiciais levados à homologação (artigo

[45] Eis o texto: [...] § 1.º Os embargos serão sempre recebidos no efeito suspensivo.
[46] Artigo 645 CPC: Na execução de obrigação de fazer e de não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida. Parágrafo único: Se o valor da multa estiver previsto no título, juiz poderá reduzi-lo se excessivo. — Artigo 738. O devedor oferecerá embargos à execução no prazo de 10 dias contados: [...] inciso IV — da juntada aos autos do mandado de citação, na execução das obrigações de fazer e de não fazer.
[47] Artigo 745: Quando a execução se fundar em título extrajudicial, o devedor deverá alegar, em embargos, além das matérias previstas no artigo 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.

475-N), autoriza agora uma ação executiva mais consistente e mais efetiva em termos de tempestividade e eficiência concretizadora, ao disponibilizar um procedimento mais leve e informal. A solução do legislador, que não se pode alterar em termos positivos, parece trazer a autocomposição ao interior do direito processual civil visando fortalecê-la através da entrega de um títuloexecutivo de maior potencial de eficácia.

O compromisso, celebrado fora do juízo, idêntico meio autocompositivo, perde, de certo modo e por conta da opção legislativa, a eficiência que carrega como título executivo (embora um título executivo extrajudicial), porque seu similar, firmado judicialmente, se apresenta como via procedimentalmente mais vantajosa. Mais interessante agora será convencer o devedor ao uso da via judicial e apresentar a resolução conflitiva acordada em juízo. Refaz-se o caminho ao uso preferencial da jurisdição.

Disto se conclui que a política legislativa reformista não atentou à necessidade de prestigiar, com um tratamento equiparado em importância, os títulos extrajudiciais. Na dimensão do Ajustamento de Conduta, a opção legislativa representa um alheamento ao papel desse título extrajudicial como alternativa jurisdicional.

Bueno (2006, p. 139-140) confirma essas impressões ao anotar acerca da solução do legislador quanto à regra do inciso V do artigo 475-N, que considera a norma prestigiadora dos mecanismos alternativos de acesso à justiça, mesmo que para evitar litígios tenha-se de levar o acordo extrajudicial para ser homologado perante o juiz, através de emissão de sentença. Abrir-se-á, para isto, um procedimento especial de jurisdição voluntária, nos termos do artigo 1.103 a 1.111 do CPC. E anota: “o acordo extrajudicial aí previsto, por isto mesmo, dispensa qualquer *anterior* iniciativa jurisdicional dos interessados. Eles se apresentam perante o Estado-juiz para buscar a homologação do acordo a que chegaram. Só isto”.

A sentença homologatória de transação ou conciliação prevista no artigo 475-N, inciso III do CPC,[48] ao elencar tais formas de extinção da obrigação por autocomposição como títulos executivos judiciais para os casos em que já se acha feita a prévia institucionalização da lide, confirma a solução jurisdicional como molde preferencial do legislador processual civil. Para os casos resolvidos por esforço das partes em matéria ajuizada, permite-se inclusive a inclusão de matéria conflitiva não tratada na controvérsia. No âmbito do Compromisso de Ajustamento firmado em sede de Ação Civil Pública previamente ajuizada, se este é considerado como instrumento de transação (475-N, inciso III, CPC), cuida-se de outra oportunidade de devolução do conflito à seara jurisdicional.

Em outras palavras, a reforma processual termina por jurisdicionalizar as formas autocompositivas, concluindo-se que assim ocorre porque elas não são consideradas, de fato, uma parte integrante e relevante para a eficiência do sistema processual civil. Esta falta de confiança na consolidação da sede resolutiva extrajudicial propiciando-se o aumento de sua eficiência prática, termina por desequilibrar o sistema de execução coletiva, pois o legislador não toma em conta as repercussões contextuais daquilo que reforma.

Em suma, para o Compromisso de Ajustamento de Conduta firmado extrajudicialmente, a reforma processual deixou um tratamento conservador como título executivo extrajudicial. Termina por deixá-lo à mercê das disfunções do modelo de execução por ela superado.

Por mais que se considere que um sistema processual se refina ao desdobrar muitas vias de acesso à fruição de direitos — e aqui se alude especialmente à ampliação do elenco de títulos executivos judiciais que amparam situações que o legislador processual distinguiu com o empréstimo de um tratamento privilegiado em razão da chancela judicial —

[48] O inciso III do mencionado artigo 475-N do CPC estabelece que também é título judicial: A sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo.

as soluções da reforma processual são pontuais. Elas desconsideram conseqüências sistêmicas e não chegam ao âmago das questões que se conectam com as causas da ineficiência.

Observe-se, por outro lado, que a reforma legislativa da disciplina da execução judicial em diversos sistemas processuais nos quais se espelha o sistema brasileiro não se deu por via da instalação de um processo sincrético, com a supressão da demarcação entre atividade cognitiva e executiva. A sincretização do processo não parece ter se apresentado aos europeus como um fator de aumento da efetividade. Eles mantiveram a velha autonomia entre os processos cognitivo e executivo. Exemplifica Santos, E. (2006, p. 320) com o Código de Processo Civil Espanhol (2000, Ley 1/2000), o português (DL 38/2003) e o italiano (Legge 80/2005). A preocupação nesses códigos centralizou-se na obtenção de resultados concretos para a atividade de satisfazer direitos já reconhecidos *em qualquer título executivo*, buscando inovar no âmbito do processo de execução, por exemplo, com a "desjudicialização" de atividades que não configurem atividades jurisdicionais essencialmente. Assim, um serventuário ou pessoa especialmente designada pelo magistrado poderia fazê-lo.

De toda maneira, a crítica da reforma se encaminha para o que ainda se apresenta difícil de problematizar: o impacto da oferta diversificada dos meios necessários ao asseguramento da tutela executiva e a construção de informação acerca de diagnósticos de adequação.

Dá-se como exemplo, a avaliação de Bedaque (2006, p. 363)

> Não parece, todavia, seja a nova técnica do denominado processo sincrético, por si só, suficiente para conferir maior efetividade à tutela jurisdicional. Nem a chamada sentença executiva possui mais força que a tradicional condenatória. O problema todo da execução, independentemente de realizar-se em processo autônomo ou não, está nas medidas necessárias à eliminação do inadimplemento. As dificuldades para encontrar e subtrair bens do patrimônio do devedor ou para constrangê-lo a adotar o comportamento a que se obrigou são enormes. E elas têm de ser superadas haja ou não o binômio. A solução está, portanto, muito mais na previsão de medidas adequadas do que na forma como elas serão implementadas, ou seja, em processo autônomo ou não.

Ainda do mesmo autor, traz-se uma importante pontuação sobre os limites factuais do êxito no exercício da atividade executiva que se traduz na admissibilidade da irresolução conflitiva, antes menos central na doutrina da execução civil.

> O problema da execução não está, pois, na técnica da execução autônoma ou sincrética, nem da impugnação no próprio processo ou mediante ação cognitiva autônoma. Cognição e contraditório sempre haverá, sob pena de violação à garantia constitucional. Não há como impedir que o executado se defenda. A questão está em encontrar mecanismos aptos a evitar que a resistência não configure óbice injustificável à prática dos atos executórios. Mais uma vez, a solução está na conciliação entre valores opostos. Também não podem ser desconsideradas as dificuldades existentes no próprio plano material, pois, em razão da inexistência de bens, nem sempre os mecanismos processuais podem ser efetivados. (BEDAQUE, 2006, p. 378).

A análise das críticas mais recentes às reformas na legislação processual prenuncia a necessidade do giro investigativo em direção ao problema da adequação *procedure-substance* em termos precisos. Visualizam-se notas sobre a importância da modernização da máquina judiciária e condições materiais para que os juizes possam cumprir fielmente o seu ofício, concretizando-se essas metas com autonomia financeira e aperfeiçoamento funcional. (LOPES, 2006, p. 350).

As informações da teoria apresentam-se escassas sobre o aporte prático dessas reformas, por exemplo, no uso dos meios de execução, mensurações acerca das técnicas de atuação executiva previstas no sistema de proteção específica tampouco resultados materiais de fruição de direitos, vencida a etapa executiva desses processos.

O eixo do debate teórico continuará a ser o aperfeiçoamento da etapa executiva sob várias perspectivas, já que a investigação sobre o sistema processual continua, de todo modo, sob o prisma do aperfeiçoamento das estruturas procedimentais, uma tendência assentada da cultura processualista desde os idos do processualismo científico (Século XIX). O sistema processual, deste ângulo, positivou um aparelhamento procedimental apto à satisfação final, ou parcialmente antecipada no curso do processo, de direitos especiais como os prestacionais. (GUERRA, 2003; MEDINA, 2004; SALLES, 1999).

TERCEIRA PARTE:

OUTRAS DIMENSÕES TEÓRICAS:

DIREITOS À PROCURA DE PROCESSOS

10 PLURIPROCESSUALISMO E AUTOCOMPOSIÇÃO

10.1 Acesso à justiça, Istrumentalidade e uma revisão da Teoria (Geral?) do Processo

Uma tese sobre procedimentos extrajudiciais, autocomposição e tutela a novos direitos não pode deixar de se apoiar no paradigma do *acesso a justiça*, movimento teórico de adequação dos ordenamentos jurídicos às novas situações conflitivas através de uma reforma que administre novos mecanismos, providências e diretrizes, pensadas no âmbito do direito processual civil para ajustar instituições do sistema de justiça a um novo acervo protetivo de direitos.

Cappelletti e Garth (1988, p. 15) o associam ao conceito de efetividade, que admitem ser vago por si só. Definem efetividade, como uma utopia, como a completa igualdade de armas das partes diante de um debate, sem interferências estranhas e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação de um direito. Ela propõe a identificação dos obstáculos à igualdade como primeira tarefa do seu método.

A teoria do acesso, por seu principal protagonista Mauro Cappelletti, lançou as bases da reforma da dogmática do direito processual brasileiro a partir dos anos 70 e subsidiou as reformas processuais que ajustaram o Código de Processo Civil de 1973. Ela continua a ocupar, juntamente com a teoria da instrumentalidade do processo, o paradigma a partir do qual se desenvolvem, na esfera do direito processual civil, reflexões sobre eficiência

substantiva, adequação procedimental à implementação de direitos, notadamente os chamados direitos sociais.

É o próprio Dinamarco (2000b, p. 320) quem o diz, quando afirma que o acesso à justiça

> [...] constitui a síntese generosa de todo o pensamento instrumentalista e dos grandes princípios e garantias constitucionais do processo. Todos eles coordenam-se no sentido de tornar o sistema processual, acessível, bem administrado, justo e afinal dotado da maior produtividade possível [...].

Muito embora essa perspectiva metódica do direito processual contemporâneo com seus postulados já integre o senso comum teórico da cultura processual brasileira, impõe-se fazer a ela uma curta alusão para justificar, mediante algumas de suas categorias, a escolha das teorias de base que servirão às análises a serem empreendidas Por representar o pensamento cappelletiano um movimento de reforma cultural com uma dimensão mundial, constitui, ainda hoje, uma chave comunicativa no plano nacional e internacional utilizada em todos os desenvolvimentos teóricos subseqüentes. A proteção dos direitos transindividuais e os mecanismos alternativos de solução de conflito são temas que se vinculam diretamente ao Compromisso de Ajustamento de Conduta. A remissão é obrigatória mesmo à própria literatura crítica do movimento pelo acesso, como a que realiza Cranston (2006), da London School of Economics and Political Science.

O prisma cappelletiano rompeu com o modelo do processo civil que, visando justificar sua dignidade epistemológica e valendo-se da tradição ocidental romano-canônica, havia se estruturado em moldes positivistas, com categorias, conceitos, institutos, formações rituais e neutralidade procedimental, a legitimar a indiferença por um impacto social de resultados.

Cappelletti (1992, p. 31-32) designa como “revolta contra o formalismo” a revolução ocorrida em torno da atividade decisória judicial como atividade criativa e não meramente declaratória, aclarando que, em diversas partes do mundo, a ruptura com o

positivismo jurídico visou a objetivos distintos. Nos Estados Unidos e em outros países da *common law*, o acesso desferiu um ataque ao *case method* (o precedente judicial); na França e em áreas de influência francesa, a revolta mirou o positivismo jurídico; na Alemanha e áreas de influência alemã, representou principalmente uma insurgência contra o "formalismo científico e conceitual". Mas como Cappelletti mesmo enuncia: em todas as suas expressões o formalismo tendia a acentuar o elemento da *lógica* pura e mecânica do processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional da escolha. Típico de todas essas revoltas foi, ao contrário, o reconhecimento do caráter fictício da concepção da interpretação, de tradição justiniana e montesquiniana, como atividade puramente cognoscitiva e mecânica e, assim, do juiz como mera e passiva 'inanimada boca da lei.

O acesso à justiça também abandonou o elemento normativista — normas divididas em regras e princípios —, como elemento definidor exclusivo de um sistema de direito, para agregar a este elementos culturais vivenciados pela população de um país, com seus traços culturais, econômicos, psicossociais. O movimento resgatou uma razão à *base de contexto*, uma obviedade necessária como autorização teórica para quem problematiza e busca soluções jurídicas englobando normas, instituições e processos, perguntas por impacto, necessidades e exigências sociais. (CAPPELLETTI, 1994, p. 122).

O modelo asséptico do direito processual da fase autonomista ou científica a partir dos anos sessenta, cedeu o lugar a uma nova etapa metodológica, designada por instrumental ou teleológica, dentro da qual se tem aceitado como *teoria processual*, abordagens metadogmáticas para se pensar o objeto processo, suas categorias e suas aplicações. Esta perspectiva deriva da mudança de ótica pela qual se passou a pensar o processo como parte de um ordenamento jurídico em expansão, qualitativa e

quantitativamente e do seu exterior, isto é, do lugar do consumidor, do usuário. (CAPPELLETI, 1994, p. 122).

A teoria do acesso à justiça, um produto do movimento constitucionalista que reformulou a teoria do direito a partir dos passados anos 50, deixou como pressuposto básico de uma teoria do processo, o princípio da igualdade real, núcleo do modelo jurídico-democrático, a pautar com ele a discussão acerca da litigância, bem como a qualidade do mérito obtido como resultado do processo.

O contorno da hipossuficiência e o garantismo a direitos são *topos* que subsistem em um mundo que abraçou um sistema sócio-econômico e político fomentador da exclusão de grandes segmentos populacionais do acesso aos bens mais essenciais da vida e, com especialidade, do alcance às ofertas diversificadas de um mercado para consumo. Apesar de ambiciosa por apostar na expansão da atividade judicial, a proposta do acesso à justiça sobrevive, também, por seus aportes pragmáticos, ao antecipar que o Estado-Administração não seria o guardião dos novos direitos, mas, eventualmente, o seu algoz. Previu, acertadamente, que a intervenção estatal regulatória e pacificadora, através do judiciário, precisaria ser complementada para dar conta da explosão litigiosa que as transformações econômicas e sociais produziriam.

O diagnóstico dos obstáculos ao acesso à justiça ainda reproduz o que se encontra no mundo real, pelo menos no Brasil: o *obstáculo econômico* que leva à falta de informação e a déficits de representação adequada das pessoas, circunstância que levou, a partir dos mencionados anos 50, à institucionalização das defensorias públicas e assistências judiciárias; *o obstáculo organizacional*, ou pobreza organizacional, que se liga a vários tipos de hipossuficiência que a sociedade de economia de produção, distribuição e consumo fabrica como fenômenos de massa. São danos ou ameaças que, por ação ou omissão, prejudicam grandes segmentos de pessoas incapazes de se defender de forma eficaz: crianças, idosos,

minorias raciais e lingüísticas, deficientes, consumidores etc. Seqüelas que provocaram a criação dos direitos sociais para proteger a tais classes de pessoas. Por fim, *o obstáculo processual,* que define a inadequação de procedimentos judiciais ordinários ou a impropriedade de soluções para instrumentalizar o acesso a direitos. (CAPPELLETTI, 1994, p. 122).

A reação que se seguiu a esses obstáculos ou óbices ao acesso efetivo a direitos, denominada por *ondas,* configura parâmetros nítidos de correspondência com aqueles, montando, assim, um sistema de referências no qual se radicam as reformas legislativas que visam a remoção de tais óbices. Tal sistema representa a teoria dos direitos difusos, tratados no Brasil como uma espécie do gênero transindividual e uma teoria do processo que abrigue formas múltiplas de resolução de conflitos, adjudicação de soluções[49] e o uso de mecanismos alternativos de solução.

Cappelleti (1994, p. 125-127) lembra Richard L. Abel ao anotar as dificuldades do espaço resolutivo extrajudicial, designado por *informal justice*: quais as instituições, quais os tipos de pessoas que poderão ofertar os atributos de qualificação e independência para atuar; como construir a integridade procedimental; a dificuldade de se construir padrões com garantias mínimas do devido processo, a exemplo do procedimento judicial comum. Combatendo a crítica de que a justiça de conciliação ou coexistencial pode ser uma justiça de segunda classe, afirma que esta sede oferece melhores condições resolutivas nos casos em que o conflito representa um episódio dentro de uma relação complexa e permanente. O diagnóstico se afigura atual e inteiramente conforme às análises contemporâneas de especialistas em resolução alternativa de conflitos, ao pugnarem, estes, pela sistematização do

[49] Utilizar-se-á a palavra adjudicação como anglicismo realizado a partir da palavra inglesa *adjudication,* como o fazem Salles (In Fux, 2006) e Watanabe (2005). A palavra *adjudication* é utilizada usualmente para definir a atividade judicial de resolver conflitos, ou seja, o processo de preparação da prestação jurisdicional (The legal process of resolving a dispute; the process of judicially deciding a case. Judgment). (GARNER, 2004). Neste trabalho quando não utilizada para definir a decisão judicial e seu processo de produção ela será utilizada como sinônimo de *atribuição, entrega,* como, aliás, o permite o vernáculo, para aludir a produção de solução conflitiva, seja judicial, não judicial, consensual, extrajudicial, não contenciosa. *(*HOUAISS, 2004).

conhecimento e da experiência nessas áreas, pela catalogação das melhores práticas retiradas de experiências relevantes e pela sistematização das práticas (posturas) profissionais para capacitar seus operadores qualitativamente. (SUSSKIND; MC KEARNAN, 1999, p. 17).

A perspectiva instrumentalista oferece as bases nacionais de teoria processual civil sobre as quais se desenvolverão as doutrinas da tutela dos direitos e do desenvolvimento do sistema de direito processual como um sistema pluriprocessual, a serem expostas a seguir. O instrumentalismo encerra uma ótica que instrui o direito processual como um saber multidisciplinar de perspectiva dúplice: a interna, que resume a informação sobre o instituto do processo seus princípios, normas e institutos e a externa, uma gama de informações oriundas da ciência política, sociologia e psicologia atinentes aos institutos do direito processual, perspectivas que se acham correlatas e que servem a sínteses a propósito de funcionalidade e eficiência. (DINAMARCO, 2000b, p. 310).

Instrumentalismo e acesso à justiça, como métodos de pensamento legam, para o desenvolvimento da teoria processual, a libertação do processo de um molde procedimental fixo, inflexível e universalmente válido, através do seu afeiçoamento ao conteúdo jurídico do conflito. A esta dinâmica de adequação, os processualistas chamam de relativização do binômio substância—processo, hoje premissa para os cursos de teoria processual civil. (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. Introdução).

Produtos do movimento constitucionalista, essas perspectivas estabelecem, definitivamente, o processo como categoria jurídica, ele próprio uma garantia constitucional institucionalizada através da cláusula do devido processo legal.

O devido processo legal será aqui tratado como pauta retora aplicável a todo e qualquer processo, inclusive nas relações jurídicas de natureza privada negocial, porque a Constituição brasileira vinculou os particulares ao conteúdo dos direitos fundamentais ali previstos, ao abraçar a teoria da eficácia direta e imediata, mediante a qual direitos desse porte

têm plena aplicação nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação do legislador infraconstitucional, privilegiando-se, com isto, a atuação do magistrado no caso concreto. (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 28-29). Cuida-se de um modelo aberto, principiológico, cuja plasticidade serve aos múltiplos formatos que assume, conforme as áreas de utilização, os conflitos que instrumentalizam as partes envolvidas.

A abertura metadogmática para uma teoria processual se encontra representada pelo pressuposto metódico de que o processo, além de escopos jurídicos representados pela sua estrutura instrumental conexa à atuação de um direito material, tem escopos sociais e políticos a cumprir. Assim, a condicionar a instrumentalização de direitos, estaria a observância do fim de pacificação social e de uma pedagogia de respeito e de promoção a tais direitos (escopos sociais). (DINAMARCO, 2002, p. 128-129).

A perspectiva instrumentalista, ao licenciar nacionalmente um conteúdo ampliado para a categoria *processo,* com a qual se trabalhará nesta tese, aponta, também, para o redimensionamento de uma *teoria do processo* não mais como uma ciência pandectística dedicada ao processo civil jurisdicional, mas como corpo de conhecimento destinado a servir ao exercício do poder em qualquer sede.

10.2 Um sistema pluricêntrico de acesso à justiça

A permeabilização dos conceitos de teoria processual operada pelo reflexo da perspectiva externa do consumidor final do serviço de justiça leva também a um redimensionamento do próprio conceito de jurisdição, tal como reconhecem alguns processualistas.

Diante da abertura do ordenamento jurídico à positivação de mecanismos alternativos de solução de controvérsias, não há como ignorar a mitigação de certas características da jurisdição, como a substitutividade proposta por Chiovenda (1998) para

identificá-la como a atividade *do juiz* que substitui a vontade das partes pela atuação da vontade da lei, ou o atributo do *monopólio da atividade jurisdicional* pelo Poder Judiciário. (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 75). [50]

O conceito de jurisdição deve ser repensado por uma dimensão de complementaridade na condição de sede solucionadora, despedindo-se de atributos como primazia, preeminência e precedência. Tomada como técnica resolutiva, a jurisdição se equipara aos mecanismos alternativos de solução de conflito se considerados resultados equivalentes e a teleologia de uma resposta adequada, também pretendida por esses processos resolutivos, não havendo razão para contender com eles. (SALLES, 2006, p. 780,784).

Observe-se que até mesmo o grande diferencial da função jurisdicional em relação às atividades resolutivas equivalentes posto no múnus de concretizar materialmente a ordem jurídica positivada cai por terra diante da compatibilização da teoria do direito processual com a teoria dos direitos fundamentais. Esta traz, para o âmbito do processo, a eficácia: de sujeitar todo e qualquer ator jurídico à obrigação de dar cumprimento ao ordenamento jurídico constitucional, do qual representa o núcleo.

Mantendo a distinção entre a jurisdição e os mecanismos alternativos de resolução de conflitos, Dinamarco (2002, p. 122) defende equivalência destes com aquela, por entender que

> [...] o que há de substancialmente relevante no exercício da jurisdição pelo aspecto do proveito útil que é capaz de trazer aos membros da sociedade, está presente também nessas outras atividades: é a busca de pacificação das pessoas e grupos mediante a eliminação dos conflitos que as envolvam. Tal é o escopo social magno da jurisdição, que atua ao mesmo tempo como elemento legitimador e propulsor da atividade jurisdicional.

Desse modo, guiam-se também os mecanismos alternativos de resolução de conflito, pela pauta instrumental do sistema processual, os escopos da jurisdição que não são apenas jurídicos, mas sociais e políticos. O escopo social se liga a uma educação para a justiça

[50] ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (2000, p. 76) amplia o conceito de jurisdição para abrigar o das decisões por arbitragem considerando que estas também são prolatadas por um terceiro imparcial e são impostas aos envolvidos.

e para a pacificação social, os escopos políticos dizem com liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento e o escopo jurídico corresponde à atuação concreta do direito. (DINAMARCO, 2000b, p. 317). Ambas, jurisdição e suas equivalentes, lançam mão desses fins para organizar-se teoricamente e guiar a sua aplicação prática.

Alcalá-Zamora y Castillo (2000, p. 71), o autor latino-americano que tratou de forma mais abrangente as formas de resolução conflitiva alternativas à jurisdição e suas relações com esta última, antecipou esta necessidade de ultrapassar o processo judicial um tratamento meramente mecanicista e, ao mesmo tempo, de assinalar limites para sua correta utilização.

Ao admitir que o direito processual deveria mais propriamente abarcar todas as formas processuais resolutivas, construiu seu modelo teórico relativo aos mecanismos resolutivos, fazendo do *processo judicial* o seu eixo. Adotou o termo *autocomposición* (autocomposição), criado por Carnelutti, e, conseqüentemente, a categoria das equivalentes jurisdicionais — *renuncia, allanamiento e transacción* —[51] muito embora considerasse mais oportuno o termo excludente jurisdicional.

Alcalá-Zamora y Castillo (2000, p. 73) amplia o âmbito de análise dos institutos processuais, ensinando que o processo pode ser visto por mais de um ângulo e, também, que ele, mais que um instrumento da jurisdição, representa um modo de resolução de conflitos. Para o autor, resolução conflitiva é matéria de direito processual. Textualmente, a distinção entre extinção do processo e resolução de conflito é

> La diferencia, que no se reduce a un juego de palabras, se percibe bien clara si se piensa, por un lado, que puede haber autocomposicion al margen de proceso y, por otro, que el proceso puede césar sin que se haya pronunciado sobre el litigio. El precedente contraste entre *modos de concluir el proceso y medios de resolver el litigio,* no es obstáculo para que existan figuras comunes a ambos sectores, como la sentencia que cierra el proceso (de conocimiento), y define el litigio, o como la misma autocomposicion, cuando es posterior a la promoción del proceso, ya que entonces clausura este y decide la cuestión litigiosa. (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 2000, p.73)

[51] Transpostas à teoria geral do processo no Brasil como renúncia ou desistência, submissão ou reconhecimento e transação. (ALVIM, 2001, p. 13).

O estudo das formas resolutivas gira em torno do processo judicial e isto se se justifica por ser o *Proceso, autocomposicion y autodefensa* uma obra do seu tempo, o apogeu da fase autonomista vivida pelo direito processual (1947). Então, a tríade ação, processo judicial e jurisdição, compunha o núcleo estrutural daquele saber. Assinalava ainda Alcalá-Zamora y Castillo (2000) que a centralidade da jurisdição não poderia ser afastada, sob pena de se alterarem as estruturas do modelo estatal de direito, decaindo, outrossim, a legitimidade de outros mecanismos resolutivos, pois a jurisdição representa a última e melhor alternativa à coação por terceiros. O seu sistema de formas resolutivas inspirou toda a reflexão processual acerca das formas alternativas de resolução de conflitos na latino-américa.

Conquanto afirmasse a centralidade do processo judicial, Alcalá-Zamora y Castillo (2000, p. 234) reconhecia limites a esta forma de adjudicação que considerava a mais perfeita, tanto que por ela definiu o gênero heterocomposição, forma resolutiva em que um terceiro substitui os envolvidos na produção da solução. Reconhecia este autor, porém, que o processo judicial não constituía uma fórmula mágica a propiciar milagres e, embora indispensável e insubstituível dentro de suas peculiaridades, resultaria inútil, perigoso e até perturbador se trespassadas suas fronteiras naturais. Um dos limites era, exatamente, a impossibilidade de monopolizar o processo, interprete-se a sede jurisdicional, toda a carga conflitiva social, recomendando a composição harmoniosa com as demais formas resolutivas do sistema.

Como matéria introdutória à compreensão do sistema processual o direito processual latino-americano, de matriz romano-germânica, absorveu a tríplice classificação dos modos pelos quais se resolve um conflito.

As formas de resolução de conflito no sistema brasileiro, melhor dizendo, o tratamento teórico a elas aplicado assimila a teoria processual de Alcalá-Zamora y Castillo (2000) dedicada ao estudo desses mecanismos como matéria de teoria processual, mais

precisamente, matéria de teoria geral do processo: autodefesa, autocomposição e heterocomposição.

Muito embora a obra enfoque o processo judicial como núcleo epistemológico da ciência do processo (a heterocomposição), distribui o autor igual atenção aos mecanismos mencionados que ele chama de equivalentes jurisdicionais, admitindo-lhes a relevância e o caráter complementar, como objetos dignos de investigação epistemológica. Uma perspectiva centrada em fins e em resultados, é o que lhe suscita a aproximação a que ele se propõe, desde o título do seu trabalho.

A autotutela, considerada como a mais primitiva das formas de resolução porque precede as demais e o próprio aparecimento do Estado, consiste na imposição de uma solução pela violência moral ou física de uma vontade sobre a outra vencendo a resistência do adversário. (AZEVEDO, 2003, p. 155). Alcalá-Zamora y Castillo (2000, p.53) assim a define:

> la característica esencial de la autodefensa, consiste en que, sin o con formas procesales, la decisión del litigio proviene de una de las partes en litigio, que la impone a la otra [...] además la imposición va acompañada del sacrificio del interés contrario [...] pero con importantes excepciones.

A autocomposição, por sua vez, se apresenta como a forma de resolução do litígio decorrente de obra dos próprios litigantes sem intervenção vinculativa de terceiro.

Novamente o pensamento Alcalá-Zamora y Castillo (2000, p. 77) se apresenta como paradigma dogmático:

> Al igual que autodefensa la integran dos vocablos: o prefijo auto, como es natural, con idéntico significado que aquella, y el sustantivo composición, que dentro de la concepción Carneluttiana equivale a solución, resolución o decisión del litigio, en ella obtenida por obra de los litigantes, a diferencia de las que tras el proceso decreta el juez.

Alcalá-Zamora y Castillo (2000, p.77-78) identificava já então como traço distintivo externo das formas autocompositivas a sua carga altruísta, entendido o termo como o caráter renunciativo e reflexivo (ou de reconhecimento a favor do adversário) da atividade e uma tendência a servir aos conflitos de natureza cível. De uma ótica interna, o móvel de realização poderia variar entre a falta de espontaneidade do sacrifício parcial (transação) e a

falta total do interesse (renúncia/desistência ou submissão/reconhecimento), traço que não poderia faltar na autocomposição. Porém de forma pragmática admite o autor que uma das dificuldades que acompanham as formas autocompositivas é de se estabelecer o controle da disposição interna que as movimenta, não importa o tipo.

Azevedo (2003, p.152), numa mirada contemporânea acerca das formas autocompositivas, considera que esta circunstância (o sacrifício) não mais integra o conceito porque uma eficiente estrutura transacional pode ser manejada de modo a obter uma transação, forma de autocomposição, sem infligir aos sujeitos que dela participam, qualquer sacrifício. [52]

A autocomposição pode ser direta ou bipolar (e.g. negociação), quando as próprias partes conseguem resolver os pontos em relação aos quais estavam controvertendo, ou pode ser assistida, também denominada de indireta ou triangular (e.g. mediação ou conciliação), quando as partes são estimuladas por um terceiro, neutro ao conflito, para assim comporem a disputa. (Ibidem, p. 153).

O processo judicial como forma tipicamente heterocompositiva, na qual o terceiro imparcial, em nome do Estado e impositivamente, garante o cumprimento de uma decisão, se distingue, para os fins desta divisão de modos resolutivos, pelo que traz de cerceamento à autonomia individual, "omnímoda e desbordante", nas sedes da autodefesa e da autocomposição. A intervenção judicial, é verdade, ali se condiciona em maior ou menor medida dependendo da pretensão deduzida e do influxo do princípio dispositivo e inquisitivo que são guiados por solidariedade social e interesse nacional, graças à natureza pública do processso. (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 2000, p. 32).

[52] Azevedo remete ao trabalho de Almeida (2003, p. 183 e 197) sobre o uso da teoria dos jogos para orientar a feitura de soluções de vence-vence ou pelo menos com menor perda. Ele resume esta teoria, em linhas gerais, como uma análise matemática de qualquer situação que envolva um conflito de interesses com o fito de descobrir as melhores opções que, dadas certas condições, devem conduzir ao objetivo desejado por um jogador racional, com um resultado melhor do que conseguiria caso insistissem em não cooperação ou ajuizassem uma ação. Esta teoria não pressupõe um método resolutivo melhor que outro nem exclui quaisquer deles, trabalhando com critérios que permitem identificar as peculiaridades, vantagens e desvantagens de cada um.

Na categoria que aqui mais interessa abordar, a autocomposição, Alcalá-Zamora y Castillo já advertia contra a possibilidade da malversação no seu uso, na medida em que a coação poderia ser ali exercida sem os controles do processo convencional. A este resultado ele chamou de pseudo-autocomposição. (2000, p. 31). Azevedo (2003, p. 167) adota a mesma posição.

Ainda quanto à autocomposição, distinguiu os três principais tipos que a caracterizam, definindo a relação litigiosa estruturalmente por dois lados litigantes de acordo com a posição de altruísmo que assumem. Chama-se desistência ou renúncia ao movimento altruístico promovido por aquele que deduz a pretensão ("o atacante"). Chama-se reconhecimento ou submissão ao movimento altruístico daquele que se opõe à pretensão, ambos os tipos são unilaterais. Ao movimento de concessões mútuas, mais ou menos equilibradas, em que as partes exercitam, uma e outra, certo altruísmo, designa-se transação. (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 2000, p. 80).

É esta a forma mais estudada, não se afigurando, inclusive, incompatível com a jurisdição, quando esta cumprir simplesmente uma função homologatória e de chancela. Admite Alcalá-Zamora Y Castillo (2000, p. 82) variações quanto ao grau de concessões que aproximam esse meio autocompositivo dos seus similares autocompositivos (desistência ou reconhecimento).

Impende realçar que a teoria das equivalentes jurisdicionais não idealiza a via extrajudicial desde a sua origem, admitindo a sua manipulação, como instrumento de rendição à hipossuficiência. (Ibidem, p. 78).

O processo judicial sempre será a referência da teoria processual para qualquer outro tipo de processo, afinal ele é o arquétipo da categoria. (FAZZALLARI, 2006, p. 105).

Toda a principiologia formadora e informativa instituída pelo direito processual civil centrada no processo judicial, atentando-se às peculiaridades da sede

autocompositiva, deverá ser aplicada às iniciativas, aos procedimentos, as condições de participação das partes, aos mediadores, árbitros e outros agentes encarregados de gerenciar o processo de solução conflituosa. Alude Fazzallari (2006, p. 104) aos princípios fundamentais, aplicáveis a todo e qualquer tipo de processo.

Outra diretriz que reforça uma proposta de integração *efetiva* da atividade autocompositiva como objeto de reflexão da teoria processual abrange os novos enfoques que a incorporação da teoria dos direitos fundamentais à dogmática processual opera, como uma nova etapa da constitucionalização do processo civil.

A exemplificar, aponta-se o enfoque emprestado por Didier Júnior (2005), no seu Curso de Direito Processual Civil, aos princípios do processo tomando como ponto de partida a teoria dos direitos fundamentais. O autor desenvolve, como cláusulas do devido processo legal, os princípios fundamentais do processo civil, agregando a eles, como decorrência daquela cláusula, princípios outros de matriz constitucional.

Os princípios processuais previstos na Constituição ou oriundos do modelo constitucional adotado são direitos fundamentais e por isso têm aplicação imediata e objetiva por força do próprio mandamento constitucional (artigo 5.º, § 6.º da CF).

Azevedo (2003, p. 153-154) aduz que as formas resolutivas de disputas encontram-se submetidas a todos os princípios processuais constitucionais porque estes, como alicerces do sistema, se irradiam e compõem a exata compreensão e o entendimento do sistema normativo. O conhecimento desses princípios harmoniza a integração de cada parte com o todo e a todas elas se aplica o princípio do devido processo legal, da isonomia, do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da publicidade dos atos processuais, da motivação das decisões, do duplo grau de jurisdição e da proibição da prova ilícita.

Anote-se, a propósito, que a processualística de foco contemporâneo, ao refletir na dimensão das equivalentes, já analisa com naturalidade os institutos a ela

pertinentes à luz da principiologia e da informação teórica consolidada em torno do processo judicial.

Watanabe (2005, p. 687-688), por exemplo, ao glosar o manejo precário e meramente formal do artigo 331 do CPC pelos juízes — este artigo institui a obrigatoriedade da tentativa de conciliação e do contato pessoal entre as partes e seus advogados — assevera que a sua observância deriva da imposição dos princípios da imediatidade e da oralidade, como indutores da meta sistêmica da efetividade. Esse pressuposto do juiz ativo, por sua vez, assinala o mesmo autor, encontra-se na base do *case management* do sistema processual americano (Rule 16, Federal Rules of Civil Procedure), responsável por um alto nível de prevenção ao prosseguimento dos feitos até a adjudicação judicial. Apenas 5% deles chegam à fase final de julgamento.

O investimento na solução extrajudicial termina por fortalecer a jurisdição e o processo judicial, colaborando para o afastamento da crise de resultados que há tantos anos corrói o prestígio do sistema de justiça e a sua legitimidade.

Como Watanabe (2005, p. 685) observa, vive-se numa *cultura da sentença*, um modelo de solução contenciosa e adjudicada (isto é, imposta através do provimento judicial) a respeito de conflitos de interesse.

Em suas próprias palavras, a análise da reverberação dessa cultura na práxis:

> [...].O que se privilegia é a solução pelo critério do "certo ou errado" do "preto ou branco", sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo concurso da vontade das partes, à especificidade de cada caso. É esse o modelo ensinado em todas as faculdades de direito do país, sem exceção. E é esse, igualmente, o modelo de profissional do direito exigido pelo mercado para as principais carreiras profissionais, como a advocacia, a magistratura, o ministério público e as procuradorias públicas. Quase nenhuma faculdade oferece aos alunos, em nível de graduação, disciplinas obrigatórias voltadas à solução não contenciosa dos conflitos. Apenas alguns cursos de pós-graduação oferecem disciplinas nessa área, mas sem uma ênfase especial. [...] Após a Lei 9.307/96, houve algum avanço na área de arbitragem, com recrutamento, treinamento e especialização de profissionais voltados a essa modalidade de solução de conflitos. Todavia, ainda não se nota um investimento maior na formação e treinamento de profissionais voltados à solução não-contenciosa de conflitos, isto é, à negociação, conciliação e mediação.

Para se ter uma idéia do lapso que se tem de cumprir na aculturação de um sistema processual ao uso de mecanismos alternativos registre-se que as técnicas de negociação começaram a ser ensinadas na Yale Law School e na University of Ohio há mais de cinqüenta anos por alguns professores com visão de futuro. Somente 20 anos depois outras universidades, em Washington e Michigan, começaram a oferecer cursos dessas técnicas regularmente. (WILLIAMS; GEIS, 1999, p. 314).

Muito embora no Brasil, a solução não contenciosa estivesse sempre ao alcance das partes por previsão do próprio ordenamento jurídico positivo (havendo previsão de conciliação na própria Constituição Imperial de 1824, no artigo 161), nem as partes, nem os magistrados fazem o uso que deveriam dessas práticas, graças a uma formação jurídica dirigida à aprendizagem da adjudicação autoritária de soluções e da edificação de todo um sistema de justiça em torno da prestação jurisdicional. Basta lembrar que a produtividade sentencial quantitativa e qualitativa é o critério que intitula os juizes a promoções aos olhos da segunda instância, negligenciando-se a atividade conciliadora como atividade menor. (WATANABE, 2005, p. 686-687).

O aperfeiçoamento do sistema processual mediante um novo foco nas formas resolutivas, com ênfase na autocomposição, termina por ampliar os escopos sociais do sistema processual. Descobrem-se fatores de aumento de eficiência resolutiva através do aperfeiçoamento do modo como as partes interagem e como vêem o conflito. Segundo Azevedo, dentre os escopos sociais de um sistema processual, indentifica-se, hoje, uma orientação voltada à compreensão recíproca das partes (validação) e à educação para composição de controvérsias (empoderamento e capacitação). Exemplo disto é o que se entende como *mediação transformadora*. (AZEVEDO, 2003, p.157; SCHNITMAN; LITTLEJOHN, 1999, p. 85-101).

O terceiro neutro tem o papel de conscientizar as partes para que descubram seus interesses, necessidades, desejos e valores em relação ao conflito para que cada uma delas entenda como e porque algumas soluções ventiladas atendem ou não as suas necessidades. Uma compreensão nebulosa ou ausente predispõe ao *não* prosseguimento de deliberações em torno de soluções ou propostas. Uma educação sobre a melhor maneira de comunicar-se, avaliar questões controvertidas e negociar, habilita os contendores não apenas a elucidar determinado conflito, mas a conduzir também futuras controvérsias. (AZEVEDO, 2003, 157).

A uniformização de um tratamento doutrinário processual equiparando ao processo judicial e à jurisdição os processos autocompositivos e a tutela extrajudicial que deles resulta opera a incorporação *real* das equivalentes ao sistema processual. Isto possibilita que o sistema processual se aperfeiçoe, estendendo-se o arcabouço teórico de controle e garantias que cercam a solução jurisdicional aos processos autocompositivos para aperfeiçoá-los.

Caso se consolide um sistema processual de múltiplas sedes resolutivas, modelo que já se desenvolve doutrinariamente, o encaminhamento da reflexão no plano teórico e prático acerca da atividade resolutiva extrajudicial e do uso de mecanismos alternativos aprofundará o nexo que existe entre duas sedes, a judicial e a extrajudicial, gerando uma influência recíproca e inevitável a aperfeiçoar e enriquecer os dois espaços.

Realizada a distinção das formas resolutivas do sistema processual e sob uma concepção ampliada do conceito de *processo* é possível consolidar, a respeito de tais formas, que elas consubstanciam processos distintos, mas integrados, uma concepção que aqui se trata como sistema pluriprocessual.

Azevedo (2003, p. 165-168) o define:

> Com o pluriprocessualismo busca-se um ordenamento jurídico-processual no qual as características intrínsecas de cada processo são utilizadas para se reduzirem as ineficiências inerentes aos mecanismos de solução de disputas, na medida em que se

> escolhe um processo que permita endereçar da melhor maneira possível a solução da disputa no caso concreto. [...] para fazer uso dessa pluralidade de distintos processos mostra-se em desenvolvimento um sistema processual no qual o Estado estimula as partes a utilizarem de diversos processos, de acordo com as características intrínsecas de cada disputa. A esse sistema processual voltado a assegurar maior efetividade ao próprio sistema denominamos de sistema pluriprocessual.

Esta designação vem ao encontro do princípio da adaptabilidade. Dinamarco (2000b, p. 290) abona essa perspectiva ao afirmar que, nos termos da perspectiva instrumentalista, o procedimento há de afeiçoar-se às peculiaridades de cada litígio mediante a aplicação do princípio da *adaptabilidade*.[...]

Em suas próprias palavras:

> Os procedimentos, em dada ordem processual, são aqueles que a lei institui. É a lei, ainda, que dá a cada procedimento que institui as destinações que entende. Daí, todo interesse pela adequação do procedimento, que em primeiro lugar se põe ao legislador, para as suas determinações tomadas segundo critérios de conveniência; depois ao demandante, para a escolha correta no momento de vir o juízo; e finalmente ao juiz, para o reconhecimento ou negação da correspondência entre o procedimento indicado pelo demandante e o correto. (DINAMARCO, 2000b, 290-291).

Uma perspectiva pluriprocessual coincide também com o princípio da pré-ordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos, correlato à garantia do acesso à justiça. A evolução adequada de um sistema de distribuição de justiça passa por providências de organização dessa pré-ordenação, no plano legislativo e doutrinário. (MARINONI, 2006, 32).

Salles (2003, p. 41,43) defende que o gerenciamento do ajuste do binômio composto pelo direito material (o sistema primário de normas) e pelo direito processual e suas normas (como sistema instrumental, secundário) enuncia qual o papel que o direito e a atividade judicial possuem em uma determinada sociedade. Explicitando. A intersecção entre normas processuais e de direito material traduz, necessariamente, um dado entendimento sobre o papel e as limitações do poder jurisdicional, bem como a significação de sua atuação na proteção de direitos.

A evolução teórica até aqui relatada indica que o paradigma do acesso à justiça e do processo de resultados (ou de efetivação de direitos) defendido pelo instrumentalismo

autoriza o manejo do sistema de justiça sob o prisma de sua composição por vários "processos" distintos.

O êxito de uma prática nessas bases se encontra vinculado à assimilação de técnicas desenvolvidas com marcante conteúdo interdisciplinar. Azevedo (2003, p. 167) refere parte de uma riquíssima literatura de formação, acenando para outras fontes. Destaca Bush (1994); Fisher e Ury (1994); Haiffa (1982); MOORE (1998) e acena para outras indicações bibliográficas.

Ajunta-se, aqui, como referência obrigatória, o Programa de Negociação da Escola norte-americana de Harvard, Cambridge, Massachussets (PON ––– Program on Negotiation at Harvard Law School). [53]

Chama a atenção nesses enfoques alienígenas a direção que eles apontam ao modelo de acesso à justiça, na medida em que não se propõem apenas a reduzir a chamada litigiosidade contida, mas a alcançar a *litigiosidade remanescente*, aquela que persiste, por não chegar a ser tocada num processo heterocompositivo (o processo judicial). Volta-se a um modelo mais preventivo que repressivo e à educação dos envolvidos para melhor compor seus conflitos, no momento e para o futuro, mediante o encorajamento do uso de técnicas mediadoras e negociadoras; de comportamentos mais compreensivos numa arena deliberativa mais disponível em face das necessidades e sentimentos alheios (AZEVEDO, 2003, p. 169).

Num sistema multiprocessual a necessidade da adequação da formação e do exercício profissional dos magistrados integra a própria dogmática, constituindo lugar comum a constatação de que a questão da efetividade das tutelas a direito como eficiência qualitativa se vincula ao desenvolvimento de uma postura de *gerenciamento ou gestão* da operacionalização de tais processos. A este comportamento judicial cooperativo e pacificador

[53] Disponível em <http:\\www.pon.harvard.edu\>. Acesso em: 7.ago.2006

deverão aderir os demais operadores jurídicos, por integrarem o sistema como partícipes do processo de preparação da decisão.

A propósito de um modelo pluriprocessual relatar-se-á, na Seção 13 da terceira parte, alguns aspectos do debate norte-americano (com ampliações a outros sistemas do common law) acerca do desdobramento de uma infra-estrutura judicial para abrigar espaços resolutivos que permitam o pleno uso do princípio da adaptabilidade do procedimento no âmbito do processo judicial e também fora dele. [54]

Trubek et al. (1983, 122) diagnosticam esta necessidade de um reequilibrio entre a dimensão jurisdicional e suas equivalentes:

> Perhaps the right approach is not to reach for wholly new institutional alternatives to a hypothetical process of adjudication, but to understand the nonadjudicative dimensions of litigation, to see how and why they work, and to seek to make this dimension of the litigation process even more central and effective.

10.3 Uma teoria de processo para processos

Adota-se uma teoria do processo que não se cinge à jurisdição e ao processo judicial que prepara esta última, mas que maneja o conceito de processo como *tipo*, como *esquema*, como categoria de teoria geral do direito. Com o conceito de processo como *modelo constante*, como *forma*. Desta, se desdobram os espécimes, os diversos tipos de processo que servem ao ordenamento jurídico com seus princípios próprios e fundamentais, preservando-se, quanto a este molde nuclear, uma perspectiva sistemática que permite manejar o ordenamento jurídico como unidade. A partir dessas premissas, o estudo de teoria do processo deixa de ser apenas o estudo dos processos jurisdicionais, objeto do direito processual civil e

[54] Este tipo de enfoque comparativo, como se verifica ao longo desta exposição, tem se apresentado em teoria do processo. Guerra (1999, p. 71-108) se vale de um estudo comparativo sobre a jurisdição de equidade (*equity)* como abrigo a tutelas específicas (*specific performances*) e de mecanismos de coerção para propor um modelo de resultados em execução indireta.

passa a abrigar outros tipos de processos em formatos específicos, ampliando-se numa dimensão que Fazzalari (2006, p. 102-105) denomina de *direito processual geral*.

O sistema de acesso à justiça civil, tanto no plano do normado quanto no plano teórico-dogmático centraliza-se, ainda hoje, na organização do processo judicial. A cadeira de Teoria Geral do Processo constitui o espaço na estrutura curricular destinado à informação acerca das demais formas de resolução de conflito.

A teoria das equivalentes jurisdicionais é tratada como uma espécie de preparo ou adjutório à compreensão do processo jurisdicional, que lhe segue, na organização dos programas. (GRINOVER et al., 2000; ALVIM, 2001).

A teoria das equivalentes compõe um corpo abreviado de ensinamentos introdutivos ou básicos, no interior de uma disciplina de introdução ao estudo do direito processual jurisdicional. A arbitragem, por ser uma técnica resolutiva alternativa à jurisdição positivada pelo ordenamento jurídico, ganha um capítulo especial. (SILVA; MORAES; BARBIERI, 2002). A dogmática convencional pretere o papel do processo como um espaço multicêntrico de resolução de conflitos, com as respectivas sedes e técnicas resolutivas a respeito das quais não deveria se ensinar primazia ou precedência.

Guerra Filho (2000, p. 61-62) oferece explicações para este enfoque ao analisar o conteúdo e objetivos da disciplina processual de Teoria Geral do Processo, ressaltando sua abordagem realizada pelos processualistas filósofos como Wilhelm Sauer e Francesco Carnelluti, distinguindo-os dos conteúdos e metas de uma teoria do processo, nos termos elaborados por Fazzallari. (2006). Acerca da crítica ao formato epistemológico da disciplina e propostas ver o artigo escrito por Guerra Filho denominado *Teoria Geral do Processo: em que sentido?* (1995).

Delimita este autor, os fins dessa disciplina:

> Ela hoje integra o currículo jurídico brasileiro e de diversos outros países latino-americanos, gerando uma bibliografia voltada mais para atender essa demanda didático institucional do que propriamente ocupada com a realização do projeto

> epistemológico, na realidade, bastante utópico de uma tal disciplina. (GUERRA FILHO, 2000, p. 61-62)

Ao opinar a respeito de uma recondução de seus conteúdos à Filosofia do processo e à Teoria do Processo defendendo a extensão de seu objeto a outras formas processuais "inclusive não-judiciais", permitindo-se a "comparação extra-sistemática com ordenamentos processuais de outros países", Guerra Filho (2000, p. 63-64) defende para esta o desenho de uma ciência-de-síntese, uma teoria que reflita o processo como dimensão do direito, "o qual se pode mesmo definir em termos de procedimento ordenador da conduta, por meio das normas de validade geral que este procedimento se destina a ir produzindo no correr do tempo".

Nos países do *common-law* uma teoria processual com esses objetivos é referida como *metaprocedure* (metaprocesso), uma aproximação teórica entre filosofia do processo e teoria processual, na qual se examina a solução judicial sob um crivo multidisciplinar e também outras matérias como o valor do processo para a cultura, a adequação do binômio materialidade—processualidade, a incidência de matérias de interesse público, a modelagem da adjudicação como uma parte de um *continuum* institucional, concepções alternativas à adjudicação judicial, a litigância de interesse público entre outras matérias. (GUERRA FILHO, 2000, p. 62-63).

O mesmo autor assim a define:

> A teoria do processo pode ser encarada como uma disciplina aglutinadora de dados sobre o seu objeto formal de estudo, provenientes das mais diversas fontes: sociologia, história, ciência política etc. Por outro, cabe a ela trabalhar o aparato conceitual empregado na descrição propriamente jurídica do objeto material, que compartilha com aquelas disciplinas não jurídicas, em busca de categorias passíveis de ser aplicadas às suas múltiplas manifestações. (Ibidem, p. 64).

A perspectiva multiplamente conceitual do processo reforça o prestígio da visão desse instituto como um procedimento. O processo não é algo distinto do procedimento sendo este a forma pela qual aquele se exterioriza e se faz reconhecer. A tradição processualística, ao construir conceitualmente esse instituto agregou ao elemento

procedimental o componente *relação jurídica processual* para integrar o conceito de processo e acentuar o seu caráter de método para atingir um fim. Chegou-se a definir o processo por este elemento, representando o procedimento apenas sua forma de exteriorização.[55]

Mas o procedimento, como assinala Dinamarco (2000b, p. 127-128), é o penhor da legalidade no exercício do poder. Possui dignidade epistemológica e a ela se alude para ressaltar a importância do molde procedimental que servirá a qualquer atividade preparatória de resolução conflitiva, uma mecânica da aplicação do devido processo legal.

O exemplo por excelência de uma teoria de processo que acolhe a multiplicidade processual nos moldes acima descritos é aquela elaborada por Hélio Fazzallari, exposta em seu livro *Instituições de Direito Processual* (2006), recentemente traduzido em língua portuguesa. Utiliza-se aqui desta teoria e de sua premissa conceitual porque, embora se necessite de uma perspectiva do instituto do processo que esteja centralizada no plano estatal — a atividade de administração da justiça é um serviço público — necessita-se, também, de uma teoria de direito processual que se ocupe de uma forma ampliada, da especificidade de outros *processos — regras fundamentais de seus vários tipos e respectivas noções* — além do processo *jurisdicional* civil, um dos seus objetos específicos. (FAZZALLARI, 2006, p. 104-105).

Trabalha-se com esta visão estrutural:

---

[55] Dispensa-se, por desnecessário, o relato da construção do conceito de processo desde 1868, a partir da *teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, obra escrita por Oskar Von Bullow e que o instituiu também como uma relação jurídica autônoma da relação de direito material que nele se discute. A relação processual, em definição simplificada, corresponde ao vínculo pelo qual se ligam os sujeitos que do processo participam, consubstanciada, segundo Grinover e outros (2000, p. 284), "nos poderes, direitos, faculdades e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições e ônus. Através da relação jurídica, o direito regula, não só os conflitos de interesse entre as pessoas, mas também, a cooperação que estas devem desenvolver em benefício de determinado objetivo comum". Este elemento conceitual configura uma espécie de *ânima* do processo, a dinâmica que impulsiona o procedimento. O processo não se reduz a uma relação jurídica, porém. Segundo os mesmos autores, é uma entidade complexa, podendo ser encarado sob o aspecto dos atos que lhe dão corpo e da relação entre eles (procedimento) e, igualmente, sob o aspecto das relações entre os seus sujeitos (relação processual): a observação do fenômeno processo mostra que, se ele não pode ser confundido com o mero procedimento (como fazia a doutrina antiga), também não se exaure no conteúdo puro e simples de relação jurídica processual. Deter-se nesta discussão acerca da dicotomia intestina do conceito de processo não cabe nos lindes desta tese, nem tem pertinência com o tipo abordagem escolhida.

> O processo é uma estrutura na qual se desenvolvem, segundo o ordenamento estatal, numerosas atividades de direito público, principalmente deveres fundamentais do Estado, mas não somente e algumas atividades de direito privado (Ibidem, p. 27).

A teoria fazzallariana, embora reflita com a tradicional teoria política da tripartição do Poder do Estado, mediante a distinção das três funções políticas — Judiciária, Legislativa, e Executiva (ou Administrativa) — e aceite a necessidade de uma *ratio distinguendi* entre funções pelas características das atividades que nelas se inserem, admite a existência de *pontos comuns* entre elas e, por outro, admite a possibilidade de ampliação das funções estatais à medida em que novos poderes e, por outro, deveres lhe são entregues e que outros entes públicos, que não o Estado venham a cooperar para a absorção de funções de interesse geral. (FAZZALLARI, 2006, p. 29-31).

O processo, mesmo como estrutura transcendente ao âmbito estatal, integra de modo essencial e inseparável a instituição do Estado, na medida em que, como entidade abstrata, ela se manifesta através de seus órgãos e estes se pronunciam através de atos designados como *provimento*. Tais atos — os provimentos — para existirem, pressupõem uma seqüência de atividades, pressupõem *procedimento* e se apresentam como sua conclusão. (Ibidem, p. 32-33).

O ordenamento jurídico estende a experiência do *processo* desde o direito público até o direito privado, constatando-se uma tendência histórica de se entender o seu emprego fora da jurisdição, porque como modelo de participação dos interessados, serve a veicular atividades desenvolvidas mediante interesses em contraste. (Ibidem, p. 37). Cuida-se, pois, de estrutura e instrumento através do qual a atividade do Estado e mesmo a atividade de outras estruturas de poder se desenvolvem.

Partindo de uma análise da conexão entre atos e efeitos, de seqüência de normas, posições subjetivas (posições de que fruem os sujeitos interessados), define Fazzallari o procedimento como *gênero*, "série de normas cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou obrigatória), mas que enunciam como

condição de sua incidência o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série e assim, por diante, até a norma reguladora de um ato final". (FAZZALLARI, 2006, p. 93).

O procedimento é geralmente definido do ponto de vista dos atos que o integram, é a sucessão destes no segmento temporal, no qual cada ato da série segue o outro, conforme uma ordem estabelecida na lei. O efeito jurídico decorre do provimento a que o procedimento dá origem, mas aquele não resulta íntegro sem o seu pressuposto. A integridade dessa seqüência, sua conformidade legal, o cumprimento do papel de cada ato procedimental, é o que gera a eficácia e validade do provimento seja de uma fase incidental, ou seja, de uma fase final. (Ibidem, p. 114-116).

Se na atividade de formação do provimento, o procedimento é regulado de modo a assegurar às pessoas em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos, o conhecimento da atividade de quem decide ou julga; se a participação dos destinatários do ato decisório se dá de modo que os *interessados* contrapostos (aqueles que aspiram a emanação do ato final-*interessados em sentido estrito* — e aqueles que queiram evitá-lo, *os contra-interessados*), se encontrem em plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o *contraditório,* é dizer, realiza-se de modo mais articulado e complexo. Está-se, graças ao contraditório, sob uma *espécie* procedimental que é o *processo.* (Ibidem, p. 94).

Diante da essencialidade do conceito para compor um dos objetos deste trabalho, os processos investigativos administrativos do MP visando a tutela transindividual, transcreve-se o seu enunciado literal:

> O processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades. [...] Existe, em resumo processo, quando em uma ou mais fases do item de formação de um ato é contemplada a participação não só — e obviamente — do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar. (Ibidem, p. 118, 120)

Os traços distintivos entre procedimento (como gênero) e processo (como espécie) necessitam ser acentuados para o tônus necessário na estrutura que carrega o modelo processual, como algo de verdadeiro e próprio.

Os traços que identificam o processo constituem a sua estrutura dialética, o contraditório, a participação dos interessados no preparo do provimento final, a paridade de suas posições na mútua implicação de suas atividades, a relevância desta atividade para o autor do provimento, de modo que, a cada contraditor, possa caber um maior ou menor conjunto de escolhas, reações, controles e ele deva sofrer controles e reações dos demais. Este desenho leva o autor do provimento a prestar contas do resultado. (FAZZALLARI, 2006, p. 119-120).

O traço identificador de um processo em sua estrutura dialética permite que se busque desenhá-lo através séries de atos, normas e posições dirigidas aos interessados, séries que se enlaçam entre si numa unidade; os interessados são, assim, considerados a partir da suposição de que os efeitos do ato repercutirão sobre eles, legitimando-os à ação. A ênfase que esta teoria empresta ao contraditório permite que se aprofunde e identifique melhor a sua dinâmica.

Tome-se figura do contraditor, isto é, daquele que controverte. Fazzallari (Ibid, p. 123) explora os limites do contraditório através do tratamento da posição do contraditor, o interessado na atividade contraditória. O autor do ato final pode ser um dos contraditores, embora nem sempre assim ocorra. Como protagonista do *iter* processual, guiará a atividade contraditória com poder de desenhar-lhe os objetos e acolhê-los ao final, mas isto não o coloca na posição de parte da situação que aquele ato se destina a criar. Em suas palavras: “isto acontece geralmente para os órgãos públicos em sede de administração ativa e em tal hipótese o autor do ato final se voltará contra um ou mais sujeitos (quantas sejam as ‘partes’ daquela situação)”.

Quando o autor do provimento desempenha o papel de contraditor, embora sem ser parte, importa uma conseqüência essencial. Mesmo em se tratando de órgão público dotado de *imperium*, na fase preparatória do ato ele se *mantém em simétrica paridade em relação aos contraditores.* Alinha-se a conclusão do autor:

> E neste diapasão a posição do autor do ato final e a posição do interessado colocado em contraditório continuam a se distinguir mesmo quando pertençam à mesma pessoa: a estrutura processual fica marcada pela posição de paridade dos interessados no contraditório, distinta da posição na qual se coloca o órgão público, na fase em que — tendo conhecimento dos resultados do contraditório, executa o ato final.[...] todavia o processo é reconhecível cada vez que, mesmo reduzidos os poderes dos contraditores, são realizadas entre eles, posições simetricamente iguais. (FAZZALLARI, 2006, p. 123-124).

As questões, que podem ou não ser controversas entre os partícipes (sendo mais comum que o sejam), ao se porem como temas do processo, elaboram elas mesmas o feitio deste último. O ato final para o qual o processo se destina também o identifica. Isto equivale a dizer que é possível identificar a existência de um processo em razão dos temas e pelo modo do desenvolvimento do contraditório. A teoria fazzalariana enfatiza uma idéia plástica de procedimento. O *iter* procedimental pode permitir várias fases e vários provimentos, distinguindo-se cada uma delas segundo a atividade que a compõem. Elas são unificadas pelo resultado para o qual se perfazem. (Ibidem, p. 126-127).

O estudo do processo consiste no apreender das normas que o regulam, na análise dos atos que o integram e os princípios do processo são aqueles que se pode abstrair das normas que disciplinam cada atividade que nele se realiza. A inserção desses atos no processo por sua vez se faz em função do contexto que o processo espelha, o que significa a observação de uma implicação recíproca de validade entre ato processual e contexto processual. (Ibidem, p. 127).

Merece registro ainda o tratamento que a dogmática jurídica dispensou aos conceitos de processo e procedimento, porque, entre outras coisas, ele explica por que até os anos 50 do século passado foram os administrativistas resistentes à idéia de um *processo administrativo*.

O mesmo autor (Ibidem, p. 110-112) diz que os processualistas, “talvez pela imponência do fenômeno”, sempre tiveram dificuldades com o conceito de processo e permaneceram ligados, durante alguns decênios no século passado ao clichê pandectístico da definição como *relação jurídica processual*. Quando mudaram o conceito de *procedimento* colhido dos publicistas, não aprofundaram um conceito completo de *processo*. Por sua vez, os administrativistas, em seu ramo de saber, elaboraram a disciplina do *procedimento* tomando como modelo as atividades procedimentais da justiça (judiciária) sem concluírem, porém, que o modelo procedimental que estudavam não era estritamente judicial, mas *um esquema de teoria geral*, utilizável e utilizado “em qualquer setor do ordenamento jurídico”, além da jurisdição, portanto, também na administração pública.

Na Itália, por exemplo, somente nos últimos anos noventa, em seara administrativa, assentou-se a idéia de *processo* com o estabelecimento, como *regra geral*, da participação de todos os interessados no *procedimento administrativo* (Lei 241, de 7 de agosto de 1990). (FAZZALLARI, 2006, p. 112-113).

Medauar (2006, p. 162) também refere a convergência dos estudos nos ramos do direito administrativo e processual, apenas a partir dos anos 50, uniformizando-se a compreensão do conceito de processo como a dinâmica de um fenômeno que se vai concretizando em muitos pontos no tempo e refletindo uma passagem de poder em atos ou decisões. Em suma, um vir-a-ser que acontece no exercício de todas as funções de poder (legislativa, executiva e judiciária) ao qual ela designa de *processualidade.*

Abre-se um parêntese para anotar, com Mello (1995, p. 275), que o procedimento recebeu pouca atenção da doutrina administrativista (p. 269), considerando-se que tal instituto se destina ao importante mister de estabelecer controles “desde dentro”, ao longo da própria formação da vontade da Administração, ao invés de contentar-se com controles “desde fora”, como o que oferece o judiciário. Quanto aos seus objetivos, observa o

de resguardar os interesses dos administrados, mediante a possibilidade de que sua voz seja ouvida antes da decisão que irá afetá-lo e, ainda, o de concorrer para uma administração mais clarividente por sediar considerações de conveniência e oportunidade, permitir ponderações sobre a melhor solução entre administrados e interesse do Estado.

Mello (1995, p. 279) não distingue entre *processo* e *procedimento*, esclarecendo que uma "sucessão de atos tendentes a uma finalidade é um processo e que há, sem dúvida, formas específicas de realizarem-no, isto é, aspectos externos dele, os quais constituem os procedimentos". E embora se renda à tradição da designação *procedimento administrativo* ao tratar do tema *processo administrativo*, posição a que se adere nesta tese, adverte que a expressão procedimento minimiza a importância deste instituto e "ensombrece sua adscrição aos cabíveis rigores que a expressão processo insistentemente evoca".[56]

Na teoria fazzallariana os processos administrativos abrem-se a especializações. Não devem ser confundidos com os processos jurisdicionais administrativos. Ora realizam 'função de controle' da Administração sobre seus próprios provimentos, ora se concretizam na "Administração Ativa", provendo a proteção de um interesse a esta confiado (FAZZALLARI, 2006, p. 711).

O conceito *processo da administração ativa* é aqui adotado porque a ele se afeiçoam os procedimentos investigativos que instruem a tutela judicial ou preparam a tutela extrajudicial de interesses transindividuais, seja através de provimentos administrativos ou do ajuizamento de uma Ação Civil Pública em busca da prestação jurisdicional de proteção.[57]

Por isto, a transcrição literal:

---

[56] O STJ desde longa data pacificara a divergência em torno da existência de um procedimento administrativo com características distintas de um paralelo processo administrativo ao decidir :"A cláusula do *due process of law*, com as suas implicações e conseqüências, têm aplicação no procedimento administrativo, o que resultava de modo implícito da Constituição de 1967 e está previsto, expressamente, na Constituição de 1988, artigo 5.º, LIV e LV. No caso, avocando o Ministro de Estado a prática de ato de competência do diretor do DAC, competência inscrita no regulamento, aplicou maus tratos no princípio do *due process of law* (cf. *RDA* 179, p. 163)

[57] Os exemplos de processo que a este tipo se equiparam, ofertados no processo de concessão de "desvio de águas públicas" e o de modificações sobre a ópera cinematográfica, apresentam indiscutível teleologia coletiva, uma nota de preventividade, outra de consensualidade e são protagonizados pelo ente público, em cumprimento ao dever de proteção, dever de tutela que lhe fora confiado. (Ibidem, p. 726)

> Com ele a administração pública em vez de dispor *tout court*, e de esperar a sucessiva reação dos destinatários do ato, provoca e realiza um contraditório entre e com aqueles sujeitos antes da emanação do provimento". (FAZZALLARI, 2006, p. 724).

Um registro deve ser feito quanto a uma espécie de procedimento administrativo, ao qual se poderia assemelhar o Inquérito Civil se a ele se atribuir a natureza de mero *procedimento,* como quer a doutrina processual.

Fazzallari (2006, p. 726-727) assim os descreve:

> Não merecem, ao invés, ser catalogados entre os processos aqueles esquemas nos quais é contemplada a participação do interessado meramente episódica, e sob um plano inferior em relação àquele da administração pública. [...] Aqui não existe contraditório, nem paridade de posições — na fase preparatória — entre o órgão da administração pública e o privado. Pode-se colher nesses casos, as relações que reclamam a disciplina do processo (como a necessidade da 'contestação' isto é, a necessidade que o privado seja advertido e colocado em condições de desenvolver deduções) e, antes, em razão disso, os cânones que governam os verdadeiros e próprios processos podem ser utilmente aplicados para a melhor atuação de tais relações, mas do processo há defeito *(sic)* o elemento fisionômico essencial.

Ainda segundo este autor, os processos administrativos carecem de orientações mais completas e precisas, contando às vezes somente com a previsão sobre o desenvolvimento do *iter* procedimental sob contraditório. Necessitam, pois, de arquétipos melhor disciplinados. A difusão das estruturas processuais em todos os âmbitos da atividade estatal não trouxe consigo a consciência de sua ocorrência e dos deveres com ela conexos. O arquétipo utilizado para o âmbito administrativo é sempre o da jurisdição civil. Mas uma teoria mais ampla e compreensiva é reclamada em favor da montagem de um esquema básico — um núcleo de relações unitárias — e, a partir dele, modelos diversificados e flexíveis. (Ibidem, p. 727-728).

No que tange à participação dos processos e à legitimação para intervir, reconhece-se tal direito aos contraditores nos quais os efeitos do ato repercutirão e não se o reconhece apenas mero interessados de fato. A publicidade dos atos do processo desde a sua instauração e seu desenvolvimento derivam do contraditório.

Este princípio (o contraditório) determina tudo no formato do processo, desde a liberdade de escolha das estratégias de defesa, produção de provas, exibição de documentos

e coisas, proibição de presunção em favor do órgão público, mesmo em processos inquisitórios, direito à assistência por um experto, motivação sobre o uso do processo e resultados na produção do ato final, e sobre todas as outras, a base do princípio da lealdade e da probidade dos participantes. (FAZZALLARI, 2006, p. 732-733).

O mesmo autor (Ibidem, p. 733-734) finaliza admitindo que, a par das regras comuns, é necessário evidenciar as diferenças específicas em face de modelos processuais diversos, lembrando a importância de colmatar as lacunas de alguns processos. Quanto às impugnações, seus regimes e tipos, não se afiguram essenciais ao conceito de processo, mas não se pode negar que o uso do princípio inquisitório em processos em que o autor do provimento é a administração pública, "repercute sobre o alcance e sobre o jogo do ônus probatório".

Com a evolução do Direito Administrativo, o processo administrativo reúne proximidade cada dia maior ao judicial porque os objetivos deste ramo do direito foram se ampliando na medida em que se alteravam as funções do Estado e da Administração, as relações entre Estado e Sociedade, o próprio conceito de Direito Administrativo. O processo expressa um fator de legitimidade não apenas de um ato administrativo, mas da legitimidade da Administração. O processo administrativo também se define por uma atuação das partes em contraditório, esteja o administrado ante a administração ou ante outro sujeito, ambos perante a administração. (FAZZALARI, 2006, p. 164). Esta equiparação ao processo judicial apresenta-se licenciada pelo próprio texto constitucional conforme dispõe o artigo 5.º inciso LV, CF. [58]

Uma teoria que permite o entrelace da teoria do processo com a moderna teoria da Administração Pública acrescenta ao aperfeiçoamento de um modelo de processo

[58] "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes."

administrativo que servirá ao novo referencial administrativista contemporâneo, consoante se verá na Seção 12 da terceira parte.

11 TUTELA DOS DIREITOS E REFORMA DO ESTADO: A ALTERNATIVA CONSENSUAL

11.1 A globalização como cenário

Nenhuma perspectiva teórica que focaliza descentralização de funções estatais e novos modelos resolutivos institucionais escapa à necessidade de descrever o pano de fundo sobre o qual os processos decisórios se exercitam em todas as esferas de poder. Três temáticas não podem deixar de ser abordadas para isto. O fenômeno do Neoconstitucionalismo, como uma nova teoria do direito, que desloca parcialmente o eixo jusnormativo do Estado (eixo na lei) para o eixo da sociedade (eixo no direito), operando-se a supralegalização das matérias atinentes aos valores da pessoa, para que estas fiquem preservadas das flutuações legislativas. (MOREIRA NETO, 2006, p. 101). Ao lado desta temática, o fenômeno das sociedades globalizadas e, por último, a reforma do Estado, e sua repercussão na Administração Pública.

Este cenário pode ser inicialmente descrito a partir da Revolução da Informação e suas repercussões nas estruturas sociais, no Estado e na organização de suas atividades, num período em que também se reestrutura globalmente o capitalismo. Como um produto da rede informacional que hoje cobre o planeta, os processos sociais não se conectam mais linearmente sob a lógica de uma comunicação hierarquizada transmitida em forma de pirâmide, modelada numa estrutura estamentária, mas se interligam em redes, uma nova morfologia social através da qual se reorganizam as relações de poder. (Ibidem, p. 84).

A globalização resulta de um movimento de dilatação do interesse das sociedades num movimento de expansão, instrumentalizada por um período de intensa difusão cultural e dinamismo do poder, repercutindo na estrutura unitária organizativa do Estado. Ela opera o que se chamou de desagregação da organização estatal. Inúmeros órgãos, entidades, constitucional e administrativamente independentes e até dotadas de atividades

normativas, substituíram as funções de poder tradicionalmente tripartidas, típicas de um estado biclasse, num mosaico de funções próprias de um Estado pluriclasse, vocacionado a uma sociedade pluralista em interesses e demandas. (MOREIRA NETO, 2006, p. 85).

Como expressão polissêmica, plurivalente e ambígua, a globalização pode ser considerada valorativamente (como *valor*) e, nesta condição, comporta diversos conteúdos e entendimentos — subjetivamente pode ser avaliada como um bem ou um mal — e pode ser considerada como *fato*, um fato objetivo da vida social, por conseguinte inafastável. (Ibidem, p. 248).

Neves (2001) critica o termo globalização diante do seu uso "abusivamente ideológico", "palavra-chave de uma retórica inconsistente". Prefere abordar tal processo social a partir do tema "sociedade global" ou "sociedade mundial", nos moldes desenvolvidos a partir do século XVI.

Entende o autor que a sociedade global evolui de tais sociedades mercantilistas:

> uma intensificação dessa sociedade, que se constrói, primariamente a partir da economia da técnica da ciência e dos meios de comunicação de massa: relações sociais e comunicações intensificam-se além das fronteiras dos Estados como organizações político-jurídicas territoriais e das fronteiras culturais entre "nações e etnias". [...]. Antes falar em sociedade mundial moderna na qual as comunicações se reproduzem globalmente e, portanto, o horizonte do agir e do vivenciar ultrapassa todas as fronteiras regionais. Essa sociedade, porém, está diferenciada segmentariamente, no âmbito político-jurídico em Estados, enquanto organizações territorialmente delimitadas e comporta as mais diversas culturas. (NEVES, 2001, p. 331-332).

O mesmo autor destaca, com apoio em Luhmann, a importância do conceito de sociedade complexa. Para Neves (2001, p. 332) uma sociedade é supercomplexa

> porque as alternativas possíveis de condutas, comunicações, relações e fatos sociais são muito maiores do que aquelas que se podem realizar efetivamente em uma situação concreta. A complexidade implica por sua vez, contingência. Esta significa que, entre as diversas possibilidades, pode atualizar-se uma que não era esperada, importando "perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos". A supercomplexidade e a supercontingência da sociedade global

Importa tomar isto em consideração porque se imagina que, constituindo a globalização um processo social, sua dinâmica amplia nos indivíduos a consciência de suas

necessidades e a aptidão para buscar o seu atendimento. Isto se traduz em aumento de participação e capacidade de reivindicação quanto à atividade decisória em qualquer nível. Este *modus* contribui para a realização de uma democracia em sentido material como atendimento de valores convivenciais eleitos. (MOREIRA NETO, 2003, p. 546-547).

A globalização, como forma de vida, pressupõe eficiência sócio-econômica. Moreira Neto (2003, p. 549) avalia que para um Estado, como o brasileiro, que sempre travestiu perigosamente a subordinação do interesse público a interesses privados na expressão *supremacia do interesse público*, mascarando a ineficiência e se beneficiando da apatia participativa, a necessidade de ajustar-se poderá induzir resultados salutares. Se a expectativa de eficiência inerente ao mundo globalizado enlaça Estado e Sociedade "solidarizados na democracia", pressupondo a aptidão da coletividade, por outro lado, espera um Estado responsivo e responsável pelos valores que incorpora.

O valor eficiência põe-se também à política organizando-se o poder em qualquer função ou dimensão, para adequar-se *subsidiariamente* às novas demandas, reduzindo-se como resultado da informação a tolerância com a *ineficiência* do setor público. As demandas sociais, expandidas qualitativa e quantitativamente alteram a definição de espaço público para entendê-lo como um espaço de interesses transindividuais, portanto, não estatal, em progressivo crescimento, transcendente aos saberes tradicionais dicotomizados em direito público e privado. (Ibidem, 2003, p. 552).

A globalização como objeto de pesquisa encontra-se ameaçada por chavões mitificadores e ideológicos divididos entre catastrofismo, saudosismo e conspiração.

A atitude catastrofista vê na globalização, um prenúncio de anarquia, séria ameaça à liberdade. A atitude saudosista visualiza apenas o fim do Estado-Providência, sem atentar ao fim da proteção paternalista, dos favores e privilégios, nada restando senão enfrentar a dura competição atual; a atitude conspiratória justifica a globalização como uma

estratégia de dominação protagonizada pelos Estados Unidos ou grupo de Estados, através de uma espécie de cartel neo-imperialista ou, ainda, o empreendimento da dominação econômica por ávidas e poderosas empresas transnacionais, subjugando tudo a seus interesses financeiros. (MOREIRA NETO, 2003, p. 554).

O autor não afasta, contudo, os efeitos desviantes do fenômeno globalizador, defendendo, "sem emocionalismos e radicalismos fáceis", uma atitude crítica indispensável, para uma administração favorável dos efeitos da globalização seja no plano individual, empresarial ou nacional. (Ibidem, 2003, p. 555).

Neves (2001, p. 146-147) adverte contra o "reducionismo da justiça a uma expressão jurídica de eficiência econômica", contrapondo-se à proposta do movimento americano *law and economics*. Ele se opõe à trivialização econômica do direito, porque a razão que o estrutura e institui não pode ser reduzida mediante a aplicação espúria da racionalidade econômica ao sistema jurídico. Adverte para os perigos do expansionismo econômico sobre os demais sistemas sociais e em relação a um modelo normativo de justiça. Para uma justiça como igualdade complexa, tratamento do igual/desigual sensível à heterogeneidade dos sistemas e dos discursos é necessário combater este expansionismo econômico visando preservar a autonomia dessas esferas.

Não há como ignorar, porém, que um novo modelo de reorganização político-econômica se estabeleceu, com repercussões no desenho do papel do Estado, marcando alterações profundas no desempenho de suas funções de poder e é nesta perspectiva que o tema da globalização interessa: o monopólio legislativo será substituído gradativamente por um sistema de comandos normativos, descentralizado e polivalente, remanescendo as Casas Legislativas com o monopólio apenas da política legislativa de firmar princípios e baixar normas gerais. É a isto que se chama *regulática*. A função administrativa abre espaços à consensualidade sem substituir as suas formas de atuação imperativa tradicionais, porém,

desvestindo-se de suas formas burocratizadas para agir em *parceria* com a sociedade. (MOREIRA NETO, 2003, p. 560).

Esbatem-se também os limites de atuação entre Administração e Judiciário ao se convocar a Administração Pública a "cooperar com uma atuação vestibular de controvérsias, não mais no controle da legalidade, mas também, no da legitimidade e até na licitude". (Ibidem, 2003, p. 561). Moreira Neto sugere uma tipologia da consensualidade referindo-se às três funções fundamentais do estado.

A consensualidade como característica da Administração Pública aproxima-a também da atividade resolutiva de conflitos, protagonizada pelo Judiciário, diferenciando-se a partir da apropriação em sede procedimental de técnicas resolutivas como arbitragem, conciliação e mediação, os conceitos de monopólio da jurisdição (pelo judiciário) e de monopólio da Justiça (pelo Estado). A postura de ponderação e flexibilidade a respeito dos interesses em jogo deve ser instrumentalizada por processos administrativos abertos e transparentes objetivando produzir, sob o critério finalístico, fórmulas concretas ou gerais que se apresentem o mais eficientemente possível numa revisão sobre o que é ou não *indisponível* para o Estado Administrador. (Ibidem, 2003, p. 561).

O processo de globalização não elide, por conseguinte, o monopólio da imperatividade pelo Estado, para decisões que a ele caiba tomar. Mas determina a necessidade, no campo das questões políticas, de disponibilizar o Estado, a via da cooperação e colaboração em tudo o que possa ser atendido com vantagem pela consensualidade. Ampliação de um debate aberto e negociação de interesses transindividuais. Modifica-se, desse modo, o conceito de interesse público que se descola do interesse do Estado para ser o interesse que o direito tutela, *um modo específico de atendimento* (MOREIRA NETO, 2003, p. 559, grifo nosso).

11.2 A constitucionalização dos direitos

Em paralelo ao processo expansivo da globalização econômica, tem-se o desenvolvimento do processo de globalização política protagonizado pelo Constitucionalismo Contemporâneo ou Neoconstitucionalismo. Constituem suas premissas: o desaparecimento de qualquer alternativa ao princípio democrático, o acolhimento da jurisdição concentrada com fundamento do princípio da supremacia; os valores combinados do regime democrático com os direitos fundamentais, aptos a resistir graças ao caráter normativo da constituição, às pressões eventuais das maiorias. (Ibidem, 2006, p. 95).

O Neoconstitucionalismo reúne elementos das duas tradições histórico-constitucionais, de um lado, a norte-americana que concebe a Constituição como um sistema de limitações aos poderes constituídos e, de outro, a francesa, que a concebe como um instrumento de governo, fixando as regras do jogo político, diretrizes políticas, econômicas, jurídicas e culturais, para condicionar todas as futuras decisões que sejam tomadas pelos poderes constituídos. O constitucionalismo reúne essas duas tradições: forte conteúdo normativo e garantia da proteção jurisdicional. (Ibidem, 2006, p. 98).

Barroso (2005, p. 9) identifica o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional como um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e Ética; e (iii) como *marco teórico,* o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Segundo o mesmo autor, tais marcos criam uma nova percepção da

Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral. Desse conjunto de fenômenos resultou o processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Barroso (2005, p. 9) define a constitucionalização do direito como uma tendência dogmática:

> A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.

Com a doutrina do mesmo autor delimita-se a repercussão dessa perspectiva em relação às três funções de Poder clássicas:

> Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais. (Ibidem, 2005, p. 10, grifos do autor).

Queiroz anota que o enfoque constitucionalista equilibra legitimidade jurídica e soberania política, direitos fundamentais e soberania popular, assinala à norma jurídica um papel revisado em que se detecta uma dupla natureza *(doppel gestalt*), como *regra e* como *tarefa,* natureza esta que é vinculante, jurídica e constitucionalmente, para *todos* os poderes públicos, neles incluído o legislador. (QUEIROZ, 2000, p. 13, grifos da autora).

Barroso (2005, p. 11) afirma que o tratamento nuclear concedido aos direitos fundamentais iniciou o processo de constitucionalização do Direito e teve lugar na Alemanha. Relata o autor:

> Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem

> objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes Estatais.

O programa constitucional, que a partir de um direito fundamental de dimensão objetiva e subjetiva, coloca tais direitos como justiciáveis sempre, impõe a observância de um direito além da lei, presente nos objetivos da república. Encontram-se neles a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a realização e o aprofundamento de uma democracia participativa. Cuida-se de um programa cumulativo para assegurar "uma existência digna do homem em liberdade e uma liberdade através da existência condigna do homem". (QUEIROZ, 2000, p. 65).

Os direitos fundamentais recebem um tratamento amplo através desta categorização bidimensional, muito útil à posição de proteção máxima que tais direitos exigem, como princípios supremos de um ordenamento. A criação de um sistema de argumentação jurídica orientada por tais direitos deverá mediar os níveis da ação individual e do sistema (micro e macro-nível). A necessidade de manipular valores e bens jurídicos fará com que o aplicador busque protegê-los na medida do possível considerando que se encontram no mesmo nível, o que suscita a necessidade da ponderação, equilíbrio e compromisso entre interesses que se opõem, liberdades e garantias com direitos econômicos sociais e culturais, transformando o Estado, num "estado de ponderações", "assente no compromisso, no equilíbrio, no diálogo e na cooperação com outros, entre poderes públicos e cidadãos". (Ibidem, p. 68-69).

Inteirar-se do movimento de constitucionalização, no qual a 'revolução" ou "transformação" dos direitos fundamentais apóia o que se chama de "vontade da constituição" como "vontade que tende a um fim", permite melhor compreensão das disfunções da jurisdição diante do alargamento do espaço interventivo dos tribunais e do crescimento do poder judicial. Manifestam-se dificuldades especiais aos juízes o domínio de técnicas novas,

como a ponderação de bens, a interpretação a partir das “cláusulas gerais”, a invasão da jurisprudência de orientação sociológica, a análise econômica do direito e outras formas de “cientificização” da justiça. (QUEIROZ, 2000, p. 64).

Na Alemanha o tema fundamental da discussão sobre a atuação com base em métodos de interpretação teleológica conectada ao tema das reformas do sistema jurídico de modo geral reside na formação dos juristas. Necessitam eles de mais que o mero domínio de regras tecnológicas. Devem ser educados na crítica da sociedade e se possível, para sua transformação. (Ibidem, 2000, p. 288).

Uma teoria da interpretação mais precisa em face da natureza dos direitos fundamentais requisita aos aplicadores do direito a superação do positivismo jurídico como modelo científico, mas também a apropriação de um conjunto de saberes que compreende, uma nova dogmática jurídica, uma metodologia, uma teoria da norma jurídica e uma teoria da justiça. (Ibidem, p. 19).

Não se pode dizer que a teoria processual civil esteve distanciada do lugar constitucional das garantias processuais. Afinal o debate sobre o alcance do princípio do devido processo legal e da jurisdição constitucional continua a ocorrer. Hoje a constitucionalização do processo civil expressa-se por uma aproximação gradativa da teoria dos direitos fundamentais. Buscam os processualistas teoria processual adequada ao problema da legitimação dos conteúdos decisórios, matéria tratada como efetividade processual, ou efetivação de direitos através do processo, ou simplesmente como processo de resultados. Seu interesse tem se dirigido à teoria dos direitos fundamentais e aportes dessa teoria em direito processual civil, buscando aproximações com o pensamento de Robert Alexy, encontram-se na literatura brasileira, Arenhart (2003); Guerra (2003); Marinoni (2004).

Didier Júnior (2005, p. 26) confirma essa tendência nos trabalhos de Nelson Nery Jr., Marcelo Guerra, Willis Santiago Guerra Filho, Leonardo Greco, Rogério e José

Rogério Tucci, Luiz Guilherme Marinoni, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Aury Lopes Jr. e Delosmar Mendonça, como protagonistas desse interesse.

A chamada "tutela constitucional do processo" (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 26), ou seja, a disciplina que estuda o rol de dispositivos constitucionais de natureza processual que institui o processo como instrumento de proteção a direitos, incorpora a dimensão dúplice de tais direitos (a subjetiva, que atribui posições jurídicas de vantagens a seus titulares e a objetiva, que os coloca como valores básicos de toda a ordem jurídica, sujeitos a eles, por aplicabilidade imediata, a sociedade e os Poderes Públicos), para com ela emprestar consistência teórica à teleologia da efetividade material, com renovada ênfase na atividade jurisdicional executiva favorável ao credor de uma prestação de direitos, o direito fundamental à tutela executiva e à duração razoável do processo.

No mesmo sentido, GUERRA (2003, p. 83) reforça este entendimento mediante a perspectiva de que os direitos fundamentais, como categoria jurídica, possuem um regime jurídico manifestado por garantias, entre as quais ressalta a aplicabilidade imediata das normas jusfundamentais (art. 5º, § 1º, CF), a vinculação dos Poderes Públicos a este preceito, bem como à sua condição de clásulas pétreas (art. 60, § 4º, inc. IV, CF).

Cristina Queiroz (2000) anota que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, embora criticada como um atributo desses direitos, não deve ser desconsiderada por derivar de sua natureza auto-aplicativa *(self-executing)* expressamente prevista nos textos constitucionais. Dela se retira a faculdade judicial de "desaplicar" as normas legislativas contraditórias ao texto constitucional. Esta dimensão permite, inclusive, a amplificação do conceito para abarcar 'interesses jusfundamentais', normas objetivas constitucionais, que se apresentariam como 'reflexos de direitos fundamentais'.

E justifica:

> A jurisdição constitucional confere caráter *objectivo* aos direitos fundamentais transformando-os em "bens jurídicos protegidos", sem perda de sua individualidade, fixando ao mesmo tempo os "deveres de ação do estado". Esta revolução ou

> transformação nos direitos fundamentais impõe uma combinação jurídico processual dos seus aspectos subjetivos e objetivos nas condições atuais, sócio-estatais, de um estado regulador que se pretende *ainda* como um Estado democrático *e* constitucional". (Ibidem, p. 63, grifos da autora).

A atuação da constitucionalização sobre as categorias processuais revela-se, por exemplo, na sintetização dos conteúdos do princípio do acesso à justiça. São eles, segundo Cambi (2006, p. 674-675):

a) o ingresso em juízo;

b) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal;

c) a participação dialética na formação do convencimento do juiz que julgará a causa (o contraditório);

d) decisão justa e motivada após adequada e tempestiva análise das questões discutidas no processo;

e) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos).

Convém que se tratem tais garantias como o autor, incluindo-as no conceito de direito fundamental ao processo justo.

A construção de técnicas cognitivas diferenciadas em busca do controle dos efeitos do tempo no processo, com a distribuição isonômica dos ônus entre as partes, afigura-se outro resultado da constitucionalização do direito processual civil. Reverbera o direito fundamental ao processo tempestivo, consagrado no artigo 5.º, LXXVIII conjugado com o inciso XXXV do mesmo artigo da CF. Não por outra razão a antecipação da tutela do direito postulado, prevista no artigo 273, 461, § 3.º do CPC e no artigo 84, § 3.º do CDC, representa o exemplo por excelência do atendimento ao direito de dispor de uma técnica processual adequada à garantia de fruição tempestiva. Outro exemplo da concretização do direito fundamental à tutela efetiva e tempestiva através do processo judicial constitui a incorporação

ao sistema do CPC do modelo processual sincrético para as obrigações de fazer, entregar coisa e pagar quantia, consoante o que fora mencionado na Seção 3 da primeira parte.

Por outro lado, a adoção de uma postura preventiva na proteção a direitos mediante o incremento do rol das tutelas preventivas, como a tutela inibitória, representou um avanço significativo no aperfeiçoamento do sistema para adequá-lo ao nível de primazia que exige a jurisdição constitucional ao proteger direitos fundamentais de qualquer natureza. Marinoni chancela esta leitura quando define que a inibitória se destina a proteger a integridade do ordenamento jurídico na medida em que em alguns casos, a tutela ressarcitória se revela inepta a garantir fruição plena de um direito, priorizando-se a preventividade. Exemplifica com hipóteses em que o pagamento de uma indenização pouco representa diante do resultado pretendido (proteção da propriedade imaterial, divulgação de um segredo industrial, ou venda de bens nocivos à saúde). (MARINONI, 2004, p. 251-252, 255).

Finalmente, o aperfeiçoamento do sistema de tutelas especificas por meio das *cláusulas gerais* previstas nos artigos 461, § 5.º do CPC e 84, § 5.º do CDC já citados, os quais trazem a previsão do uso judicial das "medidas necessárias" para a produção da tutela específica do direito ou a obtenção do resultado prático equivalente. Esta abertura legislativa consagra o molde constitucionalista do redimensionamento do poder judicial, entregando-lhe, através da diversificação dos métodos de interpretação, mecanismos de ajuste na feitura da norma para o caso (decisão judicial).

Esses exemplos já revelam no desenho legislativo processual os ecos da revisão da teoria da norma jurídica, promovida pela teoria constitucional contemporânea, se se toma em consideração a concepção de que essa teoria " repousa na idéia fundamental de que a norma, objeto da interpretação, não se identifica com o texto, antes se apresenta como resultado de um trabalho de construção, correntemente designado como concretização". (QUEIROZ, 2000, p. 121, grifos da autora).

A expressão concretização dispõe a interpretação num plano moderno, de respeito aos direitos fundamentais, como método de solução ao problema da legitimação do decididor. Uma posição distinta da acepção tradicional da interpretação, vinculada aos métodos tradicionais, instrumentos da subsunção de caráter lógico-dedutivo. Na interpretação constitucional, à qual se pode hoje recorrer para justificar o uso de normas de processo, prestigiam-se, a justificação interna — referida à profissional grammar (numa tradução livre, a técnica, a gramática profissional, a "disciplina das regras") e, ainda, à autoridade da comunidade interpretativa (competência, leia-se expertise) — e a justificação externa referida à correção e justeza da decisão — aspectos econômicos, morais, políticos etc., em suma, a sua aceitabilidade racional. (QUEIROZ, 2000, p. 124-125).

Assinale-se diante da importância da conexão de um sistema processual nos moldes aqui propostos com a teoria constitucional de direitos fundamentais, o texto de Queiroz (2000):

> Os direitos fundamentais surgem no Estado constitucional como reacção às ameaças que circundam o homem (direitos do homem) e o cidadão (direitos civis) As "funções especificas de perigo" mudam historicamente, tornando-se necessários "novos" instrumentos de combate, que devem ser desenvolvidos, *sempre de novo*, em nome do homem e do cidadão. Isso significa uma *abertura de conteúdos, de funções e de formas de proteção de modo a que esses direitos possam ser defendidos contra os* "novos perigos" que possam surgir "no decurso do tempo". Esse caráter aberto da garantia dos direitos fundamentais, seja no seu aspecto "pessoal", seja ainda no seu aspecto "institucional" ou "coletivo" vem expresso numa multiplicidade de formas de proteção jurídica. (Ibidem, p. 251, grifos da autora).

No entanto, o movimento de constitucionalização da teoria do processo ainda não motivou reflexões na direção de um sistema multiprotetivo com os atributos que sugere Queiroz e na direção tomada por algumas reformas processuais, filhas do constitucionalismo, especialmente em países da *common law*.

Tampouco se encontra com facilidade teoria de base empírica acerca do aperfeiçoamento de meios e sedes de administração de justiça como matéria de direito processual civil nos termos da proposta teórica de Queiroz, transcrita acima. A esperar pelo efeito da constitucionalização no processo civil estão as reflexões que tratem efetividade

como eficiência e eficiência como gerenciamento, diagnósticos resolutivos, o uso adequado do processo judicial (adjudicação judicial) e oportunidade de manejo das equivalentes jurisdicionais ajustes do sistema judiciário.

Os aportes da teoria jusfundamental têm servido para reflexões estruturais e à remodelação de técnicas processuais como visto, mas não chegam ainda a motivar a intensificação da reflexão acerca da reforma do sistema de justiça como um todo, direcionando propostas de reforma da organização judiciária, ou de um código de processo.

Isto revela que o atual estágio do direito administrativo encontra-se, ao menos teoricamente, mais impregnado de teoria constitucional que o direito processual civil, como se verá a seguir.

O processo de constitucionalização do direito administrativo foi acelerado pela presença de dispositivos constitucionais regentes da atividade administrativa do Estado, pela própria transformação deste, nos últimos anos, ocasionada por um conjunto amplo de reformas econômicas operadas por emendas e legislação infraconstitucional e que se definem pela extinção de algumas restrições ao capital estrangeiro, flexibilização do monopólio estatal e desestatização. Barroso atribui a estas alterações a modificação das bases sobre as quais atuava o Poder Público no que tange à prestação de serviços como a exploração das atividades econômicas. No extremo normativo, a influência dos princípios constitucionais se operou sobre as categorias administrativas mediante a irradiação dos princípios administrativos e de caráter geral. Para Barroso, a centralidade do princípio da dignidade da pessoa e a observância genérica dos direitos fundamentais alteraram a qualidade das relações entre Administração e Administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais nesta área (BARROSO, 2005, p. 18).

Dentre as reformulações de paradigma, Barroso (2005, p. 19) destaca:

a) a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Ela se encerra pelo desatrelamento da noção de interesse do governo como interesse do Estado, consolidando-se a noção de interesse público, com a supremacia dos direitos fundamentais, apenas mediante o exercício de um juízo de ponderação entre elementos normativos e fáticos;

b) a vinculação do Administrador à Constituição e depois à lei ordinária, cabendo-lhe em certos casos deixar de aplicar a segunda em homenagem à primeira;

c) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo aumentada pelo efeito que os princípios constitucionais, principalmente os administrativos específicos, operam sobre a atividade discricionária do Administrador.

Desse modo, há de se atribuir ao movimento de constitucionalização a possibilidade do esbatimento das fronteiras e a comunização das categorias dogmáticas dos ramos do direito no ponto em que se toquem. Isto permite, então, o uso de uma perspectiva constitucionalizada do direito administrativo e dos princípios que lhe são peculiares para enriquecer e orientar o modelo de processo administrativo que corporifica o Inquérito Civil e os chamados procedimentos de investigação preliminar bem como a atuação extrajudicial do Ministério Público.

11.3 A Reforma do Estado e a administração pública de consenso

O desempenho das funções constitucionais do MP no plano administrativo, mediante o Inquérito Civil, o procedimento administrativo investigatório visando uma decisão administrativa e a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta devem se coadunar com a reforma do modelo administrativo que abandona o conceito de interesse público como interesse próprio do Estado, externo e contraposto ao dos cidadãos, para um modelo

constitucionalista, que reconhece o cidadão e a existência de uma sociedade participativa que reivindica direitos e processos de decisão. (MOREIRA NETO, 2001).

A reforma administrativista propõe um choque de racionalização nas organizações políticas, mediante a capacitação da Administração Pública para decisões *legítimas e eficientes* visando, assim, superar a chamada crise de governabilidade ou falência institucional do sistema.

Faz-se referência aos novos mega-princípios — o da *eficiência* e o da *legitimidade* — que orientam a reforma epistemológica da administração pública, considerando-se o reflexo dogmático que terão na atividade administrativa do Ministério Público.

Eles se desdobram em três ordens: a política, a técnica e a jurídica.

Na ordem de princípios políticos, *o princípio da participação política* orienta a preferência por decisões que permitam, na medida do possível, a intervenção direta ou semidireta dos cidadãos por dizerem os resultados dos processos decisórios com interesses seus; o outro princípio político consiste no *princípio* da *subsidiariedade.* Este princípio "visa garantir que o órgão administrativo sempre considerará em suas decisões que direitos e iniciativas dos cidadãos e entidades privadas sejam respeitados; que a intervenção administrativa somente ocorra na ausência da iniciativa individual ou social; que a intervenção se fará na medida indispensável para atender ao interesse público legal e legitimamente definido e, por fim, quando entidades públicas menores não tenham condições de agir com eficiência". (MOREIRA NETO, 2001, p. 321).

Na ordem dos princípios técnicos, tem-se o *princípio da autonomia e o da profissionalização*. Tais princípios determinam uma administração *gerencial* regida pela valorização de uma atividade descentralizada, autônoma e livre de competências pré-ordenadas, atuando a partir de núcleos específicos e flexíveis, continuamente adaptados para

melhor responderem aos diversos problemas, com a abolição de formalidades burocráticas desnecessárias, em busca de custo baixo e excelência qualitativa. Inverte-se a visão clássica que partia de fixação da competência para cobrir certa finalidade. Hoje, ao contrário de antes, delimita-se a finalidade para definir competências.Troca-se a eficácia, de verificação meramente formal, pela eficiência. Pretende-se, a partir dos critérios de finalidade e flexibilidade, delegar execução de atividades estatais, flexibilização e capilarização das ações ao atendimento dos interesses públicos. O *princípio da profissionalização,* vinculado ao princípio da eficiência, atende as novas exigências de qualificação de excelência para o serviço público em função de conhecimentos técnicos específicos, com redução/eliminação da burocracia desnecessária. Como princípios *jurídicos,* a guiar qualquer reflexão sobre atuação como administração tem-se o princípio da *transparência*, a ser estabelecida pelo assentamento de controles sociais e internos para substituir formalismos exacerbados e por último, o *princípio da consensualidade*, a dirigir uma atitude preferencial de substituição da imperatividade pelo consenso. (MOREIRA NETO, 2001, p. 19, 22-26).

O novo modelo pressupõe avaliações por novos parâmetros:

a) a administração da tensão entre competência e finalidade;

b) a evolução da desagregação para a coordenação;

c) a superação da eficácia pela eficiência e

d) a parametragem da eficiência através da efetividade da atuação administrativa do Estado. (Ibidem, p. 28).

O MP, como integrante da administração pública, deve ajustar-se a este novo parâmetro administrativo. Tal paradigma “parte de *uma precisa e adequada vocação das funções cometidas a cada entidade prestadora*, de modo a que se satisfaça, da melhor maneira possível e com os menores custos, as demandas tradicionais e emergentes das sociedades de todas as latitudes [...]. (MOREIRA NETO, 2003, p. 549-550).

A disciplina dogmática do direito administrativo esforça-se por superar também a idéia central sobre a qual foram construídas as principais categorias atinentes a este ramo do direito: “o interesse público é um interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto aos dos cidadãos”. (MOREIRA NETO, 2001, p. 11).

À luz desse antigo molde, nos primórdios da modernidade, uma administração pública regida pelo princípio da autoridade, essencial ao desempenho das funções de gestão dos interesses da sociedade e ao manejo dos aparelhos coercitivos estatais, responsável em última análise, por definir as “razões de estado”, estruturou-se para proteger a si própria em nome obediência à lei e a proteger a sua autonomia, com base na independência e separação dos poderes do Estado. Assim não interfeririam com a administração ingerências externas vindas das demais funções de poder e dos Administrados. Sob este modelo desenvolveram-se os conteúdos originais, mas até hoje influentes, dos conceitos de *supremacia do interesse público, insindicabilidade do mérito e os poderes administrativos.* (MOREIRA NETO, 2001, p. 10, grifos do autor).

Este modelo de administração autoritária e conservadora, como função impermeabilizada de poder gerou a hipertrofia do Estado e a resistência ao reconhecimento de direitos do cidadão. Os modelos políticos legados pelo Estado-Nação não eram propícios à formação de pólos sociais de consenso, porque se calcavam na convicção de que o poder, concentrado e centralizado, poderia impor comportamentos e convergências fundados na coerção. Somente na segunda metade do século passado, seguindo-se o pós-guerra e a constitucionalização dos princípios de inspiração libertária, uma nova orientação das relações entre Estado e Cidadão viabilizou o pensamento administrativista sobre o primado da concertação. (MOREIRA NETO, 2006, p. 317-318).

A partir dos anos setenta do século vinte uma alteração gradativa a este modelo foi se operando, à medida em que emergiam a sociedade participativa e o constitucionalismo. (MOREIRA NETO, 2001, p. 12).

O avanço tecnológico, a permitir mais visibilidade às atividades e uma maior circulação de informação, produziu o desenvolvimento da consciência social bem como a demanda pela abertura de novos canais de atuação política objetivando a defesa e promoção de múltiplos interesses, cuja protagonização o cidadão reivindicava. Novos métodos participativos passaram a influir sobre o conceito de legitimidade das decisões políticas e a ampliar o direito das pessoas de opinarem no processo decisório para além da representação política. A participação por processos diversos nas decisões políticas, hoje uma idéia em ampliação graças ao progresso telemático, opera uma transformação entre os interlocutores do diálogo político, antes perfeitamente hierárquico, partindo do líder ou autoridade a seus liderados e agora modificado em relações lateralizadas e de baixo para cima (MOREIRA NETO, 2001, p. 14-15).

Substituído o modelo de democracia formal pelo modelo de democracia substantiva, no qual se adensa o conceito de eficiência estatal com o de efetividade social, busca-se obter agora "consensos mais amplos sobre a escolha de políticas públicas através de outras formas institucionais que possam disciplinar com fidelidade e segurança o processo de formação da vontade participativa, ou seja, *a crescente importância da processualidade adequada à decisão pretendida, como instrumento democrático".* (MOREIRA NETO, 2006, p. 58-59, grifos do autor).

A processualidade participativa representa um instrumento para as ações do Estado, conferindo-lhe previsibilidade procedimental e garantia ao direito das partes. Retira sua justificativa do princípio do devido processo legal em seu aspecto formal (*due process of law*), ou o direito de participar o cidadão em processos regulamentares, aos quais corresponde

o *dever do Estado* de instituir processos participativos adequados para que o mesmo princípio constitucional também se realize no seu aspecto material (*substantive process of law*). (Ibidem, p. 59).

No Brasil, esse modelo de Administração Pública definido por *gestão de interesses constitucionalmente cometida às organizações políticas*, representa ainda uma perspectiva. Dever-se-á abandonar o modelo estatista (de prevalecente interesse do Estado, administração burocrática) para instalar o modelo de administração gerencial (de prevalecente interesse da sociedade, administração gerencial). Não se ignora que essa transição juspolítica aqui se apresenta difícil se nem mesmo foi consumado o modelo estatista "pois as atividades e comportamentos do Estado-Administrador continuam aferrados a conceitos e princípios do patrimonialismo, do paternalismo e do assistencialismo *personalizantes e ineficientes*, herdados ainda da Colônia e pouco tocados no Império". (MOREIRA NETO, 2001, p. 17, grifos do autor).

Convém anotar a advertência feita por este autor quanto aos óbices culturais a inibirem o desenvolvimento da atividade administrativa. Não basta promover alterações de estrutura e funcionamento, ou tentar imitar a administração do setor privado ou experiências alienígenas. O ajuste dos administradores a este desenho novo e também a vivência dos administrados demandará algum tempo e um processo de experimentação entre ambos. Assim se dará o teste de plausibilidade do projeto contemporâneo de racionalização do Estado e do seu aparelho prestador de serviços. (Ibidem, p. 34).

Também por força da revisão do conceito de interesse público e da flexibilixação da supremacia da vontade da Administração, admite-se a presença de limites contingenciais no acesso à fruição de direitos como condicionantes de eficiência, diante da colisão de interesses de dimensão jusfundamental, a exigir o uso de soluções ponderadas. Há que ressaltar que a escolha valorativa a ser empreendida, por dever do Estado, não fere o

princípio da imparcialidade da Administração, porque esta não se confunde com a neutralidade. (MOREIRA NETO, 2006, p. 46).

No entanto, o recuo do modelo estatal intervencionista se afigura inevitável como tendência mundial oriunda do movimento de globalização econômica à reorganização das chamadas *questões de interesse públi*co, privatizando-o de certa forma através das atividades de parceria e fomento com o setor privado.O contraponto consiste na conquista de uma prestação de serviços públicos pautada na eficiência e na desburocratização. É indiscutível que a fala dos administrativistas reforça o refluxo da imperatividade e uma ascensão da consensualidade, apontando como conseqüência uma conduta administrativa mais dialética e menos autoritária e a necessidade do domínio, pelos órgãos da administração, de técnicas resolutivas alternativas à jurisdição para uso entre si e de si para com os administrados. (GROTTI, 2003, p. 648, 659).

Apresentando o princípio do consenso como um produto do Estado Democrático de Direito assentado na última metade do século XX, que substituiu o modelo do Estado de Direito, estabelecido com base na coerção, Moreira Neto (2006) o define como o *primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre a sociedade e o Estado.* Busca-se com isto superar o déficit de legitimação do Executivo como função de poder político, reequilibrando a paridade entre cidadãos e Administração.

O consenso se formaliza no concurso de vontades — o pacto — ora como contrato, ora como acordo, distinguindo-se as duas formas porque as prestações contratuais se voltam ao atendimento dos interesses distintos do contratante e as prestações do acordo são integrativas, solidariamente voltadas ao atendimento comum dos acordantes. A administração concertada é uma formula sintética para designar "os novos modelos de ação administrativa, ou seja, *aqueles módulos organizativos e funcionais, caracterizados por uma atividade consensual e negocial"*. (MOREIRA NETO, 2006, p. 70-71, grifos do autor).

Visando inserir a atividade do Compromisso de Ajustamento de Conduta nos moldes da administração concertada trabalha-se com uma definição enxuta deste modelo. Ele faz uso de mecanismos de acordo, de natureza não contratual, para coordenação de vontades e esforços. Moreira Neto (2006, p. 71-72) sintetiza a administração concertada como

> os novos modelos da ação administrativa, ou seja, aqueles módulos organizativos e funcionais caracterizados por uma atividade 'consensual' ou 'negocial', que em pouco tempo passaria a ser empregada não apenas no desempenho da administração corrente como também e principalmente para o desenvolvimento de projetos conjuntos entre a iniciativa privada e as entidades administrativas públicas e até mesmo, para instrumentalizar a solução de conflitos.

Uma classificação simples das modalidades de administração concertada pelo critério das finalidades administrativas imediatas consiste na promoção do interesse público, na realização do interesse público ou na recuperação do interesse público, correspondente, respectivamente, à função decisória administrativa abstrata ou concreta, (manifestação primária da administração pública); à função executiva administrativa, como transformação do ato em fato e a função judicativa administrativa, como técnica de superação de conflitos. Sob o critério conteudístico a atuação consensual possui dois graus: atuação coadjuvante do particular, na qual ele é ouvido pela Administração, negocia com ela, mas não possui o monopólio da decisão e pode ser também atuação determinante do particular, no qual a Administração negocia com o particular, mas em torno dos interesses desses vinculando-se a Administração à decisão que vier a prevalecer em obediência ao processo. (MOREIRA NETO, 2006, p. 72, grifos do autor).

A consensualidade é, na condição de um subprincípio jurídico, uma técnica de coordenação de interesses e ações que estimula através de contratos, acordo e parcerias, formas de colaboração entre sociedade e Estado. Dentre outros aspectos, fomenta também formas e uso de formas alternativas de composição. (MOREIRA NETO, 2001, p. 26-27).

Participação e consensualidade contribuem para: aprimorar governabilidade (eficiência); frear o abuso (legalidade); garantir a atenção a todos os interesses (justiça);

decisão mais sábia e prudente (legitimidade), responsabilizar pessoas (civismo) e tornar mais aceitáveis e estáveis comandos administrativos (ordem). (MOREIRA NETO, 2006, p. 41).

A literatura sócio-política realça o papel das instituições consensuais na construção de sociedades livres, substituindo sistemas fundados em instituições de comando.

Peyrefitte (apud MOREIRA NETO, 2006, p. 60-61, itálicas do autor)[59] defende que muito embora se admita que a coerção é imprescindível para a existência organizada das sociedades humanas, por outro lado ela é insuficiente para assegurar que aquelas progridam livremente de modo a permitir o pleno desenvolvimento das potencialidades individuais [...]. O desenvolvimento sustentado "reside na confiança acordada à iniciativa pessoal, à liberdade explorativa e inventiva", embora reconhecendo a contrapartida de limites e de deveres a serem necessariamente sustentados pela existência de um monopólio legítimo da coerção deferido ao estado A confiança, ao contrário da desconfiança que é inata porque deriva do instinto de sobrevivência, exige lentidão e labor à sua construção, um crescente nível de refinamento intelectual, possibilitando que as instituições criem fatores comportamentais que atuem reduzindo as inibições, ativando uma *etologia do desenvolvimento*.

Não se pretende, por estar fora do objetivo da tese, um excurso sobre o consenso como categoria da teoria do discurso e seu nexo com a teoria da democracia deliberativa e com a legitimidade procedimental. Não cabe, tampouco, enfrentar aqui o infindável debate acerca da legitimação na esfera pública através do procedimento, e relatar, a partir de comparações entre o paradigma discursivo (Habermas) e sistêmico (Luhmann), se é factível implementar o consenso como critério de legitimação decisória.

[59] A etologia é tratada por Allain Peyrefitte — que estudou o papel da confiança no desenvolvimento dos povos durante 20 anos — como "o estudo dos comportamentos e mentalidades respectivas de diferentes comunidades humanas, na medida em que elas forneçam fatores de ativação ou de inibição, em matéria de trocas, de mobilidade intelectual e geográfica, de inovação. Etologia porque não se pode contentar aqui, nem com esquemas descritivos, mas reducionistas, da etnologia, nem das recomendações bem-pensadas, mas sem efeito, da ética" Peyrefitte (apud MOREIRA NETO, 2006, p. 93).

Isto implicaria na apropriação do imenso leque categórico que encerra a teoria crítica habermasiana e seu modelo discursivo de democracia hoje em dia crivado por reavaliações iniciadas pelo próprio Habermas e desenvolvidas, também, pela análise política norte-americana.[60]

Neves (2001) ao comentar acerca da teoria do discurso de linha habermasiana, não crê que o procedimento juridicamente institucionalizado e conduzido conforme pressupostos comunicativos, estabeleceria o direito e produziria decisões racionais. A razão discursiva, no contexto conflitivo e pluralista das sociedades complexas, não lograria se instalar diante da ausência de condições de possibilidade formal-pragmática para uma política deliberativa.

Utiliza-se a crítica deste autor para enfatizar que a postura consensual mesmo quando criticada em termos discursivos, diante dos resultados contingentes ou precários numa esfera de interesses fragmentados e plurais, não pode deixar de existir como parâmetro de avaliação da aceitabilidade de um procedimento. Neves registra que a postura consensualista "não leva às últimas consequências os problemas de fragmentação ética e do antagonismo de interesses presentes na esfera pública pluralista, na qual, o consenso sobre resultados procedimentais é eventual e localizado [...]." O autor, entretanto, aquiesce que o consenso se impõe, a respeito de procedimentos que absorvam eqüitativamente o dissenso [...]. (NEVES, 2001, p. 144).

Neves (2001, p. 148) entende que o consenso deve existir em torno da existência de regras procedimentais do jogo Democrático no Estado de Direito. Estas legitimam o resultado procedimental. Demonstra-se, desse modo, a necessidade do consenso

[60] Uma boa coletânea de artigos foi reunida por Bohman (1996) acerca da sustentabilidade do modelo de democracia deliberativa em face do pluralismo e da complexidade que caracterizam as democracias contemporâneas. Este autor também organizou com REHG outra coletânea de artigos clássicos acerca do uso da razão na Política (Jurgen Habermas, John Rawls, Joshua Cohen, Frank Michelman, Jon Elster, entre outros), ainda sob o tema da democracia deliberativa nos quais são debatidos o consenso, a deliberação pública, a participação numa democracia que se define pelo acordo produzido por uma argumentação racional entre cidadãos livres e iguais diante das tensões entre razão e política (1997).

como pressuposto procedimental se, como Neves afirma, [...] “o Estado Democrático de Direito legitima-se enquanto os procedimentos absorvem sistematicamente o dissenso e, ao mesmo tempo, possibilitam, intermediam e mesmo fomentam a sua emergência na esfera pública”.

Desse modo, o consenso a respeito do procedimento é condição de existência e garantia do dissenso a respeito de conteúdos inerentes às sociedades supercomplexas, pressupondo-se a consideração conjugada de ambos como fatores de legitimação decisória na esfera pública pluralista. (NEVES, 2001, p. 154).

Na esfera extrajudicial a possibilidade de obtenção de um molde procedimental mais adequado às condições cambiantes da esfera pública permite que se desenvolvam maiores expectativas a respeito de espaços procedimentais em locais instituionais, num âmbito discursivo não judicial.

A utilização da teoria do discurso e da democracia deliberativa tem sido objeto de estudo no campo da resolução conflitiva (*dispute processing*), principalmente para a resolução de conflitos de interesse público (as chamadas *public dispute resolutions*), envolvendo políticas públicas. Para esta área, pelo menos nos Estados Unidos, a teoria da democracia deliberativa ainda tem muito a dizer. E inúmeros autores têm escrito acerca da sua utilização empírica para viabilizar o aperfeiçoamento do uso do espaço público. (DELLI CARPINI; COOK; JACOBS, 2004).

De acordo com Bohman (1996, p. 15), a concepção de uma democracia deliberativa ainda é sustentável, mesmo nas sociedades complexas, se se reexaminar o aspecto normativo de suas teorias e se se der um encaminhamento mais prático de teoria política, reduzindo-se a carga da tarefa de justificação na atividade deliberativa na vida real. A estratégia contra o ceticismo a respeito da proposta deliberativa seria enveredar pela pesquisa do processo prático de deliberação. Aquele mediante o qual os cidadãos buscam convencer

outros a adotar certas políticas à base de razões de ordem pública, à medida em que elas surgem no processo de dar e tomar (give and take) do diálogo deliberativo. Em outras palavras, começar a avaliar como a atividade público-deliberativa de fato acontece e a partir dela desenvolver os limites normativos que cada instituição deve opor. Por exemplo, sem a existência dos constraints (limites) normativos destinados a tornar a exclusão impossível, as persistentes desigualdades sociais tornam improvável que aqueles que carecem de recursos e capacidades participem efetivamente do diálogo público. Este fato social demanda medidas corretivas para inclusão democrática. Enfim, discussão a respeito de deliberação encerra o debate acerca da necessidade de limites para garantir a autonomia na esfera público-discursiva.

11.4 A tutela extrajudicial de direitos: o processo administrativo consensual como técnica resolutiva

A presença do consenso como elemento coadjuvante ou determinante da formação da vontade administrativa resultou na multiplicação de muitos institutos consensuais, uma tendência que reflete a nova ênfase dogmática na prevenção e na composição de conflitos administrativos, como fórmula mais ajustada a um perfil estatal progressivamente fragmentado em suas ações, portanto mais susceptível à conflituosidade. Na prevenção, como na composição, destacam-se *comissões de conflito* e os *acordos substitutivos*, em lugar da ação unilateral e imperativa do estado. (MOREIRA NETO 2006, p. 75-76).

Como espécies do gênero *processo administrativo preventivo de conflitos*, as comissões de conflito destinam-se a sediar a ocorrência de conflitos de interesse de forma preventiva. Caracterizam-se pela incidência de um contraditório amplo e aberto a qualquer

pessoa, decisões com latitude para abarcar situações análogas, visando homogeneizar o tratamento administrativo.

Os acordos substitutivos “são instrumentos que poderão ser ocasionalmente utilizados pela Administração sempre que, de oficio ou por provocação do interessado, verificar que uma decisão unilateral de um processo poderá ser vantajosamente substituída por um acordo, em que o interesse público, a cargo do Estado, possa ser atendido de modo mais eficiente, mais duradouro, mas célere e com menores custos”. Os Compromissos de Ajustamento de Conduta previstos no § 6.º do artigo 5.º da Lei 7.347/85 são definidos como um desses acordos substitutivos (MOREIRA NETO, 2006, 344, 345). A referência se faz em função dos atualíssimos exemplos dos acordos substitutivos, espécie que o Termo de Ajustamento de Conduta integra. Atribui o mesmo (2006, p. 238, grifos do autor) um papel importante às *funções essenciais à justiça* na promoção e na cura dos interesses que lhe são cometidos, neles incluídos os sociais e indisponíveis, numa relei*tura cidadã* do papel do Ministério Público, dos procuradores estatais e dos defensores públicos.

Esta modelagem se coaduna com a flexibilidade desejável no procedimento administrativo investigativo previsto institucionalmente como função dos membros do Ministério Público e se compatibiliza com a busca de soluções alternativas de base consensual que abrange também o Compromisso de Ajustamento de Conduta, na sede formalmente mais estruturada do Inquérito Civil. (MOREIRA NETO, 2001, p. 41).

O Compromisso de Ajustamento atua também como mecanismo resolutivo abrigando o uso de técnicas resolutivas como mediação e conciliação. A dificuldade com o uso dessas vias extrajudiciais, no Brasil, não é prerrogativa nacional, diante da força cultural de um modelo administrativista imperativo na tradição continental européia, herança da doutrina clássica francesa. Considerava-se que o uso de tais meios era incompatível com a

indisponibilidade do interesse público, o que não procede porque o que se negocia são *somente os modos de atingir tal interesse com maior eficiência.*

Renova-se a interpretação do princípio da indisponibilidade do interesse público para compatibilizá-lo com a negociação de soluções não contenciosas na esfera administrativa. Trata-se de negociar, não o interesse a cargo da Administração, mas as modalidades de atingi-lo eficientemente. Também coexiste com o interesse público outro interesse, não menos importante, que é o de compor o conflito e normalizar as relações sujeitas à disciplina da Administração, justificando-se *os modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido.* (MOREIRA NETO, 2006, p. 77-78, 346).

Embora tão exigente quanto o modelo resolutivo judicial das ações de execução específica da obrigação de fazer quanto às aptidões do juiz e às partes, o modelo administrativista consensual adequa-se, em tese, ao âmbito de atividades do MP.

O feitio de processo administrativo de tipo preventivo legitima o procedimento administrativo de investigação preliminar, o qual ainda não se encontra delineado, porque o molde inquisitivo no qual se forjou o Inquérito Civil, cristalizou o seu desenvolvimento em moldes mais deliberativos.

Ele deverá abrigar agora, também, uma modelagem administrativo-consensual atentando aos postulados da atividade deliberativo-participativa.

Cohen (1997, p. 413) dimensiona a atividade deliberativa:[61]

> A deliberative conception puts public reasoning at the center of political justification. I say "public reasoning" rather than public discussion because a deliberative view cannot be distinguished simply by its emphasis on discussion

[61] Uma concepção deliberativa coloca a argumentação publica no centro da justificação política. Eu digo argumentação pública no lugar de discussão pública porque uma perspectiva deliberativa não pode se distinguir apenas pela ênfase na discussão, mas que no barganhar e no voto. Qualquer visão de democracia — realmente qualquer visão de produção decisão política inteligente — enxergará a discussão como importante, quando nada por causa de seu papel essencial em coletar informação contra um pano de fundo de assimetrias em sua distribuição. Tampouco é marcado pela presunção de que a discussão política visa mudar as preferências de outros cidadãos. Apesar de uma visão deliberativa presumir que cidadãos estão preparados para mudarem de opinião através de razões que contradigam preferências e interesses anteriores, isto não faz supor que a deliberação política objetiva esta meta. Também não se distingue pela sustentação de uma idéia de votar, de acordo com a qual votos representam mais a expressão da crença numa resposta correta, do que preferências acerca de qual política deve ser implementada. (Tradução livre da autora).

> rather than bargaining or voting. Any view of democracy indeed any view of intelligent political decision making — will see discussion as important, if only because of its essential role in pooling information against a background of asymmetries in its distribution. Nor is it marked by the assumption that political discussion aims to change the preferences of other citizens. Though a deliberative view must assume that citizens are prepared to be moved by reasons that may conflict with their antecedent preferences and interests, it does not suppose that political deliberation takes as its goals the alteration of preferences. Nor is it distinguished by its endorsement of an epistemic conception of voting, according to which votes are interpreted as expressions of beliefs about the correct answer to a political question, rather than as preferences about what policy is to be implemented.

O direito administrativo opera com uma concepção ampliada de processo, nos moldes fazzalarianos. Medauar (2006, p. 162-163), ao adotar a expressão *processualidade*, reconhece um núcleo de identificação comum ao *tipo processo*, em vários âmbitos da experiência jurídica.

A *processualidade* reflete a dinâmica de um fenômeno em que atuações evoluem; estas atuações, pontos no tempo, sucedem-se umas às outras, encadeadas, até a meta final.Este encadeamento se dá pelo cumprimento de deveres e ônus de quem está legitimado a atuar no momento posterior, portanto, nem toda sucessão de atos expressa processualidade. Processo e ato são correlatos, mas não são sinônimos, o processo instrumentaliza o ato; todos os atos encontram-se teleologicamente ligados ao ato final, mas esta vinculação de fins não desautoriza o relevo de cada ato como expressão de garantia a direitos e do devido processo substancial. (MEDAUAR, 2006, p. 162).

O processo supõe a coadjuvação de várias pessoas ou órgãos de acordo com pautas pré-ordenadas juridicamente; o ato resultante da cooperação entre várias pessoas imputa-se ao ente estatal que o emite; os sujeitos em atividade no esquema processual se ligam por direitos, deveres, ônus, poderes e faculdades, numa vinculação complexa, em posições jurídicas ativas e passivas. É este esquema comum o núcleo dos processos, que se vão diferenciando a partir das características da função a que se ligam e do ato final a que tendem. São peculiaridades, o que distingue os processos que servem as atividades das funções de poder (legislativo, executivo e judiciário). (Ibidem, p. 162-163).

Verifica-se através do cotejo da doutrina dos princípios, no processo judicial e no processo administrativo, a presença de uma principiologia comum, representada pela observância obrigatória ao princípio basilar do devido processo legal, a que se vinculam o princípio do contraditório e da ampla defesa e os demais princípios dele derivados.[62]

Abstraindo-se a discussão que se trava sobre a superação da dicotomia que o princípio do devido processo legal encerra (devido processo legal substantivo e devido processo legal procedimental), no debate acerca da concretização constitucional e do conceito material de Constituição, são alinhados os princípios que dele derivam, como núcleo do conceito em sua dimensão procedimental: a) Acesso à justiça; b) Juiz (ou promotor) natural ou preconstituído; c) tratamento paritário das partes do processo; d) plenitude do direito de defesa com meios e recursos a ela inerentes, presumindo-se o contraditório, e) publicidade e motivação das decisões; direito a uma decisão em um lapso de tempo razoável. Este representa o âmbito procedimental do conceito do *due process*, como procedimento juridicamente ordenado. (NERY JÚNIOR, 2000, p. 40-41; PEREIRA, 2005, p. 281).

Para os fins de uma delimitação mínima do que representa, procedimentalmente, um processo conforme o direito (*procedural due process*), valendo o controle conceitual para toda e qualquer espécie, judicial ou administrativa, a dicotomia apresenta valor.

Convém assinalar, porém, com Pereira (2005, p. 283-284), que reduzir a cláusula do devido processo legal a mera justiça procedimental por meio de sua definição como uma supercláusula que engloba princípios processuais estabelecidos em lei infraconstitucional reduz o princípio constitucional a mera expressão retórica.

---

[62] Artigo 5.º, inciso LIV, CF: Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Assinala Medauar (2006, p. 168), que no âmbito da Administração Pública o devido processo não se restringe a situações de privação de liberdade e bens, mas se desdobra nas garantias do contraditório e da ampla defesa, aplicadas ao processo administrativo.

O aspecto procedimental da cláusula *due process* pressupõe uma visão complementar das dimensões do conceito, na medida em que os princípios processuais, eles mesmos, estão sujeitos ao conceito aberto e procedimental da própria Constituição, permitindo-se a ampliação da dimensão material dos princípios constitucionais, à vista das necessidades cambiantes da realidade. Desse modo, estar-se-ia também diante de uma questão de materialização do direito fundamental ao devido processo legal, atentando-se que a distinção entre as dimensões do conceito (devido processo substantivo ou adjetivo/procedimental) seria meramente acadêmica. (PEREIRA, 2005, p. 287-288).

Com Guerra Filho (2001, p. 38; 1997, p. 19) anota-se que a dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais determina que se visualize o devido processo, um direito fundamental, como um princípio conformador do *modo* como o Estado que o consagra deve organizar-se e atuar. A explorar, então, na dimensão administrativa que representam os procedimentos de verificação da tutela extrajudicial a direitos transindividuais, uma configuração consentânea com o modelo de Estado Democrático a que se propôs o País.

O perfil do devido processo administrativo deriva, também, de construção doutrinária e jurisprudencial constitucional, com destaque para as garantias do contraditório e da ampla defesa. (MEDAUAR, 2006, p. 168).

O mesmo autor (2006, p. 169-172) e Mello (1995, p. 281-285) sintetizam os princípios oriundos do direito fundamental ao devido processo legal quando se trata do processo administrativo (normalmente chamado procedimento):

a) *o direito à informação geral* que se pode aproximar ao direito fundamental à publicidade dos atos do processo (principio da publicidade) (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 63), relativa ao acesso adequado aos fatos e documentos, provas e dados que vierem à luz na sede processual por interessados ou

estiverem em poder da administração, possibilitando o conhecimento integral da matéria controversa, ainda o direito a produção de prova;

b) *o direito à audiência pelo interessado,* correspondente ao direito de manifestar-se sobre documentos, fatos e argumentos apresentados pela Administração e por outros sujeitos. Pressupõe o direito à produção de prova (com razoabilidade) às vezes realizada e apreciada; também o direito a um prazo suficiente ao preparo de observações em contraposição;

c) *o princípio da motivação*, cujo sentido corresponde à garantia do conhecimento das razões, fatos e documentos que influíram na decisão final, também em respeito à transparência dos atos administrativos a legalidade e ao controle interno da própria Administração pelos seus atos;

d) *o direito ao caráter prévio da defesa*, desdobramento do princípio da ampla defesa, impõe sua apresentação sempre anterior à decisão a ser tomada, justificando-se o seu diferimento em situações excepcionais em que a urgência da medida justifique a subversão do iter processual, com apresentação posterior à medida intentada no âmbito do processo;

e) *o princípio da oficialidade ou do impulso oficial e*ncerra para a Administração o dever de tomar todas as providências a que se chegue à decisão final, o que significa não se limitar ao que as partes produzem num processo, ampla atividade de instrução probatória de oficio; o dever de impulsionar o processo independentemente da movimentação das partes;

f) *o princípio da verdade real*, que se vincula ao direito à oficialidade, exprime a vinculação da decisão em consonância com a realidade e não com o que produzem os interessados;

g) *o princípio do formalismo moderado ou informalismo* encerra a previsão de ritos, formas simples sem prejuízo da segurança, do contraditório e ampla defesa. Traduz, ainda, o uso de flexibilidade e da razoabilidade quanto ao uso das formas processuais; Mello (1995, p. 283-284) agrega, ainda, o direito ao recurso ou princípio da revisibilidade que entrega ao Administrado ou interessado o direito de recorrer da decisão a instância superior no escalão administrativo;

h) o princípio da boa-fé e da lealdade, que obriga a Administração a agir de maneira lhana, sincera, interditando-se comportamentos astuciosos, ardilosos ou que por vias transversas concorram para entravar produção de razões ou direitos do administrado.

A teoria administrativa oferece critérios distintivos das situações que apontam à obrigatória a instalação do procedimento (no sentido de um processo):

a) quando a providência administrativa a ser tomada tenha efeitos imediatos sobre o administrado, envolver privação da liberdade e de bens, ou sempre que houver provocação pelo administrado;

b) quando a providência a ser tomada disser respeito a matéria que envolva litígio, controvérsia sobre direitos ou implique em imposição de sanções;

c) quando a Constituição diretamente o exigir, como é o caso do procedimento dos concursos públicos;

d) quando a lei ou o ato administrativo o previrem. (MELLO, 1995, p. 289-290).

12 LITIGÂNCIA DE INTERESSE PÚBLICO E EFICIÊNCIA JUDICIAL: A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

12.1 Aspectos do sistema de justiça norte-americano: o *Common Law*, a justiça adversarial, a *equity* e as *injunctions*

Estudos comparativos sempre consideram que os sistemas jurídicos nacionais englobados numa "família" por *Common Law* e aqueles que integram o sistema continental ou romano-germânico designado como *Civil Law* vêm se aproximando, diante dos movimentos de reforma pelos quais têm passado. (MOREIRA NETO, 2001, p. 178).

O desenvolvimento da Comunidade Econômica Européia e o aparato legal da Convenção Européia de Direitos Humanos demarcam um novo período de transformação do *civil law*. As cortes de justiça julgam mediante as diretivas do direito comunitário que se põe acima das constituições nacionais se estas entrarem em colisão com aquele direito. As constituições e leis nacionais que violem a Convenção Européia de Direitos Humanos podem ser questionadas diante da Comissão Européia e da Corte Européia de Direitos Humanos. A soberania estatal é revertida do Estado para os indivíduos grupos e classes e a soberania dos Estados nacionais aos organismos internacionais. Diante deste quadro, Merryman (1989, p. 295) faz uma analogia entre este período de acomodação política e a Idade Média, quando a Europa vivia unificada pelo *jus commune* do direito civil romano e do direito canônico. Considera a CEE e a convenção de direitos humanos como fundamento de um novo *jus commune* europeu baseado numa cultura e em interesses comuns, sob vários séculos do modelo de Estado Nacional. A presença do Reino Unido da Grã-Bretanha, com sua tradição jurídica, nessas novas sedes jurisdicionais, ocasionará a aproximação entre os dois modelos. Merryman aponta a descodificação, o constitucionalistmo e o novo federalismo como vetores

da transformação que visualiza para o sistema jurídico continental. Isto significa uma nova etapa na dinâmica desse sistema, não o seu declínio.

Moreira Neto (2001, p. 157-159) sustenta a inevitabilidade da influência dos modelos processuais anglo-saxões sobre os sistemas processuais em países centrais e periféricos por razões econômicas, políticas e culturais, mas adverte para a necessidade da apropriação crítica de informações acerca de instituições, práticas e teorias advindas daqueles sistemas para justificar qualquer proposta de adaptação, transposição ou inovação ao sistema processual brasileiro. Avalia também a pertinência do uso da literatura norte-americana e inglesa, sem prejuízo do recurso às contribuições anteriormente produzidas de autores brasileiros em relação ao tema ou em temas correlatos.

Em direito processual civil considera o autor que a pesquisa bibliográfica para o embasamento teórico constitui justificação em grau suficiente. Justifica o seu posicionamento da seguinte maneira:

> "[...] não é de hoje em dia que se fala, com boas razões, na contraposição *law in the books — law in action.* E talvez seja precisamente na esfera processual que ela se faz sentir com particular intensidade: como é notório, a genuína imagem do processo não se deixa colher em todas as faces senão mediante o acompanhamento direto assíduo e atento do que se passa nos juízos. Seria manifesto exagero porém, tirar de semelhante advertência um veto absoluto a qualquer incursão que não seja o familiar a cada observador. Afinal de contas juristas contemporâneos não se sentem inibidos de escrever e muitos, ao que consta, com indiscutível competência acerca do processo romano e medieval. De nossa parte, salvo melhor juízo, a extensa pesquisa feita em fontes autorizadas parece suficiente, se não para lastrear conclusões categóricas (que nos atrevemos cada vez menos, seja dito entre parênteses, a enunciar sobre o próprio direito brasileiro...), em todo o caso para tentar responder, com as cautelas e ressalvas cabíveis, a algumas perguntas que não podem deixar de emergir a esta altura" (MOREIRA NETO, 2001, p.171).

Ambos os sistemas — *common law e civil law* — constituem uma tradição jurídica. Merryman (1989), p. 17) define o que isto representa:

> Como lo implica el término, una tradición legal no es un conjunto de reglas de derecho acerca de los contratos, las sociedades anónimas y los delitos, aunque tales reglas serán casi siempre, en cierto sentido, un reflejo de la tradición. Es más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho. La tradición legal relaciona el sistema legal

> con la cultura de la que es una expresión parcial. Ubica al sistema legal dentro de la perspectiva cultural.

Por isto, não é cabível comparar os modelos aludidos com critérios como superioridade cultural. Ambos os sistemas são muito antigos embora a tradição continental ou do *civil law* seja a mais antiga e influente de todas. Eles se aproximam e influenciam numa dinâmica ainda difusa. (MERRYMAN, 1989, p. 19-23).

Também pensa assim Moreira Neto (2001, p. 169-171). A teoria processual inglesa e norte-americana distingue os sistemas mediante a predominância do papel desempenhado pelo magistrado no processo judicial continental-europeu em contraste com o papel que protagonizam as partes no processo judicial, nos países do *common law*. As partes dão início ao processo, determinam a marcha do feito, do seu ritmo, a colheita de provas. Na prática, entretanto, tanto o juiz do *common law* como os do *civil* law fazem concessões recíprocas ao modelo oposto, admitindo, o primeiro, maior intervenção judicial em matéria de interesse público e pequenas causas e o segundo, o predomínio prático da iniciativa aos litigantes e certa discrição com o exercício dos poderes de condução do processo.

Alguns registros sobre o contexto sócio-cultural norte-americano no que tange ao acesso a direitos necessitam ser trazidos. Anota-se algo do discurso acerca da influência do caráter nacional na atividade de administração da Justiça e da importância do sistema de justiça no desenho desta mesma sociedade.

A ideologia liberal marca a sociedade norte-americana. O Estado é visto como um mal necessário, por isto deve intervir o mínimo possível. Pressupõe-se o cidadão como alguém autosuficiente na defesa de seus interesses privados e o Estado deve se abster de interferir, a não ser para garantir direitos indisponíveis como “liberdade” e “vida”. O pragmatismo da cultura norte-americana reflete-se no processo de produção decisória contrasta com o paradigma da tradição jurídica do *civil law* cujas decisões se vinculam mais aos aspectos de coerência lógico-formal do ordenamento jurídico. Razões de ordem

econômica, por exemplo, um financiamento oneroso aos cofres públicos, pesam na convicção judicial num caso jurisdicional do *common law*. Seja em face de um legado liberalista seja em decorrência de uma cultura pragmática produtora de uma consciência cidadã tendente à auto-suficiência, as organizações civis desempenham um importante papel como instrumentos de proteção da hipossuficiência e a atuação corporativa dos advogados se manifesta também em atuações de trabalho *pro-bono público.* (ALVES, 2006, p. 12-13).

Exemplifica-se com o instituto da assistência judiciária. A mentalidade pragmática e empresarial norte-americana orienta tanto os limites do sistema de acesso a este benefício como os padrões de qualidade do serviço, privilegiando a assistência criminal e restringindo este mesmo beneficio no âmbito do cível. Alves também confirma a falta de disposição da Suprema Corte em adotar uma atitude mais interventiva visando aumentar tais benefícios para não fomentar o aumento da taxa de litigiosidade. (Ibidem, p. 345-346).

O mesmo autor exemplifica que o acesso a um direito como o da assistência gratuita depende do volume de recursos que uma sociedade decide direcionar para estruturação e funcionamento das instituições responsáveis e que esta condição é determinante para o aumento da eficiência. Inversamente, a escassez de recursos e a sua má administração inviabilizam qualquer expectativa de eficiência não obstante a excelência normativa do modelo. A dispensa eficiente da proteção da assistência judiciária depende das prioridades políticas de cada governo, o que ocasiona, no âmbito de atuação institucional, o empenho de estratégias criativas multiplicadoras de efeitos jurídicos em prol do público-alvo, recurso a novas tecnologias como centrais telefônicas e internet. (Ibidem, p. 342-345).

Registra-se também uma desconfiança atávica em relação à proteção contra o poder da autoridade constituída e, ao mesmo tempo, uma grande reverência à lei. *(statute)* (HAZARD; TARUFFO; 1993).

Nos países de *common law* concebe-se o direito, não como um edifício lógico-sistemático mas como um instrumento para resolver questões concretas. Mais importante do que extremar, conceituar materialmente os direitos é identificá-los mediante a existência dos remédios judiciais: *reliefs and remedies*. Soluções pragmáticas têm a primazia, ocupando a doutrina um papel secundário como fonte do direito. A Universidade e a Justiça, geralmente andam separadas, embora isto não ocorra nos EUA. Mais próximos que os acadêmicos e os juizes, encontram-se, no *common law*, estes últimos e os advogados. O direito tem um aspecto casuístico, as lacunas são intencionais porque desempenham a função de permitir ao aplicador o uso da razão como fonte subsidiária do direito. (SOARES, 2000, p. 53-54).

A litigância judicial no sistema de *common law*, representa um importante mecanismo de estímulo de obediência à lei. A jurisdição ainda representa o último recurso do qual fazem uso indistintamente, empresas, governo e cidadãos. A atividade regulatória do Estado tem sido levada a juízo através da litigância individual e há uma tendência a alargar este uso, o que traduz certa desconfiança para com as agências do governo, esperança de fazê-las funcionar mediante intervenção judicial e fé na circunstância de que a litigância em juízo irá remediar injustiças. (HAZARD; TARUFFO, 1993, p. 101).

O *commom law* como modelo jurídico remonta à conquista da Inglaterra pelos normandos chefiados por Guilherme, o conquistador, depois Guilherme I da Inglaterra em 1066, o qual proclamou a continuidade do direitos semibárbaros e costumeiros ali vigentes desde antes do século X e da formação do reino inglês — os chamados direitos anglo-saxônicos baseados no costume. Tal modelo jurídico expandiu-se juntamente com a anexação ao território inglês dos países, que hoje integram o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, isolando-se a Irlanda como estado independente (República Irlanda ou o *Eire*), continuando esta última, porém, regida por este regime. A esta expansão seguiu-se a expansão colonizadora para as Américas e o oriente, incorporando-se ao modelo *common law* os

Estados Unidos da América — considerado um sistema misto — e outros países. (SOARES, 2000, p. 50-53).[63]

Os americanos, ao se emanciparem, herdaram, então, sete séculos de legislatura sobre processo civil acumulada na história constitucional inglesa. A rica história do processo na Inglaterra demonstra que essa instituição na *common law* sempre mudou para atender a necessidades sociais e conforme as condições políticas. A vontade judicial tem sido determinante, desde sempre, para ajustar velhos mecanismos emprestando-lhes novas funções. A sistematização agregada a uma revisão compreensiva não moldaram a trajetória do sistema como ocorreu com o sistema continental *(civil law).* (HAZARD; TARUFFO, 1993, p. 5).

Embora o sistema de processo fosse uma herança anacrônica, já à ocasião da independência dos Estados Unidos, em 1776, pois se tratava de um sistema de controle social feudal e pós-feudal para um país com outra história política, a necessidade de uma reforma processual civil cedeu o passo a problemas políticos mais prementes. Depois, o sistema de processo, que abrigava os direitos garantidos pela constituição americana aos colonos, constituía ele mesmo a tutela fundamental na qual se abrigavam os direitos privados (materiais) e um instrumento de imunização contra a opressão do Governo. Mesmo hoje, o acesso à justiça norte-americana significa acesso de acordo com o devido procedimento legal (*the right to legal justice according to legal procedure*) e nos Estados Unidos o processo *(procedure)* representa um aspecto fundamental da concepção de justiça política. (Ibidem, p. 6).

A configuração do modelo processual norte-americano foi herdada das cortes inglesas que se dividiam em quatro tipos: o King's Bench (a magistratura do rei), o Court of Common Pleas (a Corte de Direitos Comuns), o Court of Exchequer (A Corte Fiscal) e o

[63] Austrália, Nova Zelândia, Canadá (província de Quebec), Índia, Paquistão, Bangladesh, Quênia, Nigéria, Hong Kong, Guiana, Trinidad, Tobago e Barbados dentre outros.

Court of Chancery (A Corte da Chancelaria). Todas estas cortes aplicavam a lei comum que derivava de seus próprios julgamentos e de sua própria autoridade. Esta normatividade nada tinha com o direito costumeiro aplicado localmente, nem com a lei produzida pelo parlamento (*statute*). Tampouco com o direito canônico. Visava atender, desde a origem, a necessidades de imediata pacificação e de repúdio ao uso da força e da violência. O *common law* oriundo desta organização judiciária estabeleceu limites à autoridade real através de restrições aos seus oficiais e também garantia à supremacia das Cortes. Transposto este desenho ao judiciário norte-americano, compete ao juiz criar o direito e garantir a estabilidade social e governamental. Este é um dos elementos da tradição norte-americana (HAZARD; TARUFFO 1993, p. 6-9).

Os procedimentos das cortes do *commom law* provocados pelo ajuizamento de uma ação *(law suits or actions)* iniciavam-se normalmente por um *writ (uma ordem, um provimento sob coerção)*, originalmente uma ordem do oficial do rei para que o réu tomasse as medidas especificadas em resposta à ofensa descrita no provimento judicial, que se dirigia a uma restauração provisória da paz. Com a responsabilização do réu em obediência à corte, julgava o juiz também a controvérsia jurídica que subjazia à necessidade do *writ*. [64]

Assim, baseado no *writ,* criou-se um sistema processual que evoluiu para várias formas de ação *(forms of action).* As formas de ação determinam em que bases o réu será chamado a responder, os remédios judiciais e por último também o tipo de execução. O tipo de ofensa (material) define as peculiaridades do procedimento, similar em suas linhas gerais. Na evolução do processo por via do *writ,* sua finalidade foi se alterando de um provimento contra a força e a violência, para uma jurisdição mais ampla de reconhecimento de direitos e remédios judiciais. Sob o procedimento consoante as normas do *common law*, o

[64] Definição dada por Hazard e Taruffo (1993, p. 10) no original: A writ was an order by the kings judicial officials that the defendant take specified steps in response to the wrong described in the writ. Upon taking these steps to restore peace for the time being, the defendant was to answer for his conduct. When the respondent answered, the court could adjudicate both, the immediate conduct complained of and the underlying legal dispute from which it had arisen.

writ permite defesas de fato quanto à negativa das circunstâncias de fato da reclamação ajuizada *(issues of fact)* e defesas de direito, a propósito da própria pertinência da aplicação do *writ (issues of law).* Desde o começo, a distinção entre matéria de fato e matéria de direito, representou um critério para demarcar as funções do júri *(issues of fact)* e as do juiz *(issues of law).* (HAZARD; TARUFFO, 1993, p. 10-11).

O modelo *common law* carrega até hoje uma característica essencial: o uso da regra do precedente, ou seja, a obediência a uma ou várias decisões de uma corte de apelação em segundo grau *(appellate court*), decisão que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juizes que lhe são subordinados. (SOARES, 2000, p. 40).

A *equity* consiste na nota distintiva que mais interessa a este trabalho. Representava um procedimento de administração de uma justiça remedial destinada a atender a violações por quebra da boa-fé, fraudes ou reiterados atos de violência (ofensas de natureza continuada). A função de distribuição de Justiça, pelo chanceler do rei e seu confessor, determinou o crescimento das *courts of chancery*, com linguagem própria, precedentes próprios, com regras mais evoluídas e racionais, baseadas em direito canônico. Naquelas cortes em grau de recurso ou por via de ação originária sempre que o direito comum (*common law*) não tivesse um *writ* com o qual responder a um determinado caso, um conjunto de normas designado por *equity* resolveria o conflito.

Laicizadas essas normas e afastadas da influência do direito canônico assumiram o feitio do *common law*, em que a lei a ser aplicada ao caso era criada pelo julgador (*judge-made-law*) e o resultado protegido pelo *stare decisis* — decorrente da expressão, *stare decisis non quieta movere*, segundo a tradução de Soares — que as coisas permaneçam firmes e imodificadas em razão das decisões. Diante da premência da providência de justiça um procedimento sumário de cognição do material probatório intitulava o chanceler (chancellor) para uma ordem conforme as circunstâncias. O procedimento se

assemelhava mais a uma inquirição (*an inquest*), derivando do formato inquisitorial canônico. (2000, p. 32-35).

O autor da queixa ajuizava uma petição *(Bill in equity)* na qual apelava à discricionariedade do julgador (chancellor) e à consciência do ofensor, em última instância. Queixa e resposta eram prestadas sob juramento. Com base na prova demonstrada, o objetivo do chanceler era alcançar um resultado justo, buscar eqüidade. A decisão representava um *decree* enquanto que o julgamento das cortes comuns se denominava *judgement*. Hoje em dia, com a unificação dos órgãos judiciários a aplicar normas de *equity* e normas do *common law* nesses sistemas, a distinção persiste como fator de identificação da medida processual que se vai utilizar para se resolver o caso de acordo com a materialidade do direito a ser discutida. Ambos os modelos têm seus precedentes peculiares e *não* intercambiáveis por que são talhados à resolução de um problema específico. (HAZARD; TARUFFO, 1993, p. 12-15; SOARES, 2000, 32-35).

As características culturais da *equity* definem a importância da ampliação da autoridade judicial em determinadas matérias e estabelecem uma jurisdição para situações que não podem ser resolvidas com base em legalidade estrita. Desde suas origens, o processo com base na *equity* prescinde do uso do júri, entrega grandes poderes à autoridade judicial na presidência do processo e o julgamento se dá a respeito de matéria de fato e de direito. O provimento final (*final decree*) revê as provas, alinha considerações sobre a matéria de fato e dá as razões da decisão. (Ibidem, p. 15-16).

Nos Estados Unidos a aplicação do procedimento por *equity*, também adquiriu uma outra feição, a de comportar apelação, na qual o sucumbente em primeiro grau pode obter uma revisão na corte de segunda instância. Na apelação do *decree*, provimento judicial por eqüidade, a matéria em primeiro grau é totalmente revista e o apelo de eqüidade produz resultado similar aos procedimentos recursais em segundo grau nos sistemas processuais

contemporâneos. Mencione-se que no sistema americano o âmbito revisional da apelação de acordo com a jurisdição *common law* diz respeito ao procedimento ou, como acentuam Hazard e Taruffo (1993, p. 18), "a second-instance proceeding was not a retrial of the parties' disputes but a trial of the first instance trial" [65]. Este âmbito de devolução ainda subsiste, entregando-se à revisão apenas a matéria de direito porque no julgamento através do *jury*, em virtude da soberania dos veredictos, interditada está a revisão quanto à matéria de fato, de sua exclusiva competência. Neste aspecto, o veredicto de primeira instância é conclusivo. (HAZARD; TARUFFO, 1993, p. 16-18).

Salles (1999, p. 167, 173-174) e Soares (2000, p. 63-64) anotam que as cortes de *equity* nos Estados Unidos nunca chegaram a compor um sistema judicial separado, sendo os dois tipos de jurisdição administrados por um mesmo juiz. A fusão das *Courts of equity* com as *Law Courts* remonta à independência e a distinção entre as medidas *law in equity* (medidas de eqüidade) e medidas *at law (medidas jurídicas),* tem apenas significado histórico, sendo preferível a distinção entre *substitutionary remedies (medidas substitutivas — ressarcimento pecuniário)* e *specific remedies (medidas de proteção específica).* Com a independência dos Estados Unidos, a Constituição norte-americana autorizou o uso pelas Cortes Federais da jurisdição *in equity*. A doutrina ainda alude à distinção entre *actions at law* e *suits in equity (ações judiciais e provimentos de equidade)* porque o uso de um ou de outro regime fixa a jurisdição de um caso — pelo júri ou pelo juiz — e as medidas de equidade permitem a atuação judicial discricionária, o que não acontece com as medidas de direito (*at law),* condicionadas ao que for alegado pelas partes. A importância da jurisdição de *equity* até hoje se deve aos remédios judiciais que dela se originaram — a *injunction, o decree of specific performance* (mandado de obrigação de fazer) e a *judicial administrarion of estates* (administração judicial de ativos).

[65] Em tradução livre, pela autora: "Um procedimento em segunda instância não constituía um julgamento da controvérsia entre as partes, mas um julgamento do julgamento de primeira instância".

O modelo de litigância judicial civil estruturado para a atividade jurisdicional com ou sem a intermediação do serviço do júri — instituição que na c*ommon law* corporifica a visão comunitária do direito — é tratado como sistema adversarial (*adversarial system).*

O modelo processual norte-americano (*adversarial system)* caracteriza-se pela primazia da atuação das partes desde a iniciativa do processo judicial, até a fixação do objeto, a coleta de provas, o ritmo do andamento, deixando ao juiz apenas a tarefa de acolher ou negar a pretensão das partes. Opõe-se ao modelo processual continental (*civil law system)* designado por inquisitorial *(inquisitorial)*, o qual permite ao juiz uma posição mais ativa e uma autoridade dominante sobre o processo, que a teoria processual considera mal utilizada. Na prática, nenhum dos sistemas reflete essencialmente o seu dever-ser aproximando-se um do outro ao entregarem a moldura da controvérsia aos advogados. Isto ratifica a tendência judicial a uma posição mais passiva. Na etapa do pré-julgamento *(pre-trial)*, o juiz norte-americano, ao usar de sensata discricionariedade judicial *(sound judicial discretion)* e resguardando o papel do advogado, pode explorar o caso nas primeiras etapas de maneira discreta. Porém, a primazia da instrução e do encontro de fundamentos para o veredicto é dos advogados e do júri. Por esta razão o julgamento vem motivado extensamente apenas se os fatos forem apontados ou descobertos pelo juiz. (HAZARD; TARUFFO, 1993, p. 87-89, 90; MOREIRA, 2001, p. 159-161).

O sistema *adversarial* do *common law* apresenta críticos e defensores, estando também sujeito a idealizações teóricas tal como acontece com o sistema processual continental (*civil law).* Ambos os sistemas se expõem às mesmas contingências: às partidarizações violentas; ao desvio do processo para um jogo de vontades *(a game of wits)* sujeito a manipulações; ao favorecimento da desigualdade com vantagem para os litigantes ricos e os *repeat-players,* pessoas ou entes frequentemente envolvidos em questões judiciais (geralmente os que melhor remuneram os advogados). Essas vicissitudes que ameaçam os

dois sistemas compõem, em conjunto, o quadro circunstancial que ameaça a qualidade funcional de ambos. O *adversarial system* funciona satisfatória e razoavelmente se as partes têm recursos para fazê-lo funcionar mediante a eficiência dos advogados. O sistema *civil law* depende dos recursos do próprio Poder Judiciário para o desempenho adequado de suas funções. De uma maneira geral o processo judicial serve mal aos hipossuficientes. (HAZARD; TARUFFO, 1993, p. 101-104).

Observa-se, através dessas avaliações, um olhar mais distanciado, *detached*, em teoria processual, acentuando-se o assentamento da perspectiva externa (do ponto de vista do destinatário) que se revela, por exemplo, na assertiva de que a litigância judicial, seja qual for o sistema, é um jogo e como tal envolve investimentos cuja alocação dependerá da interação dos participantes em condição de incerteza. Também ao juiz o processo permite um certo *jogo*, ante o seu convencimento acerca do direito invocado por uma das partes. (Ibidem, p. 102).

Numa análise sobre as perspectivas do sistema judicial americano esses autores (1993, p. 206-207) identificam que o aperfeiçoamento de um sistema de justiça se desencadeia através das reformas de processo. As alterações no procedimento por via legislativa nos Estados Unidos constituem o marco inicial dessa evolução, buscando-se assegurar, através de técnicas processuais, a paridade em armas entre os litigantes (desiguais em recursos de qualquer espécie). Verifica-se certa coincidência entre o desenvolvimento de um perfil equalizador de forças atribuído à jurisdição e a movimentação política da Suprema Corte, em momentos de intervenção por direitos civis como no caso *Brown versus Board of Education*[66].

Desse período resultaram ajustes legislativos afinados com a convicção de que a litigância judicial deveria ser o mecanismo preferencial para a defesa dos cidadãos e grupos

[66] Este caso, que gerou um importante precedente originado de uma *injunction* como instrumento processual de tutela a direitos fundamentais, será comentado por ocasião da referência a este remédio judicial, no item seguinte.

em seus direitos, bem como para recriá-los. São desse período ajustes na Federal Rules (regras federais de processo) que modificaram o equilíbrio entre autor e réu, favorecendo relativamente indivíduos contra empresas e organizações, o cidadão contra os governos, os sem-nada contra os ricos e os poderosos, embora tudo isto tenha levado 20 anos para ser sentido na prática. Um alento, quando se pensa que a tutela dos direitos transindividuais tem pouco mais que este tempo no Brasil.

Por volta dos últimos anos oitenta, sucessivas administrações republicanas de linha conservadora, modificando o perfil judicial da Suprema Corte americana, induziram a instalação do debate acerca dos limites da litigância judicial buscando assegurar direitos civis, mas não chegaram a produzir um recuo mediante uma reforma legislativa de processo visando impor restrições a medidas de defesa *(remedies)* do cidadão contra o Estado-Administração *(government)* ou empresas privadas *(business).* (HAZARD ; TARUFFO, 1993, p. 207-208).

A litigância judicial embora visível na cena política é menos utilizada do que deveria porque a reforma legislativa de simplificação procedimental para redução dos custos e o refinamento ético do uso do processo não acarretou o desarme completo de estratégias, o "*gaming"* na litigância judicial. Práticas que deveriam ter sido superadas recrudescem quando a litigância envolve o governo, corporações, assuntos de justiça social ou política, novos direitos, condenação em práticas ilícitas por representarem, essas ações, uma ameaça à viabilidade econômica política ou jurídica dos réus. Nesses casos, a litigância é intensa e procrastinadora perdendo-se o processo em questões procedimentais. (Ibidem, p. 209).

Como se vê, os sistemas equiparam-se em situações-limite.

O processo judicial do *common law*, conquanto mais informal que o seu similar no sistema do *civil law,* se apresenta demorado e custoso porque na fase probatória essa qualidade é anulada pelo detalhismo e mesmo por certa formalidade procedimental desenvolvida com base na garantia constitucional do *procedural due process.* Soares lembra

ainda o perfeccionismo herdado do *common law* inglês. A lentidão e o custo numa cultura resolutiva de conflitos pragmática voltada a resultados justificam um sistema resolutivo que não prioriza o processo judicial. Talvez isto, agregado à aprendizagem da avaliação distanciada e estratégica das chances do processo e de suas possibilidades compensatórias pelos advogados, grandes protagonistas do sistema, faça com que a litigância judicial se encerre antes do julgamento propriamente dito, numa estimativa oferecida entre 80 e 90 por cento. (HAZARD; TARUFFO, 1993, p. 102; MOREIRA, 2001, p. 166-167; SOARES, 2000, p. 146).

Hazard e Taruffo (1993, p. 210-211) asseguram que a litigância judicial norte-americana é tanto um mecanismo, um instrumento para a educação cívica e o debate comunitário, como um mecanismo para compensar ilegalidades

E diagnosticam:

> The fundamental problem for American Civil Justice is to accommodate these ideals — equality, access, autonomy and openness in civil justice — to the reality that their fulfillment entails economic, political and moral costs. Making that accommodation poses essentially the same practical problems as popular aspirations for universal education, medical care and economic security.

12.2 A experiência das *injunctions*: os desafios da execução

Realizou-se uma remissão às *injunctions*, suas técnicas e processos de discussão num trabalho a propósito de um mecanismo autocompositivo, porque a idéia mesma do uso complementar e de um conhecimento mais aprofundado a respeito desta sede contribui à verificação dos limites da tutela judicial e, por cotejo, dos limites da tutela específica que serve a interesses transindividuais. [67]

[67] Na literatura nacional optou-se sempre pela doutrina de Salles (1999, 161-222) por sistematizar o autor um minucioso e esclarecedor relato sobre o sistema norte-americano de adjudicação judicial mediante *injunctions*, origens históricas e os meios executivos utilizados para implementá-la, dedicando uma das quatro partes do seu trabalho (a Parte III), realizado sobre execução judicial em matéria ambiental, a este tema. Adota-se, por isto, o seu posicionamento como parâmetro do tratamento da literatura nacional acerca da matéria.

Os subsídios da aplicação das *injunctions* e da avaliação teórica de resultados por ela obtidos na jurisdição protetiva de direitos norte-americana servem para delimitar o alcance das possibilidades funcionais de uma sede resolutiva, no plano judicial e extrajudicial, quando a matéria encerra direitos a prestações que atendem a direitos fundamentais individuais de repercussão coletiva. Nesta matéria a doutrina processual brasileira não enfrenta as dificuldades oriundas do contexto institucional e as exigências contingenciais do próprio direito para sua implementação como óbices processuais. Os desafios da chamada litigância complexa, por derivarem da própria substância dos direitos envolvidos, não desaparecem em virtude do mero uso de uma solução autocompositiva.

As *injunctions* se conectam com o estudo de soluções autocompostivas porque o sistema de justiça norte-americano, que se estrutura entre adjudicação e resoluções não-judiciais, pressupõe o diagnóstico como medida de pragmatismo e eficiência. Fiss (2004, p. 138), um defensor intransigente do uso do processo judicial para conflitos de complexidade, admite que a própria utilização da *injunction* encerra a questão prévia do exame da conveniência de sua implementação pelo Judiciário.

A escolha da medida judicial adequada para tratar um conflito é uma etapa importante do trabalho da parte interessada numa resolução, seja uma pessoa física, um agente público, uma pessoa jurídica, tendo em vista a importância da preparação da estratégia resolutiva a ser adotada. Na hipótese de recair a escolha numa medida judicial importam a elaboração da fundamentação, a pré-constituição das provas, por exemplo. Se a indicação não for a adjudicação judicial, a avaliação e o diagnóstico conflitivo servirão à definição das condições de uma negociação. O diagnóstico e a identificação do remédio cabível são referenciais básicos na cultura judicial norte-americana, derivados da necessidade de uma diferenciação entre medidas *at law* e medidas *in equity*. Identificar, diagnosticar o remédio judicial adequado ao caso concreto dá ensejo ao estudo desta atividade em disciplina

autônoma nos currículos universitários das faculdades de direito dos Estados Unidos, distinta do direito processual civil (num paralelo com as disciplinas *Civil Procedure e Federal Jurisdiction*). (SALLES, 1999, p. 204-205). Ao tema se retornará por ocasião do estudo das técnicas não judiciais.

Hazard e Taruffo (1993, p. 157-158) definem a *injunction* como uma ordem comissiva ou de abstenção dirigida ao réu, distinta do provimento de tutela a danos (*judgment for damages*). Uma típica ação de equidade (*equity suit)*, processada sem o auxílio do júri, produz uma *injunction*. As *injuctions*, sujeitas às regras comuns do procedimento de qualquer ação não processada através do Tribunal do Júri, permitem um provimento liminar (*temporary injunctive relief)* sem cognição exauriente (*prior to full hearing of evidence).* Este remédio abrange um campo de aplicação vastíssimo no qual se incluem conflitos de natureza privada como invasão de propriedade ou ameaça ao uso do direito de propriedade, coibição à pirataria de segredos empresariais, decretos judiciais em favor de uma agência estatal contra um particular ou por qualquer pessoa ou entidade contra uma agência governamental ou contra o próprio governo (executivo). A parte autora deve provar que necessita de um *writ* (*a injunção*) para suspender ou afastar uma atividade que ameaça continuamente o seu direito ou que os danos, se ocorrerem, não poderão ser recompostos na mesma medida da viabilização de uma tutela específica. O juiz, nesses casos, decide com grande amplitude discricionária.

A jurisdição das *injunctions*, por se constituir em jurisdição de eqüidade, permite ao julgador a confecção de tutelas não estritamente contempladas na legislação, bem como contrariar decisões majoritárias na defesa de minorias subrepresentadas. (SALLES, 1999, p.196).

A *injunction* representa o similar americano do modelo processual de tutela específica de obrigações de fazer e de não fazer, dirigida inicialmente no Brasil à proteção jurídica transindividual e posteriormente ampliada para outros tipos de tutela jurídica de

obrigações de igual natureza e de feitio interindividual. A *injunction* viabiliza, no sistema norte-americano, a realização da tutela a direitos sociais.

Salles (1999, p. 197-8, 200-201, 206-7) sintetiza os elementos constitutivos deste instituto:

> As injunctions são medidas de tutela específica colocando-se em oposição àquelas meramente compensatórias ou indenizatórias em que o remédio judicial consiste na recomposição do dano sofrido pelo autor. [...] Por outro lado, considerada em seu aspecto substancial, a *injunction* nada mais é que *um mandado de obrigação de fazer*, determinando ao réu praticar ou deixar de praticar determinado ato ou conduta. Assim, dentro das premissas do nosso direito a *injunction* é fundamentalmente uma medida executiva [...] O paralelo mais próximo do instituto são as ações mandamentais caracterizadas por certos provimentos jurisdicionais que têm conteúdo predominantemente mandamental, ou seja, nas quais o objeto central é a ordem judicial capaz de atender à situação de direito material demandada pelo autor. [...] Nesse sentido, saliente-se que o direito norte-americano distingue nessas medidas aquelas *in rem*, e aquelas *in personam*, associando a tutela específica com essa última característica, por ser ela relacionada com sua origem na antiga jurisdição de *equity*, caracterizada, tradicionalmente pela utilização de *injunctions*. [...] A *injunction*, de maneira diversa, é executada *in personam*, quer dizer, o juízo emite uma ordem, o réu é cientificado e o seu descumprimento caracteriza o *contempt of court*, submetendo-o, em caso de desobediência, a aprisionamento, multa ou limitação de sua participação no processo [...] Pelo que foi visto, portanto, aquele instituto *(o contempt of court)* é um princípio básico para o funcionamento e efetividade das *injunctions*, apontando para o fato dessas medidas se realizarem *in personam*, mediante mecanismos coercitivos de imposição de ordens específicas do juízo em atendimento da situação reclamada.

A *injunction* como remédio judicial destinado a garantir tutela jurídica que não se realiza mediante reparação monetária demarca, pelo que se infere da doutrina, uma mudança de parâmetro de eficiência a ser empreendido mediante a prestação jurisdicional: a primazia da proteção completa, tempestiva e praticamente eficiente. (SALLES, 1999, p. 177).

Observam Hazard e Taruffo (1993, p. 157-159) que o sistema norte-americano prevê uma forma elaborada de *injunction*, o *institutional decree* para conformar a atividade de escolas públicas, prisões, hospitais, corporações privadas, por exemplo, a exigências específicas legais e esta já foi utilizada para remediar segregação, condições insalubres, poluição ambiental entre outras tutelas do direito. A justiça se torna uma espécie de supervisora das atividades da instituição (*the monitor of the institution during the life of the injunction).* Esses autores consignam com naturalidade que o êxito da implementação depende do quanto os agentes políticos ou públicos (*officials*) vierem a se mostrar

cooperativos e receptivos à ordem judicial. Se o provimento, a ordem judicial (*writ*) não encontra esta adesão, o resultado é o embate contínuo e a frustração da tutela jurisdicional do direito. Disto decorre que, mesmo com um mecanismo eficiente que é a punição por multa e com a possibilidade do decreto de prisão por *contempt of court,* a vontade de atender do destinatário da ordem cumpre um papel crucial.

A adesão, ou por outra, a estabilização do resultado pela anuência do obrigado, a busca da cooptação de sua vontade para atender a uma pretensão de tal natureza indica a relevância da busca consensual e os limites do meio coercitivo.

O *contempt of court* é uma sanção de último recurso. O *contempt* (desconsideração, desrespeito) consiste na recusa em obedecer a uma ordem direta da Corte para fazer ou abster-se de determinado ato. Tal sanção pode ser declarada como *civil contempt*, que condena a parte à prisão ou condicionalmente impõe multa ou prisão, aplicadas até que o ofensor concorde em obedecer a ordem. O objetivo, neste caso, é colher adesão por coerção. Ou ainda ser declarada como *criminal contempt* quando condena a parte à prisão ou ao pagamento de pena pecuniária em razão de haver se recusado a cumprir a ordem. O objetivo é punir o ofensor recente e inibir o descumprimento de uma ordem da corte por outras pessoas (HAZARD; TARUFFO, 1993, p. 202). [68]

O *contempt of court* é essencial à manutenção da autoridade das cortes para determinar as responsabilidades jurídicas de um litigante em juízo. O seu uso, em contrapartida, é ameaçado pelo risco da jurisdição arbitrária especialmente se houver envolvimento emocional do juiz com a atitude desafiadora do destinatário da ordem. A regularidade da atuação judicial, como em todas as outras etapas do processo, depende do caráter e da autodisciplina dos juizes não de meras regras procedimentais. (Ibidem, p. 204).

[68] Segundo o Black's Law Dictionary, o procedimento do *civil contempt* tem natureza remedial ou coercitiva (indução da vontade do obrigado) e a sanção consiste no confinamento do renitente até que ele aquiesça ao cumprimento da ordem judicial desobedecida. Não há prazo definido para a manutenção da prisão. (GARNER, 2004, p. 336). Salles, em nota de tradução, compara o *Contempt of Court* ao "ato atentatório à dignidade da justiça", previsto no artigo 14, parágrafo único do CPC. (FISS, 2004, 137).

No nosso sistema de tutela judicial pelo modo específico, os meios executivos coercitivos não chegam a ponto de possibilitar que o destinatário da ordem judicial que resista a cumpri-la possa ter sua conduta sancionada por um provimento restritivo de liberdade como acontece na implementação das *injunctions*, através do uso do *contempt of court.*

O processo de execução de tutelas específicas permite que se invoque a possibilidade do processamento do devedor por crime de desobediência como meio coercitivo, naturalmente em sede criminal outra que não a do processo civil. O formato de cláusula aberta constituído pelo artigo 84, § 5.º permite alternativamente uma série de outras sanções como restrição a direitos não fundamentais (ex. interdição de estabelecimento empresarial/comercial, suspensão de licença administrativa, fixação de horário para prática de atividade) ou imposição de medida executiva mais gravosa (ex. realização por terceiro, decretação de intervenção judicial). A limitação da atividade processual do executado como medida coercitiva não é vista como constitucional. (SALLES, 2005, p. 91-94). [69]

As *structural injunctions* têm como característica uma execução complexa. Ilustram a dificuldade da produção de um conteúdo decisório, diante de múltiplas escolhas acerca de medidas de execução e de providências necessárias visando certos resultados práticos. A complexidade desta atuação enfrenta a difícil questão da dosagem do uso da discricionaridade judicial definida como "juízo de oportunidade quanto às medidas executivas ou judiciais aplicáveis ao caso concreto". Não se trata de livre convencimento, mas da atividade de ajustar o juiz providências em resposta a necessidades concretas mediante flexibilidade procedimental e grande atividade em contraditório. A atuação judicial requer

[69] GUERRA (2003, p. 236), anotando que a posição por ele adotada também é defendida por outros autores, entende que a ampliação do uso da prisão civil como medida inominada coercitiva, em consonância com o conteúdo previsto na moldura aberta com a qual o artigo 461, § 5.º, que faculta ao juiz poderes indeterminados para a adoção das "medidas necessárias" a prestar pronta e integral tutela executiva a obrigações de fazer e de não fazer. O fundamento é o direito fundamental à tutela executiva assim como o direito de acesso a direitos fundamentais como saúde, meio ambiente privacidade, integridade física, direito à vida, e equivalentes em relevância constitucional a justificar o uso de uma interpretação ampliativa quanto à possibilidade do uso da prisão civil, como medida coercitiva.

ponderação de conseqüências e cautelas em face da dificuldade resolutiva e da repercussão social do caso. (Ibidem, p. 252).

O formato das *civil rights injunctions* permite que se ponha o problema dos limites da jurisdição como atividade substitutiva, isto é, questiona a intervenção judiciária para o suprimento de práticas políticas omissivas de regulação e fruição de direitos pelos demais poderes do Estado, as conseqüências prospectivas da assunção dessas responsabilidades e a necessidade de uma estruturação da decisão como tarefa preventiva. Exige, também, a capacitação dos partícipes para desenvolverem uma relação de longo termo com a instituição colocada sob o crivo judicial. Também redimensionam o caráter dos provimentos judiciais desafiando-os com as exigências de flexibilidade e adaptabilidade. (SALLES, 1999, p. 192-195).

A doutrina das injunctions confirma que a concretização da execução judicial *(enforcement) sempre enfrenta barreiras* mesmo em países do *common law*. No sistema norte-americano a atividade executiva é também complexa e altamente técnica. A proteção do credor representa uma instituição processual e a execução dos chamados *money judgement*s (condenação em obrigação de pagar quantia) encontra limites numa lei de falências liberal, que protege o devedor com a declaração de insolvência civil. Os problemas de execução terminam por afetar a estratégia da litigância judicial. (HAZARD; TARUFFO, 1993, p. 195-196).

As *injunctions* relativas a atividades dessegregadoras, sistemas prisionais, hospitais psiquiátricos e outras agências de prestação de serviço público, realmente afiguram-se de grandes dimensões, devem responder a um detalhado conjunto de exigências e se estender no tempo. Porque envolvem a supervisão das instituições públicas, são chamadas, neste caso, de *institutional decrees.* Este modelo injuncional envolve inúmeras dificuldades. Exigem que a Corte se envolva com funções de gerenciamento politico e sujeitas a

controvérsia, para as quais os juizes não foram treinados e para as quais não está o juízo estruturado, com pessoal e recursos. Os decretos judiciais envolvendo instituições públicas como as escolas envolvem conflitos orçamentários, dificultando a atuação judicial se os órgãos do governo não aquiescerem. O modelo implementado em grande escala não se ajusta bem à atividade injuntiva.

Ela se destina, originalmente, a conflitos de pequena escala sobre propriedade, pequenos empresários, ou relacionamentos pessoais, mesmo entre vizinhos. São ordens simples, em termos diretos, sempre cumpridas voluntariamente. A recusa no cumprimento determina a aplicação do *contempt of court*, como explicado acima. Observe-se que a adesão do devedor ao *enforcement* desempenha um papel essencial à sua efetivação. (HAZARD; TARUFFO, 1993, p. 198-199).

As partes podem se encontrar enleadas num embate permanente, dentro do qual a ocorrência do processo judicial não muda nada substancialmente. Representa apenas uma fase numa longa trajetória de enfrentamentos. Nesses casos estruturadores ou reestruturadores em larga escala, o envolvimento judicial com a causa desenrola-se durante longos períodos (20 ou 30 anos), às vezes para sempre, aprofundando-se o grau de dificuldade jurisdicional pela falta de uma formação e de maiores conhecimentos sobre a instituição destinatária.

Fiss (2003, p. 98-100) admite, embora defenda a dimensão remedial das medidas judiciais, as dificuldades que cercam a jurisdicionalização desses casos a partir mesmo do uso de provimentos vigorosos como decretos coercitivos, o *contempt power*. Ele não funciona bem diante da resistência de um órgão do Poder Público ao cumprimento da ordem judicial conforme demonstraram várias ações em que o Judiciário se deparou com a

necessidade de declarar em desobediência à corte *(to hold in comtempt)* o governador ou outro agente político. [70]

Deste relato se infere que a mesma dificuldade cercaria a execução judicial de um TAC frustrado, com a agravante de que a superação da etapa cognitiva obrigaria o juiz da execução a instituir uma etapa cognitiva para a reconstituição quiçá impossível materialmente das circunstâncias de fato que cercaram a celebração.

A justiça americana não aplica medidas coercitivas visando o cumprimento das obrigações assumidas mediante acordo numa execução rigorosa, especialmente se o destinatário da ordem é um funcionário de alto escalão. Ela considera que a transação constitui uma base insuficiente para medidas de tal rigor, somente compatível com a necessidade de se ver respeitado um decreto judicial. O caráter negocial do acordo, para os juizes, não possui a mesma força legitimadora que uma sentença, oriunda de um processo cognitivo. (FISS, 2003, p. 100).

A objeção não se adequa ao sistema brasileiro de execuções de tutela específicas de obrigação de fazer e não fazer com base em título extrajudicial, corporificado num acordo, porquanto a sua executividade deriva da própria lei, e o sistema de tutela específica aplica-se à ação executiva oriunda de tal título por força do artigo 5.º § 6.º conjugado com o artigo 21 do CDC.

Não obstante a verificação de dificuldades, as *injunctions* representaram ferramentas valiosas para promover avanços na proteção direitos civis (*civil rights*) como ocorreu no famoso caso *Brown versus Board of Education,* que representa um importante paradigma de tutela dos direitos, tanto social como jurisdicionalmente e por isto é objeto de remissões constantes no tema.

---

[70] O autor faz referências expressas ao limite do Poder Judiciário em face do Executivo. Ilustra o argumento com os casos *New York State Ass'n for retarded children v. Carey*, 631, F. 2d 162, 163-164 (2d cir. 1980); *Brewster v. Dukakis*, 687, F. 2d 495, 501 (1st Cir. 1982). *Massachussetts Ass'n for Retarded Citizens v. King*, 688, F. 2d 602, 610 (1st.Cir. 1981).

O julgamento deste caso pela Suprema Corte americana, como é sabido, reverteu o posicionamento da proteção formal às pessoas de cor negra no território americano — o precedente *separate but equal* (separados, mas iguais) — firmado por aquela Corte (Plessy v. Ferguson), o qual assinalara a alienação judiciária dos conflitos segregacionistas desde a Primeira Reconstrução (pós-guerra da Secessão) até os anos 50 do século passado. (SALLES, 1999, p. 180-182).

Este caso ilustra como uma mudança de comportamento jurisdicional configura um processo, preparada no âmbito institucional e social, paulatinamente. Depende de um esforço de articulação de movimentos sociais promovidos por entidades como a NAACP — National Association For Advancement of Colored People, do uso estratégico do processo judicial para estruturar a reforma do precedente desfavorável e de uma seleção de casos levados a juízo com maiores chances de êxito na reversão do precedente, visando a construção de uma base jurisprudencial destinada a apoiar a reforma. Brown foi o resultado de uma construção de vitórias parciais durante cerca de dez anos. Demonstrou também que o modo estruturador exigido por um comportamento interventivo do Judiciário na regulação da proteção a um direito fundamental — jurisdição constitucional de direitos — entregava àquela função de poder o êxito da concretização dos conteúdos decididos. Realizou-se uma atividade a longo prazo, profundamente complexa e trabalhosa visando o detalhamento das condições de fruição do direito à igualdade substancial e às dificuldades com o contorno das resistências. Por outro lado, este caso exemplificou a forma pragmática como a doutrina e a jurisprudência norte-americanas tratam os resultados de um caso como este. É o que ele traz de simbólico e paradigmático o que mais importa. Mais que mudanças concretas. Uma decisão de suporte a direitos de grande magnitude serve também para elevar o patamar de fruição substancial de um direito e à relevância jurídica de um instituto processual como a *injunction*. (SALLES, 1999, p.183-185, 187, 191).

Brown marcou a relevância dos princípios de direito sobre a força do precedente judicial, delineou a postura de um magistrado orientado por resultados de tutela material eficiente *(result-oriented judge)* e de uma jurisdição expansiva em oposição a uma jurisdição autorestringida *(judicial restraint).* Assentou a doutrina da tutela preferencial por direitos fundamentais corporificada na tutela dos direitos da pessoa (*civil rights*) sob as bases da aceitação de uma postura de tutela preferencial, a extensão da tendência vinculante da Carta de Direitos em relação aos Estados Federados e a ampliação do conteúdo substantivo dos próprios direitos (SCHWARTZ, 1993, p. 281- 282).[71]

12.3 Processo Civil de Interesse Público: uma perspectiva para a "litigância complexa"

A definição constitucional do interesse público, produto do *constitucionalismo de resultados*, opera, como dito, um adensamento de tal conceito (o de interesse público), ao agregar o resultado da ação administrativa ao conceito de finalidade pública, passando-se de *eficácia* à *eficiência* e, desta, à *efetividade.* (MOREIRA NETO, 2006, p. 328-329).

O princípio da eficiência previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, com os demais princípios que regem especialmente a Administração Pública,

[71] *Brown versus Board of Education* continua valorizado como um relevante produto jurisdicional de uma corte ativista em relação a proteção de direitos civis como a Corte Warren. Entretanto, trabalhos recentes aprofundam a análise da performance dessa corte para mostrar, com novos *insights* (neo-institucionalismo), como as doutrinas jurídicas adotadas e o processo de deliberação e negociação entre os pares da Corte Suprema, influem nos resultados produzidos. Ponderando que a composição ideológica da Corte Warren autorizaria a previsão da constitucionalização de um direito à subsistência e à assinalação judicial de prestações afirmativas por parte dos Estados, o que não se confirmou, Bussiere comenta a ironia de uma corte reconhecidamente liberal como a Corte Warren produzir os precedentes que subsidiaram os fundamentos de uma Corte conservadora como a Corte Renhquist (Caso De Shanney versus Winnebago County Dept. of Social Services, 1989) para negar o direito ao bem-estar, cujo descumprimento implicaria no direito a responsabilização do Estado por danos causados ao menor Joshua, por omissão do serviço social que lhe deixou à mercê de um pai abusivo. A autora demonstra o peso do papel institucional da doutrina e do raciocínio analógico (extensão de um princípio ou norma sobre uma nova situação), além da dinâmica institucional da produção decisória. Aponta que esses aspectos incidem de modo relevante e influente e no caso, não confirmaram expectativa do reconhecimento do estado de bem-estar como um direito constitucional (social), do que resultou o ataque à legislação de bem-estar em 1996. Bussiere relata que o raciocínio majoritário da Corte Renhquist para o caso De Shanney baseou-se no entendimento do Justice Brennan da Corte Warren, ao não reconhecer o direito ao *welfare* como direito à vida, ao exortar o uso sensato da doutrina em lugar de razões de puro sentimento. Ela registra que um fundamento de uma corte liberal pode ser utilizado de forma idêntica por uma corte ideologicamente conservadora, como a Corte Rehnquist (BUSSIERE, 1999, p. 155-172).

aplicáveis, inclusive, à atividade dos órgãos constitucionalmente autônomos, termina por induzir o conceito de *efetividade* como princípio constitucional. Ele se define pelo atingimento satisfativo geral do interesse público, destinado a aferir se a ordem dos fatos reproduz a contento o que prevê a ordem jurídica. A ampliação da regência constitucional da Administração Pública, pelo princípio da eficiência, deve produzir a evolução nas técnicas de controle, pois além da verificação da existência, validade, eficácia e eficiência dos atos administrativos, importa apurar a sua efetividade, no sentido acima mencionado. Este critério, especialmente importante para a cidadania, é o que visibiliza a legitimidade da atuação estatal, pela verificação finalística (confronto com resultados práticos). (MOREIRA NETO, 2006, p. 329).

Os problemas que derivam do uso de técnicas para um procedimento diferenciado destinado a instrumentalizar o acesso à justiça têm sido abordados no âmbito do processo judicial, um modelo referencial inafastável. A doutrina processualista ao comentar as últimas reformas de processo no Brasil, diagnosticou que o direito processual civil admite uma lacuna epistemológica em face dos déficits de eficiência material na atividade executiva. Ela se associa a um momento de transição paradigmática no qual os estudiosos do processo ainda não se apropriaram de novos parâmetros para ajustar e adensar o conceito de efetividade processual, inserindo-o na moldura social, política e econômica que envolve o acesso à fruição de direitos.

O processo civil necessita agora aprofundar as características dessa nova atividade de diferenciação procedimental, munindo-se de informação teórica comparativa que lhe forneça categorias para nominar as dificuldades da crise de eficiência e que permita aproximações mais claras e eficazes entre o processo decisório, a materialidade da controvérsia levada a juízo e os fins que o processo se propõe a instrumentalizar.

A litigância complexa exige a complementação das reformas processuais amparadas em mera simplificação e redução procedimental. As soluções de flexibilização do procedimento têm-se mostrado propostas insuficientes e a sua proliferação tem motivado resultados superficiais. (HAZARD, TARUFFO, 1993, p. 156).

No centro desta crise de transição paradigmática encontra-se a necessidade da descoberta de novos parâmetros para orientar o alcance da atividade judicial protetiva de direitos diante dos desvios ou omissões do processo político (atividade legislativa e executiva).

Se o uso do processo com fins estruturadores sociais já existe na práxis da *common law*, tal experiência deverá ser considerada para aperfeiçoar a atividade de implementação da tutela transindividual, especialmente no que tange a correções e controle de implementação de políticas públicas.

Assim tem feito a doutrina anglo-americana para incorporar resultados oriundos de experiências vivenciadas na práxis em diversos ordenamentos processuais da *common law* Apenas para exemplificar citam-se os trabalhos de Cranston (2006) e Epp (1998).[72]

A atividade reformista no sistema de justiça civil na Inglaterra e nos Estados Unidos se calca sobre uma visão compreensiva do sistema de justiça abandonando uma perspectiva auto-referente do processo judicial. Disto decorre o uso de critérios de análise de uma forma diferente daquela que se utiliza na investigação processual civil brasileira, quando o tema concerne a propostas de reforma. Valoriza-se a informação empírica, considera-se o

[72] Ross Cranston, Centennial Professor da London School of Ecnomics and Political Science, foi membro do parlamento inglês integrando o comitê de seleção de assuntos constitucionais e consultor acadêmico para o *Lord Woolf's inquiry*, pesquisa empírica que serviu de base à reforma judicial do qual resultou o novo Código de Processo Civil inglês, o *Rules of Civil Procedure* também conhecido como *RCP* (2006, *preface*, vii). Uma avaliação crítica sobre o novo Código, apontado como a maior transformação legislativa na Inglaterra e País de Gales há mais de um século, foi realizada por Barbosa Moreira envolvendo estrutura do Código, sua posição quanto ao chamado modelo *adversarial*, o papel do juiz, medidas antecipatórias e acautelatórias, entre outros temas (2001,179-189). Charles Epp é professor de *Government*, na Universidade de Kansas e desenvolveu sua pesquisa na Inglaterra, na Índia e no Canadá, tendo como objeto um estudo comparativo sobre estruturas de suporte à litigância judicial de direitos humanos.

papel institucional das profissões jurídicas e dos arranjos que elas podem construir entre si e com outras sedes de poder, cogita-se da assimilação dos limites econômicos (recursos financeiros) e da interferência do processo político desenvolvido na atuação representativa (Executiva, Legislativa).

O aponte dessa plataforma de análise, não tão nova assim — valores do sistema, processo e contexto — reflete uma determinada concepção teórica sobre a aplicação do direito, desenvolvimento procedimental e abordagem de finalidades. São as premissas necessárias para diagnosticar como funciona o direito.

Cranston (2006, p. 308) desenvolve seu modelo analítico sob três critérios ou linhas de verificação. O primeiro são os valores fundamentais que um jurista não pode recusar se adere ao modelo democrático: acesso à justiça, igualdade perante a lei e a supremacia do direito. Tais valores constituem uma base importante para reivindicações de mudança no sistema de justiça civil, dentro do qual se incluem as profissões jurídicas, as burocracias, públicas e privadas, e a alocação de dinheiro público. Servem eles, ainda, como anteparo social contra desigualdades econômicas e interesses dos poderosos. Buscam o contorno da ausência de recursos financeiros e seus correlatos, ausência de aptidões, conhecimento e contatos que levam a necessidades não atendidas. Conectado com o acesso à justiça encontra-se o processo *(procedure)*, o segundo critério, ou viés. O processo deve ser compreendido de um âmbito bem amplo, que cobre não apenas o conhecimento das regras procedimentais, mas também o trabalho com a sede jurisdicional como um todo e a atividade de facilitação do acesso à justiça na sociedade. O processo é visto como um catalizador dessas tensões. O contexto se apresenta como o terceiro viés, uma variável que nunca foi ignorada nos países do *common law*. Representa o direito inserido na sociedade. O trabalho do direito não pode advir somente da lei, mas do direito vivido. O direito se manifesta sob um contexto. Cranston (2006, p. 308-309) ilustra ao mencionar o aforismo do Chief Justice Holmes — o direito não

tem sido apenas lógica, mas experiência (1882) — que o pensamento jurídico no *common law* vem atravessado por contextualizações. Teorias políticas, a moral prevalente, as necessidades do tempo, os preconceitos dos juizes e seus semelhantes, a história do desenvolvimento de um país, a história passada e a legislação, uma idéia prescritiva do que o direito deseja vir a ser, tudo configura o contexto.

Este plano analítico e o quanto ele influencia o funcionamento das instituições assim como a delimitação de suas finalidades reproduz uma visão pragmática dirigida a reger o sistema e se oferece como uma lente através da qual todas as questões devem ser pensadas.

O direito opera na vida social e para fins sociais. Como corpo de conhecimento, às vezes impermeável a quem não recebeu treinamento adequado, o direito se molda pelas forças sociais, e é utilizado para propósitos e conseqüências sociais. Ao contrário do que sugere a dogmática de processo, não é um sistema autônomo, nem auto-referente. A proposta compreensiva de Cranston (2006, p. 314, 317) [73]merece ser transcrita por ser exaustiva:

> Law cannot be understood in a vacuum but only as a complex of people, practices, and institutions working in different ways across time and societies. Throwing light on how law works can derive from an appreciation of its historical and social setting the purposes to which it is put, its distinctive institutions, its functioning in everyday life, and its consequences for government, markets and society generally [...].

[73] O direito não pode ser compreendido num vácuo mas somente como um complexo de pessoas, práticas e instituições funcionando de maneira distinta através do tempo e das sociedades. Esclarecer como ele funciona pode derivar de uma apreciação da topologia histórica e social, dos propósitos aos quais serve, as suas instituições peculiares, seu funcionamento diuturno e suas conseqüências para o governo, o mercado e a sociedade em geral [...] a qualidade da jurisdição, do staff de serventuários e dos profissionais do direito, indiscutivelmente, sua cultura jurídica, projetam uma longa sombra sobre o funcionamento do sistema. Cada um desses aspectos nos encontramos e outros o papel da história e do ambiente social. O direito é uma moldura institucional que guia e gerencia a sociedade. Como uma forma importante de política pública busca realizar uma sucessão de propósitos. Estes representam o resultado ou parte de um processo continuo do movimento político e social, possivelmente um conflito de idéias, mas freqüentemente um conflito acerca de recursos [...] Conseguir mudanças não representa somente ou primacialmente uma questão de expertise técnica mas uma questão de liderança — construir apoio, colaboração, persuasão a valores fundamentais, educação e propaganda. Pesquisa social de apoio pode ser um fator de êxito para mudanças. Especialmente quando o propósito reside numa engenharia social de escala ambiciosa, tais como reforma do sistema de justiça civil, avanços em direitos de minoria, ou uso do direito para levar mais longe desenvolvimento econômico, as propostas tendem a um longo esforço [...] quando o objeto pesquisado for a atividade da prática do direito, a necessidade de uma tela maior sobre história, políticas públicas, organização social e quadro do mercado evidencia-se por si só. De que outra maneira se poderia entender questões como acesso à justiça, igualdade perante a lei e a supremacia do direito em crise de eficiência; as forças por trás de reformas exitosas como processo, direitos sociais e mercados emergentes; e como as direções da mudança jurídica são condicionadas nas diferentes sociedades? (tradução livre da autora).

> The quality of a jurisdiction's judiciary, court staff and legal profession, indeed its legal culture, cast a long shadow over how its legal system works. We have encountered each of these and other examples of the role of history and social setting. Law is an institutional framework for guiding and managing society. As an important form for the expression of public policy, it seeks to affect a huge range of purposes. Those purposes represent the outcome, or part of a continuing process of social and political movement, possibly a conflict of ideas but often a conflict over resources.[...] Achieving change is not only or even primarily a matter of technical expertise but a matter of leadership-building support, collaboration, appealing to fundamental values, education, and campaigning. Supportive social research may be a factor in successful change. Especially when the purpose is social engineering on an ambitious scale, such as reforming the civil justice system, advancing minority rights or using the law to further economic development, proponents of change are likely to be in for a long haul [...].When the subject as here, has been practical working of the law, the need for the broader canvas of history, public policy, social organization, and market setting become almost self-evident. How else can we understand issues such as why fundamental values such as access to justice, equality before law and the rule of law fall short in their operation; the forces behind successful legal reform in areas such as procedure, social rights and emerging markets; and how the direction of legal change is conditioned in different societies?

Na conclusão de seu trabalho Cranston (2006, p. 313) indica, ainda, as várias avenidas que hoje se oferecem à reforma do sistema de processo: normas de calibragem do procedimento ao nível do conflito resultantes de relatórios preparatórios, a exemplo do Relatório Woolf, que subsidiou a reforma do processo civil inglês; novas instâncias decisórias com procedimentos abreviados; o uso de mecanismos alternativos analisado de forma crítica, conjugado com a análise de outros fatores, isto é, a eficiência do judiciário, os recursos disponíveis, a eficácia de outras soluções (administrativas) e o impacto do seu uso sobre valores fundamentais.

Selecionam-se ainda algumas advertências dignas de menção. A primeira se dirige aos limites do papel persuasivo dos valores, acesso à justiça, igualdade perante a lei e supremacia do direito, os quais, além de oferecerem justificativa ao controle da hipossuficiência, fundamentam propostas de reforma jurídica e social. Eles sempre deverão contar com a possibilidade incontornável da subversão de seu uso ou da escassez de recursos financeiros diante de outras necessidades. (CRANSTON, 2006, p. 311-312).

A segunda advertência de Cranston, verificada já no início de sua obra (2006, p. 82), respeita ao entrelace inevitável entre reforma processual, institucional e iniciativas equivalentes na burocracia pública e privada e em direito substantivo. Se outras sedes

decisórias alcançassem resultados de qualidade, o número de decisões justiciáveis seria reduzido. Os riscos da autoreferência judiciária na implementação de direitos fundamentais, antecipando os custos adicionais de uma política de mudança obtida impositivamente, também não poderão ser desconsiderados.

Salles (2003), no Brasil, elabora teoria processual condizente com as diretrizes adotadas por Cranston (2006). Apóia-se, porém, na experiência norte-americana em litigância complexa, aproximando-a da teoria dos direitos transindividuais, e propõe uma designação específica para definir uma perspectiva sobre o processo civil que instrumentalize as necessidades desses direitos. Ela é tratada como *processo civil de interesse público*.

A alteração do paradigma decisório diante das matérias colocadas à deliberação judicial permite, segundo Salles (2003, p. 73) [...] "delimitar um objeto específico de estudo, o que conduz à possibilidade de afirmação da existência de um *processo civil de interesse público.* A aceitação da especificidade desse objeto de estudo é um primeiro passo para que o direito processual possa dar um tratamento teórico e metodológico diferenciado, adequando-se às questões surgidas dessa realidade" .[74]

Introduz, assim, o autor, no debate brasileiro, os conteúdos que integram a discussão tratada como *litigância de interesse público,* na esteira da designação norte-americana *public interest litigation* (situações conflitivas nas quais o direito se relaciona ao interesse de uma coletividade em oposição a interesses individuais, ou do governo). A expressão é utilizada nos Estados Unidos, ainda, para definir defesa dos necessitados e a defesa de interesses minoritários da sociedade.

Cranston (2006, p. 91-93) define como *public interest litigation* (litigância de interesse público) as causas a que responde o judiciário com prestações jurisdicionais acerca

[74] Convém lembrar que a própria teoria das ações civis públicas se radica na experiênca americana das *Class Actions* (Ações de Classe). Grinover defende a utilidade da atividade comparativa, para avalizar a tradição norte-americana em ações coletivas construída há mais de 30 anos, a oferecer parâmetros de inegável utilidade, com as ressalvas inevitáveis a respeito da transposição acrítica de conclusões e propostas. (In Milaré, 2002, 38-39).

de pretensões de avanço a direitos sociais. Este tipo de litigância judicial propicia o acesso coletivo à justiça e especialmente a tutela de interesses individuais de repercussão coletiva (pela homogeneidade) produzindo um precedente que favoreça a todos os que estejam na mesma situação. Demarca a concepção da litigância de interesse público com uma dimensão política. Ela demanda estratégia midiática ou mobilização política a pressionar por mudanças em práticas governamentais, agências administrativas, polícia ou corporações. Admite o uso estratégio da sede judicial para, através de uma ação atrair publicidade, elevar a auto-estima de comunidades ou grupos ou promover uma denúncia.

A essência do exercício de políticas públicas constitui sempre uma decisão de proteção a *um* interesse público, uma escolha entre vários interesses relevantes, distinguir diferenças, redistribuição de recursos disponíveis. Através das políticas públicas, o interesse público se materializa. (SALLES, 2003, p. 61).

Por ser um conceito central para a teoria geral do direito, o conceito de interesse público necessita ser genérico para abranger uma série muito grande de situações. O empréstimo de um significado substancial deriva, pois, de uma construção processual do conteúdo, numa sede decisória autorizada, em face de uma situação particular. (SALLES, 2003, p. 58).

Salles (2003, p. 62) considera a importância de uma formulação processual de um conceito de interesse público. O autor precisa o núcleo desta definição:

> [...] a necessidade de que qualquer decisão estatal seja adotada a partir de técnicas aptas a permitirem incorporar o que a sociedade entende por relevante com respeito às regras de uma divisão justa no produto social e conducente aos resultados finais, preferidos pela maioria e afastando, ao mesmo tempo, o perigo de decisões incoerentes. Sem dúvida, essa concepção tem o mérito de evidenciar o processo como um elemento fundamental em qualquer decisão estatal_ incluindo as produzidas pelo Judiciário.

A utilização da expressão *interesse público* adjetiva o processo judicial para distinguir o tipo de jurisdição nele prestada. O processo serve, no caso, à preparação de uma escolha decisória nesta dimensão (políticas públicas). Prestação jurisdicional no interesse

público. O *processo civil de interesse público*, com esta significação, diz do público como algo pertinente à coletividade, não oposto ao privado, mas ao individual. O desempenho de tal atividade pelo Judiciário não desmerece como sedes preferenciais para a regulação, a atividade legislativa e a execução pela administração pública, em suma, o chamado *processo político.* (Ibidem, p. 39, 58).

Se o princípio do acesso à justiça impõe ao Judiciário o dever de prestar jurisdição a disfunções na atividade reguladora do Estado, ampliando materialmente a atuação substitutiva da jurisdição, esta tem de adequar-se por meio de um novo modelo processual de resolução judicial, que responda a pretensões dirigidas à operacionalização de uma política pública. Este ajuste, obviamente, supõe a aptidão judicial para considerar que a atividade substitutiva da jurisdição deve atentar à primazia de outros centros decisórios responsáveis pela definição do interesse público integrantes do processo político (v.g. emprego de verbas públicas, definição de uma política legislativa). O processo judicial se legitima a viabilizar uma jurisdição que diga do interesse público diante do desvio de outros processos de definição, quando manipulados os parâmetros básicos da formação da decisão que eles originalmente produzem. Em outras palavras, o Judiciário só delibera sobre o que o interesse público é, como última e única instância de decisão capaz de responder aos objetivos sociais, ou seja, quando por características estruturais, o interesse público não recebe um tratamento adequado pelo mercado ou pelo processo político. (SALLES, 2003, p. 70-72).

A construção processual da identificação do interesse público acrescenta à proposta de Salles a expectativa de que se estabeleçam parâmetros para orientar critérios substanciais de controle decisório abertos e não exaustivos, exemplificando com o princípio de justiça distributiva em oposição ao padrão de justiça corretiva, objetivando atender a tutelas de fruição de bens indivisíveis como os transindividuais. Toda escolha decisória buscará ratificar esta exigência, ou seja, a necessidade de alocar a todos e a qualquer dos

membros de uma sociedade, um bem indivisível, com vedação de apropriação excludente, já que este bem é necessário à sobrevivência e ao desenvolvimento de todos. (Ibidem, p. 64-65).

Esta perspectiva se afigura compatível com o estado da discussão em que se encontra a dogmática processual civil, centrada no postulado da adequação do binômio processo—direito *(procedure-substance)*. Apenas a amplia para abrigar propostas de aperfeiçoamento das sedes disponíveis em que se darão as escolhas de tutela a direitos, o que acarreta a incorporação de informações que iluminem exigências de diagnóstico e condutas diante de uma determinada situação de fato.

Na verdade, assenta-se uma teoria processual construída de uma perspectiva externa, da visão do destinatário do acesso à justiça. Vista deste ângulo, a efetividade como eficiência explicita a atividade de cálculo que subjaz ao que deve ser um juízo de adequação do procedimento e do provimento jurisdicional.

Mensuram-se resultados de eficiência com argumentos de *produção* (melhor resultado por menor dispêndio, isto é, custo e duração do processo) e de *qualidade* (superioridade dos resultados numa situação concreta). Um juízo de adequação entre o tipo de técnica resolutiva a ser utilizado e a escolha de um resultado pretendido envolvendo satisfação das partes, continuidade do relacionamento, precedentes úteis, solução mais aceitável. (GALANTER, 1989, p. xii; SALLES, 2003, p. 50;).

Salles (2003, p. 51) destaca, dentre outros elementos de aferição de efetividade, a capacitação jurisdicional como aptidão para conhecer corretamente os fatos apresentados, mediar e conciliar posições conflitantes, perceber a verdadeira necessidade das partes e responder às suas expectativas pessoais, considerar todo o conjunto de argumentos aduzidos, incentivar condutas positivas das partes (em relação à instrução probatória e à execução do julgado) e considerar as repercussões finais da decisão produzida (em relação aos

sujeitos diretamente envolvidos e também à sociedade). Comentários neste mesmo sentido são encontrados em Hazard e Taruffo (1993).

Um juízo realizado nessas bases pressupõe a admissão de várias sedes decisórias e seus respectivos processos como foros resolutivos potenciais e o domínio de informação que instrua a preferência por tais foros ou a sua preterição. Nas palavras de Salles (2003, p. 70), [...] “Tão importante quanto a definição do interesse público, portanto, é saber quais instituições apresentam o critério decisório mais adequado para a consecução de determinado objetivo social presente em uma dada situação de fato”.

12.4 Novas avenidas: política decisória, instituições e a crítica das reformas de processo

Hazard e Taruffo (1993, p. 213-214) oferecem a expectiva processualista tradicional sobre as reformas na prática processual. Nada se espera a curto prazo. As inovações dos últimos 50 anos representaram ajustes de pequena monta no sistema processual estabelecido.

A literatura sobre análise institucional oferece também boa medida da importância que representa o enfoque sobre funcionamento institucional, porque ele subsidia um quadro informativo hoje considerado ideal para a produção de resultados de maior rigor: o estudo da eficiência das instituições nas atividades de sua competência e o grau de dependência e influência recíproca que possuem no que respeita a resultados substantivos, é dizer, resultados de eficiência na tutela material de direitos.

As investigações em ciência política, especialmente, em política judicial oferecem informação e novos métodos de aproximação permitindo que se aborde de forma menos simplificadora a produção decisória em processos e os comportamentos judiciais. Propõem como uma possibilidade promissora, tomar em conta instituições, contextos decisórios e análise comparativa institucional. (HALL; BRACE, 1999, p. 281-282).

A tese de Hall e Brace (1999, p. 283) é a de que o Judiciário, melhor dizendo as Cortes de Justiça, estão inextricavelmente ligadas aos seus ambientes externos por vários arranjos institucionais, o que traduz a importância do estudo do contexto e da interação entre instituições e também dos limites que apresentam resultados e propostas que não abracem a pesquisa de desenho comparativo.

Esses novos estudos em decision-*making (produção da decisão)* informam, também, o estado atual das pesquisas na medida em que apontam uma etapa de transição pela qual tem passado a *judicial politics*, identificando perspectivas teóricas e metodológicas inovadoras a propósito do processo decisório e dos comportamentos judiciais. Experimenta-se um alargamento das questões investigadas numa dimensão nunca experimentada antes. Uma teoria das escolhas judiciais apresenta-se como um campo de investigação em fase de instalação, o que se realça quando se empresta às conclusões encontradas um caráter preambular e quando se fala em *avenidas de investigação*. Aponta-se como uma delas os arranjos institucionais, até agora pouco investigados a propósito dos efeitos interativos entre as forças de poder. Esses arranjos mediam as influências de âmbito externo de, pelo menos, duas origens: o contexto dentro do qual o órgão judiciário opera; o poder das demais instituições. (HALL; BRACE, 1999, p. 291).

Análises entre metas, instituições e contextos estimulam debates sobre as funções essenciais do Judiciário, alargam o entendimento do papel das demais instituições e do contexto sócio-político nos processos e comportamentos jurisdicionais. Uma abordagem exploratória pode servir como ponto de partida para outras análises mais rigorosas e multivariadas acerca da cadeia causal complexa que abriga as influências contextuais e institucionais. A análise dos conteúdos decisórios — mesmo sob a doutrina constitucional pós-positivista — resulta pouco produtiva quando se considera que uma correta formulação de hipóteses à pesquisa implica em considerar o desempenho dos atores comprometidos

(porposive actors), metas específicas *(particular goals)*, o ambiente institucional *(institutional settings*) e o ambiente externo. Hall e Brace (1999, p. 295-296) sugerem construir presunções e testá-as sobre metas mais do que testar as presunções em si mesmas.

Os arranjos institucionais condicionam a *performance* de atitudes, a variável dos atributos, as forças da jurisprudência e até mesmo os fatores de contexto. Exemplificando, num colegiado, juízes votam diferentemente do que julgariam se estivessem isolados, por causa da estrutura institucional. Em suma, qualquer processo de produção decisória deve considerar a influência concomitante do contexto institucional e os cálculos estratégicos do voto judicial. Lamentam apenas a escassez de trabalhos existentes que tomem em conta os efeitos interativos entre os arranjos institucionais e outras forças que interferem no comportamento judicial. Entre elas pode-se mencionar o contexto político e social em que se desenvolve a atividade judicial em análise e o poder de outras instituições. (HALL E BRACE, 1999, p. 289-291).

A análise institucional comparativa representa uma ferramenta compreensiva que pode ser utilizada na perspectiva de um processo civil de interesse público, para subsidiar a atividade de diagnosticar e controlar decisões em meio à fluidez de uma situação de complexidade como as escolhas de política pública, a tutela do interesse público (SALLES, 2003, p. 69-70). Os trabalhos de Komesar (1994 e 2001) propõem a adoção deste tipo de análise, diferenciando-se o seu objeto, da análise econômica institucional tradicional.

A análise institucional comparativa, realizada de modo interdisciplinar, defende que toda resolução institucional é susceptível aos influxos do mercado e do processo político e, ainda, à dimensão conflitiva no que ela tem com números (quantidade) e complexidade.

Pragmaticamente este tipo de análise confronta a realidade de se revelarem altamente imperfeitas todas as sedes decisórias, quando diagnosticadas como a melhor escolha. Os méritos de cada uma são relativos porque variam com diferentes *settings*.

O valor dessas avaliações sobre eficiência institucional reside no desencantamento que ela opera quanto à expectativa da identificação de uma sede decisória objetiva e incondicionalmente excelente. Ela desacredita também que a sede jurisdicional esteja menos vulnerável a uma má solução que a sede decisória que malogrou um resultado ao resolver uma questão social envolvendo interesses (metas) conflitantes. A pressão sobre os recursos e a aptidão judiciária são os mesmos que incidiram sobre a instituição disfuncional especialmente quando a questão envolve altos números e complexidade. A exigência encerrará, do mesmo modo, uma decisão desafiadora e complicada. (KOMESAR, 2001, p. 85).

A análise institucional comparativa questiona a teoria processual sobre o alcance do modelo jurisdicional diante da complexidade conflitiva. O que esperar da atividade substitutiva quando falham as demais sedes do processo político se, da mesma forma que elas, o Poder Judiciário sofre os contrangimentos da quantidade e da complexidade dos conflitos representada pelos interesses envolvidos em tensão? Se o processo jurisdicional predispôs-se apenas a responder a controvérsias simples e restritas quantitativamente, nada tem a dar em sua atuação substitutiva porque as pesquisas demonstram que as demais instituições também respondem bem à simplicidade e à facilidade resolutiva. A demanda pela atuação judiciária na proteção legal aos direitos é de resposta à complexidade que as tensões envolvem. (KOMESAR, 2001, p. 87).

Como teoria, a análise institucional oferece-se como um exemplo de conforto diante da inafastabilidade da incerteza. Não há ainda a possibilidade de produzir controles confiáveis à tarefa difícil da escolha de uma instituição para atuar na decisão de um

determinado conflito. Escolher a instituição é dizer o que o direito é e o que ele pode ser e isto se liga a fatores como quantidade e complexidade, incidentes no conflito, cuja apreensão ainda é incompleta. Para dar conta de uma análise dessas o direito necessita concentrar-se nesses fatores e num novo tipo de escolha, mas, para isto, toda a maneira como o direito é analisado academicamente e ensinado terá de ser refeita. (Ibidem, p. 174).

Komesar (2001, p. 189) não oferece resposta a indagações dirigidas a descobrir qual processo representa a sede ideal no que tange a conflitos envolvendo políticas públicas. Aponta que se deve confrontar a realidade de que as melhores escolhas sempre serão imperfeitas e os relativos méritos institucionais variarão conforme os cenários. A sua proposta deposita esperança numa moldura institucional comparativa com ênfase na verificação de aspectos da dinâmica de participação, premissa que ele considera um começo, *a place to start.*

Em seu próprio texto: [75]

> All the easy roads to institutional choice — goal choice, ideology, original intent, simple imagery, and single institutionalism — are dead ends. The real roads to the analysis of law and public policy have yet to be explored. Its exploration will require the patience to struggle with the unknown and the imperfect and the unwillingness to forego the façade of easy answers. Some of us have tried to show that taking institutions seriously can sharpen the understanding of what law is and what it can be. Imagine the insights if the legal community as a whole turns its vast talents to the subject. Much depends on just such an allocation of intellectual resources. To a significant degree, our willingness to explore the limits of the law will determine what those limits will be. (KOMESAR, 2001, 189)

As análises a respeito das reformas processuais representam um outro viés investigativo, dirigidas a verificar o assentamento do modelo cappelletiano de acesso a justiça. Elas também transformam em lugar comum a constatação de que a reforma legislativa do processo representa somente uma parte da equação quando o que se quer é redução de custo e aumento de eficiência. A forma como o preparo da reforma é empreendido diz da

[75] Todas as estradas fáceis para a escolha institucional — escolhas a partir de metas, ideologia, intenção do legislador original, institucionalismo — afiguram-se becos sem saída. Os caminhos para análise de direito com políticas públicas ainda estão para ser exploradas. A sua exploração reguererá paciência para se debater com o desconhecido, o imperfeito e a falta de vontade para ultrapassar a fachada das respostas fáceis. Alguns de nós tentamos mostrar que levar a sério as instituições pode afiar a compreensão do que o direito é e o que ele pode ser. Imaginem-se os *insights* se a comunidade jurídica como um todo voltasse o seu grande talento para o assunto. Muito depende apenas de algo como alocação de recursos intelectuais. A um grau significante, nosso desejo de explorar os limites do direito terminará por determinar quais serão eles (tradução livre da autora).

importância da pesquisa empírica como instrumento de auxílio à decisão também no âmbito do próprio processo legislativo.

O Woolf Report representou o resultado de uma investigação sobre acesso à justiça que tinha como meta fornecer subsídios à elaboração de um novo Código de Processo para a Inglaterra, promulgado em 26 de abril de 1999. Ele empresta a filosofia de Lord Woolf ao novo código de processo a qual foi incorporada nos objetivos gerais das regras de processo (Overriding Objective of the Civil Procedure Rules).[76]

O Código de processo civil inglês representou a maior mudança processual na Inglaterra desde o Judicature Act de 1873—5 e merece destaque pelas decisões tomadas a respeito do controle da complexidade procedimental e substantiva. Buscou-se garantir simplificação das normas como exigência legal. Normas de processo devem ser simples e desse modo também expressadas. Compreensibilidade é a palavra de ordem. Pensou-se na simplificação de etapas procedimentais, por exemplo: a pletora de documentos iniciais, integrante de uma das muitas maneiras de dar início a uma ação, foi substituída por um *issue of a claim form* (formulário sobre a matéria da causa). Enfatizou-se a cooperação processual, um princípio contemporâneo de processo civil, organizou-se um protocolo pré-contencioso *(pre-action protocol*). A regra de processo prescreve comportamentos estimulando o acordo e a entrada em litígio como último recurso, como cultura processual. Por fim o maior controle dos custos do processo para que eles não sejam utilizados contra o oponente, o controle da

[76] Eis o texto: 1.1. (1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly. (2) Dealing with a case justly includes, so far as is practicable: a) ensuring that the parties are on equal footing, b) saving expenses, c) dealing with the case in ways that are proportionate (i) to the amount of money envolved, (ii) to the importance of the case, (iii) to the complexity of the issues and (iv) to the financial position of each party and, d) ensuring that it is dealt expeditiously and fairly and (e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases (CRANSTON, 2006, 149). Tradução da autora: (1) Essas regras representam um novo código processual com o objetivo primordial de capacitar as cortes a lidar com casos de forma justa; (2) lidar com um caso dessa maneira inclui, tanto quanto possível: a) garantir às partes igualdade na litigância, b) economia de despesas, c) lidar com o caso usando de proporcionalidade na atuação (i) com a quantidade de dinheiro envolvido, (ii) com a importância do caso. (iii) com a complexidade da matéria e (iv) diante da posição financeira das partes, (d) garantindo que o caso seja tratado expeditamente e com lealdade e (e) alocando a ele uma quota apropriada dos recursos judiciários, considerando para isto a necessidade de aportes também para outros casos. O CPR — Code of Civil Procedure pode ser encontrado em seu inteiro teor e modificações subseqüentes no site www.dca.gov.uk/civil/proc-rules_fin/stat_instr.htm. Acesso em 2 jan 2007.

disclosure (revelação obrigatória de dados e subsídios para a fixação da controvérsia) visando o uso abusivo ou manipulado das informações prestadas pela parte adversa. (CRANSTON, 2006, p. 150-154; GARNER, 2004, p. 497).

Lidar com conflitos de maneira justa não representa uma abstração, mas uma definição mais densa e precisa: "uma questão de alcançar o resultado certo em termos fáticos e jurídicos, mas com a consciência de que recursos não são ilimitados e decisões precisam ser tomadas num certo limite temporal". (Ibidem, p. 149).

Na Inglaterra, o relatório Woolf mostrou que a reforma processual, além de desconstituir o uso do procedimento como barreira de acesso a estrangular o fluxo processual, deve se comprometer com mudanças nas regras de administração das Cortes jurisdicionais. A referência é feita ao processo inglês e do país de Gales, mas aplica-se a toda e qualquer reforma processual. Todo Código de Processo Civil se embasa na premissa de que o processo deve ajustar-se ao caso. Deve haver maior controle sobre a alocação de recursos, ou seja, a partir da aplicação do princípio distributivo ao processo, fazer aportes proporcionais e justos atentando-se ao litigante e ao tipo de litígio. O acesso a um processo justo é concebido realisticamente (tanto quanto praticamente possível) alocando os recursos judiciários de forma apropriada e considerando a existência de outros casos. Cuida-se de uma sede de recursos finitos, pois se trata de uma política pública a competir com saúde e educação. Diante da racionalização dos recursos esperam-se saídas inovadoras e a contribuição dos operadores jurídicos. A igualdade diante do direito, o controle da hipossuficiência dependem também da determinação de uma sociedade de aperfeiçoar os seus serviços de justiça. (CRANSTON, 2006, p. 312-314).

Em síntese, toda essa contribuição teórica informa que as reflexões sobre o processo deverão, nos próximos anos, centralizar-se nos aspectos institucionais do acesso: em análises de adequação da organização das estruturas institucionais, compatibilização com suas

finalidades e metas de eficiência; na investigação sobre a eficácia dos sistemas de controle qualitativo de decisões e no acompanhamento dos resultados alcançados. Ainda, na análise comparativa institucional visando aferir de que modo se organizam as relações interinstitucionais, se há compatibilidade de objetivos, qual o impacto que a atuação de uma produz sobre a atividade da outra e, finalmente, quais as possibilidades de atuação articulada institucional. Pesquisa empírica e recursos destinados a pesquisa integram uma proposta de análise institucional, como pressuposto metódico da construção teórica.

13 PROCESSAMENTO DE LITÍGIOS E TÉCNICAS RESOLUTIVAS NO PROCESSO EXTRAJUDICIAL

13.1 Da crise do processo judicial ao movimento pelos mecanismos alternativos

O estudo da literatura norte-americana neste assunto contribui para o desfazimento de uma série de idealizações (a favor ou contra) a propósito do uso das técnicas resolutivas alternativas e de sedes deliberativas disponíveis ao seu uso.

Um breve sumário da história da crise do modelo judicial resolutivo que redundou na institucionalização do uso dos mecanismos alternativos à jurisdição nos Estados Unidos permitirá compreender melhor o perfil da mecânica resolutiva de um fórum mutiprocessual para lidar com complexidade e diversidade.

Superadas as teorias fundadoras acerca da resolução de conflitos e mecanismos alternativos dos passados anos 50, cabe citar Lon Fuller, professor de Harvard e árbitro profissional, para atribuir-lhe a responsabilidade pelo primeiro *legal process aproach*, estruturação preliminar sobre usos, finalidades e construção conceitual dos institutos da mediação, arbitragem, adjudicação, e outros meios. Referimo-nos à institucionalização dos acordos em conflitos como forma resolutiva (*institutional dispute settlement),* sob um lastro fortemente normativo (a integridade moral). A idéia central residia no pressuposto de que para cada conflito havia um processo, com a sua integridade funcional e sua própria moralidade. Nestas idéias e nesta fase se radica o conceito do processualismo plural (*process pluralism).* (MENKEL-MEADOW, 2005, p. 17-18).

Um viés acadêmico sempre acompanha o tema, o que se observa pela influência que teve o trabalho de Frank Sander já mencionado e publicado em 1976, na *Roscoe Pound Conference on the causes of popular dissatisfaction with the administration of justice e* também o que chamaremos de *indiferente ideológico*, porque a proposta

multiprocessual atraiu a atenção dos dois distintos movimentos sociais, às vezes até antagônicos, ao defender o modelo de corte judicial de múltiplas portas *(multidoor courthouses).*[77]

A face judicial do movimento pela instalação de outras sedes alternativas teve na pessoa do *Chief Justice* da Suprema Corte Americana, Warren E. Burguer, o seu precursor. Ele defendia mecanismos alternativos de resolução de conflitos por razões de eficiência quantitativa (redução de agenda e mais produção, como também para elidir a intervenção judicial em certas matérias).[78] A ala comunitária representou um movimento social mais amorfo inspirado pelas atividades de empoderamento da sociedade (*empowerment)* ocorridas nos anos 60 do século findo. Neste último, membros da comunidade reivindicavam mais participação e controle para as partes, a não profissionalização de tais atividades e a manufatura soluções artesanais (*crafted solutions*) a problemas e demandas individuais ou de grupo. (MENKEL-MEADOW, 2005, p. 19).

A doutrina Pluralismo Processual (*Process Pluralism*) fez evoluir, através dessas adesões, a noção de que formas processuais de disputas particularizadas, dir-se-ia, singularizadas, eram mais apropriadas para certas espécies de conflito e solução em qualquer esfera, seja legal, política, social ou econômica. Para tal posicionamento, certas estruturas evoluem para ir ao encontro de necessidades funcionais, o que subsiste no preceito *particular kinds of dispute to apropriate processes.* (Ibidem, p. 19).

Para implantar a diversificação procedimental, uma reforma substanciosa implantou-se objetivando ajustar a estrutura judicial ao uso de alternativas não adversariais,

---

[77] Este é considerado o *Big Bang* da moderna teoria e prática de resolução de conflitos. (MENKEL-MEADOW, 2005, p. 19).

[78] Fiss (apud RISKIN; WESTBROOK 1987, p. 37) sobre o artigo, Out of Eden, traduzido por Salles (2005), ressalta a institucionalização das ADRs como motivação alheia aos movimentos comunitários e religiosos ou similares: **Just another assault upon the activist state, another form of the deregulation movement, one that permits private actors, with powerful economic interests to pursue self-interest free of community norms.** (Apenas um outro assalto ao estado ativista outra forma de movimento de desregulação, que permite aos atores privados, com poderosos interesses econômicos, perseguir seus interesses próprios livre da incidência das normas comunitárias.). (Tradução livre da autora).

como também a implantação de um programa educacional uma vez que a triagem de questões resolúveis por *ADR* (sigla em inglês correspondente à expressão *alternative dispute resolution)* e a administração da solução não adversarial requisitam funcionários treinados e especializados. Isto sem falar em programas de disseminação de tais mecanismos aos usuários do sistema. Também nos Estados Unidos, apesar do investimento governamental maciço, encontrou-se resistência ao sistema de anexação de *ADR* às cortes judiciais. Nesta atividade estruturadora mencione-se a contribuição de Sander à reforma da corte judicial nos moldes de um centro de resolução de disputas (*Dispute Resolution Center*), no qual o ofendido seria encaminhado através de uma triagem para o processo ou uma seqüência deles mais apropriada para o seu tipo de caso. (RISKIN; WESTBROOK, 1987, p. 16).

Trata-se de uma tecnologia cara, que para ser incorporada ao sistema estatal, tem demandado fortes investimentos orçamentários em montagem de estrutura e pessoal, um profundo processo de reeducação na não-litigância, que começa na graduação das faculdades de direito e se aprofunda em programas de educação comunitária, como também de capacitação profissional dos operadores jurídicos em nível de pós-graduação. E mais que tudo, retira a decisão judicial do centro do sistema, equiparando-a com os outros meios de produção de solução a conflitos que passam a ser ofertados. (CASTRO JÚNIOR, 2002, p. 196-197).

Tais referências são feitas para deixar claro que a instituição desses mecanismos nos Estados Unidos foi o produto de uma mobilização social intensa, envolvendo, inclusive, financiamento da ordem dos advogados (American Bar Association), dos governos federal e estadual para as Cortes Judiciais e agências diversas integrantes do sistema de justiça, estruturando-se centros de justiça de vizinhança, programas de mediação anexa à corte judicial, arbitragem e outras formas híbridas de gerenciamento de conflitos como forma de amenizar o nível local de violência e tensões intergrupais. O viés público do

pluriprocessualismo se baseava em empoderamento, antiprofissionalização das técnicas, cooperação multicultural e racial e democracia participativa. Como essa atividade de litigância de direito público era financiada por fundações privadas ou dinheiro público, alguns membros do movimento foram acusados de cooptação pelas instituições do *establishment*. O viés privado dessa escola representou a organização de conselhos oriundos das 500 corporações mais ricas segundo a Revista *Fortune* para reduzir os custos judiciais da litigância entre si e com os consumidores e clientes. (MENKEL-MEADOW, 2005, p. 20).

Desde os anos setenta do século XX estas transformações vieram evoluindo em várias direções. A mediação familiar floresceu também, enfatizando o desenvolvimento de uma filosofia colaborativa para orientar soluções de divórcio e guarda, a construção de técnicas resolutivas e procedimentos com base em informação interdisciplinar. A justiça restaurativa ou *victim ofender mediation*, um produto do multiprocessualismo no final dos anos oitenta, é um exemplo de que a perspectiva não adjudicatória expandiu-se também no âmbito penal. Visou envolver os autores de crimes e infrações com o bem-estar da vítima ofendida, entregando-lhes responsabilidades e comprometimento com a restauração do bem-estar do ofendido *(healing).* Radica-se também no pluriprocessualismo. (Ibidem, 2005, p. 21).

No plano que interessa ao trabalho, o das políticas públicas e da proteção transindividual, o avanço doutrinário sobre mediação e negociação ocasionou a busca de soluções mediante o aumento da participação dos envolvidos e da legitimação das decisões, em processos muito polarizados. O modelo em expansão gerou técnicas de gerenciamento de reuniões (*guided meeting management)* e processos de construção de consenso (*consensus-building processes*) muito úteis a atividades como a realização de uma audiência pública aqui no Brasil, pois o alvo é obter, por exemplo, resultados negociados entre governo e pessoal afetados por uma política pública (condições de construção de um aeroporto). (MENKEL-MEADOW, 2005, p. 22).

A face legislativa do movimento espelha-se na resposta que o congresso americano deu ao movimento acadêmico e à sociedade civil nos anos 80 do século XX ocupando-se da reforma processual civil e de danos *(tort reform*) sobre diminuição de custos, volume de litigância e controle de atividades profissionais, promulgando finalmente o Civil Justice Reform Act (CJRA) de 1990, expirado em 1997, determinando que as cortes distritais federais implementassem seus próprios planos de gerenciamento de casos *(case management)* visando tempestividade, redução de custos e formatação do regulamento local às necessidades de cada agenda. Fiss questiona os efeitos práticos dessa reforma em face dos resultados inconclusivos da pesquisa empírica dirigida a apurá-los (FISS; RESNIK, 2003, p. 460-462).

O uso de mecanismos alternativos de resolução de conflito a *Alternative Dispute Resolution*, abreviada em *ADR*, foi positivado nos Estados Unidos por um ato do Congresso Americano, o Alternative Dispute Resolution Act de 1998, através do qual o congresso norte-americano determinou o ajustamento das cortes distritais a autorizar e criar programas de resolução de conflitos.

Passados trinta anos da Conferencia Pound, o modelo multiprocessual encontra-se institucionalizado nos Estados Unidos porque mais de 30 Estados já estabeleceram agências *(offices)* de resolução conflitiva anexas ou não às unidades organizacionais judiciárias e as grandes universidades incorporaram a resolução de conflitos *(dispute resolution)* como um ramo de saber *(a field),* desenvolvendo conhecimento e pesquisa a respeito e facilitando o aporte da teoria produzida à prática. As estruturas curriculares apresentam resolução e gerenciamento de conflitos *(dispute resolution and conflict management).* (BORDONE; MOFFITT; FRANK, 2005, p. 507).

A ambivalência do sistema multiprocessual, manuseado em termos públicos e privados, com fronteiras nem sempre tão claras quanto a divisão pedagógica que se demarca quando se teoriza a respeito, reproduz-se também na questão da profissionalização. A

proposta antiprofissionalizante comunitária dos anos setenta ligada ao uso desses mecanismos caiu por terra. Hoje as técnicas resolutivas encontram-se reguladas por códigos de ética, associações e standards de operacionalização. Ilustra-se com o surgimento um novo campo chamado *Dispute System Design* (desenho de sistema de conflito) para capacitar as partes a desenhar um sistema processual de conflitos ou aperfeiçoar técnicas dirigidas aos fins de determinadas organizações atentando-se especialmente a conflitos repetitivos ou conflitos de alta complexidade. (BORDONE; MOFFIT; FRANK, 2005, p. 23).

A plasticidade dos fins a que serve o pluralismo processual provocou uma série de criticas como a privatização do sistema de proteção a direitos, o aumento da intervenção estatal mediante a regulação das técnicas alternativas, a acusação da colonização de sistemas de justiça alhures em ofensa às diferenças culturais e peculiaridades de outros sistemas. Também oportunizou defesas pelo fato de representar uma espécie de *língua franca*, a permitir com criatividade e formas flexíveis, a criação de processos e técnicas resolutivas que atendam a dificuldades de problemas e populações distintas. (MENKEL-MEADOW, 2005, p. 24).

Põe-se, assim, a necessidade dos controles para a criação de novos mecanismos de resolução conflitiva, para a hibridização das formas primárias, que são negociação, mediação, arbitragem e adjudicação, e questionamentos acerca da funcionalidade moral e integridade de novas formas que se organizam a partir de tais formas primitivas. (Ibidem, 2005, p. 19).

Há muitas técnicas a serem desenvolvidas, mas há a necessidade de testar acerca do seu uso prático até aqui, saber *quem* vem se utilizando delas em que *sedes, para que* e com *qual resultado.* (Ibidem, p. 26).

Fiss (2003, p. 90) relata que em meados dos setenta o Chief Justice Burguer interpelava os advogados com ofício perante a Suprema Corte acerca de alternativas à solução

adjudicada, por entender que esses caminhos alcançariam o mesmo resultado. À época, a jurisdição como forma resolutiva se encontrava em crise e esta visão, no contexto dos ataques, seria esperada do *Chief Justice.* Nos mencionados anos 80 — Primavera de 1983 — um relatório de institucionalização desses meios pelo então presidente da Harvard University, Derek Bok, defendendo o distanciamento da solução adjudicada, teve grande repercussão na mídia, tanto pela proeminência acadêmica daquela universidade como também por causa do prestígio do seu presidente, reconhecidamente, um liberal progressista, defensor de direitos civis. O documento visava à adesão das faculdades de direito americanas mediante a institucionalização de departamentos dedicados ao estudo de mecanismos alternativos de resolução de disputas (ADR — Alternative Dispute Resolution). Em janeiro de 1984, realizou-se com esforço conjunto do departamento de processo civil da Harvard University um painel em homenagem à inauguração do departamento de resoluções alternativas de disputas.

O famoso artigo *Against Settlement* (contra o Acordo)[79], escrito para aquele evento, suscitou um grande debate com a comunidade acadêmica norte-americana em política judicial, destacando-se os artigos de Mac Thenia and Shafer, *For Reconciliation* (Pela reconciliação (1985) [80], respondido com outro trabalho de Fiss, denominado Out of Eden (Fora do Paraíso), o qual foi objeto de uma nota crítica de Robert Cover, não publicada, com quem Fiss manteve uma longa e profícua amizade, apesar das divergências. (FISS, 2003, p. 91-92).

As indagações que fazem Fiss e Resnik (2003, p. 462) acerca da regulamentação legislativa do uso de mecanismos resolutivos alternativos à jurisdição (ADRs) apresentam-se ainda atuais muitos anos depois da institucionalização do modelo

[79] Este artigo integra a coletânea de FISS, traduzida para o Português por Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a Coordenação de Carlos Alberto de Salles (FISS, 2004, p. 121-145).
[80] Andrew W. McThenia, Thomas L. Shaffer. **For Reconciliation** *The Yale Law Journal*, v. 94, n. 7, p. 1660-1668, June, 1985.

multiprocessual. São elas: até que ponto o Estado incorporará o modelo multiprocessual? Quem paga pelas alternativas ao processo judicial? Serão elas pré-condições ou substitutas do processo resolutivo judicial? Os efeitos distributivos e estratégicos nos que litigam, quais serão? Quem avalia a qualidade dos provedores de resoluções alternativas de conflitos *(ADR providers*) e a quem eles prestarão contas?

13.2 A evolução do debate adjudicação judicial *versus ADR* vista por Owen Fiss

A análise de Fiss pontua a evolução da perspectiva que inicialmente colocou em oposição, o uso de *ADR*s e a adjudicação judicial, e que determinou os rumos da reforma do sistema de justiça norte-americano (artigos datados de 1984 e 1985) ao mesmo tempo em que identifica os principais aspectos do debate sobre técnicas gerenciais de conflito e o uso de mecanismos alternativos de resolução conflitiva. Servirá este relato também a um cotejo com o estado atual da discussão (2005) acerca do futuro do movimento *ADR e dispute processing*, a ser examinado mais adiante.

Fiss (2003, p. 90-104) defendia inicialmente o uso primário da via jurisdicional (solução litigiosa) por considerar que o Judiciário oferta a sede adequada para garantir a paridade em armas numa situação em que a matéria ou a parte envolve a hipossuficiência. Para ele as técnicas de acomodação e conciliação e a alusão desairosa feita à adjudicação judicial (à prestação jurisdicional) configuraram estratégias promovidas pelo então Presidente da Suprema Corte, Warren E. Burguer e a Ordem dos Advogados Americana (*American Bar Association*) para resolver problemas operacionais ligados aos interesses de sua função. Mediar e negociar eram atividades defendidas como recursos úteis à ocorrência de um acordo, mesmo para os processos em andamento (*on going processes)*. Fiss defendia a autocomposição como função secundária, debatida por ele sob a forma de acordo *(settlement)*, contra a posição de Burguer e a American Bar Association (Ordem dos Advogados).

Os argumentos que Fiss levantou, no início dos últimos anos 80 contra o uso de resoluções alternativas à Jurisdição apresentam-se sob a seguinte síntese:

a) mecanismos alternativos favorecem as desigualdades distributivas (falta de paridade em armas ou *imbalance of power*) enquanto a estrutura do processo judicial é feita para garantir o equilíbrio distributivo entre as partes e o faz;

b) o acordo não assegura a legitimidade da adesão dos participes (*authoritative consent*), por não contar, como no processo judicial, com a aferição, pelo juiz, da representatividade adequada nos casos das ações de classe (ações coletivas), do cuidado com a identificação e proteção do interesse público, com uma etapa cognitiva da controvérsia como no processo civil;

c) o processo judicial civil é adequado para instrumentalizar reformas estruturais de acesso a direitos fundamentais em organizações de grande porte (grandes empresas ou setor do serviço público) — *structural reforms* — o que não é possível fora do âmbito judicial, porque não há como substituir a eficiência da supervisão judicial continuada de iniciativas desse tipo. Depois, a dimensão satisfativa de direitos, que residiria na essência da jurisdição, não constitui a essência dos acordos;

d) mecanismos alternativos não produzem uma interpretação autorizada da lei e ela se faz necessária à proteção de certos direitos. Por isto a importância da jurisdição. O acordo soma socialmente menos e a sociedade, insciente, paga o preço;

e) o acordo maximiza interesses, o processo judicial maximiza a justiça, a fruição dos valores consubstanciados na Constituição e nas leis. O processo judicial preserva valores comunitários, sustentando esta finalidade, além da realização da justiça;

f) um modelo de duas trilhas (*two-track* model), uma para questões simples, outra para questões complexas, a guiar diagnósticos pré-moldados não atende às necessidades do sistema, que não se aperfeiçoa com o recuo da jurisdição sobre questões que afetam os ideais nacionais de sociedade. O compromisso do processo judicial com o direito é uma peculiaridade do sistema social americano. Nada tem com traços de caráter como competitividade, individualismo. A jurisdição americana é inventiva e comprometida com a manutenção dos valores sociais, atendendo às próprias necessidades nacionais quanto ao papel do judiciário.

O trabalho teórico de Fiss e Resnik (2003) ilustra o giro realizado pelo modelo resolutivo do sistema de justiça norte-americano diante das mudanças vertiginosas que tiveram lugar na prática e na teoria do direito daquele país, nos últimos 30 anos em face das transformações na sociedade norte-americana, na composição da Suprema Corte e no perfil filosófico de seus membros. A ação judicial paradigmática deixou de ser a injunção estrutural, aquela em prol da dessegregação racial, por exemplo, para ser a ação dirigida à recomposição de danos de massa. As reformas estruturais motivadas por decisões para preservação de direitos fundamentais fizeram recuar as *injunctions*, transferindo-se a matéria conflitiva à esfera dos acordos, porque acima do processo está, hoje, a resolução do conflito.

Este movimento de distanciamento pela Suprema Corte da Segunda Reconstrução *(The second reconstruction)* — etapa da história norte-americana em que se buscou a erradicação de estruturas sociais favorecedoras do racismo contra os afro-americanos — assinala a retirada da Corte Constitucional do lugar reconstrutivo e coordenador de outras forças políticas (áreas governamentais e sociedade) ocupado por ela nos anos 60 e que foi abandonado, gradativamente, no correr das três décadas seguintes. Nesse ínterim, a defesa dos direitos civis foi devolvida ao Congresso que dela se desincumbiu

apenas timidamente. A hegemonia república nos anos noventa e o programa neo-liberal *Contrato com a América*, na verdade um pacto pela não intervenção do Estado em todas as suas manifestações de poder na sociedade e na economia, na visão de Fiss, tornou qualquer pretensão estruturadora de bem-estar social em algo impensável. (FISS, 2003, p. 244-247).

A Suprema Corte Americana tem limitado drasticamente o tratamento preferencial a programas dirigidos a minorias raciais, controlado (*curbed*) o poder do Congresso na proteção de direitos civis, permitido a imposição de pena de morte, e, por outro lado, no diferencial polítíco, chegou a limitar o poder dos estados americanos na regulamentação do aborto. Algumas dessas decisões foram, com razão, criticadas por falta de uma justificação adequada, mas nenhuma delas foi criticada por ser antijurídica ou por causar uma crise de legitimidade. (FISS, 2003, p. 233).

Uma série de leis a partir de 1996 colocou novos limites ao uso das ações estruturadoras (structural injunctions), a exemplo do Prison Reform Litigation Act de 1996, inviabilizando pretensões reorganizadoras das práticas do sistema prisional. A fundamentação ofertada realizou-se pela chamada *doutrina da soberania.* Através dela não se nega a relevância da proteção do direito fundamental em questão, mas se a recusa sob a justificativa de que a tutela judicial da Corte em reconhecimento a tais direitos acarretaria restrição à autonomia dos Estados da Federação. A leitura configura o afastamento da doutrina da coordenação dos poderes, justificativa da postura judiciária na Segunda Reconstrução, em favor de uma doutrina rígida da separação dos poderes, na qual a defesa dos direitos constitucionais cabe ao Judiciário com exclusividade. (Ibidem, p. 247-248).

Diante deste quadro de política constitucional, embora Owen Fiss continue a identificar na Suprema Corte norte-americana um instrumento da razão pública, registra que jamais reconheceu a voz daquela Corte como a única, muito menos a voz exclusiva na defesa dos valores corporificados na Constituição Americana. Admite que tal defesa constitui

também prerrogativa e responsabilidade de todo cidadão, inclusive daqueles que são detentores do poder do Estado, em outros ramos de governo. (FISS, 2003, p. 249). Ao fechar desse modo o posfácio do livro *The law as it could be* (O direito como deveria ser — 2003), ele revela a evolução do seu pensamento à incorporação inevitável de outras sedes e formas resolutivas de conflitos na condição de categorias integrantes do sistema de processo norte-americano e, por conseguinte, como matéria de direito processual. É o que autorizam concluir os conteúdos por ele tratados, juntamente com Judith Resnik, na proposta de doutrina da introdução ao processo civil configurada na obra *Adjudication and its alternatives*, sempre referenciada, na qual se incluem, dentre as formas jurídicas *de processo*, as alternativas ao processo judicial. (Ibidem, p. v-vi). A cadeira de introdução ao processo civil equivaleria, na estrutura curricular à Teoria Geral do Processo, guardadas as diferenças de conteúdo em face das diferenças entre os dois modelos jurídicos (Common Law e Civil Law) e ao histórico da disciplina no Brasil.

13.3 O estado atual da discussão acerca de *ADR — Alternative Dispute Resolutions*

Cranston (2006, p. 173) refere-se à *ADR* como o sabor da década — *the flavor of a decade* — uma moda. Comentando o relatório de Lord Woolf, demonstra que a reforma processual civil inglesa não ignorou tais mecanismos, embora advirta para o excesso de otimismo no uso de suas espécies recomendando monitoramento e avaliação, com apoio para aqueles institutos que se revelarem mais promissores. Embora não recomende a introdução das *ADR* court-annexed por causa do encargo que isto representaria, incorpora outras recomendações suas sobre o aperfeiçoamento judicial e a pletora dos esquemas de *ADR*. (CRANSTON, 2006, p. 176)

A institucionalização das novas técnicas de processamento de conflitos, como todo modelo em construção, se encontra marcada pela diversidade, vaguidade e pela

imprevisibilidade. Uma série de variáveis influencia no formato dessas técnicas, a exemplo da sede em que são utilizadas, tornando-se necessário assimilar doravante e para qualquer avaliação que o contexto em que sua prática se dá é determinante para o próprio processo. (WELSH, 2005, p. 487).

A atual falta de claridade a respeito das formas, metas e tipo de intervenção que representam mediação e outros processos resolutivos coloca desafios à profissionalização e ao reconhecimento social. (Ibidem, p. 494).

Os estudiosos dessas técnicas resolutivas identificam quatro frentes de trabalho que se oferecem ao desenvolvimento epistemológico do sistema de resolução de conflitos:

a) desfazer a resistência cultural ao uso de soluções alternativas à jurisdição, apropriando-se do conteúdo crítico das objeções para desenvolver respostas adequadas;

b) identificar os obstáculos à transmissão de conhecimentos sobre técnicas resolutivas para os interessados;

c) assimilar interdisciplinaridade. Aprender a buscar e a usar a informação interdisciplinar na construção da teoria e da prática resolutivas;

d) produzir conhecimento novo sobre os processos de resolução de conflito, dirigido a interações entre disputantes, contexto resolutivo e técnicas solucionadoras. (BORDONE; MOFFIT; SANDER, 2005, p. 508-509).

As pesquisas deverão ser dirigidas aos seguintes aspectos:

a) ultrapassar a encruzilhada *(crossroad)* que representa a fase de transição paradigmática;

Admitem Bordone, Moffit e Sander (2005, p. 508) que como disciplina acadêmica a *dispute resolution* encontra-se numa encruzilhada com a passagem da voz dos fundadores intelectuais do movimento a seus seguidores na construção desse campo. O

desafio reside em assentar a teoria dos mecanismos alternativos e processamento de conflitos como mais que um movimento teórico.

Ilustra-se com a negociação, a técnica alternativa à adjudicação judicial de direitos mais utilizada para a obtenção de acordos. A construção de um corpo teórico e experimental a respeito (a body of negotiation theory and experimental work) vem sendo realizada com dificuldade desde os anos 70, embora o uso dessa técnica remonte aos anos 50 do século findo. A dificuldade reside na novidade desse objeto epistemológico — a negociação — em todas as áreas interdisciplinares que podem contribuir para elucidar seus aspectos. Além disso, o manejo de uma técnica como esta permite múltiplas metodologias de uso, mais ou menos agressivas ou competitivas, a depender da concepção que dela tiverem seus pesquisadores. (WILLIAMS; GEIS, 2000, p. 204-206).

b) Adequar o processo resolutivo não ao direito, *mas ao conflito*. Utilizar criticamente os mecanismos alternativos de resolução de disputas;

Não se oportuniza mais oferecer *ADR*s como uma alternativa preferencial e incondicional. Esta posição configura uma promessa excessiva das possibilidades dos mecanismos consensuais e um desserviço à sua legitimação. O diagnóstico crítico dirige-se aos desvios decorrentes da aplicação inadequada de mecanismos alternativos a exemplo da mediação em contextos de hipossuficiência.

Convém, ainda, admitir os riscos do seu uso como possibilidade de cooptação de institutos a exemplo da negociação para servir aos interesses da governança ou de grupos econômicos. E saber identificar quando o uso de mecanismos resolutivos termina por subtrair do processo judicial o regular cumprimento de sua função adjudicatória de direitos e da atuação articulada das normas do ordenamento jurídico. (BORDONE; MOFFIT; SANDER, 2005, p. 509).[81]

[81] Os próprios autores referem a dinâmica *agency capture*, para descrever a disfunção da técnica *negotiation rulemaking*, processo mediante o qual os empreendores interessados na promulgação de um Regulamento federal

O corte do processo resolutivo (*tailoring)* ajusta-se à natureza do conflito (*the promise of appropriate dispute resolution)*. Evitar a aplicação simplista dos princípios da teoria resolução alternativa de conflitos a problemas complexos. Os acadêmicos opinam que, no campo dos processos resolutivos, se deve ir além da polêmica e enfrentar a realização de análises de nuances e exames cuidadosos das experiências da vida real, admitir múltiplas perspectivas, para sobre elas exercer um esforço permanente, coletivo e administrar as diferenças. (BORDONE, MOFFIT, SANDER, 2005, p. 510).

A adequação do binômio procedure-substance (procedure-substance) acarreta perguntar em aberto: Qual o tipo de processo resolutivo mais eficiente para o caso? Isto exige ainda um pré-requisito: a formação básica de processo deve ensinar a um profissional a *diagnose* do conflito e o vínculo entre o que se sabe dele e seu contexto particularizado. Além disso, o aprendizado pressupõe a coexistência entre os modelos resolutivos convencionais baseados em direitos (*traditional rights-based models, adjudication, arbitration)* e as formas consensuais disponíveis. (Ibidem, p. 510-511).

Não por acaso aulas sobre raciocínio analógico são consideradas importantes para reconhecimento de situações e uso adequado do conhecimento adquirido em processos de negociação, por exemplo. A prevenção do erro causado pela aplicação de conhecimento teórico a situações empíricas de forma não pertinente é a meta dessas classes. Estudo de casos e simulação de conflitos é insuficiente. Justificam Gillespie et al. (2000, p. 311-317) que o uso de exemplos deve ser explorado visando a codificação de estruturas analíticas (comparação e contraste de estruturas de casos), forma mais apta para transmissão dos conhecimentos que a atividade negociadora exige.

---

comparecem juntos para negociar os termos da regulação. A crítica é que os oficiais das agências podem fracassar na proteção do interesse público pelo qual deveriam zelar em prol dos interesses corporativos ali defendidos por meio dessa interferência direta permitida pela técnica da negociação colaborativa. É isto o que se chama de captura de agência. Referem ainda os danos que os processos informais podem causar por colocar em maior desvantagem minorias ou outras partícipes que não possuem poder de articulação/estruturação.

O domínio de um conhecimento prévio a respeito de como cada mecanismo resolutivo vem sendo utilizado. Nesta avaliação também subjaz o questionamento da validade do próprio processo cogitado, isto é, uma avaliação objetiva e anterior de sua eventual obsolescência. Este tipo de avaliação estrutural demanda, então, que a teoria da resolução de conflitos amplie um outro viés de pesquisa para propiciar este conhecimento: o desenvolvimento de trabalhos teóricos de reconstrução/revisão de cada mecanismo em si.

Presumindo-se o acerto do uso de cálculos de produção e qualidade para aferir eficiência, não há como afastar o levantamento dos prós e contras de cada um dos meios disponíveis, de como se operará a sua disfunção, à luz de um contexto, ante aspectos formais e de fato encontrados no caso concreto. (BORDONE; MOFFIT; SANDER, 2005, p. 510).

c) O desafio de vencer a resistência: uma reforma educacional cultural.

A educação para o processo volta-se à prática e se sofistica numa preparação para múltiplos processos, não apenas o judicial. O trabalho transdisciplinar é a seqüência desse desafio porque, sobre ser atraente, apresenta-se como obstáculo. A tradição na pesquisa dos diversos saberes envolvidos com conflito social e mecanismos resolutivos, psicologia, antropologia, sociologia e direito, dificulta o entendimento e o desenvolvimento comum.

Os projetos de pesquisas de algumas universidades para o estudo de resolução de conflitos e negociação têm buscado superar a clivagem cultural e lingüística entre as disciplinas.Mesmo hoje em dia, o esforço tem sido individual, de alguns profissionais que têm se voltado com contribuições para o ramo. (BORDONE; MOFFIT; SANDER, 2005, p. 514).

Exemplifica-se com os estudos de psicologia social em relação ao tema conflito social (*social conflict*) que se desenvolveu intensamente desde a segunda guerra mundial nos Estados Unidos e tem constituído uma fonte de diálogo interdisciplinar valiosa. O livro *Social conflict: escalation, stalemate and settlement* (Conflito social: escalada impasse e acordo) de Dean Pruitt (2004) (PhD por Yale e pós-doutorado na Universidade de

Michigan) e Professor Sung Hee Kim (Phd por TFTS University), na terceira edição, representa um exemplo deste tipo.

Os temas apontados como mais promissores ao desenvolvimento da pesquisa neste campo são (SUSSKIND; MC KEARNAN, 1999. 109-112):

a) A quantificação de custos e benefícios em resolução de disputas em suas diversas formas;

b) um perfil mais acurado do processo de negociação de múltiplas partes (*multiparty negotiation*);

c) o papel da cultura até agora subestimado no processo resolutivo de disputas e na consideração do próprio conflito;

d) O papel das emoções para uma compreensão sobre como os fatores raiva, vergonha, emoção e medo afetam os litigantes; pedagogias mais efetivas. (DRUCKMAN, 2000, p. 513-516).

A propósito de uma inevitável aproximação com a psicologia e a psicanálise, verificam-se tentativas de sistematização muito interessantes como a que traz Druckman (2005, p. 231-244), através de um estudo comparativo de casos para mapear os resultados do acordo (post-settlement), avaliando uma moldura para analisar pontos de mutação *(turning points)* em conflitos internacionais e domésticos, visando o esboço de uma tipologia de impasses e a maneira que eles se resolvem conforme a variação de tipos de negociação. A metodologia considerou, ainda, a influência da nacionalidade e da cultura no comportamento do negociador.

Observa-se, então, que o elenco reclama apropriação intensa de conhecimento interdisciplinar, uso de metodologia docente de grande exigência, porque o desenho participativo é condição *sine qua non* para o funcionamento dos aportes desses saberes.

Se a perspectiva multiprocessual de resolução de disputas implica a administração eficiente e ajustada de meios para efetivar direitos, será preciso fazer mais do que tem buscado as teorias sobre o ensino de processos resolutivos. O discurso sobre o que deve ser feito é insuficiente. Será preciso testá-lo homenageando a congruência, ou como dizem Bordone, Moffitt e Sander (2005, p. 517), *to walk the talk*.

13.4 Processos de adjudicação judicial e de consenso: atividades de prevenção, solução e supervisão

As formas resolutivas a seguir descritas (ADR), modelos resolutivos tradicionais consensuais (mediação, arbitragem, conciliação) e algumas técnicas menos conhecidas, servem para aquilatar o seu uso numa sede nova como a busca de um Compromisso de Ajustamento de Conduta, bem como informar acerca do uso híbrido (hibridização) que delas se tem feito na prática para o alcance de resultados mais satisfatórios ao envolvidos.

O sistema de acesso à justiça norte-americana utiliza-se de um conceito ampliado de processo, definindo-se como processo de adjudicação (adjudicativo ou adjudicatório, *adjudicative*) aquele em que a controvérsia é resolvida mediante a imposição de uma solução por um terceiro sujeito, através de um resultado tudo ou nada (perde-ganha, win-lose). O procedimento é estruturado para apresentação de provas e argumentos através de representantes legais, geralmente advogados. Nesta categoria entram o processo judicial, a arbitragem e uma forma de jurisdição alternativa chamada *rent-a-judge*. (RISKIN; WESTBROOK, 1987, p. 3-4).

Os processos consensuais não substituem a jurisdição e, segundo Salles,

> [...]“ganham importância quando são, de alguma forma, atrelados ao processo judicial e, eventualmente, colocados como seu requisito. As soluções consensuais, portanto, aparecem como auxiliares ou antecedentes ao processo judicial. Na

> condição de auxiliares são utilizadas pelo juízo para incentivar uma solução negociada entre as partes, prescindindo-se do processo judicial quando a iniciativa for bem-sucedida. Como antecedentes à prestação jurisdicional, podem ser meios a que as partes recorrem voluntariamente ou requisitos legalmente estabelecidos para obter acesso à tutela jurisdicional". (2006, p. 790).

Riskin e Westbrook (1987, p. 4-5) elencam os mais clássicos — a negociação, a mediação e a conciliação — mencionando além desses o *ombudsman* e o *factfinding*. O *ombudsman*, equivalente ao Ouvidor no Brasil, é instituto de origem sueca, um oficial que a instituição aponta para investigar reclamações, prevenir disputas ou facilitar sua resolução com aquela instituição. Os métodos incluem investigação, publicidade e recomendação. O *factfinding* aparece como um coadjuvante dos três métodos básicos, mediação, negociação ou adjudicação.

Ao lado dos processos de adjudicação e dos processos consensuais, a doutrina elenca *processos mistos,* uso associado das técnicas básicas do qual o exemplo típico é a coadjuvância da arbitragem com a mediação, ou *med-arb technic.* Neste procedimento se as partes não chegam a um acordo, elas prosseguem para o meio heterocompositivo entregando o resultado à decisão de um árbitro. Comum em relações de trabalho. (RISKIN; WESTBROOK, 1987, p. 5). Os *Mini-trials* ou *structured settlement negotiation (*mini-julgamento e a negociação estruturada de um acordo) são processos especialmente desenhados para serem empregados em conflitos que, se não forem resolvidos consensualmente, renderão uma longa litigância. O objetivo dos interessados, geralmente instituições, é alcançar satisfação mútua. Por isto um terceiro neutro é chamado para avaliar sobre litigância judicial e dar um diagnóstico acerca das chances do caso. Às vezes, o acerto é para que a avaliação vincule as partes e funciona como uma adjudicação. Uma variação do *minitrial* é o júri sumário, pois o sistema americano adota a instituição do júri para conflitos em matéria civil. (RISKIN; WESTBROOK, 1987, p. 6).

13.4.1 Processos de resolução por adjudicação

O processo judicial é o exemplo por excelência da solução adjudicada por terceiro e se caracteriza, do ponto de vista da forma, pela litigância estruturada *(litigation*) e pelo resultado — a prestação jurisdicional (adjudication). (SEUL, 2005, p. 337-338).

As características do processo judicial, como de toda técnica processual resolutiva, podem aparecer como desvantagens, mas por outro lado, em outras circunstâncias e contextos, podem oferecer vantagens. Nesses termos devem ser feitas as comparações com processos consensuais. Somente se pode falar em prós e contras em termos relativos. Como vantagem, o procedimento estruturado oferece segurança e mais controle da paridade de armas entre as partes, mais previsibilidade e segurança, por outro lado, tem a desvantagem de ser, geralmente, mais demorado que os processos consensuais e custar caro. O andamento das etapas jurisdicionais favorece estratégias procrastinatórias e apesar de ser a litigância de má fé reprovável judicialmente, nem sempre é possível controlá-la. O resultado final entregue ao juiz apresenta a mesma medida relativa em prós e contras. É conveniente contar com a sua intermediação para evitar o trato direto com os outros envolvidos no conflito, garantir um debate sob regularidade e eficiência procedimental. A presença do advogado domina o processo e pode ser benfazeja ou nefasta dependendo do profissional contratado e suas aptidões éticas e técnicas. As informações produzidas através dos procedimentos judiciais são mais idôneas, mas outras de relevo para as partes podem ser ignoradas. A impessoalidade domina o clima do debate que pode chegar a ser acrimonioso. A publicidade, a vinculatividade, a definitividade e a exeqüibilidade da solução jurisdicional são, a princípio, vantagens, mas não se pode generalizar. A exeqüibilidade está sujeita aos contratempos da execução forçada *(enforcement),* cara e lenta. Pesquisas indicam maior facilidade aos resultados acordados por mediação. A atuação do ordenamento jurídico, resultados baseados

no direito (na lei), é um dos escopos da jurisdição, mas ás vezes a formatação do melhor resultado baseia-se em valores e outras considerações. (SEUL, 2005, p. 337-352).

A literatura a respeito da litigância judicial já oferece indicadores para guiar o processo de seleção em relação a esta escolha. Ela se recomenda diante de partes não cooperativas, indisponíveis à negociação em conflitos de interação isolada e não continuada entre os disputantes; pode ser utilizada para forçar a negociação diante da plausibilidade da vitória judicial; ainda, quando a publicidade e a visibilidade de uma discussão ao público se oportunizarem; ou quando for necessário obter um posicionamento judicial a respeito da matéria (judicial precedent). A utilização da via judicial como instrumento de ativismo político é contra-indicada, especialmente diante da possibilidade de um resultado adverso das Cortes Superiores, anunciado por posições mais conservadoras. Criar um precedente na contramão da tutela pretendida pode dificultar ainda mais o acesso ao direito de que se necessita em face das dificuldades da reversão jurisprudencial. (Ibidem, 2005, p. 352-353).

O outro tipo adjudicatório é a arbitragem. Ela consiste na eleição de um terceiro para dirimência de controvérsias, nas relações de trabalho, de comércio e de consumo, geralmente acerca de negócios jurídicos. (RISKIN; WESTBROOK, 1987, p. 2-3). Afigura-se a forma alternativa mais regulamentada em lei (nos Estados Unidos, através do Federal Arbitration Act, no Brasil, através da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 — Lei de Arbitragem — e do Decreto 2.411, de 2 de dezembro de 1997, que promulgou a Convenção Interamericana sobre Eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros concluída em Montevidéo, em 8 de maio de 1979). Não possui interesse maior para este trabalho porque se trata de um processo destinado a conflitos de comércio, indústria, negócios empresariais e consumerismo, em situações que necessitem privacidade e rapidez para proteger a continuidade da relação entre os participes, geralmente organizações igualmente

competitivas na disputa. (COLE; BLANKLEY, 2005, p. 332-333). No Brasil, a arbitragem se desenvolve especialmente voltada a servir à comunidade empresarial.

13.4.2 Processos consensuais

A mediação se define por um processo informal no qual um terceiro neutro auxilia os outros a resolver um conflito ou um plano de transação, mas não possui o poder de atribuir/adjudicar uma solução ao caso. As partes aderem voluntariamente a este método e escolhem o mediador, mas a mediação mandatória pode vir instituída por lei. O resultado é um acordo no feitio desejado pelas partes. Ele se expressa geralmente por um contrato ou *release* e é executável de acordo com a lei dos contratos. Utiliza-se muito o termo conciliação como sinônimo de mediação. (AZEVEDO, 2003).

Os atributos da técnica são os seguintes: a discussão se desenrola, com espontaneidade, orientada pelo colaborador em direção a possibilidades criativas de solução; favorece uma discussão num clima menos desgastante em conflitos de natureza continuativa; abre um fórum comunicativo entre os participes no qual é possível expressar-se sobre o que está realmente em questão no conflito; oportuniza a preservação das relações dos participantes; estimula a auto-determinação na avença, propiciando o resultado alcançado mediante a atividade dos interessados; oportuniza maior nível de adesão ao conteúdo decidido e sua estabilização conseqüente. (KOVACH, 2005, p. 304-305).

Não há ainda um consenso entre os estudiosos acerca das etapas e elementos que compõem o desenho procedimental dessa técnica. Unanimidade, há em torno de sua flexibilidade e fluidez. Apenas para ilustrar citam-se as etapas mais comumente aceitas na teoria:

a) arranjos preliminares;

b) introdução do mediador;

c) observações preambulares, declarações das partes;

d) manifestações (opcionais) de sentimentos e opiniões;

e) reunião de informação;

f) identificação das questões e dos interesses;

g) estabelecimento de uma agenda (opcional);

h) *caucus* (entrevista particular entre o mediador e o participe para aclarar impasses ou orientar o processo mediatório e comportamentos em seu interior, opcional);

i) geração de escolhas;

j) teste de realidade;

k) negociação e trocas;

l) acordo e encerramento. Em alguns acordos faz-se necessário assentar uma etapa de implementação *(follow-up)* do conteúdo acordado. (Ibidem, p. 307-308).

A uniformização de entendimentos acerca de aspectos delicados como os limites da imparcialidade ou neutralidade do mediador, um assunto que se conecta com a questão crucial da igualdade de recursos (a informação legal, inclusive) e a confidencialidade do processo terminam por demandar a necessidade de regulamentação. Hoje, ela se define por Códigos de Ética de várias organizações públicas e privadas objetivando orientar o uso ético do instituto e uma lei de uniformização de condutas dirigidas ao comportamento confidencial — The Uniform mediation Act — UMA, produzida num esforço conjunto entre a ordem dos advogados norte-americana (American Bar Association). (KOVACH, 2005, p. 312-313).

Mesmo com a institucionalização acadêmica e legislativa, embora sua instalação junto ao sistema judiciário varie conforme a jurisdição, sugere-se que a solução por acordo configurou uma moda que vai passando, conclusão retirada do declínio de casos

judiciais que enveredam por aquele procedimento. O uso de uma técnica exigente como esta pressupõe o assentamento de uma cultura de assimilação de seus gols. Programas educacionais envolvendo educação em cultura mediatória desde o primeiro grau têm representado avanços. (Ibidem, p. 316).

No Brasil, a mediação ainda não se institucionalizou, figurando como objeto de projetos de lei (PLC 94/2002 — Senado Federal; Projeto de Lei 4.287/1998 — Câmara). Os projetos não prevêem a mediação mandatória, cuja compatibilidade com o princípio do acesso à justiça entendido como inafastabilidade do controle jurisdicional, é sustentada doutrinariamente. Salles inclusive defende a possibilidade da instituição de um procedimento prévio de mediação como pressuposto processual de admissibilidade. (SALLES, 2006 p. 782-783).

O projeto legislativo, entretanto, não desce a detalhes acerca de questões éticas como neutralidade e confidencialidade, apresentando-se limitado no que tange a uma regulamentação mais densa do procedimento e de exigências normativas em relação ao desempenho do mediador e das partes. Não há previsão da regulamentação do procedimento nem de um Código de Ética de Mediação no plano federal.

A negociação representa um mecanismo pesquisado mais intensamente e se afigura o meio mais comum de resolução consensual de conflitos, vivenciado, ainda que de forma intuitiva por qualquer pessoa.

Com a negociação, as pessoas resolvem um desentendimento ou realizam transação por meio de argumentos razoáveis. A condução do procedimento pode ser envidada pelas partes ou um terceiro neutro, o negociador. Nesse caso ela se equipara a uma mediação. O propósito da negociação geralmente é dividir um recurso escasso, limitado. (RISKIN; WESTBROOK, 1987, p. 4-5).

Como técnica é o procedimento que melhor se encontra avaliado academicamente. Conta-se já com uma moldura (framework) determinada por sete elementos desenvolvida pelo projeto de negociação da Universidade de Harvard (Harvard Negotiation Project), simples o suficiente para ser lembrada e densa o bastante para abrigar qualquer *insight* que se tenha a respeito de negociação. Os elementos identificados são os seguintes:

a) interesses (algo em torno do que as alternativas resolutivas são pensadas, retirando-se de um conjunto deles a melhor alternativa para um acordo ou BATNA — *Best Alternative To a Negotiation Agreement);*

b) legitimação ou honestidade (relativo à qualidade do que se oferece);

c) relacionamentos (vinculado ao nível de interação querido ou havido pelas partes);

d) alternativas (o curso de ações que um negociador pode dispor sem a anuência do outro);

e) opções (quaisquer alternativas que possam ser trazidas à discussão e que auxiliem na celebração do acordo);

f) compromisso (representa a formalização de um acordo, demanda e oferta, em suma, um compromisso);

g) comunicação (envolve as questões de administração do processo comunicacional, por exemplo, ponderações entre criar e distribuir valor, entre empatia e afirmatividade, e interesses entre as partes e seus agentes). (PATTON, 2005, p. 280-285).

Este meio é apreciado pelo fato de que as partes assentam os termos de sua solução e, portanto, garantem elas próprias, o controle dos resultados. Apesar de ser informal, o procedimento é limitado por regras. A atuação se dá sob um conjunto de prescrições sociais de comportamento apropriado e invocam-se normas a serem aplicadas aos fatos em discussão.

Este processo pode correr, de trocas inicialmente amigáveis àquelas de caráter mais contencioso. Como o processo de adjudicação que se realiza em contextos de desequilíbrio político econômico entre as partes, a negociação conta com meios limitados para o contorno deste problema. (FISS; RESNIK, 2003, p. 43).

As críticas à negociação como procedimento resolutivo são as seguintes (PATTON, 2005, p. 300):

a) a negociação não funciona bem para auxiliar soluções distributivas, apenas auxilia a integração entre as partes;

b) a negociação somente funciona se as partes quiserem;

c) o problema e a pessoa às vezes não podem ser separados;

d) o uso dessa técnica parece mais simples do que realmente é, pelas exigências analíticas de avaliação e também por um maior grau de maturidade psíquica exigido do negociador;

e) a falta de experiência com ponderações acerca do uso de aptidões necessárias, como empatia e firmeza, provocam atuações em desequilíbrio, o que leva ao problema da educação para o uso deste tipo de mecanismo. Novamente o investimento numa educação voltada a disponibilizar socialmente as pessoas a processos resolutivos consensuais aparece como requisito indispensável a um diagnóstico sobre as vantagens do seu uso.

A técnica resolutiva de Construção de Consenso *(consensus-building)* é apontada como ideal para aproximar os grupos interessados na chamada litigância de interesse público, de um modo não partidarizado para desenhar o acordo bem informado que não apenas satisfaça os agentes envolvidos, mas de fato sirva ao interesse público. Requisita um mediador altamente bem-treinado, para “o melhor acordo possível” e não para “um resultado melhor do que cada parte obteria no Judiciário”. (SUSSKIND, 2005, p. 358-359).

Serve a conflitos de interesse público sobre alocação orçamentária em certas áreas *(siting disputes)* e discordâncias acerca de opções sobre políticas públicas. É um mecanismo que acolhe este tipo de conflito com sua natureza política e que oferece uma arena consentânea com ele. Poupam-se aos segmentos interessados os meandros intrincados do processo judicial reconhecendo-lhes a politicidade da matéria discutida e a necessária intensidade participativa. Na verdade, o *consensus-building* é um foro substitutivo da representatividade incipiente ou abusiva no qual interagirão representantes especialmente selecionados pelos grupos interessados para enfrentamentos face a face, administrado por pessoas neutras, que desempenharão papéis variados ao longo do processo em sistemas conexos ao judiciário. (SUSSKIND, 2005, p. 359-360). A descrição aproxima-se de alguns tipos de conflito, que envolvem a tutela de interesses transindividuais, manifestados em face da necessidade de implementação de políticas públicas ou providências de caráter político pontual, pois se trata de um método de suplementação do processo legislativo e administrativo tradicional.

A meta da construção de consenso (gerar a sede mais acolhedora possível a todos os interesses para "criar valor" agrupando os interessados e confrontar escolhas excludentes com transparência, num processo de discussão disciplinado). As cinco etapas do processo de construção de consenso são:

a) audiência formal (*convening)* (estruturar uma audiência equivalente a uma audiência pública com o envolvimento de todas as partes afetadas pelo conflito);

b) aclaramento das responsabilidades *(Clarifying responsabilities)* dos participantes e da assembléia como um todo;

c) deliberação *(deliberating)* de modo a produzir pacotes (*packages*) que vão ao encontro de necessidades dos envolvidos;

d) produzir decisões (*making decisions)* mediante um acordo próximo à unanimidade;

e) implementar acordos (*implementing agreements)* a partir de todos os compromissos negociados informalmente. (SUSSKIND, 2005, 360-361).

A meta do *consensus building* é legitimar a proposta de realização de uma providência ou tomada de decisão acerca de uma matéria de interesse público para que a autoridade encarregada atue, aderindo aos termos do que o documento requer. (Ibidem, p. 364-365). Trata-se de um instrumento valioso para legitimar a atuação do Ministério Público, seja em busca da celebração do Compromisso de Ajustamento, seja como causa de pedir de fato, a justificar a propositura de uma Ação Civil Pública. Ou até mesmo para justificar a emissão de uma Recomendação ao órgão público destinatário.

Este tipo de técnica evidencia quão pouco ainda se sabe sobre a necessidade de certas informações como técnicas de avaliação do conflito, as quais um mediador construtor de consenso deve dominar como, por exemplo, mapear as questões de interesse e escolher a pessoa certa para integrar a mesa como representante de grupo. Na mediação comum dificilmente se exigiria tanto. A técnica exige ainda o dispêndio de muito mais tempo e esforço do mediador, como também, conhecimento profundo da matéria em discussão e responsabilização pelos resultados do processo perante as partes e o público em geral. (Ibidem, p. 364-366).

Susskind (2005, p. 369) diferencia o *consensus building* das formas alternativas de resolução de conflito porque identifica, na prática mediatória, que este meio encerra exigências normalmente inexistentes na mediação tradicional entre duas partes (interindividual) numa sede judicial ou privada. Os conflitos de interesse público pedem outro perfil de atuação: domínio dos saberes necessários ao diagnóstico do conflito e sua solução,

habilidade, experiência e aptidão para ocupar o espaço público sujeito a coalisões e outras situações de complexidade, para esforço em muito maior dimensão.

Além das técnicas resolutivas mais comuns, outras aptidões vêm sendo desenvolvidas através da apropriação, por advogados e juízes, de gerenciamento de conflitos *(litigation management and planning)* — mediante treinamento na prática comunicativa, avaliação de riscos, acompanhamento de casos, controle da revelação da informação apropriada, cálculo dos recursos necessários, etc. (RISKIN; WESTBROOK, 1987, p 5). Ou, ainda, mediante capacitação em técnicas de seleção do processo apropriado *(appropriate dispute resolution procedure.).* (SANDER; ROZDEICZER, 2005, p. 386-406).

O *case management* constitui uma ruptura cultural com a natureza do sistema adversarial, típico do sistema *common law.* O gerenciamento da infra-estrutura jurisdicional e da atividade da jurisdição em si mesma (judicial administration) como controle de eficiência sobre adiamento e custos é uma tendência moderna de afastamento do comportamento *laissez-faire* dos juizes, dominante na litigancia judicial adversarial. Monitoramento e estatísticas serão as armas judiciais neste caso. Cranston aponta que a atividade depende de grande compromisso na articulação do pessoal de apoio (serventuários de justiça) e da disponibilidade da atuação de sanções sobre as partes para persuadi-las a uma atuação aceleradora e não procrastinatória. (2006, p. 155-162, 177). No Brasil, o gerenciamento também representa uma ruptura cultural com a própria compreensão do conteúdo da atividadde judicial, consoante se demonstrará no capítulo dedicado à análise de resultados.

A regulamentação do aumento do envolvimento judicial no gerenciamento do processo é sempre matéria controversa. Mas é possível identificar pontos comuns nas propostas, como a necessidade de um critério de diferenciação de tratamento dos litígios para demarcar maior ou menor envolvimento judicial, atenção ao andamento do processo, mediante agendamentos e a delimitação da matéria controversa (*multitrack model,* modelo de

múltiplas trilhas), a realização de uma conferência prévia, nos moldes da audiência preliminar, prevista no artigo 331 do CPC brasileiro, visando aferir a possibilidade de uma conciliação e a fixação dos pontos controvertidos da demanda.[82] O objetivo é a antecipação mais completa possível do teor da matéria controversa para um correto agendamento do andamento do processo. (CRANSTON, 2006, p. 149-154). Neste aspecto, a previsão da audiência preliminar em tal artigo permite, no Brasil, que os tribunais desenvolvam a atividade judicial de gerenciamento como etapa do processo propriamente dito, independentemente de qualquer reforma processual (as providências preliminares), estipulando, inclusive, uma cronologia de cumprimento. Isto permitirá maior controle do manejo ético do processo e de manobras procrastinatórias.[83] Em que pesem as divergências

[82] Artigo 331 do CPC: "Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. § 1.º — Obtida a conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença. § 2.º — Se, por qualquer motivo, não for obtida a sua conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.§ 3.º — Se o direito em litígio não admitir transação ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova nos termos do § 2.º." Este artigo, que se encontra incluso no capítulo V do CPC (Do Julgamento conforme o estado do processo), compõe, juntamente com o Capítulo IV que o antecede (Das providências preliminares), ambos do título VIII (do procedimento ordinário), um conjunto de previsões aptas a orientarem o magistrado a um gerenciamento qualitativamente mais denso, permitindo a ampliação da informação oculta ou incompleta e o agendamento de um passo mais célere (cronometragem, dos atos processuais).

[83] O artigo 14 do CPC, situado na Seção I (Dos deveres), do Capítulo II do título II (Das partes e dos seus procuradores) do processo de conhecimento, assim dispõe: " São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I — expor os fatos em juízo conforme a verdade; II — proceder com lealdade e boa-fé; III — não formular pretensões, nem alegar defesa, ciente de que são destituídas de fundamento; IV — Não produzir provas nem praticar atos inúteis ou desenecessários à declaração ou defesa do direito; V — Cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final. Parágrafo único: Ressalvados os advogados que se sujeitam exlusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado." Por sua vez, encontram-se na seção II (da responsabilidade das partes por dano processual) os artigos que disciplinam a responsabilidade por perdas e danos e demais cominações por litigância de má-fé, com o seguinte teor: Artigo 16 — Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente. Artigo 17 — Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I — deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso em lei ou fato incontroverso; II — alterar a verdade dos fatos; III — usar de um processo para conseguir o objetivo legal; IV — opuser resistência injustificada no andamento do processo; V — proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI — provocar incidentes manifestamente infundados; VII — interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. Artigo 18 — O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa e a

acerca de resultados compensadores, porque a racionalização do processo implica sempre em aumento de custos, uma cultura gerencial judicial vem se consolidadndo como modelo de eficiência nos Estados Unidos e Inglaterra. O impacto dessas mudanças ainda aguarda avaliação mais detalhada. (CRANSTON, 2006, p. 159-162, 177).

indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. § 1.º — quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa ou solidariamente, aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2.º — O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento."

QUARTA PARTE

ANÁLISE DE RESULTADOS. SOLUÇAO EXTRAJUDICIAL ATRAVÉS DOS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA — TACs

14 HIPÓTESES DE TRABALHO E DESCRIÇÃO DA METODOLOGIA

A tese da autora reflete a adoção de premissas que derivam dos resultados de sua pesquisa para a dissertação de mestrado, consoante demonstra o relatório apresentado na Primeira Parte deste trabalho.

Diante dos resultados de uma pesquisa recente, demonstrando o incremento do uso das ações de obrigação de fazer de natureza individual na postulação judicial de direitos sociais, protagonizada geralmente por associações ou organizações não-governamentais habilitadas por cidadãos (RIBEIRO; SANTOS, 2004), fortaleceu-se a hipótese de uma migração da atividade de tutela transindividual para a sede extrajudicial em busca de resultados mais exitosos. A eficiência do Inquérito Civil, dos procedimentos administrativos de investigação preliminar e do Compromisso de Ajustamento de Conduta pelo MP representa, por isto, o alvo preferencial da pesquisa.

14.1 As hipóteses básicas

a) o Compromisso de Ajustamento de Conduta, como mecanismo autocompositivo, viabiliza a tutela específica de direitos transindividuais;

b) o Inquérito Civil, de formato inquisitório, abriga soluções autocompositivas através do Compromisso de Ajustamento de Conduta apenas

excepcionalmente, funcionando pouco como espaço deliberativo de resolução de conflito;

c) a atividade resolutiva de conflitos por meios autocompositivos, como o Compromisso de Ajustamento de Conduta, não se encontra sujeita ao controle interno institucional do MP;

14.2 As hipóteses secundárias

a) a eficiência protetiva dos Compromissos de Ajustamento de Conduta relaciona-se ao modo espontâneo e extrajudicial do seu cumprimento. A pesquisa acerca dos procedimentos administrativos de verificação (PA e PIP) visualiza-os como sede propícia ao contraditório, à dimensão deliberativo-resolutiva e à produção de soluções de adesão e estabilidade; Justifica-se, desse modo, a investigação do uso preferencial dos procedimentos administrativos de verificação previstos no estatuto institucional;

b) a prática do uso restrito do Inquérito Civil e do largo uso dos chamados PA (Procedimentos Administrativos) e PIPs (Procedimentos de Investigação Preliminar) estampada no Diário Oficial do Estado, ao desconsiderar a doutrina da Ação Civil Pública que não recomenda tais procedimentos como sucedâneos do Inquérito Civil, induz uma menor disponibilidade deste instrumento para sediar a celebração de Compromissos de Ajustamento de Conduta. Estas escolhas procedimentais demandam averiguações acerca da exploração de seu manejo pelos membros da instituição do MP, de sua capacitação para a atividade autocompositiva e ainda explorações acerca da formalização dos compromissos de ajustamento e resultados de eficiência.

c) A implementação das obrigações assumidas no Compromisso de Ajustamento de Conduta e o controle de resultados de tutela transindividual extrajudicial são deixados, em grande parte, ao próprio promotor de justiça. A falta de uma regulamentação do controle interno da atividade autocompositiva produz grande perplexidade acerca do cabimento desse controle, do momento de sua incidência e ainda do seu objetivo e alcance. Há uma necessidade de racionalização da atividade de revisão da atuação resolutiva extrajudicial da instituição do MP por parte dos órgãos da Administração Superior.

14.3 Material e métodos

14.3.1 Metodologia

Para esta tese, a pesquisa dirigiu-se a traçar um perfil preliminar da atividade resolutiva extrajudicial por meio dos TACs e dos processos administrativos investigativos utilizados na esfera cível pelos promotores de justiça, um diagnóstico da tutela material prestada em tal sede. Objetivou, também, investigar o controle do processo de revisão de soluções autocompositivas bem como a sua própria prática. Os resultados apurados servirão a subsidiar o tratamento que receberão as informações acerca da atividade extrajudicial no banco de dados do MP pernambucano, em fase de implementação.

A pesquisa se desenvolveu de forma aplicada e num nível exploratório. Se, por um lado, as investigações exploratórias permitem generalizações limitadas, por outro, elas fornecem resultados que certamente serão úteis na formulação de novas hipóteses em outro nível de aprofundamento, o que se afigura suficiente para os âmbitos acadêmico e institucional numa área pouco afeita a trabalhos de base empírica como o Direito.

Este nível de abordagem se apresenta apropriado para um tema novo, ainda em desenvolvimento, sob a perspectiva do direito processual — mecanismos e estratégias destinados à adequação do binômio materialidade-processo — o que se comprovou mediante a apresentação da literatura norte-americana em *dispute processing* ou *dispute resolution* na seção 12 da parte III da tese. (SUSSKIND; MAC KEARNAN, 1999, p. 14-18).

Mesmo nos Estados Unidos, onde as Universidades possuem estruturas curriculares voltadas ao ensinamento do manejo profissional de sede autocompositivas e das técnicas necessárias ao uso daquele espaço de produção decisória, o atual estado da técnica ainda é incipiente.

Galanter (1989, p. xiv) assinala que, para uma reflexão acerca de qualidade em matéria de escolhas políticas, ainda se tem muito que aprender com a "arte da comparação sistemática e da mensuração". A apropriação de metodologia e técnicas de pesquisa para um ramo novo deve ser vista como um trabalho em andamento, mas também como uma necessidade:

> Even though these issues are complex and multidimensional, they can be advanced though not resolved by careful analysis and by empirical measurement. We can bring a whole repertoire of quality concepts and techniques of inquiry to bear on specific kinds of disputes. We need specified and contextualized studies in which institutional alternatives are compared not in terms of the supposed unvarying characteristics of dispute methods, but in terms of a relevant array of "quality" issues. If our choices are inevitably political, we should aspire to a politics about real alternatives not imaginary ones.[84]

A pesquisa para a tese foi empreendida individualmente, com o auxílio de um programador e um estagiário, cedidos pela Corregedoria Geral do Ministério Público, recursos que determinaram o uso das técnicas de pesquisa escolhidas e a dimensão metódica do trabalho.

---

[84] Mesmo que essas questões sejam complexas e multi-dimensionais, elas podem ser enfrentadas ainda que não resolvidas, por meio da análise cuidadosa e pela mensuração empírica. Nós podemos trazer todo um repertório de conceitos de qualidade e técnicas de investigação para utilizar em específicos tipos de disputa. Nós precisamos de estudos específicos e contextualizados nos quais as alternativas institucionais sejam comparadas em termos de certas características supostamente invariáveis dos métodos de solução de disputas, mas em termos de uma seleção adequada de questões "qualitativas" relevantes. Se nossas escolhas são inevitavelmente políticas, nós deveríamos aspirar a uma política construída sobre alternativas reais e não imaginárias. Tradução da autora.

Foi delineada como um estudo de campo, formato apropriado a aprofundar as questões propostas e estudar a atividade da comunidade ministerial como grupo comunitário, ressaltando a interação entre seus componentes. Este modelo se harmoniza bem com a técnica de observação participante e é compatível com o uso de outros meios de investigação. O molde escolhido (pesquisa de campo) também ofereceu a flexibilidade necessária a um projeto que se desenvolveu e aperfeiçoou ao longo dos achados encontrados, à medida que a coleta ia se desenvolvendo. (GIL, 1999, p. 34, 72, 113).

Como se fez uso de procedimentos de amostragem e de técnicas quantitativas (questionário com entrevista, ou formulário), a presente pesquisa se aproxima do tipo descritivo (GIL, 1999, p. 44). O tratamento estatístico[85] dispensado aos dados e expressado nos gráficos analisados pela autora corresponde a tal tipo (MARCONI; LAKATOS, 2001, p. 108). Considerou-se "descrição" como Levin (1987, p. 12) "isto é, redução de dados quantitativos a termos descritivos mais convenientes e em menor número".

O método de abordagem utilizado se define como hipotético-dedutivo, na medida em que a tese pressupõe uma lacuna cognitiva a cujo respeito as hipóteses foram formuladas e se testa a predição da ocorrência de certos resultados. (MARCONI; LAKATOS, 2001, p. 106).

14.3.2 Amostra

A realização da pesquisa propiciou uma coleta inicialmente bem ampla de dados, que posssivelmente virá a subsidiar o futuro banco de dados do Ministério Público Estadual de Pernambuco, acerca de sua atividade extrajudicial. Encontram-se hoje coletados, em estado bruto, graças à realização desta pesquisa, dados que abarcam um lapso de quatro

[85] Considerou-se estatística como "um conjunto de técnicas para redução de dados quantitativos (ou seja, uma série de números) a um número bem menor de termos descritivos que sejam mais convenientes e facilmente comunicáveis". (LEVIN, 1987, p. 10).

anos, abrangendo o período de fevereiro de 2002 a fevereiro de 2006 e que consistem num levantamento dos ICs, PIPs e TAC instaurados ou firmados, respectivamente, pelo Ministério Público Estadual e publicados no Diário Oficial do Estado. O marco inicial para a delimitação deste universo deu-se a partir do ano de 2002, momento em que uma preocupação com o mapeamento e controle da eficiência da atividade da instituição, através da realização de relatórios de atualização funcional — RAFs, manifestou-se como política institucional. O outro marco delimitador se deu em fevereiro de 2006, por constituir o produto da atividade extrajudicial em quatro anos um universo bastante expressivo.[86]

O volume de material recolhido não permitiu que a amostra abarcasse toda população do período levantado. Não haveria tempo para tratamento e análise de todo ele, com os recursos disponíveis.

A amostra foi retirada dentre os elementos recolhidos. Selecionaram-se os Termos de Ajustamento de Conduta realizados pelos Promotores de Justiça do Estado em todas as entrâncias locais e publicados no Diário Oficial do Estado, representados pelos TACS realizados em 2005. (ESTEVAM DOS SANTOS, 2005, p. 125; GIL, 1999, p. 104).

A escolha de uma amostra com base no período de um ano, o de 2005, se justifica. Representou um lapso nem tão remoto que não permitisse o mapeamento da origem dos compromissos de ajustamento, nem tão breve a ponto de impossibilitar a observação de uma trajetória completa de cumprimento, até a satisfação total da tutela do direito, no modo extrajudicial ou judicial. Os riscos da utilização de uma amostra pequena foram contornados pelas vantagens da observação participante, eficiente para uma pesquisa cujo objeto se encontra no ambiente de atividade da pesquisadora.

[86] Registre-se que a preocupação com a atividade extrajudicial constitui uma prática recente da administração superior do MP. Apenas este ano, por iniciativa da Procuradoria Geral de Justiça e da Corregedoria Geral do Ministério Público deste Estado, realizou-se o ajustamento dos RAFs — Relatórios de Atualização Funcional a um tratamento para propiciar uma coleta adequada de dados, construção de índices e oferta de mensurações visando o controle da atividade. As informações recolhidas para este trabalho serviram a esta primeira etapa de adequação do relatório mencionado às atividades extrajudiciais desenvolvidas pelos Promotores de Justiça, em matéria civil e a atualizar as fichas de inspeção das correições, visando aperfeiçoar o controle qualitativo da Corregedoria Geral do MP.

A amostra relativa ano 2005 constituiu-se de modo aleatório, na medida em que os 115 Termos de Ajustamento de Conduta que a compuseram foram aqueles cujo promotor de justiça tomador/promitente ou interveniente pôde ser alcançado e se dispôs a responder completamente ao formulário aplicado com entrevista. Registre-se que outros compromissos de ajustamento podem ter sido firmados no ano de 2005, mas não enviados à publicação. Outros ainda, podem ter sido firmados por outros órgãos públicos como o permite a lei (artigo 5º, § 6º da Lei de Ação Civil Pública), corroborando a impossibilidade da completude da amostra, uma contingência metódica. De acordo com informação prestada pela Secretaria do Conselho Superior do Ministério Público, em dezembro de 2006, 256 procedimentos envolvendo Termos de Ajustamento de Conduta celebrados em 2005 chegaram àquele órgão. Resulta, então, que a amostra objeto da pesquisa representa 44,92% (quarenta e quatro vírgula noventa e dois por cento) do total dos Compromissos de Ajustamento de Conduta oficialmente informados ao órgão da Administração Superior.

14.3.3 Instrumentos de pesquisa

Como instrumento de pesquisa foi utilizado o *questionário aplicado com entrevista*, também designado por *formulário* (GIL, 1999, p. 128), com questões formuladas oralmente pela pesquisadora ao entrevistado. Numa etapa protocolar, como preâmbulo, a pesquisadora enunciou, oralmente, os objetivos da pesquisa, sua serventia, abrindo oportunidade a que emitissem a sua opinião sobre os temas apresentados em pauta à sua apreciação de forma mais livre. (GIL, 1999, p. 120). Os temas foram os seguintes:

a) o TAC e a tutela jurídica prestada por ele;

b) considerações gerais sobre atividade extrajudicial: posturas e procedimentos; supervisão e intervenientes, o uso de técnicas de solução de conflito e a coletivização de soluções (regionalização, multiplicação);

c) considerações gerais acerca do controle interno (revisão pelo CSMP): o que é objeto de revisão; o Inquérito Civil e procedimentos administrativos; interligação e acompanhamento junto ao CSMP; resultados da revisão pelo CSMP.

Por ocasião do pré-teste, o modelo original do formulário foi alterado para excluir questões impertinentes, desnecessárias e repetitivas, e para incluir alternativas faltantes, mas necessárias, ante as respostas apresentadas e os relatos dos entrevistados à ocasião. Cuida-se de um procedimento metodologicamente aceitável nesta fase. (ESTEVAM DOS SANTOS, 2005, p. 238). Alguns itens foram acrescentados posteriormente, sendo esta a razão pela qual a ordem de apresentação na ficha de coleta pode parecer invertida ou desordenada, embora isto em nada prejudique a tabulação e os resultados produzidos.

Foram utilizadas para operar o banco de dados construído pelas informações recolhidas por via do questionário, três ferramentas: o banco de dados MICROSOFT ACCESS 97, um programa compilador e a planilha eletrônica Microsoft Excel. Com a ferramenta do banco de dados ACCESS 97, foi criado um banco de dados (*extraordináriodb*), que contém 5 tabelas principais. O banco de dados foi estruturado com essas tabelas inter-relacionadas, elaboradas a partir dos seguintes itens: o nome dos Promotores de Justiça, o nome da comarca, uma relação entre membros e promotorias, uma tabela de dados da Promotoria e um formulário designado *Termo de Ajustamento de Conduta* com 23 campos de preenchimento (formulário anexo).

Com a segunda ferramenta, o compilador DELPHI BOHAM 5, foi criado um programa para realizar o cadastramento das informações recolhidas através do formulário (ficha de coleta de dados), no banco de dados.

A outra ferramenta utilizada foi a planilha eletrônica do Microsoft Excell, a qual permitiu confeccionar os gráficos e tabelas para ilustrar os resultados encontrados a partir dos dados tabulados. As questões e todos os elementos nela envolvidos foram codificados numericamente para que a tabulação eletrônica pudesse ser feita. (GIL, 1999, p. 171-173).

Os dados foram utilizados para o teste das hipóteses propostas através de mensurações em nível nominal (para categorizar casos e contar freqüências) e ordinal (para ordenar determinadas características ou etapas). (LEVIN, 1987, p. 4-5). Utilizou-se de tabulação simples para chegar aos resultados espelhados em cada questão proposta no formulário, realizando-se o entrecruzamento dos itens nelas contidos para produzir outros desdobramentos que também se traduzem nos gráficos que quantificam os resultados desta parte da tese. O trabalho de tabulação dos dados e de confecção dos gráficos foi realizado por servidor integrante do setor de informática da Corregedoria Geral do Ministério Público.

Dispensaram-se testes de variabilidade por se tratar aqui da obtenção de índices preliminares. Algumas questões receberam mais de uma marcação nas opções de resposta, porque não se pode afastar a incidência de duas variáveis encerradas numa mesma proposta. Ilustra-se: a área de tutela abrangida por um TAC pode comportar várias assinalações porque um conflito pode envolver diversos tipos de intervenção englobando, meio ambiente, saúde, direito urbanístico, por exemplo; ou o acordo encerrar a presença de vários promissários, ou ainda a intervenção do MP em dois níveis, federal ou estadual.

Assim, reitere-se, um só Compromisso de Ajustamento pode dar ensejo a assinalações múltiplas. Esta é a razão pela qual, em alguns resultados apresentados no gráfico, a soma dos resultados em percentual é maior que 100 por cento e a operação não tem

cabimento. O percentual expresso no gráfico tem como referência o **n** e aqui ele sempre corresponderá ao numero total de TACs da amostra selecionada, ou seja, 115 unidades. Rodrigues (2006 p. 266) adotou esse mesmo critério na expressão gráfica de alguns resultados de sua pesquisa, apenas operando com resultados em números absolutos (quantitativos) e não em percentual. Esta autora também se permitiu a construção de gráficos e tabelas a partir da informação coletada.

14.4 Categorias de análise

O formulário aplicado foi organizado para servir a três categorias de análise, que foram criadas para facilitar posterior exame e interpretação dos dados. Estas categorias se dirigem a viabilizar o teste das hipóteses principais acima elencadas, cada uma correspondendo a uma delas. Ei-las, a seguir.

14.4.1 Aspectos da formação do TAC e da tutela prestada aos direitos

Nesta categoria buscou-se a montagem do panorama da tutela dos direitos veiculada pela atividade autocompositiva. Ela permite também que se entreveja a prática que leva à formação dos Compromissos de Ajustamento e das suas cláusulas negociais, os usuários mais comuns e as peculiaridades da participação. Nelas, encontram-se informações acerca das partes celebrantes, compromitente e compromissários; das áreas de tutela jurídica favorecida pelos TACs; da natureza das obrigações assumidas; da presença de cláusulas coercitivas de cumprimento nos TACS; do conteúdo formal dos TACs; modalidades de tutela do direito (preventiva, ressarcitória...); dos prazos de cumprimento da obrigação; da utilidade do PA/PIP/IC para realizar o TAC; do tipo de interesse transindividual protegido.

14.4.2 Aspectos relativos ao procedimento e às atividades de deliberação e solução

Sob esta categoria, procede-se à análise da etapa deliberativa, buscando rastrear a ocorrência desta atividade como etapa preambular do ajuste. Tenta-se estabelecer a correlação entre o tipo de procedimento (IC, PIP, PA) e a formação do ajuste para aferir o molde preferencial. Apura-se o uso de técnicas coadjuvantes para induzir o acesso aos interesses reclamados. Afere-se a influência da cultura adjudicatória de direitos pela via judicial e o avanço em direção à solução negocial. Indaga-se acerca da existência de um debate prévio a propósito do comportamento ajustado; do uso de outras técnicas resolutivas; da configuração dos procedimentos de investigação prévia (tipo); da aptidão do promotor em mecanismos resolutivos alternativos à jurisdição (ADRs).

14.4.3 Aspectos ligados ao cumprimento do ajuste: controle de eficiência e revisão

Sob esta categoria, analisam-se os resultados substanciais de proteção a direitos que derivam da realização dos compromissos de ajustamento, investigando-se as causas que obstaculizam o cumprimento das obrigações assumidas. Também se investiga a atividade de controle interno, que se correlaciona com as questões de cumprimento, graças a indefinição do alcance do próprio processo de revisão dos TACs pelos Órgãos da Administração Superior do MP. Para este item, questionou-se acerca da previsão de supervisão de cumprimento dos TACS firmados; das etapas de cumprimento (andamento); dos resultados de efetivação do TAC; dos problemas de cumprimento; da revisão do TAC pelo CSMP; e da existência de impugnação ao TAC.

15 ANÁLISE DE RESULTADOS

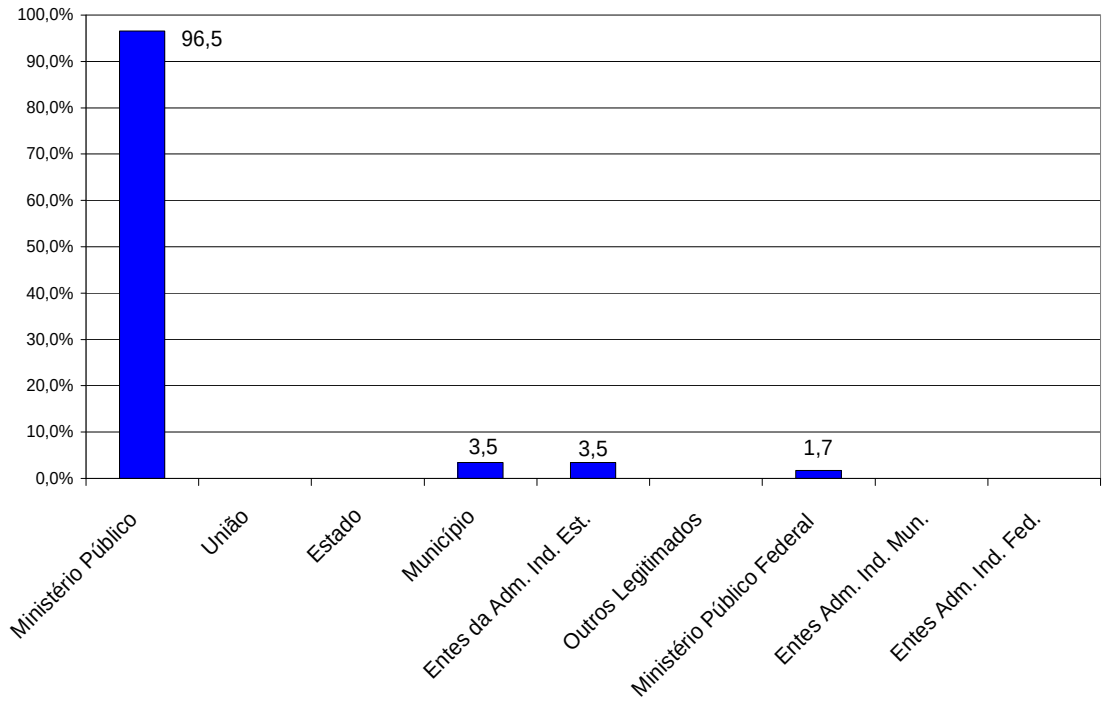
15.1 Aspectos da formação do TAC e da tutela prestada aos direitos

15.1.1 Partes celebrantes, compromitente, compromissário e intervenientes

Os celebrantes dos compromissos de ajustamento oferecem o panorama dos atores que se dispõem à deliberação autocompositiva para a solução de conflitos transindividuais.

O gráfico a seguir aponta quem protagoniza a tomada dos TACS objeto da amostra. Os Compromissários ou Tomadores são aqueles que tomam a iniciativa de colher o compromisso e buscam adequar a conduta do obrigado às exigências legais.

Gráfico 01: Tomadores ou compromissários



A pesquisa revela que o MP local continua a protagonizar a iniciativa da tutela coletiva, também, extrajudicialmente, figurando em 96,5% dos TACS realizados. Este achado ratifica a mesma postura tutelar encontrada em pesquisa anterior na aferição da atividade desempenhada por membros da instituição na esfera jurisdicional. As Ações Civis Públicas, em sua maioria, eram ajuizadas pelo MP, na amostra então recolhida, um percentual de 84%. (SANTOS, 1999, p. 111-112).

O percentual expresso no gráfico anterior, que revela a incidência da presença do MP nos compromissos de ajustamento celebrado, convive com a possibilidade de uma atuação conjunta do MPPE, em co-legitimação com municípios e entes da Administração Pública Estadual, cada qual com o equivalente a 3,5%, e com o Ministério Público Federal em 1,7%. Tais percentuais representam a incidência da presença de cada um desses órgãos.

Esta disposição do MP estadual pode ser atribuída à implantação institucional de atividades de produção conjunta de decisões e escolha de metas, a exemplo do que se realizou com a confecção do planejamento estratégico.

O perfil constitucional do MP organizou-o estruturalmente de uma forma adequada ao desempenho de suas funções institucionais. Isto propicia o redirecionamento de suas atividades à produção da tutela a direitos para a via extrajudicial. Todos os níveis da atividade administrativa e executiva da instituição podem se conectar a esta finalidade e a ela servir. A conformação legislativa dada ao MP permite, pois, uma intensa atividade deliberativa e participativa. A distribuição recente de suas competências e atribuições mediante a legislação infraconstitucional e a regulamentação interna dão conta de uma tendência de descentralização das decisões através da consulta aos órgãos colegiados ou da sua participação efetiva. Integram, ainda, a base institucional, os promotores de justiça e, em certas matérias mesmo, até seus servidores.

A normatividade, porém, não explica a escalada de uma cultura de participação e deliberação que se consolida a cada dia em práticas, reivindicações e decisões para fora e no interior da instituição. No ambiente institucional, a participação é uma expectativa e uma exigência vindas de baixo para cima à qual respondem e assimilam os órgãos de Administração Superior, porque ela é inarredável caso se queira coerência com o discurso de identificação do MP. Ele se autodefine como uma instituição que, além de ser essencial à administração da justiça, faz a defesa da democracia, da ordem jurídica e dos interesses sociais e indisponíveis.

A aferição sobre a condição de compromissário ou tomador permitiu, também, que se descobrisse uma função importante para a figura jurídica do interveniente. Normalmente utilizada nos negócios jurídicos para legitimar a presença de pessoas ou entes interessados em determinado resultado, seja para testemunhar ou para se ter ciência do ajustado, seja para se comprometer ao cumprimento de alguma atividade coadjuvante ao cumprimento da obrigação — geralmente de supervisão ou fiscalização —, a figura do interveniente empresta aos Compromissos de Ajustamento uma nota peculiar.

Na amostra selecionada, a sua presença foi encontrada em 57 unidades, o equivalente a 49,6%. Rodrigues (2006, p. 271) aconselha a sua distinção entre a figura do obrigado e a do interveniente. “[...] este último geralmente é também co-legitimado, que auxilia na fiscalização do cumprimento do termo, enquanto aquele assume obrigações determinadas e certas perante o Ministério Público. Assim, mesmo que indicados como intervenientes nos Termos de Ajustamento de Conduta analisados, alguns órgãos públicos foram considerados como compromissários devido ao tipo de obrigação assumida no ajuste”.

Considerou-se mais adequado assemelhá-lo à figura do compromissário / tomador do termo, atentando-se ao seu papel assumido no ajuste. Na maior parte das vezes, o uso dessa condição para incluir a participação de um eventual obrigado funciona como uma

estratégia consensual de indução dos entes da Administração Direta ou Indireta a aderirem ao TAC, forma de obter dos órgãos públicos o cumprimento de seus deveres legais em relação ao cumprimento das obrigações ali pactuadas, ao colocá-los como participantes na avença. A interveniência institui o dever de agir do órgão público, comprometendo-o com a efetivação da tutela naquela situação específica, seja o obrigado outro órgão público (por exemplo, o próprio ente da administração direta ou uma empresa pública) ou um particular (pessoas jurídicas de direito privado, pessoas físicas).

Verifica-se, assim, que, na dimensão do processo administrativo consensual, o espaço da resolução do conflito de interesse público influi na própria forma de constituição do acordo, priorizando-se a estabilização dos conteúdos avençados à institucionalização do dever de cumprimento, formalizando-se ao obrigado o dever de prestação.

A preferência reside na colheita de uma adesão natural ao resultado pretendido, mesmo que não se obtenha formalmente a assunção do compromisso de prestar. A maior parte dos casos diz com o exercício do poder de polícia que deveria colocar a Administração na condição de obrigada. Ao MP, como órgão essencial à administração da justiça na esfera administrativa, incumbe harmonizar a atuação de todas as funções de poder nesta nova dimensão administrativista.

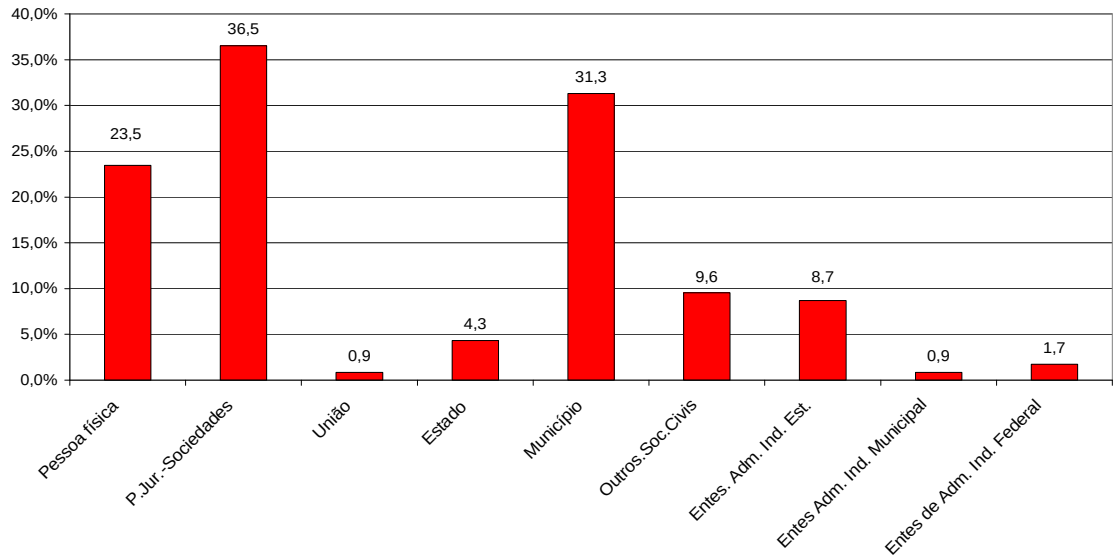
Ocorre, ainda, assumir o Poder Executivo a iniciativa da resolução, o lugar de tomador no compromisso, ao que o MP se reserva o lugar de interveniente, embora esta seja uma situação rara. Protagonizando a solução, ele custodia as condições de formação e cumprimento do acordo, então aceitas por todos. Na posição de interveniente, o MP supervisiona o mesmo, seu conteúdo e os resultados do acordado.

Ao cabo, a adesão de um gestor ou representante do poder público se estabelece por produzir também resultados politicamente corretos, motivação muito ponderável quando propicia a apresentação de um comportamento de justiça e de

conformidade à lei à sociedade civil, em tempos de crise de confiança. A atividade extrajudicial promovida pelo promotor de justiça funciona, nesse caso, como um indutor de resultados na esfera decisória do Administrador (e um resgate da sede tradicional do processo político-decisório). Depois, não há como imunizar a esfera autocompositiva das idiossincrasias da prática política, porque a sede resolutiva transindividual se caracteriza pelo papel complementar que desempenha em face das omissões do próprio processo político decisório, ou seja, a ele se assemelha.

A figura a seguir, expressiva das entidades e pessoas que aderiram ao uso da solução autocompositiva por meio do Compromisso de Ajustamento na amostra pesquisada, apresenta uma tendência não encontrada em sede judicial na pesquisa realizada anteriormente pela autora acerca da efetividade das Ações Civis Públicas. O Poder Público e seus órgãos suplantavam os particulares no pólo passivo da relação processual. (SANTOS, 1999, 116-117). Observou-se nos TACs, num patamar sensivelmente majoritário, a presença das pessoas jurídicas de direito privado (empresas) e pessoas físicas dispostas a prestar, consensualmente, tutela específica em situações de ameaça ou ofensa a direitos transindividuais.

Gráfico 02 - Promitentes



No ano de 2005 e no âmbito da amostra, o gráfico 02 acima comprova a presença de pessoas físicas e jurídicas de direito privado (sociedades comerciais) como celebrantes. As associações civis foram incluídas no item *outros* porque pode ocorrer não se encontrarem regularmente constituídas. Somado, esse contingente ilustra a presença dessas pessoas em 69,60% dos TACs, figurando o Poder Público em número sensivelmente menor, 47,8 % (incluindo-se na soma todos os entes da Administração Direta e Indireta).

Observou-se em alguns TACs, ocupando a posição de compromitente, a atuação conjugada de várias pessoas, física, jurídica e órgãos públicos, configurando uma sede comunitária de deliberação. Esta peculiaridade se justifica melhor quando se leva em conta o tipo de conflito no qual participam, conforme adiante se comentará. De acordo com este resultado, é possível afirmar que o TAC, como mecanismo de resolutivo centrado na busca de adesão, presta-se a agregar Poder Público e particulares.

Verificou-se que o Município, dentre os órgãos públicos, lidera a presença nos acordos da amostra, na ordem de 31,3%. Tal como na sede judicial, mantém-se ele, dentre os entes estatais, como o mais atuante, quer na legitimação ativa, quer na legitimação passiva em tais ações. (SANTOS, 1999, p. 116). Passados dez anos do período pesquisado em primeiro lugar, a incidência detectada na pesquisa ora apresentada confirma o ente municipal como o grande interlocutor para a correção das omissões de tutela a direitos transindividuais através dos quais se expressam demandas pelo implemento de direitos sociais.

É natural que este papel de preeminência se confirme em relação ao município por causa das competências decisórias que lhe entregou a Constituição Federal mediante a descentralização e a municipalização. Entregou o constituinte ao município, no pacto federativo, a responsabilidade imediata pela implementação de políticas sociais públicas. (Ibidem, p. 115-116).

O município é, hoje, responsável pela manutenção de programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental com a colaboração da União e do Estado, que deverão prestar-lhes assistência técnica e financeira (artigos 211 e 212, § 1°, da Constituição Federal); por prestar serviços de atendimento à saúde, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, como partícipe do Sistema Único de Saúde (artigo 198 da Constituição Federal); por promover o ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (artigo 182 da Constituição Federal); por proteger o patrimônio histórico-cultural local (artigo 216, § 1° da Constituição Federal). (FERREIRA, 1995, p. 221-253).

Outros aspectos justificam a presença de pessoas físicas e jurídicas de direito privado como obrigadas no termo de Compromisso de Ajustamento, equivalentes a 23,5% e a 36,5%, respectivamente. Ela não se deve, por certo, ao temor reverencial diante do poder inquisitorial do MP, como se poderia argüir. Esta participação nos ajustes será melhor compreendida quando se a cotejar com os tipos de conflito de maior incidência encontrados na amostra.

Os demais celebrantes do compromisso identificados comparecem com intensidade muito menor, destacando-se os entes da administração estadual indireta com 8,7%, se se comparar a sua presença com a dos demais entes da Administração Indireta Municipal, e Estadual, com 0,9% e 1,7%, respectivamente. Dentre os TACs integrantes da amostra, a variável *outros*, com 9,6 %, aglomera associações civis, entes despersonalizados e entidades não categorizadas nas demais alternativas.

Esta multiplicidade de presenças na sede autocompositiva demonstra, de modo conclusivo, a feição poliédrica que a transindividualidade carrega, encerrando as várias facetas de um conflito de repercussão transindividual. Ela é representada tipicamente pelos ilícitos cometidos por pessoas físicas ou jurídicas em face de posturas municipais, de

comportamentos poluentes oriundos de atividade comercial ou industrial e práticas ameaçadoras ou lesionadoras da segurança do consumo, pelas práticas omissivas dos poderes públicos.

A autocomposição praticada confirma a amplitude do espaço resolutivo consensual. Os Compromissos de Ajustamento tanto se prestam a obter o adimplemento de pessoas físicas e jurídicas na composição de conflito nas áreas apontadas, como também a obter do Poder Público comportamentos adequados no que respeita a omissões de Política Pública ou o cumprimento do seu poder de polícia, que se expressam sob a forma de um conflito transindividual.

As instituições ligadas ao Estado brasileiro, ou seja, entes estatais, Administração Direta ou Indireta, continuam a figurar como devedores da tutela transindividual à coletividade. Estas informações confirmam, por sua vez, nossa pesquisa realizada anteriormente ao corroborar o quadro omissivo detectado já em 1999. (SANTOS, 1999, p. 117). Concorda-se com Rodrigues (2006, p. 273) quando ela aponta, nesta incidência, uma tendência auspiciosa, que é a disposição de se adequarem esses entes, por vontade própria, às exigências legais.

A pesquisa confirma um velho dogma da doutrina norte-americana das *injunctions,* como ações estruturadoras que são. A adesão à atividade autocompositiva, ou seja, o desejo do obrigado de se ajustar e de fazer acontecer a prestação devida, é o que estabiliza e garante o cumprimento das condições do conteúdo pactuado.

A manutenção do espaço dialógico em boas condições e a persistência em preservá-lo sem rendição afiguram-se importantes à construção de resultados resolutivos substanciais.

Pesquisa realizada pelo MP recentemente informa os seguintes percentuais de gradação quanto ao relacionamento da Instituição com o Poder Executivo: 25,3 % a

consideram Excelente; 52,6 % consideram Bom; 18,9 % consideraram o nível de relacionamento apenas regular; porém, somente 3,2% consideraram insatisfatório. (PERNAMBUCO, 2006, p. 4).

Este dado, associado à participação do município na discussão conflitiva, indicia que a existência de uma base de disponibilidade se apresenta ao teste da esfera deliberativa para tutelas transindividuais.

Como a pesquisa não foi concebida inicialmente para aferir o uso da autocomposição em torno das variáveis destinadas a aferir complexidade/simplicidade, não foi possível saber se o quadro participativo encontrado nos TACs existe apenas em face de pequenos conflitos de modelagem mais tradicional, de cumprimento a prazo certo e com objeto completamente previsível ou se pode, também, ser esperado diante de conflitos de resolução complexa envolvendo obrigações de natureza continuativa e com um objeto paulatinamente definível.

No universo pesquisado, certos TACS envolvem poder público, empresas e particulares em acertos de grande dimensão, como a regularização massificada de loteamentos populares num grande município da região agreste, em várias etapas estruturadoras. Porém, uma situação singularizada não se presta a generalizações.

Os dados apontam a conveniência de aferir, num outro momento, o significado da diluição da presença do Poder Público no pólo obrigacional dos ajustes. Ele pode indiciar o aumento da receptividade da governança ao debate acerca de interesses da coletividade na sede própria, a Executiva, mediante a pressão natural da reivindicação decisória. Mas pode significar também, diante do recuo do acesso coletivo a direitos sociais na via judiciária, detectado em pesquisa de Ribeiro e Santos (2004), uma manifestação da litigiosidade contida (mal atendimento e adiamento da tutela dos interesses relacionados ao conflito).

De todo modo, afigura-se precoce diagnosticar a primazia da solução extrajudicial a tutelas que envolvem pessoas de direito privado em contraposição a tutelas a serem acertadas com pessoas de direito público. Ou por outra, não se pode asseverar a imprestabilidade do TAC para sediar, como espaço substitutivo complementar, soluções de política pública visando à estruturação de prestações a direitos sociais, considerados estes em sentido amplo.

15.1.2 Resultados por área de tutela material

O critério de distribuição de resultados por área de tutela material obedeceu à divisão interna atribuída às atividades dos Centros de Apoio Operacional do Ministério Público (CAOPS), optando-se por deixar uma resposta em aberto, designada por “outros”, para abrigar interesses de outra natureza que não se encaixassem na categorização realizada.

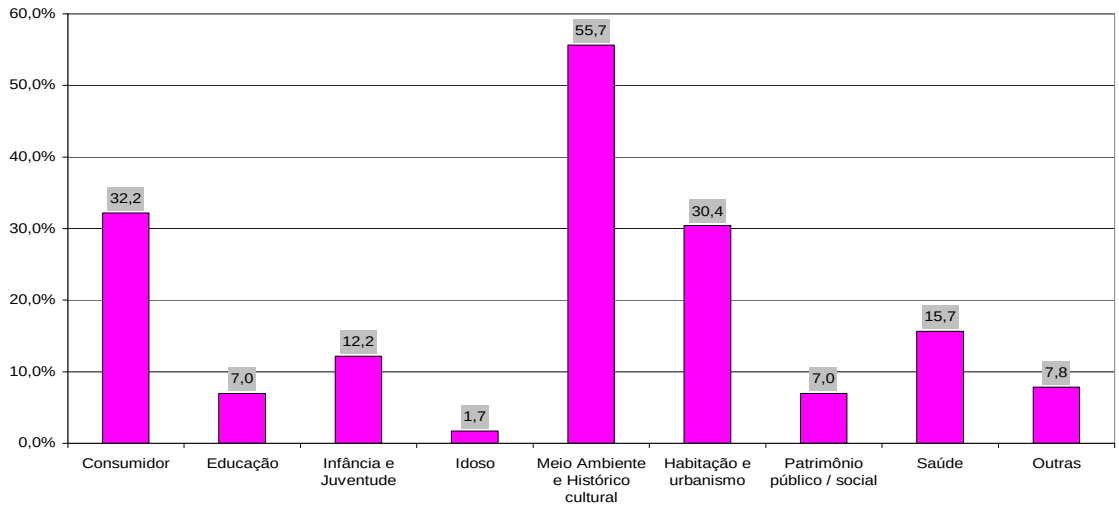
A categorização dos TACS em mais de uma área de tutela determinada pelo tipo de interesse envolvido faz com que a soma dos resultados encontrados exceda o número de TACs configuradores da amostra.

A matéria objeto do litígio poderá destiná-lo a outro centro operacional com afinidade temática (exemplo de meio ambiente a urbanismo), mas por acordo com o promotor que desencadeou a investigação o ajuste termine celebrado por este, e não pelo promotor com atribuições legais para aquela atividade. Normalmente, esta conduta ocorre em casos de pouca complexidade.

Na esfera extrajudicial, consuma-se o objetivo da proteção consumerista e ambiental que inspirou originalmente a adequação do ordenamento jurídico para um sistema de tutela transindividual. Reitere-se que um mesmo conflito de interesses pode suscitar tutela material de diversas naturezas (meio ambiente e habitação e urbanismo), (educação, infância e juventude), (saúde e proteção de consumo).

Na amostra assoma a tutela do meio ambiente como a mais numerosa (55,7%), seguida da tutela consumerista (32,2%) e de soluções em habitação e urbanismo (30,4%), conforme gráfico 3, a seguir.

Gráfico 03 - Área de Tutela Jurídica



A tutela mais numerosa, dispensada pelos compromissos de ajustamento, versa sobre Meio Ambiente (55,7%), seguindo-se Consumidor (32,2%), Habitação e Urbanismo (30,4%), Infância e Juventude (12,2%), Saúde (15,7%), Educação (7,0%), Idoso (1,7%), Outros (7,8%) e Patrimônio Público e Social (7,0%). Os dados encontrados confirmam os resultados de Rodrigues (2006) acerca da preeminência da tutela ao meio ambiente (cerca de 66%) dentre os litígios resolvidos através dos TACS.

Apoiando-se em pesquisa de seu orientador, Paulo César Pinheiro Carneiro, no tema Ações Civis Públicas (no qual ele identificara 44,82% dos casos integrantes de sua amostra como litígios ambientais), Rodrigues (2006, p. 269) arrola entre as possíveis causas de tal preeminência, as reiteradas violações ambientais, a consolidação normativa da proteção legislativa e da proteção institucional neste ramo jurídico, a presença de maior associativismo a exigir este tipo de proteção e atuação preventiva.

Resultados distintos destes foram encontrados na pesquisa já noticiada na primeira parte desta tese, na verificação do teor da tutela transindividual judicial por matéria e, por isso, todos os resultados do mapeamento da atividade resolutiva extrajudicial local que representam ligeira reversão ou diferença possuem interesse.

No contexto pernambucano, a configuração das resoluções havidas com ligeira preeminência na dimensão ambiental e consumerista determinam um correspondente refluxo da tendência à jurisdicionalização da chamada questão social. Os dados da presente pesquisa se diferenciam dos achados na sede judicial e possuem outro significado. Eles representam a não confirmação de uma tendência detectada na pesquisa da autora realizada em 1999, na qual os direitos que envolviam a qualificação da condição de cidadania (saúde, proteção hipossuficiente, educação) representavam 31% das causas de pedir nas ACPs ajuizadas e a tutela ambiental, direito social também, representava apenas 17% em relação ao total da amostra. (SANTOS, 1999, p. 121).

Constatou-se, então, que o MP de Pernambuco exercitava a tutela coletiva mediante Ações Civis Públicas para implementar direitos sociais, pelo menos os da chamada segunda geração, ligados ao atendimento de necessidades sociais básicas (saúde, educação, proteção de situações de hipossuficiência).

À época, considerou-se que a incidência maior de ACPs pretendendo a atuação substitutiva judiciária a respeito de omissões em políticas sociais, ativismo judicial em prol de direitos sociais, desbancara o conflito ambiental como paradigma de tutela do interesse difuso por excelência. (Ibidem, p. 124). Não se confirmara àquela ocasião, neste Estado, a tendência carregada no projeto inicial da LACP, destinado originalmente à proteção de ilícitos de consumo e do meio ambiente.

Os resultados frustrantes em tais ações, por não confirmarem a expectativa alimentada por ocasião do ajuizamento, certamente contribuíram para o fortalecimento das atividades ministeriais na sede autocompositiva.

Os resultados atinentes hoje à matéria tutelada extrajudicialmente por via dos compromissos de Ajustamento de Conduta, conquanto ligeiramente revertidos, reconduzem ao desenho original protetivo da tutela transindividual: proteção ao consumidor e ao meio ambiente.

Tal recondução, embora isto não se contemple muito, reproduz o fluxo evolutivo que se seguiu ao desenvolvimento da sede autocompositivia e das técnicas resolutivas em litigância de interesse público (*public dispute resolution*) nos Estados Unidos. Os trabalhos pioneiros nesta área desenvolveram-se em quatro frentes de atividade (SUSSKIND; MAC KEARNAN, 1999, p. 3):

a) resolução de conflitos ambientais;

b) estratégias negociadas de investimento público (transferências de recursos);

c) negociação em direito regulatório (agências estatais);

d) resolução de conflitos comunitários.

Todas estas áreas estão ainda ampliando seus escopos e desdobrando suas expertises.

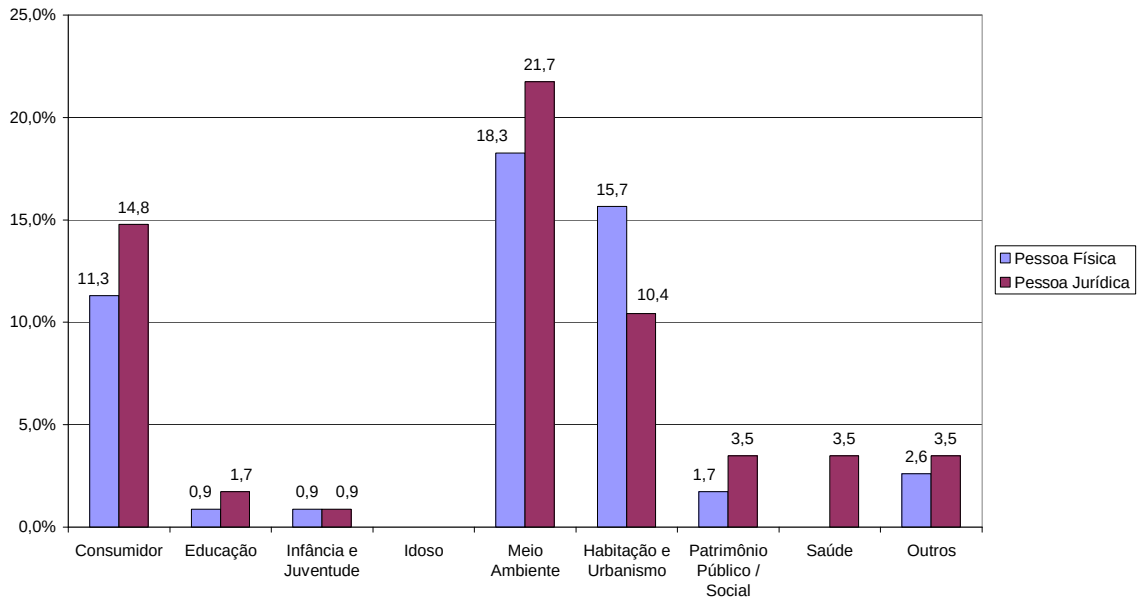
O conflito ambiental, por abrigar as primeiras tentativas resolutivas através de técnicas mediatórias e de construção de consenso envolvendo os segmentos públicos e privado, constitui, pelo que demonstra a experiência norte-americana, uma base empírica que propicia o teste de tais saberes. Nos Estados Unidos, a controvérsia ambiental propiciou a consolidação de um corpo teórico e da análise prática que demonstrou o valor de tais técnicas. Os conflitos ambientais encontraram na área autocompositiva uma sede apropriada para facilitar produção de soluções regionalizadas e de grande escala e complexidade

implementadora. Nesta área, evoluem duas técnicas de interesse geral para a solução autocompositiva: a construção de consenso e a mediação. (SUSSKIND; MAC KEARNAN, 1999, p. 6,8).

Alguns resultados, cotejando os celebrantes Promitentes com a classificação dos TACS, realizada por área de tutela prestada, podem auxiliar a contextualizar melhor a escalada da tutela ambiental, consumerista e de proteção urbanística durante o ano de 2005.

Consoante se verifica no gráfico abaixo, grande número de Termos de Ajustamento de Conduta da amostra selecionada foi celebrado com pessoas físicas e jurídicas, com maior presença destas últimas.

Gráfico 04 - Relação entre pessoas físicas e jurídicas e tutela transindividual



A coleta feita para esta pesquisa capturou a realização de TACs com pessoas físicas, viabilizando proteção jurídica em meio ambiente (18,3%), em habitação e urbanismo (15,7%) e em direito do consumidor (11,3%). A celebração com pessoas jurídicas, expressão aqui utilizada para nominar sociedades comerciais, concentrou-se em meio ambiente (21,7%),

habitação e urbanismo (10,4%) e consumidor (14,8 %), nessa ordem, afigurando-se insignificante em patrimônio público (1,7%). Nos tipos de tutela que enfeixam pretensões de direitos sociais, educação, saúde e cidadania em geral (outros), o índice de celebração cai a percentuais insignificantes, pois pessoas jurídicas ou físicas, embora se obriguem em decorrência de políticas públicas protetivas nessas áreas, não decidem ou intervêm em decisões acerca de tais políticas. A sua predominância se justifica por conflitos de interesse que demandam intervenções protetivo-ambientais e de ajuste a posturas urbanístico-municipais. A aproximação do percentual relativo à proteção ambiental daquele outro, indiciário da proteção habitacional urbanística, demonstra, no período em que se coletou a amostra, que certas tutelas se perfizeram de forma associada, ilustrando a implicação recíproca de matérias que pode encerrar um só litígio.

Descobre-se, dessa forma, que este molde conflitivo pode representar um indicador de complexidade resolutiva nos conflitos transindividuais e, em resultados exitosos, viabilizar a estipulação de padrões de eficiência.

O modelo conflitual multifacetado da tutela ambiental constitui um bom modelo de conflito de interesse público. Exemplifica-se com a regularização da venda de loteamentos populares. Houve inúmeros casos desse tipo. Para que o consumidor não seja lesado pelo empreendedor, pessoa física e jurídica, é necessária a intervenção do município para regularizar exigências normativas de urbanização, saneamento e esgoto, eletrificação (conformidade com posturas municipais) e regularização da documentação em conformidade com a lei de loteamentos (Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979 que dispõe sobre parcelamento e uso do solo urbano). Aprovado pela Prefeitura o loteamento, segue-se a inscrição perante o Registro de Imóveis. Impõe-se, ainda, que o TAC preveja o cumprimento e proteção dos contratos, mesmo que realizados ao arrepio da legislação em vigor, e que se envolva o município na supervisão do processo de regularização com seus incidentes

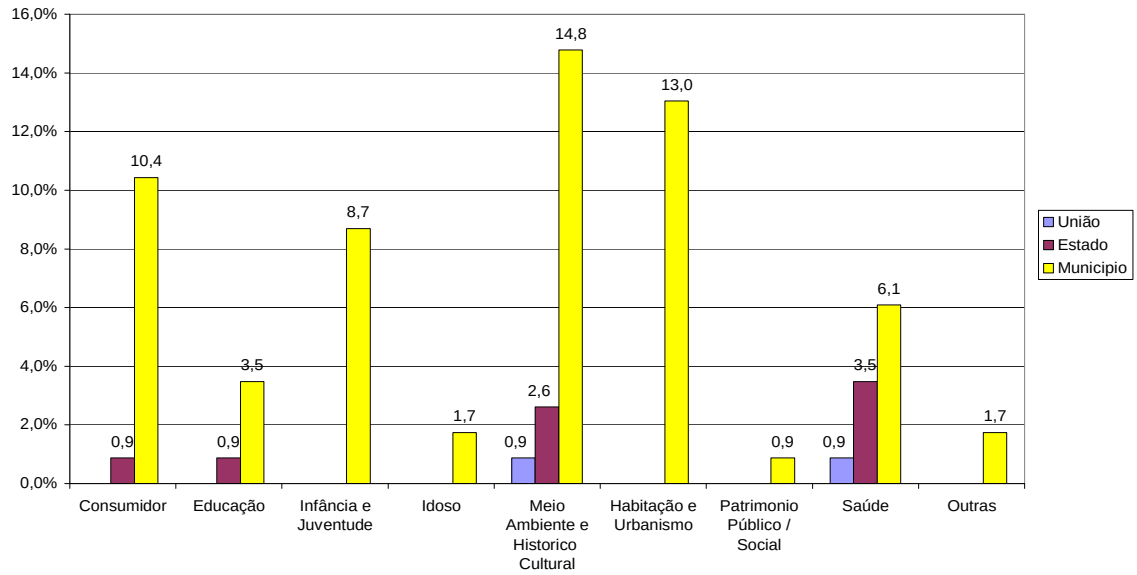
(remanejamentos, supressão de áreas vendidas etc). A solução encerra tutela consumerista, ambiental e urbanística e um trabalho de planejamento e supervisão ministerial.

De outro lado, a multiplicidade da participação dos interessados ou envolvidos na produção do resultado protetivo justifica, também, a representatividade da tutela ambiental em relação ao Poder Público, no mesmo período.

A amostra colhida traz, visualizadas apenas as entidades de direito público, uma diluição maior do percentual de sua presença entre todas as áreas, na esfera autocompositiva. No gráfico, 5 a seguir, confirma-se, também no âmbito do Poder Público, uma preeminência ligeira da tutela ambiental (14,8%), mas, por outro lado, resultados são encontrados em Consumidor (10,4%), em Infância e Juventude (8,7%), Saúde (6,5%), Educação (3,5%) Idoso (1,7%), outras (1,7%).

União, Estados e Municípios celebram ajustamentos de conduta como obrigados ou intervenientes em todas as áreas de tutela a direitos sociais, com maior ou menor intensidade.

Gráfico 05 - Relação entre administração direta e tutela transindividual

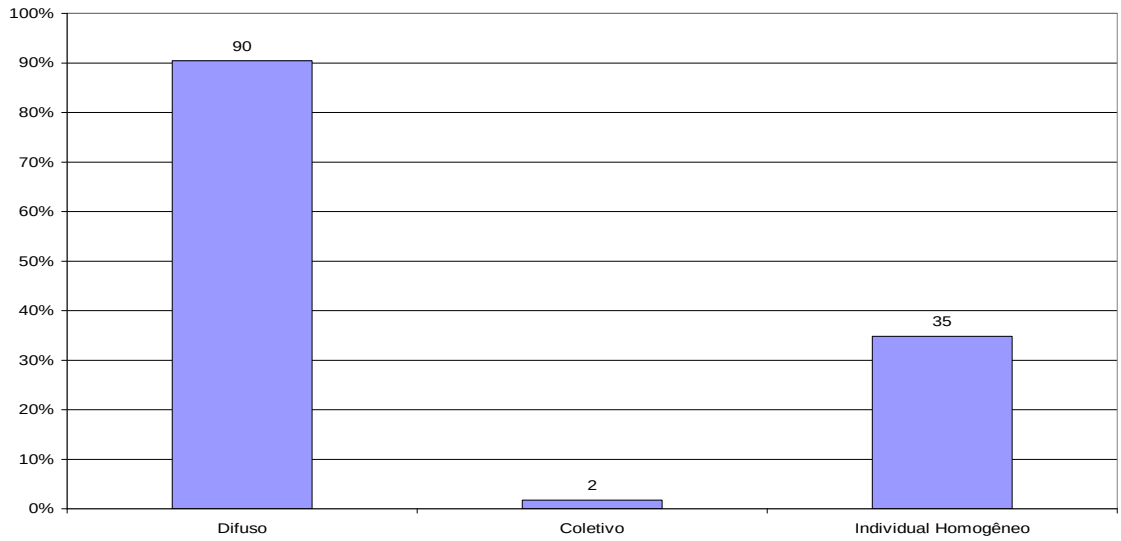


Associa-se a diversificação dessa presença da Administração na atividade de proteção coletiva acima espelhada à repercussão que opera o fenômeno da constitucionalização do direito, traduzido em consciência social da existência de direitos fundamentais e em uma crescente necessidade de responderem os entes estatais a expectativas de reconhecimento e proteção.

A categoria dos *interesses difusos* mais uma vez veicula a pretensão de reconhecimento a direitos sociais em sentido lato (meio ambiente, consumidor, infância e juventude etc.).

Este movimento indicia que os procedimentos verificatórios de tutela instaurados pelo MP se prestam a facilitar a ocorrência da resolução comunitária de conflitos em seu interior. Caso se confirme a linha evolutiva descrita para esta área de processamento de conflitos, questões de resolução comunitária, a tendência será, através da legitimação angariada na gerência de impasses de interesses da coletividade em pequena escala, expandir o uso do TAC e outros meios autocompositivos para sediarem litigância de alta visibilidade e contenciosidade através de processos de construção de consenso, objetivando acordos (*agreeements*) em assuntos maiores de política pública. Assim aconteceu com o processamento de conflitos de interesse público *(public dispute processing)* nos Estados Unidos, evoluindo-se dos conflitos de vizinhança ao debate das políticas públicas de interesse local. (SUSSKIND; MAC KEARNAN, 1999, p. 7).

Gráfico 06 - Interesse transindividual - categorias



Nos TACS selecionados, 90% das unidades apontam que os conflitos resolvidos espelham o atendimento de interesses difusos, embora o móvel da tutela haja se multiplicado entre diversas áreas de interesse protetivo, como se viu. A predominância do caráter difuso da pretensão demonstra que este tipo de atividade resolutiva tem sido utilizado com o mesmo escopo que movimentava o uso das Ações Civis Públicas. A circunstância de serem fluidos, abrangerem segmentos indeterminados e ampararem um contingente maior de pessoas, além de dizerem com qualidade de vida, faz com que a sua proteção se faça preferencialmente e por todos os meios possíveis. (MORAIS, 1996, p.154).

A conflituosidade, máxima na qual se concretizam as tensões entre interesses de igual relevo protetivo, é favorecida pela configuração dialógica e flexível da sede autocompositiva.

A incidência dos interesses difusos confirma o papel que cumprem os procedimentos administrativos verificatórios de tutela transindividual instaurados pelo Ministério Público. Eles suprem a exigente demanda que encerra a advocacia de interesse público, utilizada esta expressão como interesse da coletividade, enquanto a sociedade não se

organiza para que esta iniciativa parta de outros organismos e entidades especializadas na defesa de direitos.

Os conflitos que afetam a estes interesses demandam defesa cara e especializada. Não é à toa que, mesmo nas sociedades desenvolvidas, admite-se que eles somente podem ser eficientemente protegidos mediante organismos e entidades especialmente formados para tutela a cada tipo de interesse específico. A advertência é de Cappelletti e Garth (1988, p. 61): "[...] as ações de interesse público exigem especialização, experiência e recursos em áreas específicas, que apenas grupos permanentes, prósperos e bem assessorados possuem".

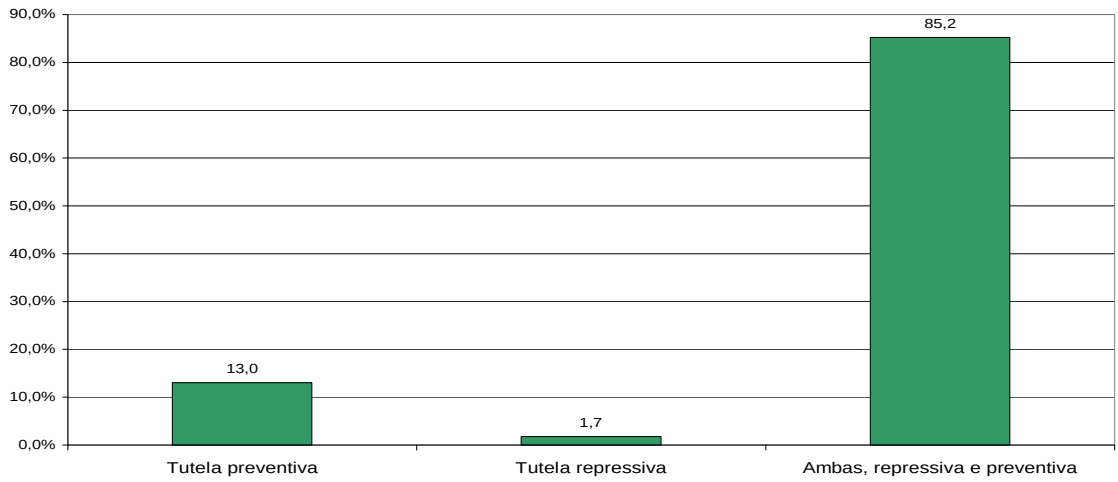
Merece registro, como achado inesperado, a ampliação da proteção extrajudicial a interesses individuais homogêneos, efetivada em concomitância a interesses difusos (35%). O aparecimento simultâneo de tais interesses no mesmo caso confirma teses anteriores em que pesquisadores prognosticavam que este tipo de interesse sempre aparece associado a outro interesse individual, difuso ou coletivo. Ou seja, eles apresentam facetas distintas embora concomitantes, dando por isto ensejo a diferentes formas de tutela judicial (ação individual, ações de tutela transindividual para defesa de interesses difusos juntamente com interesses individuais homogêneos). Yoshida explica essa dificuldade por ser a esfera de surgimento dos interesses individuais homogêneos a mesma de um interesse difuso ou coletivo. O interesse individual homogêneo se liga a um dos dois outros tipos pela origem: uma mesma situação, ou um fato (no caso dos interesses difusos), ou uma relação jurídica (no caso dos interesses coletivos). YOSHIDA (1998, p. 770, 777). Se, na sede jurisdicional, uma Ação Civil Pública pode veicular pretensões, encerrando ambos os tipos de interesse, difuso e individual homogêneo, bastando que se formule com clareza o pedido e a causa de pedir, com muito mais facilidade esta harmonização entre interesses transindividuais é tratada na resolução por autocomposição.

O aponte significativo deste tipo de tutela revela, também, o aumento da famillíaridade dos promotores de justiça com as categorias transindividuais, um dado relevante acerca do aumento da expertise dos membros da instituição nas funções que lhe são cometidas.

15.1.3 Modalidade da tutela prestada e natureza da obrigação assumida

Mapeiam-se, neste item, as tendências acerca das modalidades de tutela jurídica viabilizadas através do Compromisso de Ajustamento de Conduta. Importa saber se a sede autocompositiva propicia uma cronometragen de melhor qualidade que a sede judicial, ao oportunizar a solução preventiva. Esta se afigura a mais desejável em termos de proteção não-patrimonial. A sede autocompositiva não se restringe a oportunizar a proteção inibitória, mas também a repressiva, quando necessário.[87] Observe-se o gráfico 7, a seguir.

Gráfico 07 - Modalidade de tutela do direito



[87] A expressão tutela preventiva, em oposição, a tutela repressiva é utilizada em sentido amplo, porque assim o permite a expressão tutela do direito, utilizada também *lato sensu*, em referência a outros instrumentos de garantia jurídica além do processo judicial. Diz com a aferição do tipo de intervenção que se consegue implementar através do uso da sede autocompositiva. Por isto evitamos a expressão inibitória, provimento judicial destinado a impedir ou vedar de forma definitiva a prática de ato contrário aos deveres estabelecidos pela ordem jurídica ou ainda a sua continuação ou repetição. (SPADONI, 2002, p. 30). Arenhart (2003, p. 117) utiliza os critérios da preventividade e da repressividade para classificar as tutelas judiciais, tutelas contra o dano e contra o ilícito, ambas podendo apresentar-se sob quaisquer das formas.

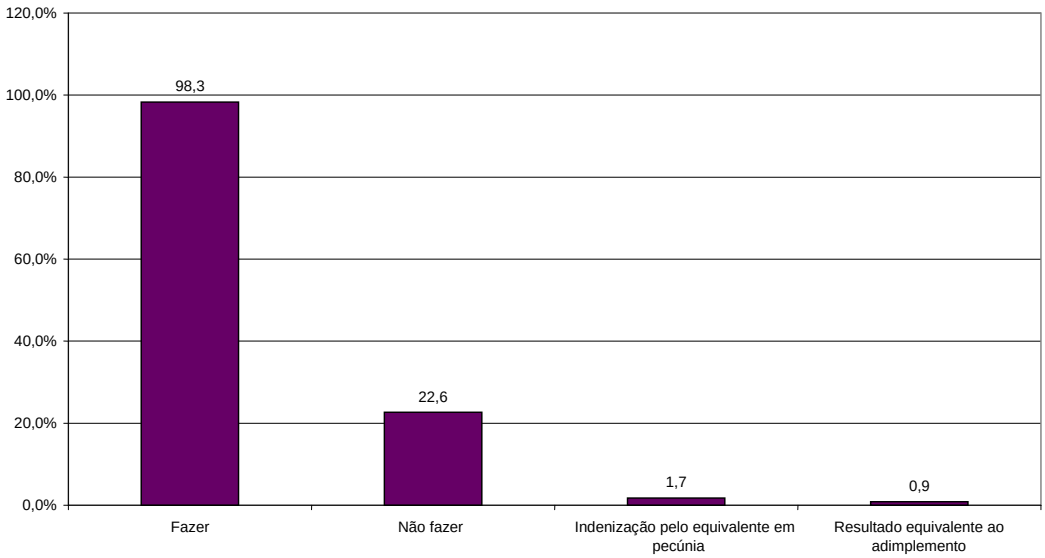
Nesta questão, susceptível a apenas uma resposta, 85,2 % dos compromissos garantem proteção transindividual através de medidas preventivas e repressivas, ao mesmo tempo. Os 13% encontrados para a tutela preventiva apontam uma utilidade menor do Compromisso de Ajustamento para a atividade de inibição da própria prática do ilícito, detectada neste percentual, mais baixo que o resultado de proteção preventivo-repressivo.

A concomitância das modalidades preventiva e repressiva aponta a existência da atuação de feitio inibitório, atividade de remoção do ilícito, buscando-se com a tutela prestada não apenas prevenir, bloquear a prática da ilicitude no presente, como, também, remover a sua continuidade para o futuro.

A tutela puramente repressiva aparece, neste aspecto, com o percentual insignificante de 1,7%, concluindo-se pelo uso do Compromisso de Ajustamento numa dimensão eminentemente preventiva, tal como a considera Rodrigues (2006, p. 295), visando afastar a ocorrência do dano, prevenir a atividade ilícita, enquanto a reparação integral é possível. O percentual encontrado acerca das tutelas repressivas ilustra um pequeno segmento de TACs destinados à obtenção de tutelas ressarcitórias/sancionatórias, estabelecendo-se, desse modo, que a solução autocompositiva representada pela celebração de um TAC, também viabiliza a forma específica do cumprimento, da mesma forma que a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, positivada como jurisdição.

Sumariando, a estipulação de obrigações de fazer sob a forma específica se apresenta como o tipo de obrigação característico das tutelas transidividuais em qualquer sede. O índice quase absoluto de 98,3%, representado no gráfico 8, também o atesta.

Gráfico 08 - Natureza da obrigação assumida



As obrigações acordadas, ao confirmarem que a tutela transindividual se exercita mediante obrigações de fazer e de não fazer, confirmam que o resultado de fruição específica traduz o correspondente dever de prestar, inerente à natureza dos interesses transindividuais.

Por outro lado, obrigações de não fazer convivem com obrigações de fazer num só termo de ajustamento. Muitas vezes, torna-se difícil esta categorização porque, ao serem ajustadas, obrigações de não fazer, resolvem-se, na prática, na realização de um ato comissivo. Por exemplo, a colocação de um filtro para cumprir a tutela específica de se abster de poluir o curso de um determinado rio. De todo modo, deveres de abstenção foram apontados em apenas 22,6% dos casos.

O índice de 1,7%, ao espelhar o percentual de indenizações pelo equivalente em pecúnia, corrobora a pequena incidência da tutela ressarcitória, na medida em que reproduz o mesmo resultado assinalado para a tutela repressiva no *gráfico 7 — Modalidade de tutela do direito*.

A incidência ínfima da tutela prestada pelo resultado equivalente, da ordem de 0,9%, indicia a necessidade de se pesquisar se esta incidência pequena significa apenas o resultado natural da frustração da busca pela tutela específica ou certa falta de disposição ou preparo para articular soluções imprevistas e inventivas.

Buscou-se aferir com esta variável se a via autocompositiva se prestaria a veicular soluções substitutivas de tutela específica diante da impossibilidade material do cumprimento da obrigação sob a forma especificada originalmente, visando-se o asseguramento de um resultado prático equivalente. Analogia com provimentos judiciais similares. Talamini (2001, p. 286) oferece exemplos:

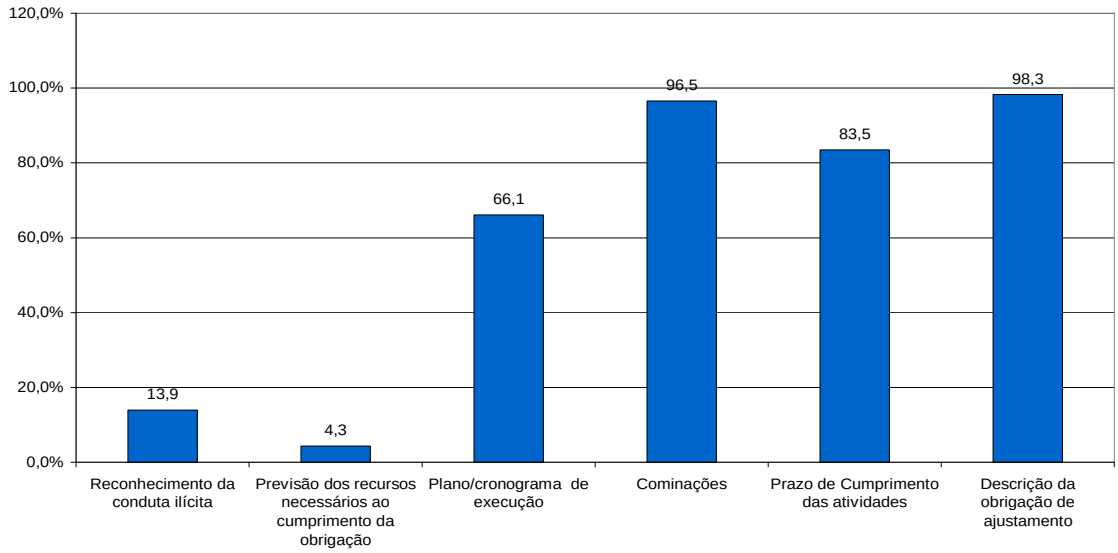
> [...] a realização por terceiro de tarefa fungível que o réu se obrigara a fazer; desfazimento por terceiro de obra que não poderia ter sido feita; o lacre do equipamento poluente, diante da inércia do réu em instalar filtros; a intervenção de auxiliar do juízo na adminsitração da empresa, a fim de adotar procedimentos e condutas (ativas ou omissivas) que vinham sendo descumpridos.

15.1.4 Formação dos Compromissos de Ajustamento de Conduta

Neste item, os resultados que o gráfico 9 apresenta enunciam como a práxis vem se definindo, apesar da polêmica dogmática construída em torno da formação dos Compromissos de Ajustamento e de suas condições de validade e eficácia.

O referido gráfico permite o tracejo das formalidades mais presentes num TAC e avaliações em torno do que se considera essencial, de acordo com os conteúdos ali encontrados.

Gráfico 09 - Conteúdo do TAC- Cláusulas



A prática da formação do Compromisso de Ajustamento atesta que os celebrantes, tanto o tomador ou promissário como o promitente, usam o que a doutrina chama de *espaço transacional*, de um modo mais ou menos uniforme.

Parece indiscutível que a descrição da obrigação de ajustamento constitui uma condição essencial de validade do título, a lhe emprestar liquidez e certeza, incidindo em 98,3% das respostas (gráfico 9). A leitura das cláusulas de descrição da obrigação nos TACs selecionados, se não confirma o preenchimento integral das prescrições de Rodrigues (2006, p. 193-194) quanto à necessidade de, em se tratando de obrigação de fazer, descrevê-la em minúcias, declinando o modo de cumpri-la, o local de cumprimento e, *ainda, o resultado prático subseqüente*, demonstra que são claras o suficiente para permitir que se compreenda qual a prestação a que o celebrante se encontra obrigado, bem como condições de cumprimento. Isto deveria ser o bastante para evidenciar liquidez e certeza da obrigação cartular por ocasião da execução.[88]

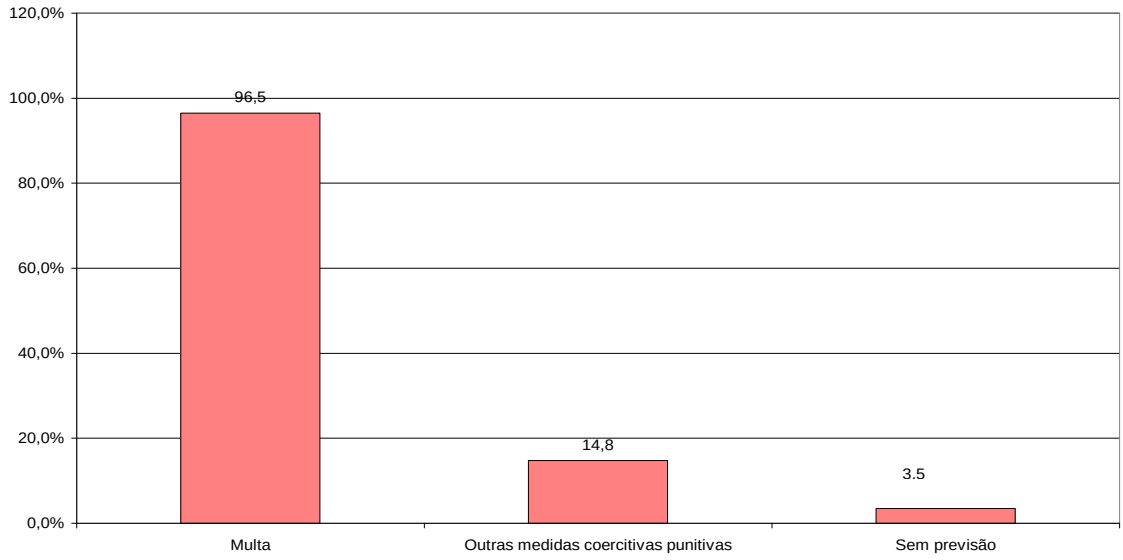
[88] Nas palavras da autora (2006, p.196): "Somente devem estar necessariamente previstas no termo de ajuste a identificação das partes signatárias, o compromisso expresso do atendimento das cláusulas do ajuste, as cláusulas

A partir do percentual de ocorrência da consignação da cláusula penal, à ordem de 96,5% dos ajustes consideram os promotores de justiça, em desacordo com a posição de Rodrigues e com apoio em Akoui (2003, p.126-127), que esta previsão é requisito de validade do ajuste como título executivo extrajudicial.

A este respeito, atente-se que a multa é utilizada por eles como o meio coercitivo por excelência para levar ao cumprimento da obrigação assumida, muito embora a lei preveja a possibilidade de outros mecanismos à execução da tutela específica da obrigação devida. É o que se pode verificar por ocasião da análise das cominações ajustadas. Advirta-se que o papel cumprido pela cominação, se for considerado o número de TACs levados à execução, vale mais pelo seu potencial de ameaça do que uma possibilidade efetivadora como título executivo extrajudicial.

O gráfico 10 trata da incidência das cominações e permite que se verifique como o recurso à coerção por meios monetários para induzir cumprimento prevalece sobre outras possibilidades coercitivas.

Gráfico 10– Cominações previstas



que definem a obrigação redigidas de forma clara, de modo que exsurjam cristalinas a sua certeza e liquidez, e o prazo de cumprimento das obrigações expresso ou vinculado à vigência do ajuste".

No período pesquisado, foram previstos em Compromissos de Ajustamento, outras medidas coercitivas punitivas da ordem de 14,8% (gráfico 10). Não foi detectada a possibilidade de uma medida substitutiva da obrigação avençada. Muito menos foram pensadas medidas estimulatórias ou premiais, que induzissem o cumprimento dos resultados específicos buscados através do adimplemento da obrigação ajustada.

Alguns Termos de Ajustamento de Conduta foram celebrados sem previsão de cominação, equivalente a 3,5% do total. Este percentual, por ser bastante reduzido, não se afigura muito significativo para prognosticar as conseqüências da não inclusão de uma cláusula deste tipo.

Consoante se expôs na segunda parte, seção 7 desta tese, o sistema de tutela previsto para o Compromisso de Ajustamento não estabelece a fixação da multa como requisito de validade do acordo, afigurando-se incorreto afirmar que a ausência de fixação, nesses casos, compromete fatalmente o cumprimento. Naturalmente, isso não invalida a conveniência da aposição de uma cláusula coercitiva diante de um obrigado recalcitrante ou costumeiramente resistente à obediência do que pactua.

Neste tema, Rodrigues (2006) detectou que a multa não foi consignada em 60% dos ajustes por ela pesquisados, anotando que isto não os descaracteriza como título executivo extrajudicial. Em sua pesquisa, esta omissão não descaracterizou a eficiência do termo.

Apesar de se constatar certa preocupação em acautelar o Compromisso de Ajustamento formalmente para garantir sua eficiência como título executivo extrajudicial, percebe-se o uso de certa disponibilidade no aspecto processual do compromisso como título executivo, objetivando alcançar um resultado de tutela integral.

Flexibiliza-se, por exemplo, acerca da declaração de reconhecimento expresso da prática da atividade ilícita ou da ameaça cometida. Apenas 13,9% dos Compromissos de

Ajustamento pesquisados trazem esta declaração de responsabilidade do Promitente, reconhecendo expressamente a prática de um dano ou ilícito ocorrido ou que a conduta a ele atribuída produz a ameaça de sua ocorrência. Em outras palavras, os estipulantes utilizam com maior desenvoltura ainda a mencionada dimensão de disponibilidade recomendada pela maioria dos autores: o tempo, lugar, o modo de cumprimento, a estipulação de um cronograma razoável de execução, sob as cominações legais estabelecidas.

Esses comportamentos flexibilizadores afrontam a dogmática do Compromisso de Ajustamento de Conduta que apresenta um patamar de celebração nem sempre factível na prática. Importa garantir o êxito da execução do compromisso através da fixação delimitada do conteúdo da obrigação e da fixação da existência da responsabilidade do obrigado, mediante a demonstração do nexo de causalidade entre o ato ilícito ou lesivo e o dano ou ameaça, se for o caso. Busca-se, com isto, esvaziar os fins de abertura cognitiva no processo executivo autônomo, oportunizada por uma ampla dilação probatória, como o faculta o artigo 745 do CPC, e evitar rediscussão quanto à ocorrência dos fatos subjacentes ao acordo. (AKAOUI, 2003, p. 88).

Percebe-se, pelo desenho dos acordos, que a flexibilidade a propósito desta prática não significa despreocupação com o aperfeiçoamento do negócio jurídico, atentando ao êxito da exigibilidade judicial do cumprimento por via executiva. Anote-se, por sinal, a utilização de um cronograma de execução em 66,1% dos casos, conforme visualizado no gráfico 9 antes analisado. A uniformidade nos acordos traduz apenas a contradição que encerra o uso de um instrumento formal, um título executivo, em uma sede resolutiva, na qual as causas têm peso menor que a conseqüência. No processo resolutivo de consenso, prioriza-se a aquiescência em transformar o estado conflitivo atual numa situação mais adequada ao que a lei prevê. A atitude diante dos fatos conflitivos, mirando a obtenção da adesão à tutela, revela-se nitidamente prospectiva, e não retrospectiva. Em cheque, a postura inquisitória

ditada pela doutrina do Inquérito Civil dirigida à fixação da responsabilidade no plano judicial.

Outra exigência que não tem sido prevista com freqüência são cautelas do cumprimento da obrigação, garantias de crédito ou qualquer outro meio que dê suporte ao cumprimento da obrigação. Verificou-se a previsão de garantias em apenas 4,3% dos casos.

Rodrigues (2006, p. 277) encontrou uma incidência de 25%, representando causas de flexibilização quanto à forma do ajuste pactuadas nos TACS por ela pesquisados, relativas ao atendimento, no âmbito administrativo, de prescrições normativas. Ela atribui a este percentual a qualificação de situações extraordinárias, devendo ser sempre justificada. Esta autora considerou como flexibilização: autorização temporária, concessão de licença condicionada ao cumprimento do ajuste, retirada de embargo ante o compromisso da cessação das atividades paralisadas, redução ou substituição de multa por outra obrigação considerada satisfatória, o restabelecimento de credenciamento condicionado, liberação de depósito e agilização de procedimentos burocráticos, enquanto o ajuste estivesse sendo cumprido. Nesses casos, a citada autora considera imprescindível a presença do órgão co-legitimado como interveniente. Outras formalidades por ela mencionadas constituem as motivações e objetivos do ajuste através dos *considerando* ou relatório da investigação, encontrados em 74% dos casos.

Contrariando esta tendência, verificou-se, pela leitura dos conteúdos dos TACs, que uma quantidade pequena de Compromissos de Ajustamento em Pernambuco apresenta motivação à realização do compromisso. Por isto, tal condição sequer figurou na questão elaborada no formulário aplicado, relativa ao *Conteúdo do Termo.* A observação funciona como controle de conteúdo obrigatório em tais compromissos.

Ainda, no que concerne à flexibilidade formal do ajuste, colhem-se relatos de que as expressões “Ajustamento de Conduta, Termo de Compromisso de Ajustamento de

Conduta" são consideradas desairosas pelos subscritores, que vêem na expressão *Ajustamento de Conduta* um aponte de comportamento mau ou em desconformidade com a lei. Por esta razão, alguns optam por celebrar o compromisso sem encabeçá-lo com a designação legal ou utilizando-se de expressões eufêmicas como *termo* ou *termo de compromisso*. Consideram alguns promotores de justiça que uma outra nomenclatura que soasse menos *pesada* — e a alusão é textual — contribuiria para facilitar a adesão à celebração do termo. Rodrigues considera a exigência da expressão *Compromisso de Ajustamento de Conduta* ou Termo de Ajustamento de Conduta como formalidade dispensável, consoante comentado na segunda parte, seção 7, desta tese.

Recomenda-se um prazo de vigência para o compromisso se não há pactuação de prazos de cumprimento para as obrigações assumidas, pois não se pode deixar ao compromissário a deliberação sobre o momento da prestação. No gráfico 9, já examinado, consta que 83,5% dos TACS ocorridos em Pernambuco, no período da amostra, traziam esta exigência atendida.

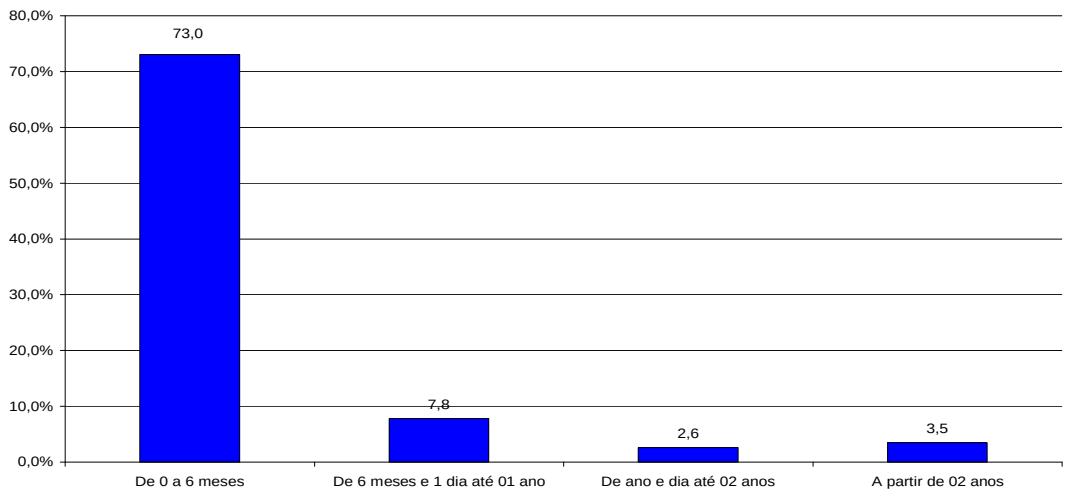
Grande parte dos Promotores de Justiça no Estado manda publicá-los como pressuposto de eficácia e validade, na condição de atos administrativos. Tanto é assim que foi possível reunir a amostra deste trabalho a partir do que fora publicado no Diário Oficial do Estado.

A pesquisa de Rodrigues (2006, p. 279) noticia que, no plano federal, a publicação não se faz com tanta regularidade. Apenas 13 dos 71 compromissos por ela pesquisados foram levados à publicação.

Outro aspecto que chama a atenção é a forma como se assinalam os prazos para ajustar o cumprimento. De acordo com a figura 11 apresentada logo a seguir, grande parte dos TACs foi firmada para o cumprimento de suas cláusulas em espaço curto de tempo: entre zero a seis meses (73%), e de seis meses e um dia até um ano (7,8%). Apenas um

número muito reduzido encerrou cláusulas de cumprimento que exigiram adimplência pelo prazo de ano e dia até dois anos (2,6%) e por mais de dois anos (3,5%).

Gráfico 11 - Obrigação quanto ao prazo de cumprimento



Talvez essa forma de ajustamento das cláusulas obrigacionais explique porque não se encontra a assinalação de um prazo de vigência para o Compromisso de Ajustamento em si mesmo e como um todo. Assim, não se confirma o ponto de vista de Rodrigues (2006, p. 276), quando defende a estipulação de um prazo de validade para o compromisso nesses termos.

A aferição quanto aos prazos de cumprimento foi complementada por indagação acerca das obrigações de cumprimento continuado, a saber, aquelas que se projetam ao futuro e nele perduram.

Nos 115 casos integrantes da amostra, constatou-se a existência de cláusulas, avençando obrigações de cumprimento continuado ao lado de prestações a serem efetivadas a prazo certo.

O cumprimento continuado como um fator de caracterização de obrigações de fazer ou não fazer de natureza específica, embora não constitua a essência de tais obrigações, é sempre mencionado pela doutrina como um indicador de complexidade.

A presença de prestações de caráter continuativo, equivalente a 47% dos TACs selecionados, ou seja, presente em 54 casos, merece um comentário destacado, embora associado aos prazos de cumprimento.

Inicie-se pelo fato de conviverem, em um só compromisso, estipulações de prestações a prazo certo com a fixação da obrigação de natureza continuativa. Dê-se, como exemplo, a constituição de uma obrigação de fazer consistente em efetuar o proprietário, em um determinado prazo, a limpeza de terreno baldio situado em área urbana, assumida sob determinadas condições juntamente com a obrigação de contratar a partir da data da celebração e para sempre (pelo menos enquanto mantiver a titularidade sobre o imóvel), a sua limpeza periódica. Outro exemplo reside num compromisso tomado visando à retirada de material publicitário que polua as ruas e a paisagem urbana por determinada empresa, fixando-se um determinado prazo para a sua realização, agregando-se a esta obrigação outra, de não fazer, mediante o compromisso com estipulação de cominação para induzir a atitude de abstenção.

Percebe-se, diante dos exemplos oferecidos, que a continuidade necessariamente não traduz complexidade de cumprimento. Obrigações de natureza continuativa que foram assumidas são de uma simplicidade extrema no adimplemento. A menção é feita para descaracterizar a continuidade da obrigação como elemento constitutivo do conceito de prestação complexa, a dar ensejo ao conceito de execução complexa. Uma obrigação de natureza continuada pode veicular um cumprimento extremamente simples, apenas prolongado no tempo.

15.2 Aspectos da atividade autocompositiva: procedimento, deliberação e decisão

15.2.1 A atividade administrativo-resolutiva: aspectos investigativo-preparatórios

Algumas considerações merecem ser tecidas acerca do procedimento administrativo e do contexto de resolução conflitiva de que resultam os Compromissos de Ajustamento.

Em Pernambuco, anota-se uma grande diversidade no uso do rito procedimental administrativo a originar a celebração de um TAC. Uma gama razoável de soluções extrajudiciais advém de uma atividade de tutela empreendida com enorme fluidez e informalidade. O MP necessita de agilidade e de tempo para administrar as suas múltiplas atribuições e disponibilizar, ainda, um período às ações institucionais que lhe vêm recomendadas pela Administração Superior do Ministério Público Estadual, além das exigências profissionais de atualização mediante cursos de aperfeiçoamento.

O MP é uma instituição que vê como um de seus atributos a circunstância de contar com um quadro de membros renovado, qualificado e com média de idade relativamente baixa (abaixo de 40 anos). (PERNAMBUCO, 2006, 9,1).

Ao reunir atribuições judiciais além da atividade da tutela extrajudicial de direitos, o promotor de justiça exercita suas atividades com insuficiência de recursos humanos e materiais e relata que não dispõe de tempo suficiente para desempenhá-las como gostaria.

Não foi, outrossim, educado para gerenciar processos de gestão institucional nem instrumentos de gestão de conflito e produção de decisão, contando com uma formação destinada a qualificá-lo a atuar tão somente em processos judiciais de solução adjudicatória.

Apercebendo-se desta lacuna de formação, o MP Estadual, através da ESMP-PE, no decorrer deste ano, inaugurou curso de pós-graduação *lato sensu* de Especialização em Gestão Pública Ministerial, buscando instalar uma cultura de gestão em convênio com a

FCAP da Universidade de Pernambuco (UPE) que abriga a Escola de Governo do Estado de Pernambuco. Como organização administrativa e financeiramente autônoma, o MP apenas se estruturou a partir dos passados anos 90. Entre os objetivos deste curso, pensado para formar administrativamente os membros e servidores do MP, encontram-se, entre outros, capacitação de lideranças, trabalho em equipe, processos de comunicação e competências gerenciais para tomada de decisões, visualizando-se no eixo II do Curso, denominado *Processos e instrumentos de gestão*, a cadeira *Relações interpessoais e gestão de conflitos.* (ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO, 2006, p. 7).

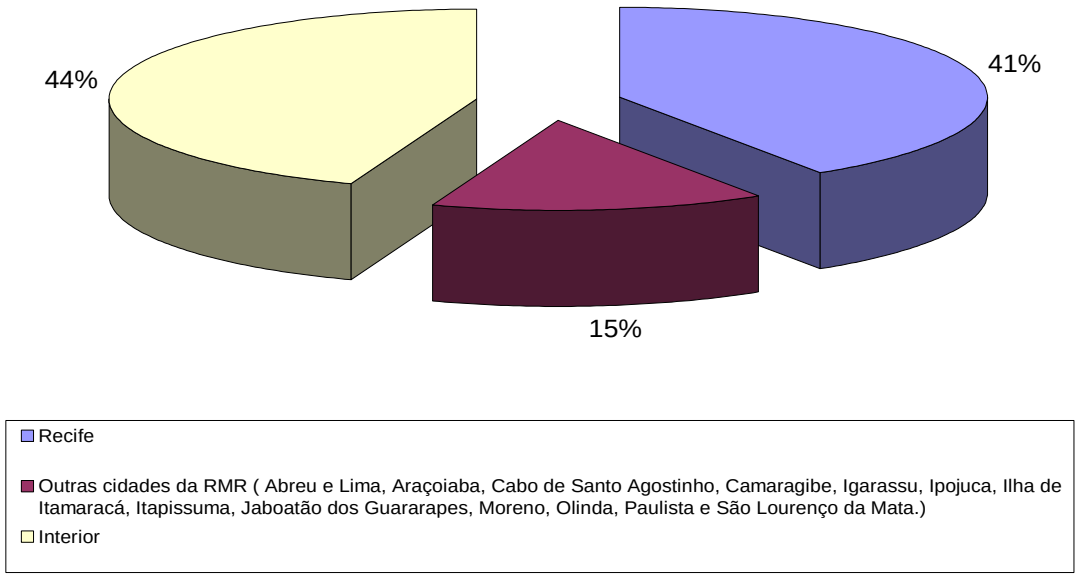
O molde procedimental investigativo, os chamados "procedimentos investigatórios preliminares" ou "procedimentos administrativos", por conseguinte, vêm sendo utilizados no lugar do Inquérito Civil, porque se oferecem como um instrumento de atuação que permite grande flexibilidade e simplicidade, facultando ao promotor de justiça gerenciar e atender a todas as necessidades de sua promotoria, ela também, uma pequena agência de administração e resolução de conflitos.

A atividade resolutiva extrajudicial vem sendo exercitada através de promoções administrativas sujeitas a controles igualmente flexíveis e aleatórios, consignando-se que há poucos anos, apenas, esta atividade passou a ser supervisionada e fiscalizada pela Corregedoria Geral de Justiça. Mais recentemente ainda, tem sido aperfeiçoada a supervisão/fiscalização deste tipo de atividade por intermédio daquele órgão visando adensar critérios objetivos que instruam considerações e avaliações do Conselho Superior da Instituição para efeito de ascensão na carreira e do acesso ao cargo de Procurador de Justiça Substituto (função desempenhada pelo promotor de justiça perante a 2.ª instância).

15.2.2 A práxis do processo administrativo de investigação/resolução: o informal é funcional

A figura a seguir aponta a distribuição geográfica da atividade de celebração dos TACs em Pernambuco, de acordo com a amostra selecionada.

Gráfico 12 - Incidência de TACs por Região



No interior do Estado de Pernambuco e Região Metropolitana do Recife, onde a maior parte deles é celebrada, relatam os Promotores de Justiça que o grau de confiabilidade e credibilidade de que desfrutam junto à comunidade e ao Poder Público permite que produzam resolução de conflitos sem sequer instalarem propriamente um *procedimento* em moldes convencionais.

Pesquisa recente desenvolvida pelo MP Estadual para o Plano Estratégico de 2005-2008, cujos resultados se encontram expostos no item 10 do relatório — *Pesquisa Externa* — elenca justamente, entre aqueles entes de maior relacionamento institucional, a sociedade civil (com 39,7%) e o Poder Executivo com 32,0% de um total de 330 pessoas

pesquisadas em 10 dos maiores tipos de instituições. A resposta acerca da qualidade do relacionamento dessas instituições com o MPPE ficou entre Excelente (26,23%), bom (47,22%) e regular (18,52%), avaliando-se como insatisfatório apenas 8,02%. (PERNAMBUCO, 2006, p. 3).

Os processos administrativos portam uma configuração de enorme diversidade, variando também a nomenclatura adotada pelo promotor de justiça. Entretanto, foi possível categorizar em até três designações os procedimentos que enfeixam a atividade administrativa extrajudicial do Promotor de Justiça na tutela transindividual. A partir das publicações encontradas e dos relatos feitos pelos promotores de justiça, o formulário abrigou as três hipóteses do procedimento administrativo, de modo a quantificar as atividades que representam procedimentos administrativos simplificados ou diligências.

Alguns se utilizam apenas de um Procedimento Administrativo (PA) para enfeixar todo tipo de atividade investigatória, desde a mais simples até a inquisitória-instrutória, que termina convertida em um Inquérito Civil ou como peça de informação, a instruir uma Ação Civil Pública. Outros instituem sua atividade administrativa através de uma categorização mais complexa, enfeixando em PA, resolução rápida de conflitos de pequena dimensão e repercussão, de cumprimento simplificado, mediante TAC ou não, e em Procedimentos Investigatórios Preliminares (PIPs), a atuação investigatória de maior monta, que definem como preparatória para conversão posterior em Inquérito Civil (IC) se não lograrem um Compromisso de Ajustamento .

Por fim, manifestam certa reserva quanto à instauração incondicional do procedimento como IC, porque o consideram os promotores de justiça um *procedimento* (aderindo á práxis administrativista) sujeito a maiores rigores em sua formalização mediante as práticas de autuação, registro, confecção de portaria, designação de secretaria, documentação cuidadosa de todos os atos praticados, atos de impulso processual, sujeição a

prazo, garantias constitucionais processuais e relatório com deliberação resultante da investigação e providências subseqüentes.[89]

Cumprem-se os trâmites do procedimento administrativo mais informal (seja PA ou PIP) empreendendo-se uma atividade simplificada de registro, constituição e arquivamento do expediente ocorrido, às vezes, mero tombamento e registro em livro de ocorrências. Busca-se documentar, consignar e justificar a iniciativa do ajuste, porque o problema já se encontra resolvido por acertos informais, em certos casos até com um simples telefonema esclarecedor da ilicitude do ato por parte do Promotor de Justiça.

Sempre conduzidas com extrema informalidade, documentam-se diligências visando às apurações acerca do ilícito ou do dano noticiado e, também, ao levantamento de alternativas de solução. Ocorre, eventualmente, que a obtenção de um simples laudo de averiguação por órgão de fiscalização viabiliza a negociação de um acordo, formalizado na obtenção do compromisso (TAC).

Nesses casos, com a manifestação de aquiescência do obrigado e o preparo do compromisso a ser subscrito, entendem alguns promotores ouvidos ser desnecessária a montagem de um procedimento investigativo de fundo instrutório, com grandes formalidades, após a resolução do conflito.

Anota-se que o desenvolvimento da atividade administrativa consensual tem usos interessantes destinados a preservar a boa vontade e a confiança recíprocas, especialmente quando se trata de litigância envolvendo um relacionamento continuado como acontece, por exemplo, com o Poder Público Municipal.

[89] A Resolução 3 de 19 de novembro de 1987, hoje revogada, estabelecia no artigo 8.º: "o Inquérito Civil deverá estar concluído no prazo de 90 dias, prorrogável, em caso de comprovada necessidade, por mais de 30 dias, mediante autorização do Coordenador das Curadorias Especializadas. Parágrafo único: No caso de ter sido o inquérito instaurado por iniciativa do Coordenador e por este presidido, a autorização para prorrogação do prazo de conclusão será dada pelo Procurador Geral de Justiça".

É possível prever a utilidade que teria a aprendizagem e o domínio de técnicas de construção de consenso quando se constata que, intuitivamente, os promotores de justiça atuam recursos e efetivam práticas que integram essa técnica resolutiva.

O desenrolar do enfrentamento conflitivo sob o manejo de instrumentos como este confrontará as partes com a necessidade de compartilhar ações destinadas a viabilizar resultados complexos, estruturando-se, paulatinamente, através de uma atividade de longa duração, uma cultura de comportamento tendente à proteção de direitos sociais básicos.

A prática reclama a apropriação de novas técnicas para uma aproximação adequada a soluções estruturantes ligadas a políticas sociais públicas. Estas sempre requisitarão a preservação de um espaço desejável à continuidade de uma conduta negociada de soluções. As posturas da atividade processual administrativa afiguram-se claramente ditadas por esta teleologia.

Quando se obtém, mesmo que contingencialmente, uma convivência harmônica e respeitosa, afastam-se maiores exigências de forma no âmbito do procedimento e se desenvolvem atitudes de boa fé e de confiança recíprocas. Procede-se a uma tramitação mais informal do processo de resolução do conflito, evitando-se o constrangimento da publicidade da investigação. Nesses casos, pode ocorrer que somente a solução receberá a devida publicidade por via do Compromisso assumido e levado à imprensa oficial.

O projeto de Resolução do CSMP-PE, visando disciplinar o IC, PIP, entre outras matérias no âmbito do MP estadual, estipula nas disposições atinentes ao procedimento que o membro do MP se acautele quanto à divulgação e privacidade dos atos, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem dos envolvidos. (Publicação no D. O. datado de 27.09.06).

As posturas de informalidade e de aceleração de resultados refletem coincidentemente o movimento de reforma que vem se operando no próprio processo judicial, adotando-se ali o uso de estratégias de deformalização e agilização para a obtenção de

resultados substanciais. O procedimento é instrumental, ajusta-se às necessidades do direito debatido. (DINAMARCO, 2000b, p. 308-312).

Observa-se, também, que um modelo procedimental informal deverá existir para servir aos compromissos de feição capilar firmados nas comarcas interioranas todos os dias, em paralelo a uma infinidade de outras atribuições a serem desempenhadas pelo Promotor de Justiça. Nesses casos, muito bem posta parece ser a praxe do procedimento administrativo simples, deliberativo e resolutivo. Um desperdício de tempo é formalizar com rigores um expediente que produziu soluções simples, moleculares embora de interesse comunitário. Tampouco se afigura razoável ocupar a Administração Superior na revisão de atividades resolutivas em conflitos de menor intensidade. Tome-se o exemplo de um TAC celebrado para que o proprietário de uma pocilga instalada no canto de uma praça municipal removesse, em certo prazo, seus animais do local.

Tal conduta, entretanto, não se oportuniza em conflitos de complexidade resolutiva ou diante de uma relação de convivência pouco respeitosa, ou mesmo indisponível à resolução não litigiosa. Nessa hipótese, a forma preferencial tem sido aquela descrita para o procedimento investigativo preliminar ou mesmo o uso do próprio Inquérito Civil, visando abrigar, sob este tipo específico, o adensamento da atividade investigativa mediante emprego de moldes procedimentais formalmente mais estruturados em fases, a depender da complexidade da resolução do conflito e da estratégia dirigida à possibilidade do ajuizamento de uma ação judicial. Nesses casos, em que se enseja o desdobramento inquisitório necessário não apenas à configuração do dano ou ilícito, mas também ao delineamento do conteúdo da própria obrigação a ser assumida e de suas condições de cumprimento objetivando o uso no âmbito judicial ou extrajudicial, documenta-se cuidadosamente o processo administrativo. Claro está que, mesmo nessas sedes de configuração mais formal, não se afasta a possibilidade de uma etapa autocompositiva.

Outro indicador da necessidade de um tratamento procedimental diferenciado é o conflito de alta ressonância social. Este também merece uma atividade administrativa mais formal, mesmo que a sua resolução seja de pouca complexidade, porque ele tende a se reproduzir em outros locais e sedes. Convém que se o institucionalize em todos os detalhes para que surta efeitos pedagógicos, já que representa um procedimento resolutivo exitoso. Aliás, a idéia da documentação de experiências exitosas permeia todos os prognósticos metodológicos do campo das técnicas resolutivas e de processamento de conflitos destinadas à descoberta de indicadores de qualidade resolutiva, afinal, o que interessa. (GALANTER, 1989, p. xiv; STAMATO, 2003, p. 5-8; SUSSKIND e MAC KEARNAN, 1999, p. 9-14).

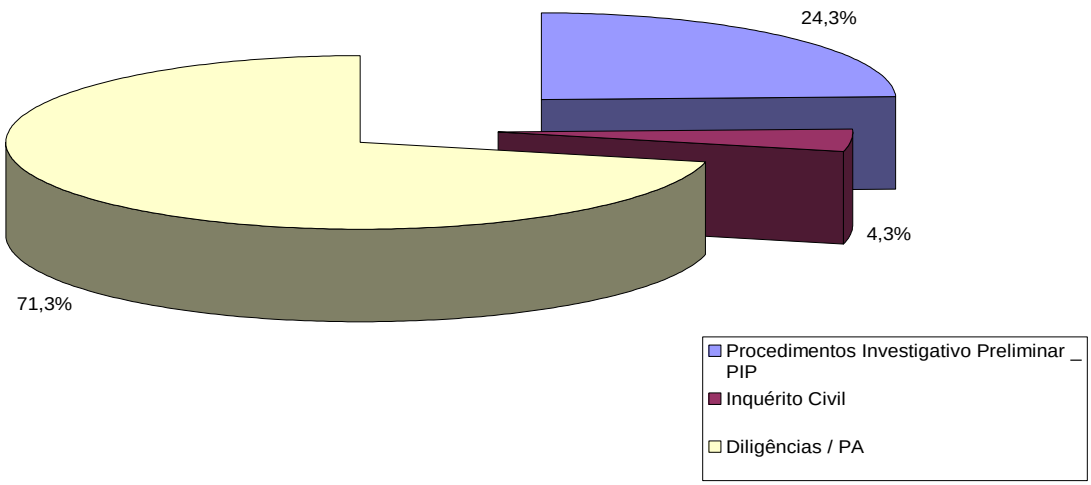
Um exemplo desse tipo seria o Ajustamento de Conduta celebrado para resolver o problema da demanda por instalação e aparelhamento dos Conselhos Tutelares da Infância e da Juventude, visando capacitá-los ao desempenho de suas atribuições protetivas. O TAC representa o desfecho de um processo de solução negociada, e o seu conteúdo deve espelhá-lo. A publicação do TAC com um escopo como este carrega um grande efeito multiplicador, constituindo, eventualmente, o resultado de uma ação articulada da Coordenadoria de Apoio Operacional, engajando as promotorias com atribuições nessa área de interesse. Convém que sua celebração em cada lugar seja divulgada.

Rodrigues (2006, p. 206) abona essas condutas diferenciadas a propósito dos procedimentos administrativos verificatórios de tutela transindividual, quando defende, inclusive, a dispensa da publicidade ao ajuste que resolva conflito de baixa intensidade e de pouca repercussão social. Por exemplo, um compromisso que colhe a anuência de um proprietário para reforma de pequena monta, buscando se ajustar às exigências histórico-patrimoniais de um município. Lembra, ainda, a mesma autora que [...] “a burocratização excessiva da atividade de composição de litígios é altamente contraproducente e insensível aos valores cuja proteção é reclamada no ajuste”.

15.2.3 Procedimento administrativo investigativo ou resolutivo?

Aponta, igualmente, em direção ao êxito resolutivo dos procedimentos administrativos de modelagem informal o gráfico 13, a seguir.

Gráfico 13 - Investigação prévia



O procedimento administrativo, do qual resultaram mais celebrações de TACS, foi o chamado PA, o modelo processual mais simplificado e utilizado em 71,3% dos casos. Isto corrobora que a condução do procedimento, menos estruturada formalmente, em situações de adesão, ausente a contenciosidade, conduz à celebração dos ajustes. Vê-se, através deles, que os PIP também levam a sua cota de 24,3% e o que o IC, utilizado sob um perfil mais inquisitório, é o procedimento que menos tem sediado a realização de compromissos de ajustamento, com 4,3% dos casos.

A celebração judicial dos TACs como transação judicial não se verificou com muita freqüência no período pesquisado, correspondendo a 1,7% dos compromissos selecionados, consoante é demonstrado no gráfico 19 — Etapa de cumprimento. Muito embora o Compromisso de Ajustamento possa ser levado a juízo como transação ou acordo,

alguns promotores têm preferido requerer a suspensão do processo até que se cumpra o avençado para só então, em momento posterior, pedir-se a extinção do feito com julgamento de mérito.

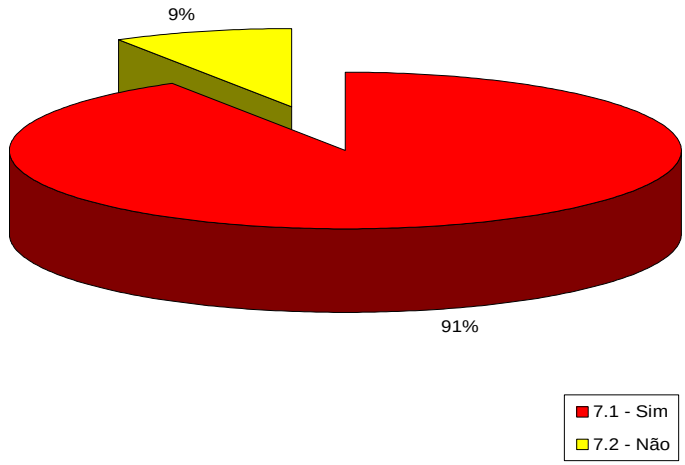
A solução, embora empreendida na prática, afigura-se em descompasso com a expressa redação do artigo 269, inciso III, do CPC, que estabelece como conseqüência da celebração da transação a extinção do processo com julgamento de mérito, passando-se à execução da sentença homologatória imediatamente ao trânsito em julgado. Convém lembrar que eventual desconstituição do ato negocial homologado (não da sentença), seja pelos órgãos legitimados ao ajuizamento da Ação Civil Pública, seja por deliberação do órgão revisional do MP, somente poderia ser empreendida através de uma ação anulatória, nos termos do artigo 486, do CPC. (NERY JÚNIOR; NERY, 2006, p. 687).

Observe-se que o sistema de tutela extrajudicial para interesses transindividuais, como se viu, estipulou expressamente a instituição do TAC como título executivo extrajudicial, vindo a prática a apontar o acerto da escolha legislativa, pois em sede negocial, ao largo dos rigores do pronunciamento judicial e de seus atributos de inalterabilidade (coisa julgada material e formal), o título firmado pode ser mais facilmente ajustado a novas condições de prazo e de cumprimento.

15.2.4 Procedimento administrativo e atividade deliberativa

Analise-se, agora, a existência de uma etapa deliberativa presente nos procedimentos administrativos que encerram decisões de tutela transindividual.

Gráfico 14 - Debate prévio, cronograma/plano de execução



Os TACs constantes da amostra selecionada resultam de um debate prévio acerca das condições de cumprimento (compreendendo a expressão, a discussão de um cronograma, ou de um plano de execução que, dessa forma, não é imposto unilateralmente). Este procedimento, apurado em 91% dos casos, tem seu contraponto em apenas 9% dos casos, nos quais a solução do ajuste foi diagnosticada pelo MP ou determinada.

No correr da entrevista, colheu-se que, quando a solução é tecnicamente muito específica, torna-se difícil encontrar margem para negociar alternativas de adimplemento. Se a tutela depende de um determinado modo de cumprimento, e vale salientar que a sua especificidade nem precisa ocorrer em face de razões de alta tecnologia, não há como negociar outros tipos de adimplemento (resultados equivalentes) se eles alteram a natureza específica do resultado. [90] Esta não é a regra, porém. A flexibilidade acerca das condições de cumprimento e construção conjunta do cronograma é o que comumente acontece.

[90] Esclarecendo com o exemplo de Watanabe (In GRINOVER et al., 2004, p. 845-846) que trata a situação de alteração das condições de adimplemento como subrogação de uma obrigação em outra "[...] subrogação propiciadora da execução específica da obrigação de fazer ou não fazer ou a obtenção do resultado prático equivalente". A obrigação de não fazer consistente em não poluir pode ser convertida em obrigação de fazer consistente na aposição de um filtro antipoluente, que se descumprida poderá ser novamente convertida em obrigação de não fazer, desta vez, a de interromper, fazer cessar a empresa, a atividade nociva.

Reitere-se, na etapa deliberativa há um espaço aberto para soluções inventivas de tutela especifica, do tipo sub-rogatório através da busca de um resultado prático equivalente. (gráfico 8).

A identificação da etapa deliberativa no procedimento administrativo investigatório de tutela transindividual aponta, também, para a necessidade da exploração desta sede como um espaço que franqueia grandes possibilidades interativas e de articulação entre o promotor que conduz o processo e os grupos de interesse ligados ao tipo de tutela buscada.

Sabe-se hoje que a fruição material de direitos fundamentais, bem como a manutenção do próprio interesse judiciário numa intervenção afirmativa, dependem essencialmente da articulação de uma estrutura de sustentação para uma advocacia de defesa jusfundamental vigorosa e coesa, composta pelos diversos atores sociais que nela se engajam (MP, defensoria pública, organizações não governamentais pró-direitos fundamentais etc.). Epp. (1998, p. 198).

Ao defender que há uma alternativa às perspectivas que ele considera *incondicionais*, ou radicais, acerca dos direitos fundamentais, colocadas de forma binária, ao defini-los como de *papelão* ou de *pedra*, Epp propõe uma perspectiva que consiste na construção de uma estrutura de sustentação de tais direitos, e que essa sustentação se realiza em cooperação com a própria sociedade civil. Em suas próprias palavras:

> Rights are conditioned on the extent of a support structure for legal mobilization. Under conditions in which the support structure is deep and vibrant, judicial attention to rights must be sustained and vigorous; under conditions in which a support structure is shallow and weak, judicial attention to rights is likely to be intermittent and ineffective. (EPP, 1998, p. 198-199) [91]

Em favor de um papel articulador e estruturador de uma atividade sustentada de tutela de direitos disseminada socialmente, tem-se o bom momento que vive a instituição.

[91] Tradução livre da autora: direitos são condicionados ao alcance de uma estrutura de sustentação visando uma mobilização jurídica. Sob as condições de uma estrutura de sustentação profunda e vibrante a atenção judicial mantém-se firme e vigorosa, sob condições nas quais a estrutura de apoio apresenta-se superficial e fraca, a atenção judicial tende a ser intermitente e ineficiente.

A julgar pelos percentuais significativos acerca da ocorrência do debate prévio das soluções e do interesse na produção de recomendações aos envolvidos, detecta-se uma certa disposição para reveter tendências ao protagonismo autoritário e à produção decisória atributiva e solitária.

Há uma nova geração de membros do MP receptiva à aprendizagem dialógica. A previsão de propostas de ações e providências pela via persuasiva da Recomendação, utilizada tanto interna, no âmbito institucional, como externamente, é muito expressiva de um viés comportamental que se pode cultivar, até mesmo como marca institucional.

Promotores e Procuradores, em sua maioria, identificam-se com a imagem que a instituição encarna socialmente: ética, legitimidade representativa, respeito a direitos. Constata-se, por assim dizer, um elevado zelo pela auto-estima institucional.

Um dado objetivo para um aperfeiçoamento cultural a médio e longo prazo representa a redução da faixa etária dos quadros institucionais, em primeira (estes, numa média entre 30 e 40 anos) e em segunda instância (na faixa de 40-55 anos em média), configurando um universo culto e financeiramente bem atendido, portanto, capaz de pensar com autonomia, até mesmo pelas garantias constitucionais que recebe para isto.

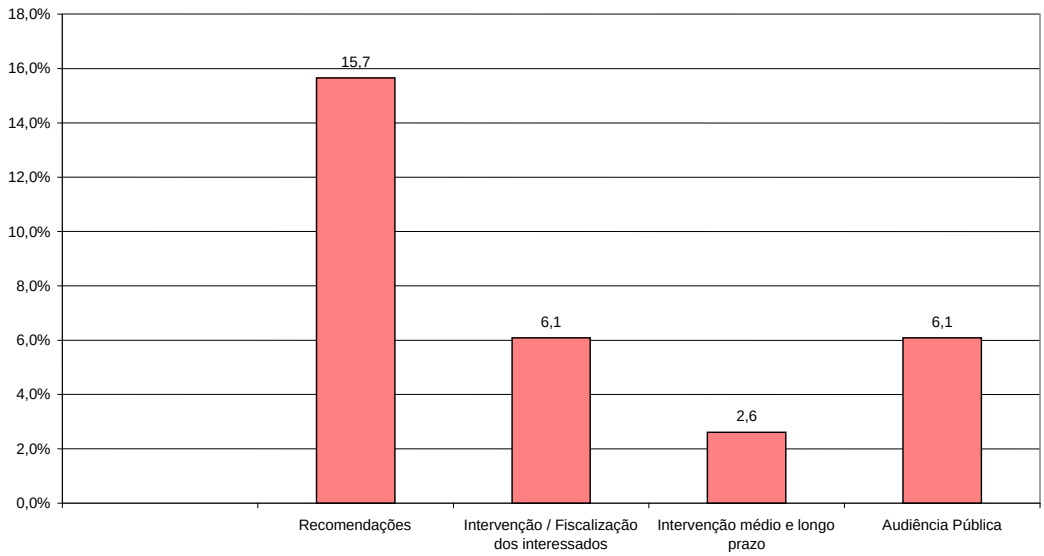
Este quadro favorável, juventude, preparo e empenho, não afasta a lacuna que em seus membros deixou uma educação jurídica não dirigida ao uso de um espaço de decisão multicêntrico. O ensino jurídico é conservador na forma e no conteúdo, voltado à litigância judicial e não se ocupa de avaliações diagnósticas acerca do melhor meio para resolver um conflito de interesses. A perspectiva metódica ainda é a do sistema, e não a do problema. Em suma, a formação jurídica adversária e a base social autoritária, nas quais se encontram imersos a instituição do MP e todos os seus membros, faz o contraponto às vantagens institucionais apontadas e efetivamente existentes. (FALCÃO, 1984, p. 101-102). Uma

mescla desses fatores constituirá a base da aprendizagem para o uso de espaços alternativos de produção decisória e mecanismos outros, além do manejo do processo judicial.

Além do TAC ou de forma coadjuvante a ele, outros mecanismos assecuratórios da tutela ajustada são utilizados, encontrando-se nessas práticas um aspecto ainda não pesquisado em relação ao processo de produção decisória extrajudicial, que é o uso concomitante de múltiplas formas para alcançar um resultado. Em outras palavras, a exploração de possibilidades do alcance de eficiência através de variadas técnicas, ainda que isto se dê de uma forma não deliberada, intuitiva até. Se o uso de soluções coadjuvantes, até onde se sabe, não tem sido tomado como objeto de investigação em teoria do processo, pouco se consigna a respeito de uma série de fatores que podem induzir eficiência qualitativa de resultados.

O gráfico a seguir indica quais os tipos de medidas coadjuvantes ao compromisso dirigidas a obter a sua celebração ou o seu cumprimento, ou mesmo a sua desnecessidade.

Gráfico 15- Incidência de outras técnicas resolutivas



As recomendações, por exemplo, apresentam um percentual significativo de 15,7% na amostra selecionada, evidenciando que o MP utiliza-se de uma espécie de gradação no uso dos instrumentos legais de busca de adesão. A recomendação configura, também, um instrumento cujo êxito se liga à credibilidade e à confiança social depositada na Instituição. Relatam promotores de justiça que obtêm êxito simplesmente através da expedição de um ato administrativo como esse. Publicada e noticiada, a recomendação dá visibilidade aos interesses negligenciados e expõe a responsabilidade do obrigado pelo seu não atendimento.

Colocou-se uma variável para medir a ocorrência de previsões de intervenção no cumprimento dos Compromissos de Ajustamento de Conduta por Conselhos, Fóruns ou/e outras entidades, visando testar seu interesse em participar daquela etapa, a que mais requisita vigilância. Obteve-se um resultado de 2,6%, não muito expressivo, quando se pensa na explicação teórica da criação de uma estrutura de suporte ou de sustentação radicada na mobilização da sociedade civil. Nesta perspectiva, a ênfase protetiva na expansão da tutela judicial e em reformas constitucionais deverá dirigir-se ao estímulo de atividades de sustentação de uma litigância *(rights litigancy)* através de uma advocacia de direitos, organizações, financiamentos e capacitação, em um esforço cooperativo. É esta estrutura de apoio a direitos que definirá se uma sociedade terá acesso a eles. (EPP, 1998, p. 3-6).

Aferir a presença da atividade supervisora pelos próprios interessados indicia a necessidade de estreitarem os tomadores do compromisso, vínculos com o grupo de interesse e de engajá-los na etapa cumprimento e em resultados de eficiência material (6,1%).

Igual percentual recebeu o uso da audiência pública (6,1 %). Embora este seja um percentual pequeno, aponta o uso desse mecanismo valioso de diagnóstico e aferição das expectativas de resultado. É possível que só recentemente a audiência pública tenha começado a ser explorada como instrumento de resolução extrajudicial de conflitos porque requisita uma certa aptidão e preparo do ator que a instaura com vistas ao uso adequado do espaço

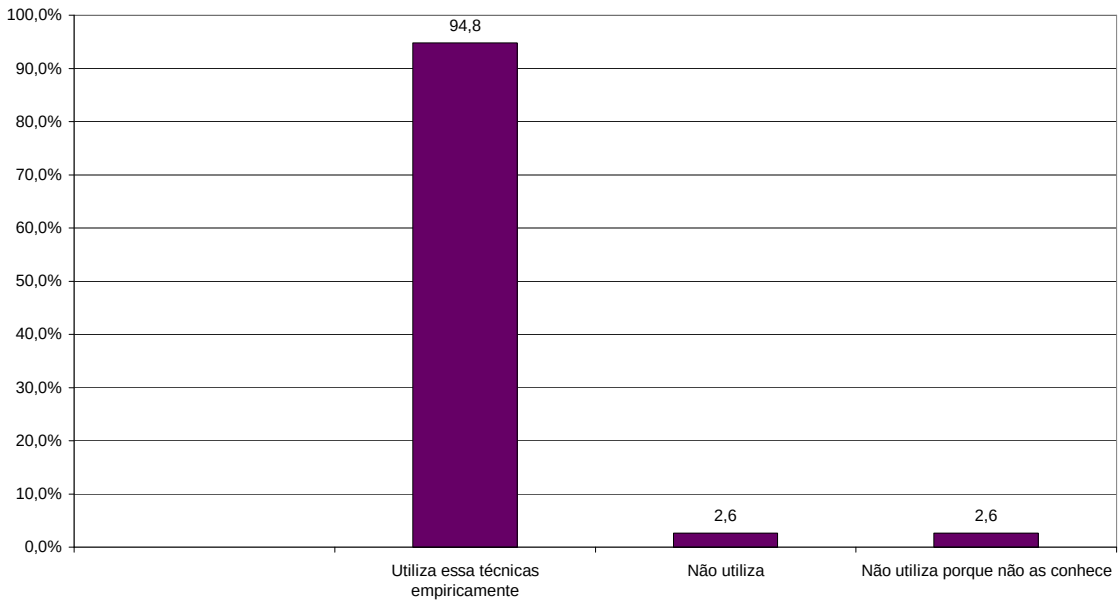
participativo e deliberativo. Caracteriza-se tal mecanismo como uma sede potencial de resolução de conflitos, na medida em que instituições e entes da sociedade civil se familiarizem com o seu uso e se apropriem da postura e das técnicas necessárias para fazerem dele um uso ótimo.

15.2.5 A necessidade de uma formação para a atividade

A questão da eficiência comportamental ou postural conecta-se com o problema da educação (ou da ausência dela) para a atividade resolutiva deliberativa e não-adjudicatória.

Obtém-se, através do gráfico 16, uma mensuração da familiaridade dos celebrantes promissários com técnicas de Resolução Alternativa de Disputas (RAD):

Gráfico 16 - Capacitação em técnicas de RAD



Nenhum dos entrevistados respondeu que possuía formação para o uso técnico de mecanismos alternativos de resolução conflitiva, muito embora 94,8% tenha assinalado que utilizava essas técnicas empiricamente. A incidência do manejo empírico de mecanismos

de elevação de nível de estabilização e consenso demonstra que a exigência do domínio desses saberes para o desempenho da atividade extrajudicial resolutiva é um fato, do que resulta que as taxas de sucesso poderiam ser melhoradas se um plano de capacitação permanente dos promotores de justiça em técnicas resolutivas fosse implementado para atender a esta demanda. Anote-se que a assinalação da variável — *não utiliza porque não conhece* — num percentual de 2,6% sinaliza, ainda, uma abertura para a aprendizagem e o uso de mecanismos alternativos.

É certo que a leitura dos gráficos não esgota o que se pode colher da observação participante ou das impressões colhidas nos relatos por ocasião da entrevista para o preenchimento do formulário. Nestas assoma um dado inafastável, que é o da personalidade de cada profissional, a determinar a forma como se situa e se move no desempenho da atividade autocompositiva. O adestramento em técnicas resolutivas é possível e determinante na busca de eficiência, mas se percebe, na entrevista, a presença inegável da preferência ou do desinteresse por este tipo de atividade. A respeito da influência da história pessoal do negociador em sua atividade ver KOLB (1999) e RUBIN(1999).

Rodrigues (2006, p. 263) atribui à prevalência do uso do ajustamento como mecanismo autocompositivo a uma escolha pessoal diante da ausência de uma cultura institucional do uso deste instrumento. A afirmação procede quando se verifica que a solução autocompositiva ainda não se apresenta como resultado de uma política de acesso à justiça da Instituição do MP.

Essas constatações indicam que uma clivagem profunda ainda separa, no Brasil, os processos resolutivos extrajudiciais, a condução consensual do conflito, de um tratamento mais sistemático, como o permite o atual estágio da técnica. Isso é especialmente verdadeiro no que diz respeito a atividades diagnósticas e avaliatórias para situações conflitivas.

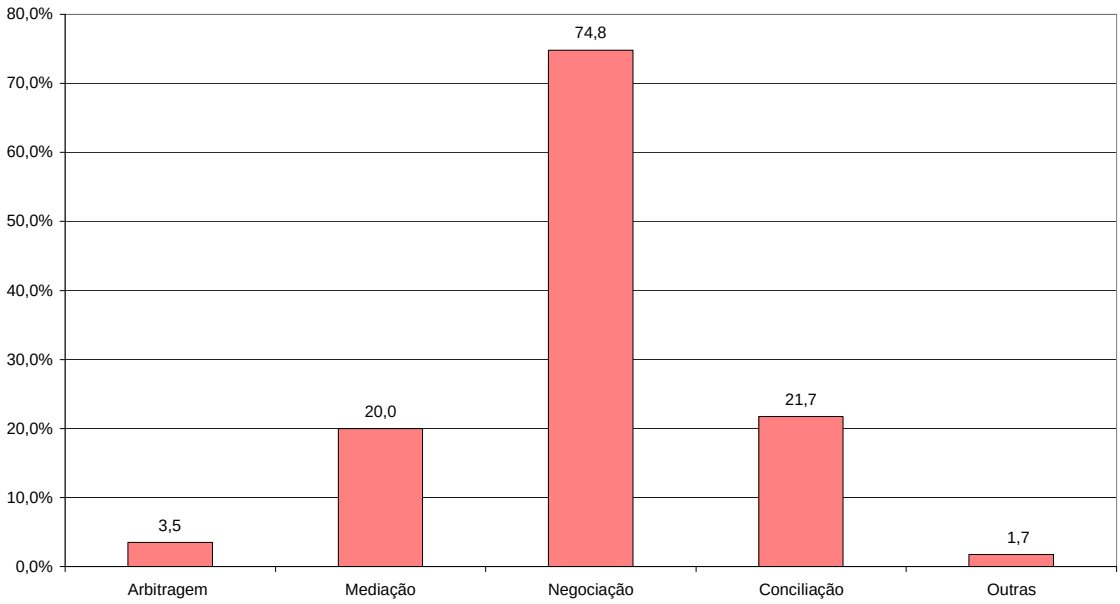
Tome-se como exemplo a avaliação de conflitos, *conflict assessment*, uma técnica de grande utilidade para diagnosticar qual, ou quais mecanismos de resolução apresentam-se mais adequados às peculiaridades de um caso. Ela é uma técnica de reunião de dados e informações que diagnostica se o esforço de buscar construção de consenso vale a pena. Representa um planejamento prévio acerca da abordagem a ser utilizada e se destina a produzir recomendações a respeito de quem tem interesses em jogo na controvérsia ou um esforço de construção de consenso já proposto, quais as questões de importância para os envolvidos, se vale a pena prosseguir na litigância, dadas as restrições financeiras, institucionais e de outros tipos; se assim for, sob quais circunstâncias as pessoas-chave interessadas concordarão em participar. (SUSSKIND; THOMAS-LARMER, 1999),[92]

Os relatos acerca do preparo das audiências públicas ou mesmo acerca das audiências destinadas a instalação de um debate prévio não produziram qualquer informação sobre uma atividade planejada e estruturada de diagnóstico e planejamento do manuseio da informação. Tampouco foram encontradas referências a respeito, na literatura nacional, sobre Inquérito Civil, processo administrativo ou Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Buscou-se mapear qual o tipo de técnica resolutiva que os entrevistados achavam que mais usavam, formulando-se a pergunta mesmo àqueles que responderam que faziam uso delas apenas empiricamente.

[92] Textualmente: “who has a stake in a conflict or proposed consensus building effort, what issues are important to those stakeholders, whether or not it makes sense to proceed, given the institutional, financial, and other constraints, and if so, under what circumstances the key parties will agree to participate”. (SUSSKIND; THOMAS-LARMER, 1999, p. 1)

Gráfico 17 - Técnicas resolutivas utilizadas



A alta incidência do aponte à negociação como técnica preferencial (74,8%) indicia como os tomadores do ajuste diagnosticam a sua atividade resolutiva. Segue-se certa preferência por apontar mediação e conciliação, respectivamente 20% e 21,7%, anotando-se que, nesta questão, eles poderiam assinalar mais de uma opção porque, durante um processo resolutivo qualquer, mais de uma técnica pode vir a ser usada e a pergunta se dirigia a verificar uma tendência genérica de uso. Observou-se através da coleta destes dados, não obstante a avaliação fosse produzida mediante informações num nível empírico, que a aprendizagem de tais técnicas resolutivas convém e será útil à atividade autocompositiva.

15.3 Aspectos do cumprimento do TAC: revisão e controle de eficiência

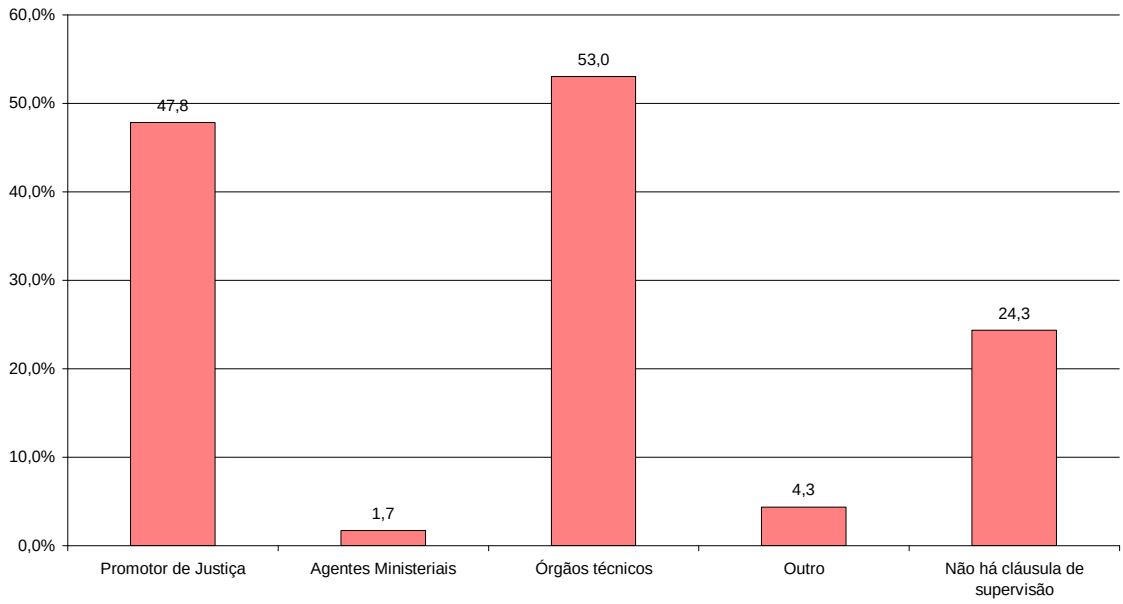
15.3.1 Controle da eficiência qualitativa do cumprimento

Este segmento da análise dos dados encontrados enfoca a etapa de cumprimento, seu andamento e os resultados obtidos nos TACS constantes da amostra selecionada. Ele serve a um paralelo com o sistema de aferição de eficiência formal que o regime federal de revisão do Inquérito Civil propicia, instituído pela LACP.

Neste mesmo segmento, avaliam-se as conseqüências da ausência de uma disciplina normativa do procedimento de revisão.

Buscou-se averiguar, através da mensuração da atividade de supervisão de cumprimento, a incidência da atividade de acompanhamento do que fora negociado no ajuste.

Gráfico 18 - Supervisão de cumprimento



O controle da eficiência do cumprimento do pactuado no Compromisso de Ajustamento de Conduta na primeira instância desenvolve-se razoavelmente, embora ainda

possa e deva incidir em maior escala. Em 47,8% dos casos integrantes da amostra o promotor de justiça toma para si a tarefa da supervisão do cumprimento, agregando à sua supervisão a de outros órgãos de natureza técnica, o que se infere do percentual de 53% assinalado quando o acompanhamento por órgãos técnicos também se fez presente. Em 24,3% dos casos, não houve cláusula de previsão de supervisão, um percentual que preocupa por que dispensou o promotor de justiça, nesses casos, o efeito coercitivo que exercita a consignação de tal cláusula no Compromisso de Ajustamento. Abdica, ainda, o promotor de justiça, da vinculação do MP por intermédio de seus órgãos técnicos ou de outro tipo de supervisão deste teor dotada do poder de polícia para o desfecho material do cumprimento. Em 1,7% dos casos a supervisão foi entregue a agentes ministeriais, funcionários e técnicos, integrantes do quadro da Instituição e em 4,3% dos casos da amostra a pessoas outras de uma maneira ou de outra interessadas na implementação do ajuste. Ambos os percentuais se ligam a resultados modestos. No primeiro caso, o percentual em patamar mínimo pode ser associado a dificuldades de estrutura e pessoal, crônicas no serviço judiciário e no MP. No segundo caso, a incipiência do percentual se deve, certamente, à falta de aptidão dos interessados para o engajamento na causa e à responsabilidade pelos resultados.

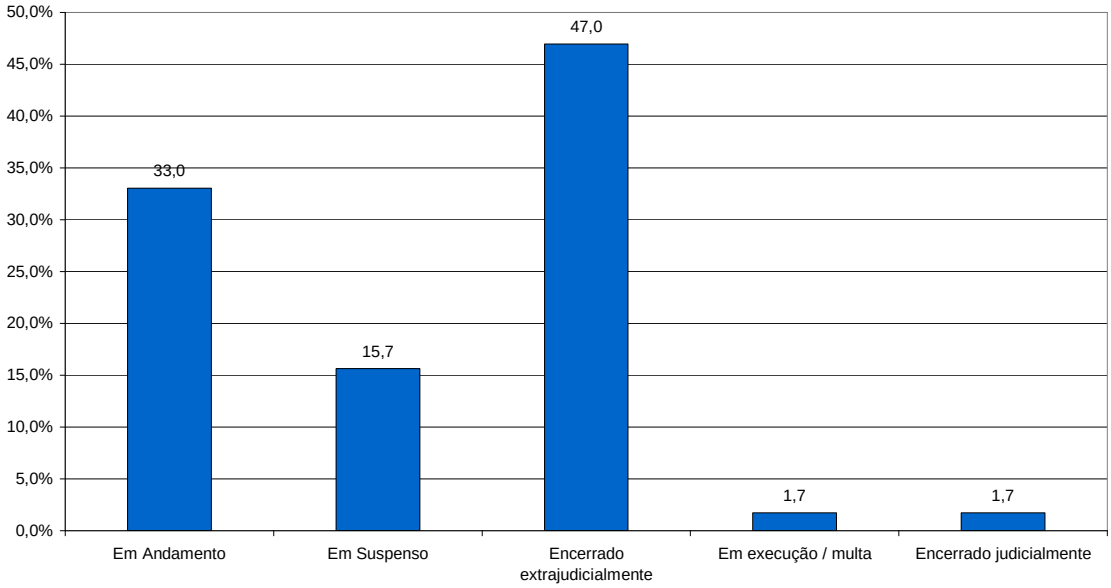
Os índices sinalizam a necessidade do fortalecimento da atividade supervisora em primeira instância, ao cabo, o primeiro plano institucional da atividade de controle qualitativo. Esta necessidade cresce em proporção direta ao aumento de Compromissos de Ajustamento, cuja implementação encerra atividades ou prestações continuadas.

Tais índices antecipam uma lacuna presente na atividade de reexame, consoante se demonstrará. Também ali, o déficit se constitui por uma mescla de ausência regulatória de atividades, recursos infra-estruturais e uma cultura de gestão e de controle de qualidade.

15.3.2 Etapas de cumprimento (andamento) e resultados

O gráfico a seguir demonstra como o fluxo do cumprimento que se sucede à celebração se desenvolve, podendo-se avaliar o seu ritmo até o desfecho dentro de um período variável de dois anos, desde a data celebração até a data da coleta de informações complementares (junho/agosto/2006).

Gráfico 19- Etapa de Cumprimento



O gráfico 19 aponta um índice ponderável de compromissos encerrados extrajudicialmente no período de aferição (47,0%). Os TACs em andamento constituem um percentual de 33,0% e 15,7% estão com seu cumprimento em suspenso, seja por necessidades do procedimento ou para aferição de resultados de cumprimento. Apenas 1,7% dos TACs foram verificados em execução por título ou tiveram ajuizada uma ação de execução por multa. O mesmo percentual de 1,7% corresponde a casos encerrados por acordo em execução por título extrajudicial, não havendo registro de casos em que o Compromisso de Ajustamento

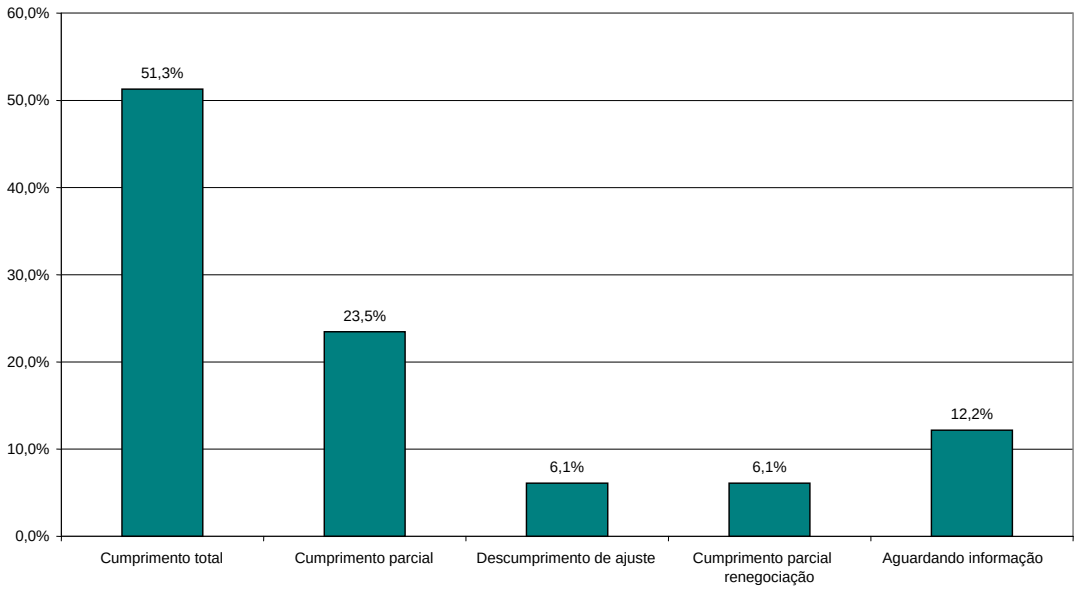
de Conduta tenha sido descartado como título executivo e substituído pelo ajuizamento de uma Ação Civil Pública para anulá-lo e pedir a tutela jurisdicional de conhecimento.

Com 33%, segue-se a incidência dos Termos de Ajustamento de Conduta cujo prazo de cumprimento das obrigações assumidas ainda não se encontra esgotado ou foi prorrogado. Agregando-se este resultado ao percentual de 15,7%, equivalente aos TACs em suspenso, temos o percentual de 48,7%, o que leva a concluir que o montante de TACS não consumados praticamente equivale ao montante de TACs encerrados fora da sede judicial.

Em percentual ligeiramente menor que a soma dos percentuais de TACS de cumprimento não consumado, os TACS encerrados extrajudicialmente indiciam que a via resolutiva autocompositiva confirma uma maior eficiência em termos de tutela tempestiva, prestando-se a viabilizar o cumprimento de prestações de curto e médio prazo. Este resultado razoável de encerramento extrajudicial significa, também, que a tarefa primordial dos compromissos não é subsidiar o tomador ou compromissário com um título executivo, já que, substancialmente, ele não chega a ser utilizado como tal. O encerramento do cumprimento de modo espontâneo e fora da esfera judicial autoriza a concluir por resultados materialmente satisfatórios, quando se leva em conta que o promissário não pode fazer concessões sobre o conteúdo da tutela tomada e que o promitente cumpriu totalmente sua quota de compromisso.

O gráfico, a seguir, que aponta resultados de efetivação dos compromissos de ajustamento firmados, elucida os níveis de cumprimento em que os mesmos se deram.

Gráfico 20 - Resultados de efetivação



Uma visão completa dos resultados de efetivação dos TACS na amostra selecionada, considerando-se o momento do fechamento da coleta junho/agosto 2006, indica resultados materiais promissores através do uso da sede extrajudicial.

Considere-se que 51,3% deles apresentaram um resultado de cumprimento total. Aponta-se, ainda, que 23,5% obtiveram resultado de cumprimento parcial. Nesta variável, encontram-se os Compromissos de Ajustamento, cujo prazo ainda não se esgotou ou que apresentam dificuldades com adimplemento de alguns deveres assumidos.

A soma deste último percentual (23,5%) aos 6,1% que representam TACs com resultados de cumprimento parcial com renegociação, mais aqueles que figuram como descumpridos no percentual de 6,1 % importa em 37,5 %. Um total que reflete resultados parciais de eficiência e que sinaliza a necessidade de que a investigação se desdobre e se aprofunde nos fatores que determinam tais resultados. Ressalte-se, ainda, a incidência da ordem de 12,2% relacionada aos TACs que aguardam informação acerca do cumprimento, os quais não podem ser computados como resultados de cumprimento pleno.

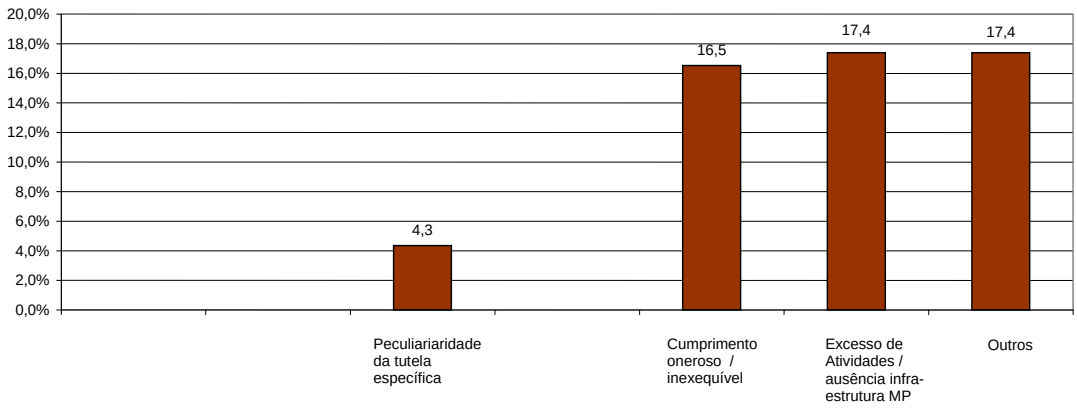
O índice de descumprimento total, apontado em 6,1% afigura-se, em todo caso, extremamente baixo indiciando que o estabelecimento do conteúdo decidido mediante compromisso é respeitado pelos promitentes, muito embora não se possa afirmar se o mesmo resultado se manteria diante de uma população de conflitos marcada pela complexidade, pois a pesquisa não foi estruturada para aferir a incidência desta variável. Ambicionava-se uma fotografia plana e descritiva de resultados para apontar com segurança outros projetos de aprofundamento. E isto a pesquisa oferece.

15.3.3 Dificuldades de cumprimento

Partindo dos óbices que reconhecidamente incidem sobre o acesso à justiça no processo coletivo elaboraram-se as variáveis constantes no gráfico 21. Elas buscam ilustrar o tipo de óbice que se verifica no âmbito da atividade extrajudicial do MP.

As dificuldades alinhadas interferem no cumprimento dos Compromissos de Ajustamento de Conduta avaliando-se a seguir a incidência com que o fazem, levando o promitente a não honrar o compromisso assumido.

Gráfico 21 - Problemas de cumprimento/execução dos TACS



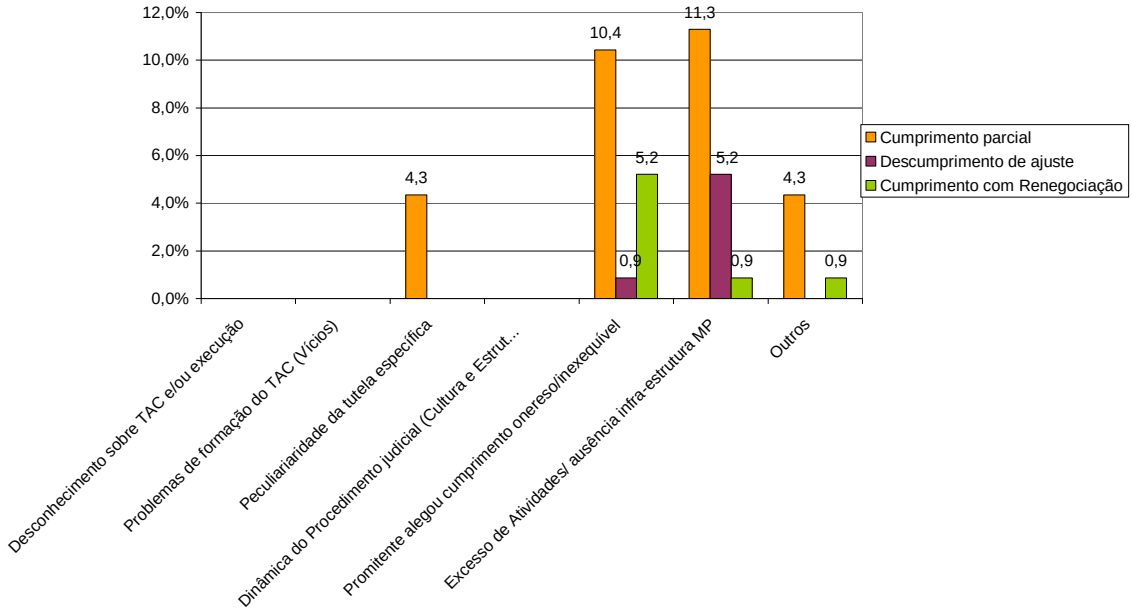
Praticamente empatadas em número aparecem as dificuldades representadas pelas respostas, alegação de cumprimento oneroso pelo Promitente (16,5%), Excesso de atividades na promotoria e falta de infra-estrutura para o ajuizamento da ação executiva (17,4%) e com o mesmo percentual, uma opção em aberto, designada por outros. Este último resultado, não previsto no momento da concepção da ficha como resposta de grande incidência, é talvez a presença mais surpreendente por sugerir a necessidade de ampliar investigações acerca da interferência de variáveis outras no cumprimento regular do que fora ajustado. Este dado indicia a necessidade de aprofundamento da pesquisa acerca da descoberta de indicadores de complexidade.

O gráfico 21 também aponta resultados de menor incidência na resposta acerca da ocorrência de dificuldades envolvendo a peculiaridade da prestação de tutela na forma específica (peculiaridades da tutela específica, correspondente ao percentual de 4,3%). Esperava-se um maior percentual. A sua não ocorrência indicia que a especificidade da fruição do direito avençada no ajuste não representa em si mesma um fator de dificuldade ou complexidade. O que torna complexa a prestação específica parece ser a concorrência de variáveis outras ligadas, provavelmente, a uma reversão da situação geradora da adesão ao ajuste, interrupção no fluxo de recursos ou instrumentos necessários ao cumprimento ou à manipulação da sede autocompositiva como estratégia procrastinatória. Nenhum problema de cumprimento foi associado a vícios na formação do Compromisso de Ajustamento de Conduta, o que significa que a observância dos pressupostos formais, da maneira como a compreendem e implementam os promotores de justiça, tem sido satisfatória.

Não foram apontadas, tampouco, situações de descumprimento ocasionadas por ignorância do promotor de justiça oficiante quanto à existência do Compromisso de Ajustamento de Conduta ou quanto à existência de uma execução por título extrajudicial ajuizada em decorrência dele.

Os fatores de descumprimento acima comentados incidem com intensidade distinta sobre as diversas situações de inadimplência figuradas nos Termos de Ajustamento de Conduta apontados como não consumados e demarcadas no gráfico a seguir.

Gráfico 22 - Resultados parciais e problemas de cumprimento



Os problemas de cumprimento se concentram substancialmente em dois eixos que afetam o adimplemento das obrigações avençadas nos TACs selecionados na amostra.

O primeiro encerra o problema de deficiência estrutural e de pessoal do MP (11,3%), causas que contribuem para os resultados de descumprimento total, parcial e de dilação (induzindo a renegociação). O segundo reproduz uma disfunção entre a atividade de adimplemento da obrigação e o compromisso de realizá-la pelo Promitente ou obrigado.

O óbice que representa o excesso de atividades na promotoria ou a ausência de infra-estrutura é produzido pelos *déficits* institucionais do próprio MP. Problemas que somente a médio prazo poderão ser amenizados ou transformados, quando se considera que a tensão existente entre necessidades e recursos jamais poderá ser plenamente equacionada. O promotor de justiça trabalha, praticamente, sem auxiliares e sem equipe técnica especializada

de apoio. Resultados contingentes, por conseguinte, devem integrar avaliações de eficiência e resultados qualitativos.

Este tipo de déficit (estrutural e de pessoal), não há como negar, compromete a atividade de supervisão e a tomada de medidas seqüenciais à constatação de inadimplemento, exemplificando-se com a reavaliação do caso para eventual renegociação do compromisso, a retomada do procedimento deliberativo ou mesmo o ajuizamento direto e tempestivo da execução por título extrajudicial que o Compromisso de Ajustamento autoriza. Impedem tais deficiências, a consumação da tutela extrajudicial, ao ocasionarem a falta de condições de verificação do adimplemento da obrigação e retardam a providência de encerramento subseqüente do processo administrativo.

Tais limitações encurtam a margem de negociação da Promotoria de Justiça, fazendo-a aquiescer com dilações de prestação da obrigação tomada, porque as condições de trabalho e as dificuldades da judicialização da tutela coletiva configuram uma posição de desvantagem e beneficiam o infrator dos direitos transindividuais. Enfim, funcionam como verdadeiro óbice de acesso à justiça, contabilizados pelos litigantes organizacionais. Não é desarrazoado pensar que tais *déficits* estruturais sejam os mais significativos, porque podem induzir inadimplência, ligando-se, inclusive, à incidência de outros, como alegação de impossibilidade de cumprimento e dificuldades de cumprimento diante das peculiaridades da tutela específica assumida, por exemplo.

Os limites e insuficiência orçamentária, ausência de estrutura adequada e de recursos humanos com formação técnica apta a responder às demandas de sua atividade protetiva são percebidos pela Instituição como uma de suas fraquezas, embora ela identifique também, como uma de suas forças, o crescimento contínuo, ainda que insuficiente, de atividades estruturadoras e de aparelhamento. (PERNAMBUCO, 2006, 9.1 e 9.2).

Observe-se que a percepção das deficiências institucionais que possui o MP e a magistratura é diferente, embora elas ocorram tanto no Ministério Público como no Judiciário. Também os magistrados apresentam compromisso com a prestação jurisdicional, consoante evidencia o comportamento laboral dos juizes, já que 80% deles dedicam mais de oito horas por dia ao trabalho judicante e 55% levam trabalho para casa, sendo que 18% o fazem regularmente. Ao mesmo tempo, proferem aproximadamente 48 sentenças, 47 audiências, pouco mais ou menos, e recebem 39 % dos feitos a cada mês. (CADERNOS DA AMEPE, 2004, p. 9).

Porém, ao que parece, o MP tem alcançado maior êxito na aceitação da necessidade de uma aprendizagem de gerenciamento.

A pesquisa da AMEPE ilustra que a atividade judicante absorve todo o tempo dos magistrados e que eles não gerenciam sua unidade de trabalho, suas tarefas, seu tempo, nem seu pessoal. Ao que parece, entretanto, os magistrados apresentam-se mais resistentes a uma mudança comportamental. A resistência à apropriação da atividade de gestão, percebida como encargo quando se atenta ao jargão "a carga da rotina é tão pesada que não dá tempo de gerenciar", termina por aprisionar o magistrado em um círculo vicioso, no qual se somam sobrecarga de trabalho sobre o expediente, impossibilidade de administrar a baixa eficiência da equipe e as pressões da rotina, o que leva a uma *performance* estressante. Outrossim, apura a pesquisa que, em uma atividade na qual a excelência de atributos é condição *sine qua*, a constatação do despreparo na dimensão de gestão tende a acentuar as resistências dos juizes a um processo de aprendizagem. A demanda por capacitação parece, assim, indispensável ao aperfeiçoamento da própria prestação jurisdicional do ponto de vista qualitativo e da performance profissional de cada magistrado. A questão encerra não apenas a assimilação dessas técnicas, mas a disponibilidade para aceitar novos estilos e conceitos, a orientar uma reeducação a partir deles. Necessário se faz uma abordagem metodológica flexível o

suficiente para permitir aos juízes, “a construção de uma nova identificação de gestor”. (CADERNOS DA AMEPE, 2004, p. 125-127).

Os resultados de inadimplência produzidos pelo déficit estrutural e de pessoal constituem um indicador importante recomendar a organização de um regulamento da atividade extrajudicial e de seu controle.

O segundo eixo encerra a freqüência com que os promitentes alegam a inexeqüibilidade ou onerosidade do compromisso avençado como problema de cumprimento. Colhem-se relatos de que o uso dessa justificativa encerra malversação da etapa deliberativa dos procedimentos investigativos e do uso dos Compromissos de Ajustamento de Conduta, uma estratégia de eternização da inadimplência utilizada em boa medida por litigantes organizacionais. Alude-se à celebração como uma estratégia procrastinatória através da qual o promitente exime-se, ao menos temporariamente, do cumprimento da obrigação contraída. Ela pode ser eventualmente utilizada por representantes do Poder Público, empresas privadas, pessoas físicas, em diversos níveis de complexidade resolutiva. [93]

Este óbice incide, com maior freqüência, em processos de cumprimento parcial e em casos nos quais se realiza uma renegociação. Intrigante é o fato de que, muito embora a incidência do debate prévio seja alta e a informalidade permeie esta etapa do procedimento, elas não impedem que um percentual dos TACS descumpridos, total ou parcialmente, ou renegociados venha a ocorrer. Este achado conduz à necessidade de se aprofundar uma investigação em torno das condições de celebração do ajuste, no que tange às avaliações sobre as condições de adimplemento para o devedor. Seriam elas, nesses casos em que foram alegados problemas de exequibilidade, plausíveis ou negociadas como deveriam?[94]

---

[93] Aprender a contar com os déficits estruturais, aliás, constitui estratégia antiga de ação da litigância organizacional como fazia ver Mauro Cappelletti, já em 1988, na esteira de Gallanter. (CAPPELLETTI, GARTH, 1998, p. 12, 21, 27-28).

[94] Não se deve esquecer o princípio processual fundamental da jurisdição de execução civil que deve ser observado por ocasião da constituição de um título executivo extrajudicial: o principio do uso da solução menos onerosa para o devedor, na verdade a expressão processual de um dos subprincipios do principio jurídico geral

A indicação do percentual 4,3% às peculiaridades da tutela específica como causa exógena de descumprimento, dirigida a verificar em que medida as dificuldades inerentes à natureza de uma obrigação interferem com o cumprimento espontâneo, dão notícia de que o meio autocompositivo, tanto quanto o heterocompositivo, também se revela vulnerável ao desenho exigente da especificidade de uma prestação.

As causas de descumprimento predominantes, a ausência de infra-estrutura e de pessoal assim como a onerosidade do ajustado, alegada pelo devedor, apontam que as fontes do disfuncional se associam à atividade de gestão: administração de déficts de pessoal, de infra-estrutura, aprendizagem de gerenciamento de problemas e produção de solução adequada. Este achado confirma, no âmbito do MP, o que outras pesquisas já referidas acima detectaram acerca da ausência de uma *cultura de gestão* no sistema judiciário.

O contexto da gestão nas organizações determina resultados de eficiência e encerra sempre uma tensão entre trabalho técnico e gerência. Também na magistratura como em outras atividades profissionais o foco no desempenho funcional reduz o desempenho gerencial à inexpressividade. De modo mais preciso, a pesquisa conclui:

> Na maioria delas sempre há em menor ou maior grau, algum equilíbrio entre o trabalho técnico e a gestão. Entendendo-se a gestão como o ato de planejar, organizar e controlar os rumos da organização, sua produção e o desempenho da equipe na busca de determinados resultados desejados, fica fácil, compreender a necessidade desse equilíbrio**.**
>
> Embora as atividades técnicas sejam aquelas ligadas à atividade fim da organização, ou seja, ao cumprimento de sua missão, são as atividades de gestão que permitem criar condições favoráveis de trabalho, facilitar a produtividade e conseguir uma equipe adequada e estável. Sem gestão, as dificuldades terminam, paradoxalmente, por afetar justamente o cumprimento da missão. (CADERNOS DA AMEPE, 2004, p. 121).

Acrescente-se, no caso dos magistrados, que a lei orgânica que rege as responsabilidades judiciais nada dispõe formalmente acerca de gerenciamento, deixando à aptidão pessoal ou afinidade de cada um. Ajunte-se, ainda, que o distanciamento entre a cúpula decisória (mesa diretora do TJPE) e a base (magistratura de 1.º grau) inviabiliza a

---

da proporcionalidade. A garantia da satisfação do credor de uma obrigação deve se coadunar com o uso do meio menos gravoso ao devedor. (artigo 620 do CPC).

esses magistrados qualquer acesso a decisões de aporte de recursos e estabelecimento de metas para sua unidade de trabalho. Não por outra razão se visualiza um manejo precário de práticas de gestão para administrarem os juízes a sua unidade de trabalho, agravadas pelas variáveis culturais do sistema judiciário, o reforço na hierarquia, a segmentação nas relações de poder, a força da burocratização. (CADERNOS DA AMEPE, 2004, p. 122-125).

15.3.4 O controle interno pelo processo de revisão perante o CSMP e a ausência de impugnações ao TAC pelos interessados

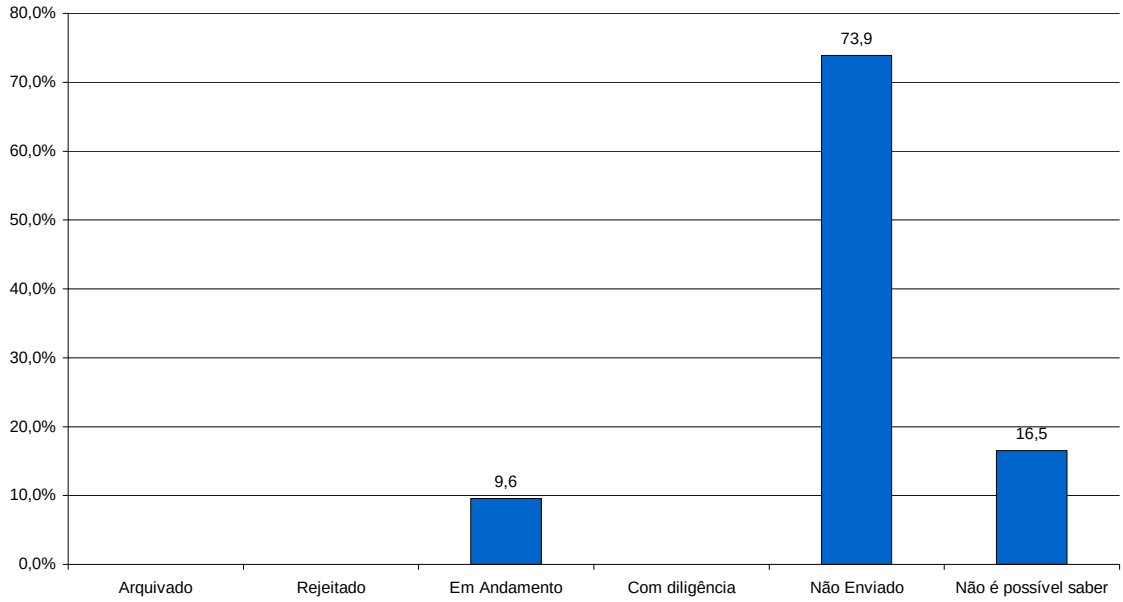
Também neste aspecto a prática demonstra que não há qualquer uniformidade quanto ao que se considera o objeto da atividade de controle interno a ser desenvolvida no processo de revisão perante o CSMP.

Reitere-se que o dever de obediência ao princípio da publicidade, majoritariamente observado em Pernambuco no que tange aos TACs, impele a remessa regular de cópia do Termo à Secretaria Geral do Ministério Público. Não existe, porém, regulamentação a respeito do processo de revisão, consoante se afirmou na seção 8 da segunda parte desta tese. Somente no mês de setembro próximo passado (2006), foram iniciados os trabalhos visando regular, na esfera da atuação do Ministério Público Estadual, o uso do Inquérito Civil e dos Termos de Ajustamento de Conduta, entre outros instrumentos de promoção de acesso extrajudicial à justiça.

Por conseguinte, toda a atividade revisora ilustrada na amostra pesquisada dos TACS, se acaso se perfez, não se desenvolveu à luz de uma disciplina pré-existente acerca de seu conteúdo, a propósito do momento e do alcance do reexame em relação a tais instrumentos. Dizendo de outro modo, os resultados coletados não estão sujeitos a controles definidos previamente ao CSMP em relação ao âmbito material de sua atividade como órgão de revisão (do teor do Compromisso de Ajustamento, da tutela prestada ao direito) ou ao

momento do exercício de tal controle (controle mediato, somente após o cumprimento ou imediato, logo após a celebração).

Gráfico 23 - Revisão do TAC pelo CSMP



Destarte, ante esta lacuna, grande parte dos promotores de justiça parece optar pelo controle mediato dos conteúdos ajustados no Compromisso de Ajustamento remetido apenas após o cumprimento da obrigação, juntamente com a respectiva promoção de arquivamento do processo administrativo, levada à revisão. Menor parte, por entender que caberia o controle imediato, o envia, exercitando o seu próprio entendimento a respeito do tipo de controle a ser entregue àquele órgão, um controle da eficiência protetiva do conteúdo do compromisso ajustado.

Constata-se, pelos resultados predominantemente concentrados no controle mediato que o não envio dos Termos de Ajustamento de Conduta ao CSMP faz com que os conteúdos ajustados passem ao largo do processo revisivo. Não se pode afirmar, porém, que estas significam opções institucionais. Alguns de fato entendem assim, a corroborar entendimento doutrinário vigente, mas a pesquisa não cuidou de sondar prognósticos em relação à implementação de uma disciplina neste sentido.

Competia aferir se o controle revisivo, na prática, se perfez em relação à amostra coletada e a resposta apresenta um resultado muito insuficiente. Disto decorre que a Administração Superior pouco tem podido fazer pelo aperfeiçoamento de resultados qualitativos de tutela extrajudicial a direitos transindividuais.

O resultado de 16,5% em relação à informação acerca do processo revisivo indica que parcela dos tomadores do termo de ajustamento não tem como fazer este acompanhamento. Anota-se apenas uma parcela muito pequena a indicar o acompanhamento pelo promotor de justiça acerca do andamento da etapa de revisão dos Termos de Ajustamento perante o CSMP (9,6%).

No que respeita ao controle externo consistente na possibilidade de impugnação administrativa dos interessados em face da publicação da celebração dos TACs, não se registraram ocorrências. Este resultado tanto reflete uma adesão absoluta dos celebrantes ao conteúdo firmado nos ajustes como também indicia, no ano pesquisado, conformismo ou alienação da coletividade em relação a atividade de proteção transindividual no plano extrajudicial. O Compromisso de Ajustamento de Conduta não se popularizou ainda e, por isso, não desperta interesse como mecanismo de acesso a ser avaliado e utilizado comunitariamente como parte do acervo de instrumentos de tutela a direitos.

QUINTA PARTE:

RECOMENDAÇÕES E PROPOSTAS

16 PROGNÓSTICOS SOBRE A TUTELA DE DIREITOS ATRAVÉS DO TAC: CULTURA DE DELIBERAÇÃO E AUTOCOMPOSIÇÃO

Os resultados obtidos através da celebração de TACs permitem afirmar que, como mecanismo resolutivo autocompositivo, o Compromisso de Ajustamento de Conduta produz resultados eficientes, garantindo tutela específica a direitos transindividuais. Os resultados encontrados confirmam esse instrumento como ferramenta apta instrumentalizar a atividade administrativa resolutiva de conflitos no molde consensual para interesses transindividuais.Confirma-se, desse modo a primeira hipótese.

O quadro investigativo, não obstante a perspectiva exploratória, é expressivo ao afirmar a existência de um nexo entre o uso de procedimentos administrativos de verificação (PA e PIP), o Compromisso de Ajustamento da Conduta que dele resulta e uma disposição, por parte do obrigado, de dar cumprimento espontâneo ao ajustado. Uma fórmula exitosa de atividade resolutiva.

Nos limites da amostra selecionada e do período pesquisado, este achado confirma que o inquérito civil, concebido em seu formato inquisitório tradicional, não atrai, hoje, a celebração de compromissos de ajustamento de conduta, funcionando excepcionalmente como espaço deliberativo de resolução conflitiva. Mantém-se a hipótese levantada em segundo lugar.

No que tange à terceira hipótese, afirmada em torno da deficiência do controle interno institucional sobre os resultados dos procedimentos admininistrativos extrajudiciais de tutela transindividual, tem-se, igualmente, a sua ratificação. A inexistência mesma de uma

regulamentação desse controle causa a paralisação da atividade revisiva, bem como uma lacuna de eficiência ante a carência de organização do desempenho, do conteúdo e dos fins dessa atividade.

O alcance da pesquisa não permite a ilação de que os resultados de proteção transindividual que se obtêm em sede extrajudicial aconselham o uso do processo administrativo de natureza consensual e do Compromisso de Ajustamento de Conduta como mecanismos preferenciais à via jurisdicional. À luz da evolução da teoria processual acerca de técnicas resolutivas (judiciais e extrajudiciais) e de seu uso, convém rever qualquer avaliação que se destine a recomendá-las sob critérios de primazia, preferência ou exclusão.

Os resultados oriundos da celebração dos compromissos de ajustamento de conduta apontam, sim, a adequação destes a um desfecho mais simples, informal e de baixo custo para conflitos coletivos de pequena e média complexidade. Se não se pode afirmar, porque a pesquisa realizada a isto não se dirigiu, que a modalidade resolutiva da autocomposição resolve problemas complexos com melhores resultados que a via judiciária, é certo que ela representa, hoje, uma sede receptiva a discussões ligadas a políticas públicas. O processo judicial, por investigações outras, tem revelado suas susceptibilidades como sede substitutiva dos processos político-decisórios.

A atividade resolutiva não contenciosa tem no MP um espaço profícuo, comprovando-se que a atividade nuclear da instituição do MP reside na sua esfera de atuação política, o que ocasiona um crescimento significativo e cada dia mais diversificado de atividades promocionais de caráter extrajudicial visando a proteção de direitos.

Uma gradativa ampliação da interação dos membros do MP com a sociedade civil e com os atores do processo político abona as práticas institucionais como veículo de uma base articulada de sustentação, imprescindível para estabelecer uma situação de acesso à justiça, estável e permanente. Direitos são o produto da capacidade agregadora e articuladora

de esforços de sustentação de estratégias de tutela. O processo administrativo, o Inquérito Civil e o Compromisso de Ajustamento de Conduta que neles se opera corporificam um espaço de organização, de agregação de interesses e de instituições, que se acham dispersos numa sociedade civil ainda desarticulada.

As técnicas resolutivas extrajudiciais não ignoram os efeitos da complexidade conflitiva e a teoria que se constrói em torno do seu uso, ainda em construção, admite a necessidade de se assentarem parâmetros de previsibilidade e controle. Cuida-se de uma exigência de eficiência.

Esta primeira aproximação acerca do uso do Compromisso de Ajustamento de Conduta e dos procedimentos em que ele se realiza aponta algumas avenidas a serem tomadas, parâmetros para o diagnóstico da complexidade transindividual.

Uma vantagem indiscutível resultou da verificação do espraiamento do uso do Compromisso de Ajustamento de Conduta por várias áreas de tutela em proporções aproximadas, alcançando a todos os tipos de obrigação, de conflito e de celebrantes, desde o Poder Público até pessoas físicas. O caráter autocompositivo faz do processo administrativo preparatório da tomada do compromisso e do próprio Termo de Ajustamento de Conduta um modelo plástico, por conseguinte, mais apto a realizar a meta de adequação do binômio substância-processo.

Os déficits gerenciais definitivamente influem no desempenho da atividade resolutiva extrajudicial, mas não em virtude de uma cultura institucional resistente a uma aprendizagem e com dificuldades causadas pela organização de sua hierarquia, como acontece ao Poder Judiciário. No MP, cuida-se da continuidade do processo de institucionalização das práticas que se deseja implantar em consonância com a missão institucional, com a visão de futuro que a instituição tem para si e a imagem que dela fazem os seus membros.

Somente há poucos anos o MP começou a investir na formação de seus membros e servidores para o contorno desses déficits gerenciais. A instauração, em caráter permanente, de um curso de especialização em gestão pública ministerial *(pós-graduação lato sensu)* sinaliza a institucionalização da capacitação para a gerência de seus recursos materiais e humanos visando alcançar metas de eficiência no desempenho das funções institucionais e constitucionais em tutela judicial e extrajudicial de direitos.

Na seqüência, afigura-se inevitável que se instale e regularize, através dos Centros de Aperfeiçoamento do *Parquet,* a oferta de um curso de formação para o desempenho de atividades extrajudiciais de solução de conflitos até que todos os seus membros, pelo menos a maioria deles, venha a fazer uma reciclagem para compatibilizar seu desempenho. É o que, inclusive, já se propôs.

Diante do que revelam esta e outras pesquisas, o discurso sobre reforma gerencial dissemina-se e provocará, a médio prazo, a incorporação dessas práticas de racionalização. O mesmo movimento de capacitação de gestão da atividade de administração da justiça deverá se desenvolver nas demais carreiras jurídicas, a começar pela própria magistratura. O impacto deste movimento de adequação epistemológica acerca de resultados de eficiência em poucos anos banalizará o uso de pesquisas para aprofundar informações acerca de processos e resultados.

Propõe-se, com isso, que os centros de aperfeiçoamento profissional, a Ordem dos Advogados, as Escolas da Magistratura e do MP, instituições, fundações e entidades que se ocupem do tema do acesso à Justiça, desenvolvam pesquisas para explorar em que âmbito e de que forma vem se desenvolvendo o gerenciamento de litígios por aquelas instituições.

Ao mesmo tempo, revela-se inevitável um redirecionamento de perspectiva a organizar a estrutura curricular destinada ao ensino do direito processual civil e, mais especificamente, a disciplina de Teoria Geral do Processo, visando abrigar o perfil

complementar resolutivo que encerra a tutela de direitos hoje em dia. Algum espaço metodológico destinado à atividade processual como atividade de manejo conflitivo não exaurível pelo embate judicial deve ser instituído e treinamento providenciado para a aquisição de uma formação docente adequada. Uma perspectiva compreensiva acerca das garantias processuais constitucionais, especialmente do princípio do devido processo legal e do princípio do acesso à justiça, será fortalecida, quando se inserirem ou se ampliarem, nesta disciplina, todos os componentes que devem integrar um sistema de administração de justiça não reduzido à prestação jurisdicional. Isto possibilitará que se estabeleça, desde o plano inicial, desde uma primeira aproximação com o direito processual, um desenho de processo multiforme e multicêntrico.

A aprendizagem de uma visão complementar do sistema processual como sistema multicêntrico de produção decisória e dos saberes correspondentes a esta perspectiva afigura-se uma interessante chave metódica para enfrentar a mal resolvida crise de conteúdos que carrega a Cadeira de Teoria Geral do Processo. Uma chave que também abrirá espaço a uma perspectiva de adjudicação de direitos que dote os operadores jurídicos do preparo técnico necessário para saber que, diante de um conflito e antes de antecipar resultados, eles devem indagar qual a instituição, qual a sede e qual o mecanismo de resolução adequado, considerando a matéria controversa e a qualidade da parte envolvida.

17 PROCEDIMENTO COMO SEQÜÊNCIA E POSTURA: VIABILIZANDO O ESPAÇO DE RESOLUÇÃO CONFLITIVA POR MÚLTIPLAS PORTAS

Um modelo resolutivo conflitivo reflete o modelo de convivência que a sociedade abriga. A autocomposição como forma de resolução conflitiva encontra um espaço de aceitação menor que a solução adjudicatória e atributiva numa sociedade autoritária, competitiva, na qual sobrevivem ainda formas oligárquicas de dominação politicamente organizada, portanto, excludente e violenta como a nossa.

Os espaços dos quais se houver retirado a jurisdição (por muito insignificantes ou por muito complexos) serão as sedes oportunizadoras de novas formas de enfrentamento e deliberação, de testes de transformação no padrão de comportamento social diante de um conflito. Os prognósticos das teorias resolutivas existentes a respeito encerram expectativas de disseminação das novas habilidades resolutivas em todos os níveis de aprendizagem e isso produzirá uma pedagogia de atitudes renovada diante do embate. Acredita-se em uma mudança cultural e de valores (a *shift of values).* Transposta ao Brasil, a proposta de abdicar da vitória às expensas do outro por um modelo avençado de ganhos mútuos pode se afigurar implausível. O problema é que o modelo vigente está exaurido e encurrala a convivência através de uma explosão de litigiosidade e de práticas insustentáveis.

As alterações nos processos resolutivos de conflito constituem uma mudança de longo termo desencadeada, inicialmente, mediante a renovação das habilidades profissionais daqueles que fazem do litígio o seu trabalho. Neste momento preliminar, a atividade extrajudicial do MP e o uso de meios autocompositivos disponibilizados pela Constituição e pela legislação infra-constitucional representam um foro permanente e apto a incorporar um modelo de litigância a ser disseminado gradualmente. A litigância de interesse público, por ser um conceito novo e abrangente, pode vir a ser um veículo poderoso de implementação dessas novas práticas.

A sociedade civil desconhece mecanismos alternativos de resolução de conflitos. Desconhece, conseqüentemente, o Compromisso de Ajustamento de Conduta como ferramenta que pode ser utilizada não apenas pelo MP, mas também por outros órgãos públicos, para a defesa dos interesses da coletividade.

Cabe divulgá-lo como um instrumento de resolução que produz soluções eficientes e duradouras para celebrantes responsáveis socialmente e que, por isso mesmo, abonam a conduta de quem adere a ele na condição de obrigado. Promover o compromissário como um sujeito que faz um cometimento de tutela a direitos e, por isso, merece o aplauso social, pode ser uma ferramenta persuasiva aos representantes do poder público e do poder econômico.

Um projeto de promoção das sedes alternativas de produção decisória, de outros espaços deliberativos, representa uma opção de coragem: a instauração de uma política institucional de pacificação, de desarme convivencial.

Para inaugurá-la, programas e ações de coordenação envolvendo o Poder Público, seus órgãos, entidades e associações civis, sindicatos, entre outros, deverão ser esboçados buscando reorientar a atuação dos setores encarregados do trabalho judicial contencioso para incorporar, antes, o uso de um espaço deliberativo e assim, buscar a adjudicação não-judicial de litígios quando a matéria o permitir.

Uma política de pacificação chamaria à parceria os co-legitimados ao uso da autocomposição via dos compromissos de ajustamento. Entendimentos entre MP e Poder Público, a exemplo do que já ocorre em certas áreas como a do combate à sonegação fiscal, deverão ocorrer agora em torno da tutela dos interesses transindividuais. Ao MP, a tarefa de montar estratégias de convencimento ao Executivo para tentar substituir o encastelamento deste na litigância organizacional por um debate acerca das metas que ele deseja alcançar ao

prosseguir com os processos aos quais responde, por infringência ou omissão, aos direitos da coletividade.

Na condição de co-legitimados à celebração de compromissos de Ajustamento de Conduta como compromitentes ou compromissários os Executivos, Estadual e Municipal, deverão redimensionar a atuação das Procuradorias da Fazenda Estadual e Municipal para uma atuação preventiva na chamada litigância de interesse público, substituindo o uso preferencial da atuação contenciosa.

Não se tem registro de entendimentos havidos entre o MP e as Procuradorias da Fazenda Estadual e Municipal visando ativar uma sede deliberativa em caráter permanente para o debate e equacionamento de problemas oriundos de omissões na implementação de políticas públicas.

Uma iniciativa por parte da Chefia da Instituição ou do Colégio de Procuradores provocará discussões sobre organização conjunta de estratégias de resolução extrajudicial, através de soluções discutidas e estabilizadoras. Esta mudança comportamental poderá induzir cumprimento espontâneo e avaliações acerca da adesão da governança em adotar, mesmo experimental e topicamente, estratégias resolutivas de resultado mais distributivo, renunciando, nesses casos, ao tradicional modelo de litigância procrastinatória em juízo, do qual resulta o sabotamento de direitos.

A orientação da estratégia de condução dos processos imposta ao contencioso fazendário tem rendido ao Estado condenações por litigância de má-fé. A proposta ora feita é dogmático-jurídica. Incorpora os princípios de racionalização, economicidade, modernização e legitimação, componentes de uma administração pública cooperativa, modelo defendido para o estado democrático contemporâneo que tem, na sua pedra de toque, a instrumentalização do consenso como fator legitimador, como antes o era a imperatividade.

Naturalmente, o êxito de uma proposta dessas se prende a um amadurecimento institucional de todas as instituições que envolvem o sistema de administração de justiça a médio e longo prazos, acerca da obrigatoriedade do uso responsável e ético do sistema jurisdicional por todos os usuários. Focaliza-se em particular a Administração Pública, porque esta reorientação é reclamada pela própria principiologia constitucional que a rege: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, no contencioso jurisdicional e fora dele. Também porque a sua adesão à discussão em sedes alternativas viabiliza discussões mais eficientes e realistas acerca das razões que motivam omissões em políticas públicas e potencializa o acesso à fruição dos bens coletivos.

O modelo corporativo de litigância para conflitos de massa terminará, fatalmente, por estimular a organização dos corpos intermediários que fazem a defesa desses interesses, juntamente com o principal protagonista até agora, o MP. Desse modo, os parceiros mais interessantes para demarrar uma reforma cultural e de estratégia resolutiva de conflitos coletivos serão a defensoria pública, associações civis e entidades representativas desses interesses. O gerenciamento conjunto de soluções autocompositivas apresenta-se muito factível, uma vez passem esses órgãos e entidades a integrar, como intervenientes, a celebração dos Compromissos de Ajustamento de Conduta, em cujo objeto eles tenham interesse. Isso motivará atuações comprometidas com a supervisão do cumprimento.

Essas parcerias oferecerão um interessante arsenal de recursos e não apenas no processo deliberativo e de preparação de decisão. Poderão, inclusive, instrumentalizar subsídios, financiamento para obtenção de auxílio técnico visando diagnósticos e estruturação do plano de implemento da obrigação. Além disso, possibilitarão eficientes acordos de supervisão de cumprimento das obrigações assumidas. Esta atividade coordenada de gerenciamento de conflitos poderia auxiliar a contornar o *déficit* estrutural e de recursos do MP que compromete o acompanhamento dos resultados dos acordos celebrados. Em

contrapartida, ela poderia acelerar o movimento de capacitação da atuação desses órgãos e entidades no plano extrajudicial. Uma atividade rica em troca de informações e de formação otimizaria o uso do TAC, o espaço deliberativo e resolutivo propiciado pelo IC e os procedimentos de investigação preliminar.

O centro de aperfeiçoamento profissional do MP, a Escola Superior do Ministério Público, poder-se-ia constituir em órgão de suporte a essas entidades, ao institucionalizar um curso de formação em litigância de interesse público dirigido à construção e partilha de conhecimentos a propósito de resolução conflitiva, dentro ou fora da sede judicial. O problema da justicialização dos direitos fundamentais muda então o foco para o problema das múltiplas portas que se oferecem para realizá-los através de diversos protagonistas.

Esta organização da defesa coletiva possibilitará a afluência da representação da sociedade civil, facultará um aumento substancial da qualidade da atuação ao se estabelecer uma estruturação conjunta de posturas, avaliação de resultados, planos de estabilização de conteúdos decididos. Serve também a refrear o crescimento de uma cultura do protagonismo ministerial, abrindo espaço à iniciativa de outros atores, igualmente intitulados à provocação da resolução do conflito e à produção de resultados de tutela a direitos.

18 CONTROLE INTERNO DE EFICIÊNCIA E REVISÃO DA TUTELA EXTRAJUDICIAL NO MP

Ao tempo em que se conclui este trabalho, consumam-se, também, no MP pernambucano, providências de estruturação e racionalização da atividade extrajudicial.

Este trabalho termina por configurar uma pesquisa-ação, na medida em que muitas das sugestões aqui apresentadas foram adiantadas para que pudessem ser avaliadas e utilizadas oportunamente pela Instituição, que viabiliza os institutos pesquisados.

A eficiência da atividade extrajudicial e especificamente dos resultados de tutela obtidos através dos Compromissos de Ajustamento de Conduta dependem mais do que se imagina de uma regulação do procedimento deliberativo e resolutivo desses instrumentos e de uma atividade de controle institucional sobre os resultados obtidos.

Por isto, já se encontra em andamento um trabalho de organização do controle interno da atividade extrajudicial do MP, começando pela regulamentação dos procedimentos e instrumentos de tutela extrajudicial (Inquéritos Civis, Procedimentos de Investigação Preliminar, Termo de Ajustamento de Conduta, Audiências Públicas, Recomendações) e terminando pela organização da revisão dos resultados de tais procedimentos e dos conteúdos de proteção obtidos através de tais instrumentos.

Refinar o controle interno institucional envolve discussão acerca do que se deseja entregar, em termos de atuação revisiva e supervisora, a cada órgão da administração do MP, pressupondo, também, uma redefinição do papel dos órgãos de orientação e informação (CAOPS) e do Centro de Aperfeiçoamento (Escola Superior do MP).

No âmbito dos procedimentos de investigação e preparo da tutela extrajudicial, a regulamentação disciplinadora deverá reproduzir com a maior fidelidade possível o que acontece no manuseio prático de tais procedimentos. A regulação entregue a cada Ministério

Público Estadual justamente para atender a peculiaridades locais não pode ignorar a experiência vivenciada pelos colegas no manejo de tais instrumentos.

O reconhecimento de diferenciações na teleologia e no manuseio dos procedimentos administrativos de investigação (PIP/PA e IC) obriga a instituição a regulá-los de acordo. Para fins estatísticos, eles deverão ser uniformizados em modelos disponíveis eletronicamente no *site* institucional, com capa de procedimento, autuação, despacho de suspensão, e encerramento (com o respectivo formulário de promoção de arquivamento).

Por isso, a disciplina dos procedimentos administrativos deverá defini-los como atividade investigatória e, do mesmo modo, como espaço de autocomposição. Por se tratar de um procedimento utilizado com enorme abrangência, pois sediará toda a atividade administrativa investigativa de aprofundamento, e destinada a resoluções simples, o controle revisional que atuará sobre ele receberá um tratamento diferenciado e mais flexível que o controle revisional estruturado para resultados oriundos do Inquérito Civil.

Para os procedimentos em comento, deverão ser estabelecidos critérios seletivos de acesso ao CSMP objetivando filtrar o fluxo de situações e de matérias que merecem e precisam chegar à revisão. Nem toda tutela coletiva prestada no dia-a-dia das Promotorias necessita ser repassada ao crivo da instância de revisão da decisão tomada, a exemplo das soluções pequenas, de cumprimento simples, imediato e rotineiro. A providência visa preservar a agilidade da tutela extrajudicial em primeira instância e, ao mesmo tempo, não sobrecarregar a atividade de revisão pelo CSMP com supervisão irrelevante.

Propõe-se que se instituam condições de remessa obrigatória para os procedimentos em epígrafe, não importa a sua designação, com base no critério de complexidade conflitiva e de supervisão relevante. Os indicadores desta situação consistiriam em:

a) procedimentos que regulam obrigações de cumprimento complexo e de natureza continuativa sujeitas a modificações supervenientes, pelo decurso do tempo ou por razões tecnológicas;

b) celebrações de Compromisso de Ajustamento firmado em caráter provisório e preparatório;

c) identificação de resultados de impacto oriundos da promoção ministerial, no meio sócio-político e/ou econômico;

d) relacionar-se a decisão de encerramento ou suspensão com um plano institucional de tutela a certo interesse (regionalização de providências etc);

e) manifestar-se o interessado, através da apresentação de razões de impugnação ao arquivamento do processo e expressamente, pela revisão através do CSMP.

A idéia centraliza-se na distribuição da atividade de fiscalização dos procedimentos investigativos preliminares entre os órgãos de Administração Superior e órgãos auxiliares do MP. O que não sobe ao CSMP não deverá escapar a algum tipo de controle, através da CGMP e dos CAOPS. Basta que se regulamente o dever de notificação mensal a esses órgãos de todos os procedimentos nos quais ocorreram arquivamentos e compromissos de ajustamento e que permanecem na Promotoria de Justiça em arquivo.

O CSMP no âmbito da revisão, por sua vez, receberá a assistência do CAOPS e dos Procuradores de Justiça de Cidadania em pareceres acerca dos pedidos de homologação de promoção de arquivamento por força de TACs.

Já o IC e as peças de informação, cujo regime se encontra disposto de forma mais estruturada na LACP como procedimento inquisitório e preparatório da Ação Civil Pública, além do disciplinamento procedimental, receberão apenas uma previsão normativa autorizadora da instauração de uma fase deliberativa/ autocompositiva, facultando-se, nesta etapa, e se forem cabíveis, usos procedimentais participativos, dialógicos e consensuais.

Prevê-se para o IC, a manutenção do desenho inquisitório e uma utilização cada dia mais aperfeiçoada à resolução contenciosa, adjudicatória, em paralelo ao procedimento de tutela extrajudicial transindividual, o procedimento investigatório preliminar, que poderá ter esta designação ou chamar-se, simplesmente, de processo administrativo verificatório ou consensual.

Em complemento à atividade de regulamentação, segue-se o disciplinamento dos processos de revisão que integram a atividade de controle interno da atividade extrajudicial do MP e complementam as atuações desenvolvidas pelos órgãos de Administração do MP, tradicionalmente encarregados das atividades de regulamentação, inspeção, supervisão, e orientação: a Corregedoria Geral do MP, as Procuradorias de Justiça e os CAOPS. Este disciplinamento termina por descentralizar a aludida atividade de controle interno da atividade extrajudicial e de seus resultados, ampliando e integrando a atuação dos órgãos da Administração Superior do MP e órgãos auxiliares. Em arremate, a providência racionaliza a revisão da tutela extrajudicial e possibilita o desenvolvimento do controle substantivo das promoções sob julgamento, além de uma intervenção tempestiva.

19 ESTRUTURAÇÃO DA SUPERVISÃO E ORIENTAÇÃO DA ATIVIDADE EXTRAJUDICIAL DOS MEMBROS DO MP

Um modelo de eficiência autocompositiva envolve a integração dos órgãos da Administração Superior e também dos Órgãos Auxiliares do MP. Todos eles terão um papel na estruturação de um controle adequado da atividade de tutela extrajudicial a direitos transindividuais.

Ao Procurador Geral de Justiça competirá a iniciativa dos atos próprios da chefia da instituição, incumbindo-lhe a direção das atividades funcionais e dos serviços técnicos e administrativos da instituição no que tange, nesta matéria, à tutela transindividual extrajudicial. (artigo 9.º, inciso I, LC 12/94).[95]

Dependerá, ainda, do Procurador Geral de Justiça, a articulação com o Poder Judiciário, objetivando a capacitação técnica dos Juízos para uma jurisdição satisfativa a novos direitos.

Entendimentos deverão ser mantidos por ele, com os Poderes Judiciário e o Legislativo, acerca de propostas de alteração no Código de Organização Judiciária, visando instituir e instalar Varas Judiciárias aptas à tutela de interesses transindividuais para que atuem como um foro de múltiplas portas, apto ao gerenciamento de soluções alternativas à jurisdição e à implementação de provimentos judiciais de tutela específica, é dizer, dotados de uma infra-estrutura material e de pessoal que atenda, inclusive, às ações executivas por título extrajudicial (TACs) destinadas à tutela transindividual com uma possibilidade de satisfação real a direitos.

[95] Artigo 9.º — Compete ao Procurador Geral de Justiça, como órgão da Administração Superior: I — exercer a chefia do Ministério Público, representando-o judicial e extrajudicialmente, e dirigindo-lhe as atividades funcionais e os serviços técnicos e administrativos; [...].

O aperfeiçoamento do controle das atividades extrajudiciais do MP reclama ainda, da Procuradoria Geral de Justiça, a instalação das Procuradorias de Cidadania, viabilizando atuação extrajudicial também em segunda instância.

Os Procuradores de Justiça podem desempenhar, por lei, o trabalho de inspeção da atividade desenvolvida em primeira instância nas Promotorias de justiça.[96]

No processo de organização das atribuições dos Procuradores de Justiça da Cidadania, reserva-se a elas uma grande parcela do trabalho de supervisão da atividade extrajudicial desenvolvida em primeiro grau, entregando-se-lhe o monitoramento dos procedimentos que chegam à revisão. Pareceres prévios à relatoria subsidiarão o conhecimento da diversificada matéria que encerram as obrigações de tutela específica, assumidas através dos acordos.

As Procuradorias de Justiça de cidadania serão responsáveis pela articulação com a Coordenação dos CAOPS e com entidades públicas e privadas para o desenvolvimento de uma política de intensificação da atividade extrajudicial e de soluções autocompositivas em casos jurisdicionados.

O Conselho Superior do Ministério Público, como órgão normativo das atividades institucionais e de condutas individuais, poderá cumprir, mesmo sem qualquer alteração no Regimento Interno dirigida ao regulamento da atividade autocompositiva, um papel fundamental na implementação de resultados de eficiência, caso se permita a sua intervenção a respeito dos conteúdos dos compromissos pactuados, antes do seu cumprimento. É neste momento que se oportunizam intervenções de complementação protetiva, se a proteção formulada pelo promotor de justiça resultar ineficaz ou insuficiente, consoante fora comentado no Capítulo 7.º, da Segunda Parte, deste trabalho.

---

[96] Vale usar da analogia para justificar a legalidade dessa atribuição.
Art 19 — Compete às Procuradorias de Justiça, como órgãos de Administração: [...] V — exercer, por seus respectivos Procuradores, *inspeção permanente* do trabalho dos Promotores de Justiça, nos autos em que oficiem, remetendo seus relatórios à Corregedoria Geral do Ministério Público;

O controle interno da atividade extrajudicial terminará por afetar a estrutura do serviço de todos os órgãos da Administração Superior. Uma reorganização, através da Secretaria do Conselho, visando dividir e racionalizar o trabalho entre os Conselheiros conforme as suas atribuições orgânicas de disciplina, administração institucional e revisão da atividade extrajudicial, parece imperiosa. Ou, por outra, como recomenda Rodrigues (2006), a instalação de uma secretaria própria ao processamento desse controle. A atividade revisiva encontra-se, hoje, imersa entre as inúmeras outras que o Conselho acumula. A atuação dos Procuradores de Cidadania, ao produzirem pareceres acerca dos procedimentos enviados ao CSMP, desafogará e possibilitará a aceleração do processo revisivo, tornando-o tempestivo.

A Corregedoria Geral de Justiça comporá, juntamente com o CSMP, um modelo de controle revisivo para os procedimentos de investigação preliminar, vez que a sua quantidade de casos demanda a descentralização e distribuição da tarefa entre esses dois órgãos. Para assumir o controle da atividade dos procedimentos administrativos que não são enviados ao Conselho e a fiscalização do cumprimento dos compromissos assumidos, a estrutura interna da Corregedoria deverá ser ajustada para abrigar um núcleo de supervisão da atividade extrajudicial. É através deste que se realizará, com o auxílio informativo dos CAOPS, o monitoramento da implementação dos acordos realizados e revisados pelo CSMP, a fiscalização, por amostragem, de toda a atividade de resolução extrajudicial de pequena dimensão que resta nas promotorias de justiça (TACs e Promoções de arquivamento).

A articulação e o entrelace dos órgãos da Administração Superior e de auxílio institucional em torno da tutela extrajudicial eficiente promoverá o redimensionamento dos Centros de Apoio operacional, os quais, juntamente com as Procuradorias de Justiça, produzirão subsídios na supervisão do cumprimento pelos promotores de justiça. Não deixa de ser também uma espécie de supervisão, num nível mais prescritivo. Caberá aos CAOPs o planejamento de estratégias de acompanhamento da implementação espontânea das

obrigações assumidas no cumprimento de Ajustamento de Conduta e a orientação no trabalho de jurisdicionalização dos conflitos de resolução extrajudicial frustrada, mediante a assistência à efetivação das ações executivas, fornecendo orientação jurídica e subsídios aos promotores de justiça exeqüentes. Este trabalho se desdobrará em planejamento e estratégias de solução para cada área: modelos resolutivos participativos e ampliados (regionalização de soluções via MP e associação com outras sedes e organismos de decisão).

Uma aproximação com a Corregedoria para subsidiá-la com dados, objetivando aclarar a atuação fiscalizatória, afigura-se indispensável. Os CAOPs armazenarão toda a informação acerca da eficiência ou disfunção das atividades de cumprimento espontâneo e de execução judicial em cada área, registrando as peculiaridades de cada tipo de conflito. Armazenarão e responderão por informações sobre o êxito de ações de regionalização de tutelas extrajudiciais, constituindo-se em órgãos de consultoria disponíveis a todos os demais órgãos da instituição. Os CAOPs catalogarão precedentes, soluções exemplares, pedagógicas, que subsidiarão o MP e outros órgãos públicos e, ainda, acervo de fontes a respeito de informação interdisciplinar. Também a eles incumbirá orientação e supervisão a propósito do *uso das medidas necessárias*, previstas no artigo 84, § 5.º do CDC, como medidas de apoio (coercitivas e subrogatórias).

O centro de aperfeiçoamento em que se constitui a Escola Superior do Ministério Público encarregar-se-á do planejamento e implementação de toda a formação gerencial para o exercício da tutela extrajudicial.

Além da instalação em caráter permanente de um curso de gestão ministerial, a Escola se encarregará de organizar, também em caráter periódico, cursos de formação em técnicas de resolução de conflitos, para otimizar resultados materiais advindos da autocomposição. Cursos em formas alternativas de resolução de conflitos, negociação, mediação e outros mecanismos de resolução se fazem imprescindíveis.

A escola encarregar-se-á, ainda, da promoção da tutela extrajudicial para interesses transindividuais mediante a oferta de cursos e oficinas aos representantes da sociedade civil e profissionais do direito que operam a tutela coletiva.

Os serviços auxiliares do MP (artigo 7.º, inciso V da LC 12/94) que se constituem do serviço de apoio técnico e administrativo e dos estagiários também deverão ser reorganizados e preparados para atender preferencialmente às necessidades da atividade extrajudicial, principalmente no que tange à regularidade da documentação dos atos de processamento e registro no sistema competente.

Uma atividade estruturadora necessita de tempo e requisita a montagem paciente de uma rede de implementação. Propõe-se a criação de uma comissão, em caráter permanente, para coordenar o trabalho de confecção da Resolução e de todos os atos normativos que se oportunizem à regulação das novas disposições, dos modelos, dos formulários. Aliada a isso, sugere-se, a inserção desses documentos e de suas informações no banco de dados da Instituição, assegurando-se o manejo e a disponibilização através da rede de informática do MP. Se implantadas tais reformas estruturadoras, a constituição posterior de um grupo de trabalho se afigurará imprescindível à realização de oficinas de implantação do novo sistema de procedimentos para todos os membros do MP.

REFERÊNCIAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa:** contribución al estudio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Impr. Universitaria, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **Teoria del discurso y derechos humanos**. 2. ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1995.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputas. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação.** Brasília: Brasília Jurídica, 2003. (Grupos de pesquisa, n. 2).

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

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. A valoração probatória do inquérito civil e suas conseqüências processuais. MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação civil pública:** lei 7.347/1985: 15 anos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos!** Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentário ao artigo 4.º da Lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005 relativo ao acréscimo dos artigos 475-I e 475-J do CPC. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro (Coord.). **A nova execução:** comentários à Lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. O inquérito civil: considerações críticas. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública:** Lei 7347/1985: 15 anos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ARAÚJO, Francisco Fernandes. Princípio da proporcionalidade na execução civil. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Coord.). **Execução civil:** aspectos polêmicos. São Paulo: Dialética, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento de sentença.** Rio de Janeiro: Forense. 2006.

AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação.** Brasília: Brasília Jurídica, 2003. (Grupos de pesquisa, n. 2).

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-germânica.** 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 8 ago. 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Cognição e decisões do juiz no processo executivo. In: FUX, Luis; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Processo e constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.

BENJAMIN, Antônio Herman. A insurreição da aldeia global. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública: L**ei 7347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BOHMAN, James. **Public deliberation:** pluralism, complexity and democracy. Massachusetts: MIT Press, 1996.

_____.; RHEG, William (Ed.). **Deliberative democracy:** essays on reason and politics. Massachusetts: MIT Press, 1997.

BORDONE, Robert C.; MOFFITT, Michael; FRANK, A. Sander. The next thirty years: directions and challenges in dispute resolution. In: MOFFITT, Michael; BORDONE, Robert C. (Ed.).**The handbook of dispute resolution:** a publication of the Program of Negotiation at Harvard Law School. San Francisco, CA: Jossey Bass, 2005.

BRASIL. Ministério Público. **Diagnóstico do Ministério Público dos Estados**. Brasília, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do código de processo civil,** volume 1: comentários sistemáticos às Leis 11.187 de 19/10/2005, e 11.232 de 22/12/2005. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O poder público em juízo.** 2. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUSH, Baruch. **The promise of mediation:** responding to conflict through empowerment and recognition. San Francisco, CA: Jossey Bass, 1994.

BUSSIERE, Elizabeth. The Supreme Court and the development of the welfare state: judicial liberalism and the problem of welfare rights. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard. (Ed.). **Supreme Court decision-making:** new institutionalist approaches. Califórnia: University of Califórnia Press, 1999.

CADERNOS DA AMEPE. **Recife**: Associação dos Magistrados do Estado de Pernambuco, v. 2, 2004.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luis; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Processo e constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira

CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 8, n. 23, p. 16-33, nov. 1981.

_____. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

_____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista Forense**, São Paulo, v. 90, n. 326, p. 121-130, abr./jun. 1994.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Ciência Jurídica,** Salvador, v. 6, n. 45, p.34-51, maio/jun. 1992.

_____ .; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública:** comentários por artigo (Lei n. 7347, de 24-07-85). 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento:** Estados Unidos X Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. vol. II, Campinas: Bookseller, 1998.

COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: BOHMAN, James; REHG, William (Ed.). **Deliberative democracy:** essays on reason and politics. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1997.

COLE, Sarah Rudolph; BLANKLEY, Kristen M. Arbitration. In: MOFFITT, Michael. L.; BORDONE, Robert C. (Ed.).**The handbook of dispute resolution:** a publication of the Program of Negotiation at Harvard Law School. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2005.

CORNELL, W. Clayton; GILLMAN, Howard (Ed.). **Supreme court decision making:** new institutionalist approaches. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

CRANSTON, Ross**. How law works:** the machinery and impact of civil justice. Oxford: Oxford University Press, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza do processo administrativo.In: YARSHELL, Flavio Luiz; MORAES, Maurício Zanoíde (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo: DPJ Ed., 2005.

DELLI CARPINI, Michael X.; COOK, Fay Lomax; JACOBS, Lawrence R. Public deliberation, discursive participation, and citizen engagement: a review of the empirical literature. **Annual Review of Political Science,** v. 7**,** p. 315-344, May, 2004. Disponível em: <doi:10.1146/annurev.polisci.7.121003.091630>. Acesso em: 8 ago. 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Coord.). **Direito processual civil**: tutela jurisdicional individual e coletiva. Salvador: JusPODIVM, 2005.

_____. **Execução civil:** estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução civil.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000a.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A instrumentalidade do processo.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000b.

DRUCKMAN, Daniel. Bridging the gap between negotiating experience and analysis. In: WHEELER, Michael (Ed.). **Teaching negotiation:** ideas and innovations. Cambridge,MA: PON Books, 2000.

EPP, Charles R. **The rights revolution:** lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO. **Especialização em gestão pública ministerial.** Recife, 2006. Pós-Graduação *Lato sensu*. Projeto de Curso.

ESTEVAM DOS SANTOS, Izequias. **Manual de métodos e técnicas de pesquisa científica:** TCC, monografia, dissertação, tese**.** 5. ed. ver., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

FALCÃO, Joaquim. **Os advogados**. Ensino jurídico e mercado de trabalho. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 1984.

FAZZALLARI, Hélio. **Instituições de direito processual.** Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania. In: MILARÉ, Édis. (Coord.). **Ação civil pública**: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após 10 anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **O município à luz da Constituição Federal de 1988**. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 1995.

FINK, Daniel. Sistema nacional de defesa do consumidor. In: GRINOVER, Ada et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. A Ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos. In: MILARÉ, Édis. (Org.). **Ação civil pública:** Lei 7347/85 — reminiscências e recordações após dez anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FISHER, Roger; URY, William. **Como chegar ao sim.** Rio de Janeiro: Imago, 1994.

FISS, Owen M. **Um novo processo civil:** estudos norte-americanos sobre jurisdição constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. T**he law as it could be**. New York: New York University Press, 2003.

_____.; RESNIK, Judith. **Adjudication and its alternatives:** an introduction do procedure.

New York : Thomson/West, 2003.

FONSECA, Marcelo Ricardo. A história no direito e a verdade no processo. O argumento de Michel Foucault. **Gênesis — Revista de Direito Processual Civil,** Curitiba, n. 17, p. 433-648, jul./set., 2000.

FONT Y LLOVET, Tomás. Desarrollo reciente de los intrumentos de la administración consensual en españa. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Obra em homenagem a Eduardo Garcia de Enterría**.**

FOWLER, Marcos Bittencourt. A (re)reforma do artigo 461 do código de processo civil: a multa e seus problemas. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **A segunda etapa da reforma processual civil.** São Paulo**:** Malheiros, 2001.

FRIED SCHNITMAN, Dora; LITTLEJOHN, Stephan. **Novos paradigmas em mediação.** Porto Alegre: ArtMed, 1999.

FUX, Luis; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Processo e constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.

GALANTER, Marc. Introduction: compared to what? Assessing the quality of dispute processing. **Denver University Law Review,** v. 66, n. 3, p. XI-XIV, 1989.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público:** organização, atribuições e regime jurídico. Rio: Lúmen Júris, 2005.

GARNER, Bryan A. (Ed.). **Black's law dictionary.** 8th ed. St. Paul, MN: Thomson /West, 2004.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação civil pública após 20 anos:** efetividade e desafios. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 2005.

GILLESPIE, James et al. Lessons from analogical reasoning in the teaching of negotiation. In: WHEELER, Michael (Ed.). **Teaching negotiation:** ideas and innovations**.** Cambridge,MA: PON Books, 2000.

GOLD, Marc E. The mask of objectivity: politics and rhetoric in the Supreme Court of Canada. **The Supreme Court Law Review.** Toronto, v.7, p. 455-510, 1985.

GRECO, Leonardo. **O processo de execução.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** São Paulo: Forense Universitária, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública**: Lei 7.347/85: 15 anos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____.; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Malheiros, 2000.

_____ (Org.). **Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na administração pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Obra em homenagem a Eduardo Garcia de Enterría.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.** São Paulo: Revistados Tribunais, 2003.

_____. **Execução indireta.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1997.

_____. **Notas em torno ao princípio da proporcionalidade**. In: MIRANDA, Jorge. Perspectivas constitucionais nos vinte anos da Constituição de 1976**.** Coimbra: Coimbra Ed., 1996. v.I

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** São Paulo: Celso Bastos, 2001.

_____. **Teoria processual da constituição.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

_____. Teoria geral do processo: em que sentido? In: RODRIGUES, Horácio Wanderley (Ed.). **Lições alternativas de direito processual.** São Paulo: Acadêmica, 1995.

HABA, Enrique. Racionalidad y metodo para el derecho? És esto possible? **Revista de Ciencias Juridicas Universidad de Costa Rica,** Costa Rica, n. 66, p. 67-134, mai./ago. 1990.

HAIFFA, Howard. **The art and science of negotiation**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1982.

HALL, Melinda Gann; BRACE, Paul. State Supreme Courts and their enviroments: avenues to general theories of judicial choice. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard. (Ed.). **Supreme Court decision-making:** new institutionalist approaches. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

HAZARD, Geoffrey C; TARUFFO Michele. **American civil procedure:** an introduction. New Haven: Yale University Press, 1993.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa.** São Paulo: Objetiva, 2004. 1 CD-ROM (Versão 1.05).

KOLB, Jonnathan. An analist looks at negotiation. In: KOLB, Debora M. (Org.). **Negotiation ecletics**. Essays in Memory of Jeffrey Z. Rubin, 1999.

KOMESAR, Neil K. **Imperfect alternatives:** choosing institutions in law, economics and public policy. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

_____**. Law's limits:** the rule of law and the supply and demand of rights. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

KOVACH, Kimberlee K. Mediation. In: MOFFITT, Michael.; BORDONE, Robert C. (Ed.).**The handbook of dispute resolution.** San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2005.

KRELL, Andréas Joachim. **Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: S. A. Fabris 2002.

LEVIN, Jack. **Estatística aplicada a ciências humanas.** 2. ed. .São Caetano do Sul:. Harbras, 1987.

LOCATELLI, Paulo. O termo de compromisso de ajustamento de conduta na proteção dos direitos sociais. **Atuação Jurídica,** v. 4, n.10, p. 23-36, set. 2002.

LOPES. João Batista. Contraditório e abuso do direito de defesa na execução. In: FUX, Luis; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Processo e constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Coords.). **Execução civil:** aspectos polêmicos. São Paulo: Dialética, 2005.

MANCUSO. Rodolfo Camargo de. **Ação civil pública**. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir**.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico.** São Paulo: Atlas, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdictional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Gênesis —** Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 28, abr./jun. 2003.

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

_____.; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação civil pública após 20 anos:** efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Introdução ao Ministério Público. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Pontos controvertidos sobre o inquérito civil. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública:** Lei 7347/1985: 15 anos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia. Breves notas sobre a tutela mandamental e o artigo 14, inciso V e parágrafo único do CPC. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Coord.). **Execução civil:** aspectos polêmicos. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Execução civil:** teoria geral, princípios fundamentais**.** 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Roots and inspirations: a brief history of the foundations of dispute resolution. In: MOFFITT, Michael. L.; BORDONE, Robert C. (Ed.). **The handbook of dispute resolution:** a publication of the Program of Negotiation at Harvard Law School. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2005.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canônica.** 2. ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 1989.

MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública:** após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____(Coord.). **Ação civil pública**: Lei 7347/1985: 15 anos**.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____ (Coord.). **Ação civil pública:** Lei 7347/85: reminiscências e reflexões após 10 anos de aplicação**.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MITIDIERO, Daniel. Comentário aos artigos 1.º e 2.º da Lei n .º 11,232 de 22 de dezembro de 2005. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro (Coord.). **A nova execução: comentários à Lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOFFITT, Michael ; BORDONE, Robert C. (Ed.). **The handbook of dispute resolution:** a publication of the Program of Negotiation at Harvard Law School. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2005.

_____ .; _____.; SANDER, Frank E. A. The next thirty years: directions and challenges in dispute resolution In: _____.;_____. (Ed.). **The handbook of dispute resolution:** a publication of the Program of Negotiation at Harvard Law School. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2005.

MOORE, Christopher. **O processo de mediação**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

MORAES, Voltaire de Lima. Questões tópicas na ação civil pública: desistência ou abandono da ação; anotações sobre o inquérito civil e despesas processuais. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação civil pública após 20 anos:** efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença executiva? In: YARSHELL, Flavio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo: DPJ Ed., 2005.

_____. **Temas de direito processual:** oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Temas de direito processual:** sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Temas de direito processual:** sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. A globalização e o direito administrativo. In: _____ (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Obra em homenagem a Eduardo Garcia de Enterría**.**

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; _____. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Marcelo. Justiça e diferença numa sociedade global complexa**.** In: SOUZA, Jessé (Org.). **Democracia hoje:** novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Ed. UNB, 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. (Coord.). **A nova execução:** comentários à Lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PATTON, Bruce. Negotiation. In: MOFFITT, Michael; BORDONE, Robert C. (Ed.).**The handbook of dispute resolution:** a publication of the Program of Negotiation at Harvard Law School. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2005.

PEREIRA, Ruitenberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. São Paulo: Renovar, 2005.

PERNAMBUCO. Ministério Público. **Plano estratégico MPPE 2005-2008.** Recife, 2006.

PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito civil:** atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRUITT, Dean.; KIM, Sung Hee. **Social conflict**: escalation, stalemate, and settlement. Third edition, New York: McGraw-Hill, 2004.

QUEIROZ, Cristina.**Interpretação constitucional e poder judicial:** sobre a epistemologia

da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RIBEIRO, Ricardo Silveira; SANTOS, Ana de Fátima Queiroz de Siqueira. **Eficiência judicial e extrajudicial da proteção aos direitos sociais à saúde e à educação em Pernambuco:** em busca da formulação de indicadores para a análise da eficiência procedimental e substantiva dos direitos sociais. Recife: Unicap/PE, 2004. Relatório de Pesquisa.

RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. **Dispute resolution and lawyers.** St. Paul, Minn: West Pub. Co. 1987.

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

RUBIN, Carol M. Reflections on the linkages between psychanalysis and negotiation. In: KOLB, Debora M. (Org.). **Negotiation ecletics**. Essays in Memory of Jeffrey Z. Rubin, 1999.

SADEK, Maria Tereza; BENETI, Agostinho; FALCÃO, Joaquim**. Magistrados:** uma imagem em movimento**.** Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luis; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (Coord.). **Processo e constituição.** São Paulo: R. dos Tribunais, 2006. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.

_____. Execução específica e ação civil pública. In: MILARÉ, Édis (Org.). **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANDER, Frank E; ROZDEICZER, Lucaks. Selecting an appropriate dispute resolution procedure: detailed analysis and simplified solution. MOFFITT, Michael.; BORDONE, Robert C. (Ed.). **The handbook of dispute resolution:** a publication of the Program of Negotiation at Harvard Law School. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2005.

SANTOS, Ana de Fátima Queiroz de Siqueira. **Ação civil pública:** função deformação e caminhos para uma jurisdição de resultados. Recife:UFPE, 1999. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade Federal de Pernambuco, 1999.

SANTOS, Evaristo Aragão. Breves notas sobre o "novo" regime de cumprimento da sentença. In: FUX, Luis; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Processo e constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.

SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephan. **Novos paradigmas em mediação.** Porto Alegre: Artmed, 1999.

SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. NY: Oxford University Press,

1993.

SEUL, Jeffrey R. Litigation as a dispute resolution alternative. In: MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C. (Ed.). **The handbook of dispute resolution:** a públication of the Program of Negotiation at Harvard Law School. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2005.

SHIMURA, Sergio Seiji. **Tutela coletiva e sua efetividade.** São Paulo: Método, 2005.

_____. **Título executivo.** São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Eduardo da; MORAES, Henrique Schoer; BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. **Teoria geral do processo.** Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law:** introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SPADONI. Joaquim Felipe. **Ação inibitória:** a ação preventiva prevista no artigo 461 do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STAMATO, Linda. Conflict resolution and public policy: two decades of experience. **Conflict Resolution Notes**, California, v. 21, n. 2, p.17-20, September-December, 2003. Disponível em <http: //policy.rutgers.edu.cncr/pdfs/crpubpol.pdf>.Acesso em: janeiro 2007.

SUSSKIND, Lawrence. Consensus building and ADR: why they are not the same thing. In: MOFFITT, Michael; BORDONE, Robert C. (Ed.). **The handbook of dispute resolution:** a publication of the Program of Negotiation at Harvard Law School. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2005.

_____; MAC KEARNAN, Sarah. The evolution of public policy dispute resolution. **Journal of Architecture and Planning Research,** v. 16, n. 2, Summer, 1999. Disponível em: <http//web.mit.edu/publicdisputes/pdr/evolution/pdf>. Acesso em: janeiro 2007.

TALAMINI. Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer:** CPC, artigo 461; CDC, artigo 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TRUBEK, David M. et al. The costs of ordinary litigation. **31 UCLA law review**, 72-127 (October, 1983). Disponível em: <www.polisc.wisc.edu/~kritzer/research/CLRP/clrp.htm>. Acesso em: fev. 2007.

VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação civil pública: L**ei 7347/85: 15 anos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luís; MORAES, Márcio Zanóide. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo: DPJ, 2005.

WELSH, Nancy A. Institutionalization and professionalization. In: MOFFITT, Michael; BORDONE, Robert C. (Ed.).**The handbook of dispute resolution:** a pública tion of the Program of Negotiation at Harvard Law School. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2005.

WILLIAMS, Gerald R.; GEIS, Joseph M. Negotiation skills training in the Law School

Curriculum. In: WHEELER, Michael (Ed.). **Teaching negotiation:** ideas and innovations**.** Hewlett Conference 2000: focus on negotiation pedagogy. Cambridge, MA: PON Books. Program on Negotiation at Harvard Law School, 2000.

_____; _____. Negotiation skills training in the Law School Curriculum. In: KOLB, Debora. (Org.). **Negotiation ecletics:** essays in memory of Zeffrey Zubin. Cambridge: Program of Negotiation at Harvard Law School, 1999.

YARSHELL, Flávio Luiz. "Efetivação" da tutela antecipada: uma nova execução civil? In: FUX, Luis; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Processo e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Direitos e interesses individuais homogêneos: a "origem comum" e a complexidade da causa de pedir implicações na legitimidade *ad causam* ativa e no interesse de agir do Ministério Público. In**:** CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 12, 1998, Fortaleza. **Ministério Público e democracia.** Fortaleza/CE: Parque Gráfico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 1998. t. 3.

ANEXO — FORMULÁRIO DE PESQUISA

1. Identificação do TAC
Número do TAC
Promitente
Tomador
Data de Criação do TAC
Comarca
Promotoria
Atuação
Promotor

2. Promissário ou Tomador	
2.1 Ministério Público ( )	2.6 Outros Legitimados ( )
2.2 União ( )	2.7 Ministério Público Federal ( )
2.3 Estado ( )	2.8 Interveniente ( )
2.4 Município ( )	2.9 Entes. Adm. Ind. Mun. ( )
2.5 Entes da Adm. Ind. Est. ( )	2.10 Entes Adm. Ind. Fed. ( )

3. Promitente ou Obrigado	
3.1 Pessoa Física ( )	3.6 Outros/soc.civil ( )
3.2 Pessoa Jurídica d. Privado( )	3.7 Entes. Adm. Ind. Est. ( )
3.3 União ( )	3.8 Entes Adm. Ind. Mun. ( )
3.4 Estado ( )	3.9 Entes. Adm. Ind. Federal ( )
3.5 Município ( )	

4. Área de tutela	
4.1 Consumidor ( )	4.5 M. Ambiente e Histórico Cultural ( )
4.2 Educação ( )	4.6 Habitação e urbanismo ( )
4.3 Infância e Juventude ( )	4.7 Patrimônio Público/social ( )
4.4 Idoso ( )	4.8 Saúde ( )
	4.9 Outras ( )

5. Natureza de obrigação assumida	
5.1 Fazer ( )	5.3 Indenização pelo equivalente in pecúnia ( )
5.2 Não fazer ( )	5.4 Resultado equivalente ao adimplemento ( )

6. Cominações previstas	
6.1 Multa ( )	6.4 Medidas sub-rogatórias (ou substitutivas da inação do devedor) ( )
6.2 Outras medidas coercitivas punivas ( )	6.5 Sem previsão ( )
6.3 Medidas coercitivas estimulatórias ( )	

7. Debate prévio cronograma / plano de execução	
7.1 Sim ( )	7.3 Não se recorda / não sabe ( )
7.2 Não ( )	

8. Previsão de supervisão do cumprimento	
8.1 Promotor de Justiça ( )	
8.2 Agentes Ministeriais ( )	8.4 Outros ( )
8.3 Órgãos técnicos ( )	8.5 Não há cláusula de supervisão ( )

9. Conteúdo do Termo	
9.1 Reconhecimento da conduta ilícita ( )	9.4 Cominações ( )
9.2 Previsão dos recursos necessários ao cumprimento da obrigação ( )	9.5 Prazo de Cumprimento das Atividades ( )
9.3 Plano/ cronograma de execução ( )	9.6 Descrição da obrigação de ajustamento ( )

10. Modalidade de tutela do direito	
10.1 Tutela Preventiva ( )	Ambas, repressiva e preventiva ()
10.2 Tutela Repressiva ( )	

11. Etapas de Cumprimento	
11.1 Em andamento ( )	11.4 Em execução/multa ( )
11.2 Em suspenso ( )	11.5 Opção de ACP ( )
11.3 Encerrado extrajudicialmente ()	11.6 Encerrado judicialmente ( )

12. Resultado da efetivação	
12.1 Cumprimento total ()	12.4 Cumprimento parcial, renegociação ( )
12.2 Cumprimento parcial ( )	12.5 Aguardando informações / outros ( )
12.3 Descumprimento de Ajuste ( )	

13. Obrigação quanto ao prazo de cumprimento	
13.1 De 0 a 6 meses ( )	13.4 A partir de 2 anos ( )
13.2 De 6 meses e 1 dia até 1 ano ( )	13.5 Cumprimento continuado ( )
13.3 De ano e dia até 2 anos ( )	

14. Outros instrumentos usados além do TAC	
14.1 Convênios MP/outros ( )	14.4 Intervenção médio e longo prazo – Conselhos, Fóruns etc
14.2 Recomendação ao responsável ( )	14.5 Audiênca pública ()
14.3 Intervenção/ Fiscalização dos interessados ( )	

15. Problemas de Cumprimento/Execução do TAC	
15.1 Desconhecimento sobre Tac e/ou execução ( )	15.5 Promitente alegou cumprimento oneroso/inexequível ( )
15.2 Problemas de formação do TAC (Vícios) ( )	15.6 Excesso de Atividades / Ausência Infra – estrutura MP ( )
15.3 Peculiaridade da tutela específica ( )	15.7 Outros ( )
15.4 Dinâmica do procedimento judicial (Cultura e Estrutura) ( )	

16. Momento da realização do TAC	
16.1 – Antes do PIP / IC ( )	16.3 – durante ACP, título judicial (Transação) ( )
16.2 – Depois do PIP/IC ( )	

17. Utilidade do IC/PIP/PA/Diligência para o TAC	
17.1 Reconhecer a prática do ilícito ou do Dano ( )	17.4 Definir as condições de cumprimento da obrigação ()
17.2 Delimitar o conteúdo da obrigação assumida ()	17.5 Não foi utilizado para confeccionar o TAC ( )
17.3 Fixar adequadamente a previsão da cominação ( )	17.6 Solução menos onerosa para o devedor ( )

18. Investigação Prévia	
18.1 Procedimento Investigativo Preliminar – PIP ( )	18.3 Diligência / PA ( )
18.2 Inquérito civil ( )	

19. Revisão do TAC pelo CSMP	
19.1 Arquivamento ( )	19.4 Com diligências ( )
19.2 Rejeitado ( )	19.5 Não enviado ( )
19.3 Em andamento ( )	19.6 Não é possível saber ( )

20. Capacitação do Promotor em técnicas de RAD	
20.1 Tem formação em técnicas de RADs e as utiliza ( )	20.3 Não utiliza ( )
20.2 Utiliza essas técnicas empiricamente ( )	20.4 Não utiliza porque não as conhece ( )

21. Técnicas de RADs utilizadas nesta atividade	
21.1 Arbitragem ( )	21.4 Conciliação ( )
21.2 Medicação ( )	21.5 Outras ( )
21.3 Negociação ( )	

22. Impugnação ao TAC	
22.1 Sem impugnação ( )	22.3 Impugnado Extrajudicialmente ( )
22.2 Impugnado Judicialmente ( )	

23. Interesse Transindividual	
23.1 Difuso ( )	23.3 Individual Homogêneo ( )
23.2 Coletivo ( )	