

SARAH MERÇON-VARGAS

**MEIOS ALTERNATIVOS NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE
INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS**

MESTRADO EM DIREITO

ORIENTADOR: PROF. DR. RICARDO DE BARROS LEONEL

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2012

SARAH MERÇON-VARGAS

**MEIOS ALTERNATIVOS NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE
INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo de Barros Leonel

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2012.

TERMO DE APROVAÇÃO

SARAH MERÇON-VARGAS

MEIOS ALTERNATIVOS NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSES COLETIVOS

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito Processual, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pela seguinte Banca Examinadora:

Orientador: Professor Doutor Ricardo de Barros Leonel
Departamento de Direito Processual – USP

Membros: Prof. Dr.

Prof. Dr.

São Paulo, de de 2012.

SUMÁRIO

RESUMO	1
ABSTRACT	2
CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO	3
1. O tema e suas limitações	3
2. Questões a serem investigadas	7
3. Método de trabalho	9
CAPÍTULO II – CONFLITOS, TÉCNICAS DE RESOLUÇÃO E JURISDIÇÃO ...	12
4. Conflito: ponto de partida da jurisdição e de seus equivalentes	12
5. Técnicas de solução de conflitos e movimento de acesso à justiça	14
6. Técnicas de resolução de conflitos, jurisdição e equivalentes jurisdicionais.....	18
7. Novo paradigma da inafastabilidade da tutela jurisdicional	22
8. Sistema multiportas	27
9. Técnicas de composição de litígios.....	28
9.1. <i>Autotutela</i>	28
9.2. <i>Autocomposição</i>	29
9.3. <i>Processo (heterocomposição)</i>	36
10. Conclusão parcial	38
CAPÍTULO III – TÉCNICAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	41
11. Jurisdição estatal	41
12. Mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos	42
12.1. <i>Negociação</i>	42
12.2. <i>Mediação</i>	43
12.3. <i>Conciliação</i>	47
12.4. <i>Arbitragem</i>	49
12.5. <i>Meios híbridos</i>	52
13. Critérios subjetivos e objetos de admissibilidade	54
13.1. <i>Arbitrabilidade subjetiva e objetiva de litígios</i>	55
13.2. <i>Critérios subjetivos e objetivos de admissibilidade do uso de técnicas consensuais</i>	59
14. Adequação da técnica ao conflito	61
15. Conclusão parcial	64

CAPÍTULO IV – TUTELA COLETIVA: CONCEITOS FUNDAMENTAIS	66
16. Tutela coletiva: considerações introdutórias	66
17. Direitos difusos	68
18. Direitos coletivos <i>stricto sensu</i>	71
19. Direitos individuais homogêneos	73
20. Processo coletivo e interesse público	77
21. Critérios para identificação da natureza do direito coletivo.....	79
22. Legitimação para a tutela coletiva.....	80
22.1. <i>Legitimação na tutela de direitos difusos e coletivos stricto sensu</i>	83
22.2. <i>Legitimação na tutela de direitos individuais homogêneos</i>	84
23. Coisa julgada no processo coletivo	85
23.1. <i>Coisa julgada na tutela de direitos difusos e coletivos stricto sensu</i>	87
23.2. <i>Coisa julgada na tutela de direitos individuais homogêneos</i>	88
24. Compromisso de ajustamento de conduta.....	90
25. Conclusão parcial	97
CAPÍTULO V – TÉCNICAS EXTRAJUDICIAIS E DIREITOS COLETIVOS: CRITÉRIOS DE ADMISSIBILIDADE E JUÍZO DE ADEQUAÇÃO	100
26. As regras do processo coletivo e sua aplicabilidade na resolução extrajudicial de conflitos coletivos	100
27. Critérios subjetivos de admissibilidade.....	104
27.1. <i>Capacidade</i>	104
27.2. <i>Natureza da legitimação e regime de coisa julgada</i>	107
28. Critérios objetivos de admissibilidade	111
28.1. <i>Direitos difusos e coletivos stricto sensu: indisponibilidade material, disponibilidade instrumental e extrapatrimonialidade original</i>	111
28.2. <i>Direitos individuais homogêneos: disponibilidade material, disponibilidade instrumental e patrimonialidade</i>	118
29. Juízo de adequação.....	120
29.1. <i>Direitos difusos e coletivos stricto sensu</i>	121
29.1.1. <i>Negociação</i>	121
29.1.2. <i>Mediação</i>	122
29.1.3. <i>Conciliação</i>	124
29.1.4. <i>Arbitragem</i>	125
29.2. <i>Direitos individuais homogêneos</i>	129

29.2.1. Negociação.....	129
29.2.2. Mediação.....	130
29.2.3. Conciliação	131
29.2.4. Arbitragem.....	132
CAPÍTULO VI – PERSPECTIVAS À RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS COLETIVOS	136
30. Técnicas consensuais de resolução	136
30.1. <i>Negociação e conciliação de conflitos que envolvam direitos difusos e coletivos stricto sensu</i>	<i>136</i>
30.2. <i>Negociação e conciliação de conflitos que envolvem direitos individuais homogêneos</i>	<i>138</i>
31. Arbitragem para resolução de litígios relativos a direitos difusos e coletivos <i>stricto sensu</i>	140
32. A arbitragem sobre direitos individuais homogêneos.....	143
32.1. As class arbitrations <i>norte-americanas</i>	143
32.1.1 Contexto social de surgimento.....	143
32.1.2 <i>O marco jurisprudencial Green Tree Financial Corporation v. Bazzle</i>	<i>146</i>
32.1.3 Os novos precedentes: <i>Stolt-Nielsen S.A et al v. Animalfeeds International Corporation e AT&T Mobility LLC v. Concepcion et ux</i>	<i>149</i>
32.1.4 Renúncia à tutela coletiva: vetores interpretativos da cláusula compromissória.....	150
32.1.5 O devido processo legal nas arbitragens coletivas.....	153
32.1.6 <i>Regulamentos para as class arbitrations</i>	<i>157</i>
32.1.7 Conclusões	159
32.2. <i>Arbitragem em matéria de consumo: o falso impedimento do artigo 51, inciso VII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor</i>	<i>162</i>
32.3. <i>Perspectivas para o Direito Brasileiro</i>	<i>165</i>
CAPÍTULO VII - CONCLUSÕES	168
REFERÊNCIAS	171

RESUMO

O presente trabalho destina-se a examinar as perspectivas ao uso de meios extrajudiciais de resolução de conflitos para a composição de conflitos coletivos no Brasil. Para tanto, serão analisadas as principais características da negociação, mediação, conciliação e arbitragem, identificados os requisitos de admissibilidade para o uso de tais técnicas e explicitados os elementos a serem considerados no exame de adequação do uso de meios extrajudiciais. Além disso, serão examinadas as principais características dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, assim como as regras processuais pertinentes à legitimação e coisa julgada no processo coletivo. Mais adiante, o presente trabalho tentará sistematizar hipóteses sobre o cabimento e sobre a adequação das técnicas extrajudiciais para a resolução de conflitos que envolvem direitos coletivos. Ao final, será possível concluir que tais direitos podem e devem ser resolvidos por meio de técnicas extrajudiciais, em especial por meio da negociação, da conciliação e da arbitragem.

Palavras-chave: meios adequados de resolução de controvérsias, negociação, mediação, conciliação, arbitragem, arbitrabilidade, direitos coletivos, direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu*, direitos individuais homogêneos, compromisso de ajustamento de conduta, transação.

ABSTRACT

The following work aims at examining prospects in the use of alternative dispute resolution techniques in Brazilian class actions. To this end, it will, at first, analyze negotiation, mediation, conciliation and arbitration main characteristics. Also, admission criteria for each of these dispute resolution techniques will be identified and the elements that should be considered for the adequacy exam will be outlined. Further on, the three kinds of Brazilian class action and the main characteristics of each class procedures will be examined, with special concern to procedure laws pertaining legitimacy and *res judicata*. Moreover, the paper will systematically study the hypothesis in which extrajudicial conflict resolution techniques may be applied and the adequacy of their use in cases encompassing collective rights. Finally, in its conclusion, it will be demonstrated that extrajudicial techniques can be used to solve conflicts involving collective rights, mainly through negotiation, conciliation and arbitration.

Keywords: alternative dispute resolution, negotiation, mediation, conciliation, arbitration, arbitrability, class actions, mandatory class action, class action for damages, settlement.

CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO

1. O tema e suas limitações

É notório o esforço da doutrina processual contemporânea em abandonar o *fetichismo* pela jurisdição estatal¹ e expandir, no plano do movimento universal de acesso à justiça, a utilização de mecanismos extrajudiciais² de resolução de conflitos.

Na busca por resultados mais efetivos, a tendência de universalizar a tutela jurisdicional evidencia, de um lado, a urgência em se aprimorar a técnica processual e, de outro, a necessidade de se *ampliar as formas de acesso à justiça*, para além da técnica *universal* do processo estatal.

Em clássica construção sobre ADR (*Alternative Dispute Resolution*), Marc GALANTER assinala que a utilização de técnicas de resolução de conflitos deve se orientar por (i) argumentos de produção, voltados à obtenção de resultados com menor dispêndio de tempo e de recursos, e por (ii) argumentos de qualidade, que denotam os benefícios que a utilização de um dado mecanismo pode trazer.³ Esta linha de pesquisa vem ao encontro da necessidade de se buscar soluções alternativas, em especial, diante da

¹ A expressão é de Candido Rangel DINAMARCO (Tutela Jurisdicional. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. II, p. 392). O mesmo fenômeno foi também observado e referido por Kazuo WATANABE como a *cultura da sentença*, que cede lugar à *cultura da pacificação* (A mentalidade e os meios extrajudiciais de solução de conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 7 e 10); por Rodolfo de Camargo MANCUSO, que alude à *cultura demandista* ou *judiciarista* (*A resolução dos conflitos e a função judicial*. São Paulo: RT, 2010, p. 12 e 36, respectivamente) e ainda, por Alexandre Amaral GAVRONSKI sob a rubrica de lógica *judicialiforme* (*Técnicas Extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: RT, 2010, p. 46).

² Como adverte Rodolfo de Camargo MANCUSO, o termo *alternativo*, de origem na expressão norte-americana *Alternative Dispute Resolution*, contraria a ordem cronológica dos eventos na história, uma vez que foi justamente a justiça estatal que adveio como um *posterious* à autotutela e, portanto, como alternativa à forma até então primordial de resolução de litígios. (*A resolução...*, p. 49). Para além do aspecto anacrônico da terminologia, Paula Costa e SILVA faz outra crítica interessante ao emprego da expressão *alternativa*. Segundo a Autora, a ideia de alternatividade somente poderia ser utilizada se houvesse livre escolha entre meios de resolução de disputas *funcionalmente equivalentes*. Todavia, como a justiça pública não é nem sempre acessível e nem sempre eficiente, a conclusão é que as técnicas ditas alternativas acabam por ser muitas vezes necessárias e inevitáveis. (*A Nova Face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 35-37).

³ GALANTER, Marc. *Introduction: Compared to what? Assessing the quality of dispute processing*. *Denver University Law Review*, n. 66, 1989, p. xii. Em doutrina nacional, esses argumentos foram bem desenvolvidos por Carlos Alberto de SALLES (*Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998, p. 35).

ineficácia dos mecanismos processuais tradicionalmente utilizados para dirimir os novos conflitos, em perfil e em escala⁴, que caracterizam a sociedade pós-moderna.⁵

No contexto deste novo perfil litigioso, destacam-se, por numerosidade e relevância social, os conflitos de feição transindividual.

De fato, os contornos massificados das relações intersubjetivas peculiares deste novo tempo, aliados à ampliação do horizonte de pretensões jurisdicionalizáveis⁶ criaram um contingente de demandas que supera, em muito, a capacidade da estrutura judiciária⁷. Ademais, a qualidade dos resultados obtidos por intermédio apenas da técnica estatal de resolução de conflitos, é questionável.

Assim, a confluência de tais circunstâncias recomenda a investigação teórica acerca da aptidão dos conflitos coletivos para serem solucionados por intermédio de técnicas não judiciais de resolução de controvérsias.

A opção pelo especial direcionamento da abordagem às demandas coletivas deriva da constatação de que os conflitos sociais de massa – demandas coletivas *lato sensu* em potencial, principalmente sob a égide da categoria dos direitos individuais homogêneos – constituem relevante parcela dos litígios da sociedade contemporânea⁸. Mesmo as demandas que ordinariamente não são movidas como ações coletivas, acabam por sofrer processos de coletivização no poder judiciário, como é o caso do mecanismo processual de julgamento de recurso especial repetitivo por amostragem⁹.

Além disso, diante do atual processo de formação de um novo paradigma de direito, mais adaptado à complexidade social da pós-modernidade, de que trata Alexandre

⁴ FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 7-8.

⁵ Alexandre Amaral GAVRONSKI assinala inclusive a necessidade de se assimilar um novo paradigma de direito, distinto da concepção original de Estado de Direito, mais adaptado à crescente complexidade social deste século. Esse novo paradigma teria como características principais a dessubstantivação, a informalidade e a participação (*Técnicas...*, p. 46 e 55).

⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. Universalizar a Tutela Jurisdicional. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Malheiros, 2010, v. I, p. 396.

⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2002, p. 96.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos extrajudiciais de solução de conflitos no quadro do movimento universal do acesso à justiça. *Revista de Processo*, ano 19, n. 74, abr-jun 1994, p. 84.

⁹ Baseado no procedimento modelo alemão (*mustervverfahren*), Antonio do Passo CABRAL traz interessante proposta de forma alternativa (não representativa) de tutela coletiva, consistente na formação de incidente de coletivização de questões comuns a inúmeras pretensões individuais [O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, ano 32, n. 147, maio-2007].

Amaral GAVRONSKI, passa a ser enfrentar o profundo enlaçamento entre o processo coletivo e a jurisdição estatal, justamente para testar sua necessidade¹⁰ e seus limites.

De fato, o Estado, antes o principal provedor de acesso aos direitos fundamentais, tais como o direito à saúde e o direito à educação, cedeu espaço considerável à iniciativa privada nas últimas décadas.

Atualmente, boa parte da população praticamente não mais utiliza o serviço público de saúde, diante do espaço que veio a ser ocupado pelos planos e hospitais particulares de saúde. Isso não significa, porém, que o Estado não tenha que prestar tais serviços, caso venha a ser demandado.

O mesmo fenômeno pode ser verificado no âmbito da educação voltada para o ensino superior. Se antes o serviço era ofertado apenas pelas universidades e por poucas instituições privadas, atualmente, o setor privado desempenha inegavelmente papel primordial na prestação deste mesmo serviço.

Além desses, outros exemplos poderiam ser dados. O fato é que é preciso perceber, neste contexto, que o Estado brasileiro, na pós-modernidade, tem reconhecido a sua absoluta insuficiência enquanto prestador de serviços.

É exatamente este contexto que inspira a investigação teórica sobre a *necessidade* do Poder Judiciário, especialmente em relação às demandas coletivas, em que são veiculadas pretensões ligadas à realização do interesse público ou, no mínimo, pretensões de grande interesse social.

Não se ignora a forte resistência que paira sobre o assunto, especialmente em razão (i) da nota de indisponibilidade – ainda que sem uma definição adequada – que se atribui aos direitos coletivos, (ii) do interesse público que orienta a sua efetivação e (iii) dos esquemas peculiares de legitimação caracterizam a tutela coletiva. Todavia, na esteira do atual estágio teórico do movimento de acesso à justiça, esses temas devem ser enfrentados, especialmente para que seja avaliado o grau de dependência dos conflitos coletivos em relação ao Poder Judiciário.

Há ainda uma razão de ordem pragmática que justifica o enfrentamento do tema proposto: muitos litígios que envolvem direitos coletivos efetivamente são resolvidos

¹⁰ TALAMINI, Eduardo. A arbitragem e a parceria público-privada (PPP). In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: RT, 2005, p. 342-343.

por *compromissos de ajustamento de conduta* e ou por *acordos* entabulados em processos judiciais, após ampla *negociação* entre o *Parquet* e os particulares envolvidos.¹¹

A verdade, portanto, é que existe, na prática, resolução extrajudicial de conflitos coletivos¹², sem que, haja, contudo, lastro teórico correspondente para dar suporte às diversas questões jurídicas imbricadas nesta complexa tarefa.

Além disso, a proposta legislativa de alteração da Lei da Ação Civil Pública (Projeto de Lei n.º 5.139/2009)¹³ contempla em seus artigos 19¹⁴ e 57, parágrafo 4º¹⁵ a possibilidade de resolução extrajudicial de conflitos que envolvam direitos coletivos, o que também recomenda a investigação teórica do tema.

É preciso pontuar, de antemão, que, diante do objetivo específico e restrito desta dissertação, a investigação a ser desenvolvida irá concentrar-se na face *processual* da questão, apesar de ser também profunda a ligação do tema com o exame do direito material subjacente aos litígios coletivos.¹⁶

¹¹ A afirmação não tem base estatística, já que não se tem notícia de pesquisa que pudesse demonstrar tal fato empiricamente. Todavia, Paulo de Bessa ANTUNES também observa e destaca o mesmo fenômeno (Direito ambiental, indisponibilidade de direitos, solução alternativa de conflitos e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 30, jul. 2011, p. 103).

¹² “(...) a realidade sobrepôs-se a teoria. O tempo se encarregou de mostrar que conciliar é melhor que julgar, desde que no acordo fique respeitada e bem delimitada a proteção do meio ambiente. Pouparam-se tempo, provas caras e complexas, bem como execuções nem sempre bem sucedidas. Atualmente, com nomes variados, celebram-se acordos nos inquéritos civis instaurados pelo Ministério Público (Lei 7.347, de 1985, artigo 5º, parágrafo 6º), nos processos administrativos instaurados pelos órgãos ambientais (Lei 7.347, de 1985, artigo 5º, parágrafo 6º, e Lei 9.605, de 1988, artigo 72, parágrafo 4º, e Dec. 6.514, de 2008, artigo 143) (...)” (FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Mariana Almeida Passos de. Conciliação, execução e efetividade nas ações civis públicas. In: MILARÉ, Édis. *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo, RT, 2010, p. 830).

¹³ O Projeto de Lei n.º 5.139/2009 foi rejeitado pela Comissão de Constituição da Câmara dos Deputados. Houve recurso para o Plenário, mas, sem que haja pedido de retomada, o projeto será arquivado.

¹⁴ “Art. 19. Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir. § 1º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão. § 2º A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, tendo por finalidade exclusiva orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito. § 3º Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação. § 4º Obtida a transação, será ela homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial”

¹⁵ “Art. 57. O demandado, a qualquer tempo, poderá apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistente em programa extrajudicial. (...) § 4º O procedimento poderá compreender as diversas modalidades de métodos alternativos de resolução de conflitos, para possibilitar a satisfação dos interesses e direitos referidos no caput, garantidos a neutralidade da condução ou supervisão e o sigilo.”

¹⁶ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 4.

Ainda assim, serão desenvolvidas neste trabalho as premissas processuais teóricas que permitem a aproximação entre resolução extrajudicial e tutela coletiva, para que, ao final, possam ser demonstradas as atuais perspectivas à resolução extrajudicial de conflitos coletivos no Brasil.

2. Questões a serem investigadas

O presente trabalho propõe-se a investigar a possibilidade, à luz de critérios de admissibilidade e adequação, de utilização de técnicas extrajudiciais para a resolução de conflitos relativos a direitos coletivos.

De um lado, o uso de técnicas alternativas de resolução de controvérsias é uma forte tendência universal no direito processual contemporâneo, diante da percepção da insuficiência quantitativa e qualitativa do processo estatal. De outro, os litígios de feição transindividual são uma das marcas preponderantes da litigiosidade pós-moderna e a inspiração de muitas das reformas processuais que foram implantadas desde a década de 80 e das que são planejadas para o futuro, dentre elas, o projeto de alteração da Lei de Ação Civil Pública e a elaboração de um novo Código de Processo Civil.

Em que pese se tratar de assuntos centrais do direito processual civil atual, o exame da literatura revela que houve poucas tentativas de se estabelecer diálogo entre eles¹⁷. A rigor, o tema – perspectivas à resolução extrajudicial de conflitos coletivos no Brasil – tem sido tratado apenas como *premissa* de trabalhos voltados ao exame da natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta. Há, portanto, vasto campo para pesquisa e teorização.

¹⁷ GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008; ALVES, Rafael Francisco. A arbitrabilidade do direito ambiental: a questão da disponibilidade de direitos. In: SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). *Processos Coletivos e Tutela Ambiental*. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2006; LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do Dano Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010; GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paul: RT, 2010; FRANGETTO, Flavia Witkowski. *Arbitragem Ambiental: Solução de conflitos r(estricta) ao âmbito (inter)nacional?* Campinas: Millennium, 2006.

Neste contexto, a proposta central da presente dissertação é investigar se os conflitos relativos a direitos coletivos estariam limitados à resolução por meio de processo judicial ou se haveria campo, e em que medida, para a resolução extrajudicial.

Para tanto, há diversas questões teóricas a serem analisadas como *premissas* para o tema proposto, em especial, as modalidades de técnicas de resolução de conflitos, no plano da garantia constitucional de acesso à justiça e os critérios que devem orientar os litigantes na opção pela sua utilização.¹⁸

Um dos grandes desafios a ser enfrentado nesta dissertação consiste do exame do conceito de *disponibilidade* e suas repercussões na possibilidade de resolução extrajudicial de conflitos coletivos.

É essencial, para os fins, deste trabalho, responder à indagação de Eduardo Damiano GONÇALVES: *Será que quando o legislador contemporâneo resolveu proteger determinados interesses, será que ele quis protegê-los e dizer que eles só deveriam ser tutelados ou julgados pelo Poder Judiciário?*¹⁹

Há que se investigar ainda se os legitimados coletivos, autorizados à tutela de direitos coletivos, em juízo, estariam também legitimados – e, em caso afirmativo, em que medida – à resolução extrajudicial.

Ademais, chegando-se à conclusão de que as técnicas extrajudiciais de solução de disputas seriam admissíveis para a resolução de controvérsias que envolvam direitos coletivos, haverá de se analisar, ainda, se tais técnicas são *adequadas*, isto é, se a sua utilização poderia trazer benefícios, considerando os argumentos *supra* referidos de produção e de qualidade.

À vista de tal estruturação, a importância do tema central desta dissertação consiste no desenvolvimento dos pilares teóricos que indicam as perspectivas atuais para a resolução alternativa de conflitos coletivos, a fim de que possa ser identificada, nesta seara, a necessidade da justiça estatal na composição de lides desta natureza.

¹⁸ Tais questões foram tratadas no segundo e terceiro capítulos desta dissertação.

¹⁹ GONÇALVES, Eduardo Damiano. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damiano. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. *Revista de processo*, v. 136, jun. 2006, p. 7, versão eletrônica.

Por fim, será imprescindível examinar, em termos concretos, como se daria a utilização de técnicas extrajudiciais de resolução de controvérsias, em especial, como poderia se dar o uso da arbitragem, que é a técnica mais formal dentre as técnicas ditas alternativas.

3. Método de trabalho

A presente dissertação foi desenvolvida a partir da investigação analítica e dogmática acerca da possibilidade de compatibilização dos dois grandes pilares envolvidos na pesquisa: as técnicas extrajudiciais de resolução de controvérsias e o processo coletivo brasileiro.

Em perspectiva metodológica, a pesquisa foi estruturada em sete capítulos, sendo o primeiro, a introdução do assunto e do tema, e o último, as conclusões finais do trabalho, aportadas ao longo de seu desenvolvimento e indicadas, ao final de cada capítulo, como conclusões parciais. Os três capítulos centrais (capítulos segundo, terceiro e quarto) contemplam o desenvolvimento das premissas que foram adotadas na dissertação. Por fim, os capítulos quinto e sexto materializam as conclusões do presente trabalho.

Passa-se, então, ao detalhamento pontual dos temas que serão abordados em cada um dos capítulos.

Após este primeiro capítulo introdutório, será apresentado no segundo capítulo, panorama atual sobre mecanismos extrajudiciais de resolução de disputas, com ênfase na sua inserção no quadro do movimento universal de acesso à justiça e no critério classificatório utilizado por Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO.

O terceiro capítulo volta-se à análise das *espécies* de técnicas de resolução de controvérsias e encerra-se com proposta de sistematização de dois critérios que devem orientar a escolha e utilização de cada uma dessas técnicas: *admissibilidade* e *adequação*. Pela proposição, o exame da admissibilidade deve ser aferido a partir de critérios objetivos e subjetivos, enquanto que a análise da adequação perpassa pelo exame das peculiaridades do conflito e dos potenciais resultados a serem produzidos pela utilização de cada técnica, a fim de que se possa aferir a sua especial e concreta aptidão compositiva para o caso.

Ainda em sede de premissas, serão examinados, no quarto capítulo, conceitos fundamentais ligados à tutela coletiva.

Em primeiro lugar, serão analisadas as características das pretensões de natureza transindividual, a partir da definição de cada uma das espécies de direitos e identificação dos critérios práticos de identificação dos direitos coletivos. A necessidade de perfeita identificação da natureza do direito transindividual foi abordada como pressuposto para a posterior identificação, no plano da admissibilidade, das técnicas extrajudiciais que podem vir a ser utilizadas para a composição de tais litígios.

Em segundo lugar, serão tratadas as regras fundamentais que disciplinam o regime de legitimação e de coisa julgada no processo coletivo.

Em terceiro lugar, serão examinados os aspectos essenciais do compromisso de ajustamento de conduta, em especial a definição de sua natureza jurídica, premissa imprescindível para os fins deste trabalho.

Concluída esta etapa, passa-se, nos capítulos subsequentes, à aplicação dos conceitos e premissas previamente estabelecidas para que se pudesse, enfim, identificar os horizontes e as limitações à resolução extrajudicial de conflitos coletivos.

Com este objetivo, o quinto capítulo volta-se ao exame da admissibilidade e adequação do uso de técnicas alternativas de resolução dos conflitos para a resolução de conflitos que envolvam direitos coletivos.

Quanto ao juízo de *admissibilidade*, será analisada, sob o prisma objetivo, a possibilidade de enquadramento das espécies de direitos coletivos aos requisitos do cabimento dos mecanismos extrajudiciais e, sob o prisma subjetivo, a capacidade dos legitimados coletivos para representarem tais pretensões²⁰ em negociações, mediações, conciliações e arbitragens.

Sobre o juízo de *adequação*, busca-se abordar, em linhas gerais, a questão da vocação do conflito do coletivo para ser dirimido por meio de técnicas extrajudiciais de resolução de controvérsias.

Por fim, o sexto capítulo trata, sem pretensão exaustiva, das perspectivas atuais e concretas para a resolução extrajudicial de conflitos coletivos no Brasil. Quanto à

²⁰ Não é objeto desta dissertação a análise da capacidade dos legitimados coletivos para representarem os titulares dos direitos coletivos em eventuais pretensões deduzidas em face deles.

possibilidade de utilização da arbitragem, procurou-se fornecer breve panorama sobre o desenvolvimento das *class actions arbitrations* nos Estados Unidos, por ser o paradigma mais relevante em termos de processo arbitral relativo a direitos individuais homogêneos – ainda que fundado em premissas substancialmente diversas – para que, ao final, sejam assinalados os horizontes à utilização desta técnica, no Brasil, para a resolução de conflitos nesta seara.

No sétimo e último capítulo, serão expostas as conclusões finais do trabalho, construídas ao longo do seu desenvolvimento.

CAPÍTULO II – CONFLITOS, TÉCNICAS DE RESOLUÇÃO E JURISDIÇÃO

4. Conflito: ponto de partida da jurisdição e de seus equivalentes

A ordenação da vida em sociedade por meio de regras jurídicas pretende a regulação de condutas humanas como forma de atingir a pacificação social. Todavia, a simples enunciação de um conjunto de normas gerais e abstratas e a atribuição de direitos subjetivos não é capaz de condicionar as condutas humanas e evitar o surgimento de conflitos de interesses.

Ao contrário, o exercício de direitos subjetivos é frequentemente contestado justamente pela parte que deveria assegurar o seu exercício. É dessa resistência que nasce o conflito.

Na clássica lição de CARNELUTTI, o conflito de interesses é o elemento material da lide, definida como o conflito atual e intersubjetivo de interesses qualificado por uma pretensão resistida.²¹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, por seu turno, conceitua litígio – vocábulo que emprega em sentido bastante assemelhado ao de lide, em CARNELUTTI – como o conflito juridicamente transcendente que constitua ponto de partida de um processo, de uma autocomposição ou de uma autotutela.²²

Diante do conflito, três comportamentos fundamentais podem ser adotados por aquele que se julga titular de uma pretensão: é possível tolerar a sua insatisfação, formalizar acordo que assegure o seu exercício, ainda que parcial, ou ainda, pode-se exigir a sua satisfação, hipótese em que as partes envolvidas passam a ser contendoras.

Nesse contexto, o Estado, no exercício do Poder Jurisdicional, coloca-se à disposição do jurisdicionado para recepcionar a sua pretensão e, se for o caso, reconhecer o direito e outorgar o bem da vida pretendido. Esse poder, função e atividade do Estado²³, a

²¹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Tradução da quinta edição italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973, p. 56.

²² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. 3. ed. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 18.

²³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 150.

moderna doutrina processual denomina prestação de *tutela jurisdicional*. E o método adotado pelo Estado como legitimador do exercício da *jurisdição* é o *processo*, assim entendido como a ordenação sucessiva de atos, praticados em *contraditório*, voltados ao reconhecimento e à satisfação de direitos.²⁴

Essa análise panorâmica do fenômeno evidencia que, para além da simples atuação da vontade concreta do direito (escopo jurídico), a jurisdição tem também por escopos a pacificação social, com justiça (escopo social) e a afirmação da autoridade do Estado (escopo político), que se legitima pelo processo, como sistematizou Candido Rangel DINAMARCO em tese de cátedra.²⁵

Observe-se, portanto, que o ponto de partida para a atuação da jurisdição e de seus equivalentes e realização de seus escopos comuns é o conflito juridicamente transcendente. A fixação dessa premissa é importante, para os fins deste trabalho, uma vez que, dentre os institutos fundamentais do direito processual, a doutrina tem a tendência de direcionar suas luzes para o estudo do processo estatal, da ação e da defesa, sem se voltar, com a dedicação necessária, para a circunstância de que o processo não é a única técnica capaz de solucionar conflitos.²⁶

Ao revés, o atual estágio de desenvolvimento do movimento teórico de acesso à justiça²⁷ aponta para a necessidade de se investigar a possibilidade de utilização de outras técnicas para a resolução de conflitos individuais e coletivos.

²⁴ É justamente sobre esses quatro pilares – jurisdição, ação, defesa e processo – que se desenvolveu a teoria geral do processo. Nesse sentido: DINAMARCO, Candido Rangel. Os institutos fundamentais do direito processual. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Malheiros, 2010, v. I, p. 245-298.

²⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

²⁶ Na realidade, a oferta de tutela jurisdicional por meio do processo estatal para toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos constitui garantia constitucional de importância e campo de atuação inquestionáveis. Mais do que isso, a convicção por parte do jurisdicionado, tanto daquele que detém a pretensão como daquele que a ela resiste, de que, se necessário, receberá do Estado-juiz tempestiva tutela jurisdicional é imprescindível para viabilizar a utilização de mecanismos não judiciais de resolução de conflitos. No exercício da advocacia contenciosa é inclusive bastante comum que a parte resistente se valha da morosidade da justiça para barganhar com o *ex adverso* vantagens patrimoniais indevidas em troca do cumprimento de sua obrigação.

²⁷ Trata-se da chamada terceira onda renovatória do movimento em que os esforços se voltam à superação do obstáculo *processual*, diante da constatação da inadequação dos tipos ordinários de procedimento para atender a todos os tipos de conflitos que emergem da sociedade moderna. (CAPPELLETTI, Os métodos extrajudiciais..., p. 84).

5. Técnicas de solução de conflitos e movimento de acesso à justiça

O movimento universal do acesso à justiça, identificado e analisado, de forma sistemática por Mauro CAPPELETTI²⁸, tem por referencial teórico a busca pela identificação e superação de obstáculos que tornam inacessíveis o exercício das liberdades civis e políticas.²⁹

Num primeiro momento, os esforços, canalizados no movimento que se chamou primeira onda renovatória do direito processual, se voltaram para a superação do obstáculo econômico e as reformas legislativas subsequentes visaram à instituição de expedientes como a assistência judiciária gratuita e disponibilização institucional de orientação jurídica aos necessitados na forma da lei.³⁰

A segunda onda renovatória³¹, mais diretamente relacionada com o objetivo deste trabalho, identifica-se com a observação e criação de alternativas para a superação dos obstáculos organizacionais que inviabilizavam o acesso à justiça. Neste contexto, buscou-se adaptar o direito processual civil à complexidade das novas formações sociais, cujos conflitos não podiam ser solucionados apenas à luz do plexo normativo então vigente, construído sob as bases do paradigma individualista de tutela dos direitos.

Assim, o indivíduo – átomo, para utilizar a expressão consagrada de Kazuo WATANABE – deixou de ser considerado apenas em sua individualidade para se apresentar como membro de uma coletividade, co-titular de direitos fundamentais, cuja tutela jurisdicional somente poderia ser realizada, de forma efetiva, por meio de instrumentos processuais que viabilizassem o tratamento *molecular* do problema.³²

No plano das reformas voltadas ao direito processual, a segunda onda renovatória pretendeu a superação do obstáculo que os esquemas tradicionais, em especial com relação à legitimação e à coisa julgada, representavam à satisfação de direitos. Afinal,

²⁸ O relatório geral da pesquisa encontra-se em: CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

²⁹ CAPPELETTI; GARTH, *Acesso...*, p. 15.

³⁰ CAPPELETTI; GARTH, *Acesso...*, p. 31-49.

³¹ CAPPELETTI; GARTH, *Acesso...*, p. 49-67.

³² WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; et alli. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 821.

a configuração clássica e ordinária do procedimento já não mais tutelava adequadamente a universalidade de conflitos que a renovação das modalidades de relações intersubjetivas produziu nos último século, especialmente a partir dos anos 70.

Nesse contexto, buscou-se adaptar o processo civil para atender, também, às demandas de feição massificada. Em termos concretos, essa segunda onda renovatória do direito processual orientou, no Brasil, a edição de diversos diplomas normativos, tais como a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

Os resultados obtidos por meio de tais leis são inquestionáveis, em especial sobre o prisma da ampliação quantitativa do acesso à justiça. O cenário judicial passou a ser palco de demandas que antes não eram levadas ao seu conhecimento, alteração essa de tão relevante significação que a própria função do Judiciário, no contexto da tripartição de poderes, foi redesenhada.^{33_34_35}

Além disso, a abertura das portas da justiça³⁶ teve como efeito colateral o aumento vertiginoso da sobrecarga do Poder Judiciário, que passa, desde então, por consecutivas adaptações estruturais para melhor atender a este novo contingente de demandas.

Neste contexto é que a doutrina processual destaca o surgimento das bases de uma terceira onda renovatória, também denominada de novo enfoque de acesso à justiça, em que as diretrizes do processo civil se voltam à preocupação pela qualidade dos

³³ A incapacidade do Estado Social de garantir a todos o exercício de direitos individuais e sociais fundamentais fez migrar para a função jurisdicional a responsabilidade pela efetivação de tais direitos, através do ideário moderno de justiça distributiva, voltado à justa e proporcional repartição dos bens comuns. (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: Teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 109).

³⁴ CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 96.

³⁵ Não se pode negar, contudo, que o sucesso obtido na consecução dos objetivos relacionados à segunda onda renovatória criou um grave problema prático consistente na forma como se deve lidar com o enorme contingente de demandas para o qual o Judiciário foi chamado a decidir. Para além do aspecto de gestão da máquina judiciária, que foge ao âmbito do direito processual, muitas reformas constitucionais e legais vem sendo empreendidas, nos últimos anos, com o objetivo de equacionar o problema por meio de instrumentos que visam ampliar o plano eficaz das decisões dos tribunais superiores, como é o caso, por exemplo, da súmula vinculante e do recurso especial repetitivo.

³⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. *Revista de Processo*, ano 24, n. 95, jul-set. 199, p. 122.

resultados obtidos por meio da jurisdição e dos equivalentes jurisdicionais. A reformulação da técnica processual passou a ser, então, iluminada por essa diretriz.³⁷⁻³⁸

Esse redirecionamento do enfoque do acesso à justiça para a qualidade dos resultados obtidos por meio da técnica processual implicou ainda certo desvio de perspectiva, em relação à abordagem tradicional. O foco de análise deixou de ser apenas o processo estatal, enquanto técnica de resolução de controvérsias, e passou a ser o conflito de interesses e a sua composição.

Assim, esse novo enfoque de abordagem, em que conflito e sua composição passam a ser protagonistas criou cenário teórico importante para que o estudo das técnicas de resolução de disputas, enquanto gênero, pudesse se desenvolver e se aperfeiçoar. Exatamente por essa razão é que, dentre as tendências desse novo enfoque, destaca-se o incentivo à utilização de métodos não judiciais de composição de conflitos.³⁹

O novo enfoque do acesso à justiça reconhece a necessidade de se correlacionar e adaptar o mecanismo de resolução de disputas às peculiaridades de cada litígio⁴⁰, concebendo, inclusive, que a jurisdição estatal possa não ser, para determinados tipos de contendas, a técnica de resolução mais adequada.

Faz sentido, então, que diante da multiplicidade de técnicas de resolução de conflitos, possa se buscar aquela que seja mais *adequada* às peculiaridades de cada litígio, considerando-se a dinâmica da relação envolvida, os imperativos do direito material, os interesses das partes envolvidas e, ainda, os objetivos sociais implicados no exercício da jurisdição.⁴¹

Com este objetivo⁴², o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 125/2010, que estabeleceu a *Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de*

³⁷ CAPPELETTI; GARTH, *Acesso...*, p. 67-73.

³⁸ Ao analisar os novos rumos do processo civil brasileiro no quadro do movimento de acesso à justiça, Ada Pellegrini GRINOVER destaca o instrumentalismo substancial, em que o sistema processual passou a ser visto como instrumento para se atingir os escopos da jurisdição. (Deformalização do processo e Deformalização das controvérsias. *Novas Tendências do Direito Processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 178).

³⁹ CAPPELETTI; GARTH. *Acesso...*, p. 81; CAPPELETTI. Os métodos... , p. 84.

⁴⁰ A afirmação é de Mauro CAPPELETTI e Bryant GARTH (*Acesso...*, p. 71).

⁴¹ SALLES, *Execução judicial...*, p. 35.

⁴² Segundo Valeria Ferioli Lagrasta LUCHIARI, o objetivo desta Política Judiciária Nacional é a utilização dos meios ditos alternativos de solução de conflitos, em especial, da mediação e da conciliação, no âmbito do Poder Judiciário e a mudança de mentalidade dos operadores do direito e das próprias partes, com a

interesses, com o objetivo expresso no artigo 1º de *assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade*.

Embora o móvel desta resolução seja plenamente compatível as premissas adotadas neste trabalho – resolução *adequada* de conflito – trata-se, inegavelmente, de ambiciosa alteração estrutural do Poder Judiciário, ainda pendente de implementação em grande parte dos Estados da Federação.⁴³

A propósito deste juízo de *adequação* de técnicas à conflitos, é certo que, no atual estágio de desenvolvimento teórico da questão, é possível afirmar que, para algumas searas de conflitos, já existe certo consenso sobre a sua especial vocação para a utilização de tal ou qual meio de resolução de disputas. É o caso, por exemplo, da arbitragem em relação às disputas comerciais, da mediação em relação ao direito de família e da conciliação em relação ao direito do trabalho.

Embora esse direcionamento, como já assinalado, não seja peremptório, a demonstração da especial aptidão de certos conflitos para serem solucionados por uma dada técnica alternativa serve de estímulo à sociedade para que a utilização do processo estatal deixe de ser automática e passe a ser previamente refletida e avaliada.

Faz sentido, portanto, que, em perspectiva acadêmica e sob o amparo das novas tendências do movimento de acesso à justiça, seja analisada a admissibilidade e aptidão dos litígios coletivos para serem solucionados também por intermédio de técnicas extrajudiciais de composição.

obtenção do escopo magno da jurisdição, que é a pacificação social. (A resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça: Origem, Objetivos, Parâmetros e Diretrizes para a Implantação Concreta. *In*: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 230).

⁴³ Francisco José CAHALI, ao revés, apresenta visão bastante otimista a esse respeito: “(...) *esta resolução representa um marco na trajetória dos meios alternativos de solução de controvérsia, e certamente os objetivos serão alcançados, pelos sólidos e consistentes alicerces propostos na Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses*” (*Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010*. São Paulo: RT, 2011, p. 45-46)

6. Técnicas de resolução de conflitos, jurisdição e equivalentes jurisdicionais

O novo enfoque de acesso à justiça, como se demonstrou, abarca, dentre suas atuais diretrizes, o desenvolvimento dos mecanismos extrajudiciais de resolução de controvérsias. A equivalência de fins, compartilhada entre o processo estatal e as técnicas alternativas, faz reviver o debate sobre a natureza, jurisdicional ou não, da arbitragem e faz ascender, este mesmo debate, em relação à negociação, mediação e conciliação.

A discussão não deixa de ser, em certa medida, carente de funcionalidade, ao menos atualmente, pois não há consequência jurídica relevante entre considerar-se determinada técnica como efetivo exercício de *jurisdição* ou como *equivalente jurisdicional*. A abordagem será feita, então, apenas para que o tema não deixe de ser referido nesta dissertação, embora desde já se ressalve a sua pouca utilidade, sob o prisma pragmático.

Para CHIOVENDA, a jurisdição caracteriza-se pela função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei, por meio da substituição da vontade das partes⁴⁴⁻⁴⁵. A partir de tal formulação, CHIOVENDA negou natureza jurisdicional à arbitragem⁴⁶ e à conciliação⁴⁷⁻⁴⁸.

⁴⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. II, p. 3.

⁴⁵ Modernamente, acompanham CHIOVENDA: COMOGLIO, FERRI e TARUFFO. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bolonha: Il Mulino, 2006, p. 104.

⁴⁶ Segundo CHIOVENDA, além de carecerem os árbitros de poderes tipicamente jurisdicionais, tais como o de ouvir coativamente testemunhas, o condicionamento dos laudos por eles proferidos (que conteria apenas matéria fática) à prévia homologação pelo Judiciário (que lhe agregaria matéria jurídica), afastaria a natureza jurisdicional. (*Instituições...*, p. 17).

⁴⁷ Para CHIOVENDA, os atos denominados de jurisdição voluntária, entre os quais estaria incluída a conciliação, não consubstanciam propriamente exercício de atividade jurisdicional, embora estejam de fato incluídos entre as funções dos órgãos judiciais. Assim, a conciliação seria a atividade não jurisdicional que, dada a sua relevância para a consecução do objetivo de prevenir litígios, o Estado teria chamado para si (*Instituições...*, p. 14).

⁴⁸ Em explicação assemelhada, CALAMANDREI afirmou que a função pública de conciliar, por ser tipicamente administração pública de interesses privados poderia ser confiada a órgãos não integrantes do poder judiciário. Todavia, enquanto praticada por órgãos judiciais, constitui exercício de jurisdição voluntária. (*Instituciones de Derecho Procesal Civil segun el nuevoCodigo*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1943, p. 119-120).

CARNELUTTI, por seu turno, afirmou que a jurisdição tem por escopo a justa composição⁴⁹ da lide⁵⁰. Em contraposição à CHIOVENDA, CARNELUTTI chegou a salientar que a afirmação de que o processo teria por objetivo a declaração de certeza ou a atuação do direito estaria a confundir seus fins com seu meio.⁵¹

Apesar de também negar natureza jurisdicional à atividade dos árbitros⁵², esse enfoque foi determinante para a maior aproximação, na obra de CARNELUTTI, entre a atividade jurisdicional estatal e os demais meios de resolução de conflitos, aos quais atribui a natureza de equivalentes jurisdicionais⁵³.

À categoria de equivalente jurisdicional amolda-se tanto a autocomposição, enquanto método de composição da lide obtido por obra das próprias partes envolvidas no conflito, como a composição obtida por intermédio de terceiros não vinculados à jurisdição estatal, terceiros esses que podem ser particulares (árbitros) ou juízes de ordenamentos jurídicos distintos (estrangeiro ou eclesiástico). Essa equiparação feita por CARNELUTTI entre as técnicas extrajudiciais de resolução de conflitos e processo estatal⁵⁴ coincide com as premissas que embasam a utilização de mecanismos adequados de resolução de disputas.

Apesar da resistência da doutrina clássica, é forte na doutrina moderna a corrente que atribui natureza jurisdicional à atividade dos árbitros⁵⁵, acompanhada neste

⁴⁹ O termo composição utilizado por CARNELUTTI, como bem adverte Candido Rangel DINAMARCO, não foi empregado em sentido de *pacificação*, como possa parecer à primeira vista. Exprime, na verdade, a ideia da jurisdição como apta a dar origem concreta a direitos e confirma a visão unitária do ordenamento jurídico que é premissa do pensamento de CARNELUTTI. (*A instrumentalidade...*, p. 263; Direito e Processo. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. I, p. 74).

⁵⁰ CARNELUTTI recebeu, no ponto, a crítica de CALAMANDREI. (*Instituciones...*, p. 102).

⁵¹ CARNELUTTI, *Instituciones...*, p. 43.

⁵² Para CARNELUTTI, a arbitragem é a técnica que mais se aproxima da atividade estatal, na medida em que o processo arbitral pode ser equiparado ao processo contencioso de cognição e a eficácia do laudo arbitral homologado equivale à eficácia da sentença judicial. Todavia, como a composição da lide obtida por meio de laudo arbitral não tem caráter público – *status* que somente alcançaria após o decreto de exequibilidade por um juiz estatal – e como os árbitros não possuem poderes executivos e cautelares, a atividade por eles desenvolvida não teria caráter jurisdicional. (*Instituciones...*, p. 115-116).

⁵³ Em sua tese de livre-docência, Ricardo de Barros LEONEL fez interessante revisão da literatura clássica acerca do conceito de jurisdição. (*Reclamação Constitucional*. Tese apresentada ao concurso de livre-docência do Departamento de Direito Processual da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 11-35).

⁵⁴ CARNELUTTI, *Instituciones...*, p. 110.

⁵⁵ Pela natureza jurisdicional da atividade, no Brasil: CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 36-37; MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 307-308. Eduardo

trabalho. Em linhas gerais, essa orientação assenta-se nas normas dos artigos 31 e 18 da Lei de Arbitragem, que equiparam a sentença arbitral à sentença estatal, vedam a possibilidade de recurso ao Poder Judiciário e dispensam a posterior homologação. Assim, a exemplo do juiz estatal, o árbitro decide a lide de forma imperativa e definitiva.

Em linha de contra-argumentação, poderia se objetar, à luz da definição clássica dos elementos de que se comporia a jurisdição – *notio, vocatio, coertio, iudicium e executio* – que a arbitragem não implicaria a realização de atividade jurisdicional por faltar ao árbitro *força* para cumprir as medidas determinadas e *poder de executar* a decisão final proferida. Não obstante, tais poderes – esses sim, prerrogativas do poder estatal – devem ser tidos como complementares ao exercício da atividade cognitiva, desempenhada por árbitros ou por juízes estatais, e não como inerentes à moderna conceituação de jurisdição.

Em paralelo, as técnicas consensuais de resolução de conflitos, justamente por sua natureza autocompositiva, embora não se subsumam ao conceito de jurisdição, compartilham, inegavelmente, de seus escopos primordiais.

Com efeito, os mecanismos extrajudiciais de resolução de controvérsias, autocompositivos ou heterocompositivos, assim como o processo judicial, têm por objetivo a pacificação social, com justiça (escopo social). Afinal, como afirmam Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Candido Rangel DINAMARCO, o importante é pacificar, sendo irrelevante que a pacificação se dê por obra do Estado ou por outros meios.⁵⁶

Em paralelo, é também certo que a utilização de mecanismos não judiciais de composição de conflitos eleva o nível de participação popular na administração da justiça (escopo político), na medida em que integra particulares ao desempenho dessa atividade⁵⁷ e com isso, atende às exigências de legitimação democrática.

Assim, o uso de técnicas ditas alternativas não implica, como adverte José Carlos BARBOSA MOREIRA, a *privatização* do processo, mas assinala a tendência moderna de se envolver os particulares na importante atividade de solução de litígios. Ao

TALAMINI, por seu turno, atribui à atividade desempenhada por árbitros a natureza de equivalente jurisdicional, em razão da indelegabilidade da jurisdição, enquanto função estatal. (*A arbitragem...*, p. 356).

⁵⁶ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria...*, p. 31-32.

⁵⁷ Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 293. E ainda: CARMONA, *A arbitragem...*, p. 37.

contrário, o fenômeno mais se identifica com a *publicização* da atividade de pacificação desempenhada por particulares.⁵⁸

Por fim, na medida em que as técnicas alternativas, assim como o processo estatal, contribuem para o atingimento dos resultados e objetivos almejados pelas normas de direito substancial, tais técnicas também contribuem para a realização do escopo jurídico da jurisdição.

Mesmo na hipótese em que o consenso venha a ser obtido sem perfeita coincidência com resultado abstratamente previsto na norma substancial, não haveria, em perspectiva instrumentalista, negação do escopo jurídico da técnica, a exemplo do que se passa nas transações celebradas no bojo de demandas judiciais. Afinal, se os próprios litigantes prescindem, nos limites de seu poder de disposição, do que seria a rigorosa atuação da vontade concreta do direito, insistir na sua consecução tornaria sem sentido o exercício da jurisdição, pois implicaria violação ao princípio da inércia.

Assim, se as atividades desenvolvidas por meio de técnicas consensuais de resolução de conflitos não se compõem das mesmas características essenciais da jurisdição, há, certamente, sob o prisma teleológico, coincidência entre os escopos perseguidos. Além disso, os resultados que podem vir a ser obtidos por intermédio da utilização de técnicas consensuais – autocomposição unilateral ou bilateral, que serão mais detidamente tratadas no item 9.2 – denotam a equivalência de propósitos em relação à atividade jurisdicional. Exatamente sob essa perspectiva é que faz sentido tratar das técnicas consensuais de resolução de litígios como equivalentes jurisdicionais.⁵⁹

Com enfoque nessa perspectiva teleológica e iluminada pelo novo enfoque do acesso à justiça é que Ada Pellegrini GRINOVER⁶⁰, Carlos Alberto CARMONA⁶¹ e

⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Privatização do processo? *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2001, sétima série, p. 11-12.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. *Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 3.

⁶⁰ Nesse sentido: “*O correto enfoque das funções e da estrutura da conciliação extrajudicial permite, olhar para ela, no mais amplo quadro de acesso à justiça, como um poderoso instrumento de solução de certos conflitos, alternativo ao processo, mas não excludente deste. (...) Configura, assim, meio significativo de participação do corpo social na administração da justiça, pela via da mediação institucionalizada, capaz de levar à autocomposição, além de propiciar a informação, a tomada de consciência e a politização que decorrem da orientação jurídica. Tudo obedecendo aos escopos jurídico, sociais e políticos da jurisdição que, em sua acepção mais ampla, também compreende a atividade conciliativa extrajudicial.*” (GRINOVER, A conciliação..., p. 293).

Carlos Alberto de SALLES⁶² propõem nova consideração do conceito de jurisdição. Essa percepção afina-se com a advertência de CALAMANDREI, no sentido de que de fato não haveria como se formular uma definição absoluta de jurisdição, válida para todos os tempos e povos⁶³.

Essa nova formulação do conceito de jurisdição, mais congruente com a interpretação que atualmente se confere à garantia constitucional do acesso à justiça, que será objeto do item subsequente – seria definida a partir da identificação de escopos comuns entre as diversas técnicas de resolução de conflitos – judicial ou extrajudiciais – em, especial, à inequívoca finalidade de pacificação social, comum a todas elas.

É interessante consignar que o Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010, que dispôs sobre a *Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses* incluiu entre os *consideranda* a organização, em âmbito nacional, não somente dos serviços prestados nos processos judiciais como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de controvérsias.

Trata-se de clara evidência de adoção de uma política nacional congruente com as premissas expostas, de que a prestação de tutela jurisdicional, enquanto serviço estatal, não deve se esgotar apenas no processo estatal.

7. Novo paradigma da inafastabilidade da tutela jurisdicional

A garantia de acesso à ordem jurídica justa, no sistema jurídico brasileiro, está assegurada no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, sob a redação de que

⁶¹ Assim: “Na verdade, parece ser universal a tendência de ampliar o conceito de jurisdição, na medida em que aumenta o grau de participação e o interesse popular na administração da justiça (escopo político da jurisdição). Daí referir-se Ada Pellegrini Grinover a uma ‘acepção mais ampla de jurisdição, vista numa perspectiva funcional e teleológica’, que incluiria a chamada justiça conciliativa e, a nosso ver, também a arbitragem. Afinal, não é possível conceber um conceito estático e imutável de jurisdição ao longo da história (...)” (CARMONA, *A arbitragem...*, p. 37).

⁶² SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 784.

⁶³ CALAMANDREI, *Instituciones...*, p. 34.

nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Para além da garantia de ingresso em juízo, esse dispositivo constitucional assegura aos litigantes o direito de obter do Poder Judiciário uma resposta tempestiva à pretensão e, principalmente, a sua efetiva satisfação, quando apoiada pelo direito.

O comando constitucional, na observação de Carlos Alberto de SALLES, desdobra-se tanto na vedação à exclusão de litígios do Poder Judiciário (feição negativa), como na obrigação de prestação do serviço jurisdicional pelo Estado (feição positiva, prestacional)⁶⁴.

No atual estágio de desenvolvimento do movimento de acesso à justiça, a face prestacional da garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional deve ser interpretada de forma ampla, para abarcar também as técnicas extrajudiciais, criando-se, assim, um novo paradigma de prestação do serviço jurisdicional.⁶⁵

Assim, considerando, de um lado, que a jurisdição tem por objeto a solução de conflitos e o alcance à paz social e, de outro, que o processo estatal é apenas uma das técnicas possíveis para a composição de litígios e realização dos escopos perseguidos pela jurisdição, os mecanismos extrajudiciais de resolução de controvérsias sobressaem-se como técnicas igualmente válidas e eficazes, que podem auxiliar o Estado no desempenho dessa incumbência constitucional.⁶⁶

Importante destacar que essa afirmação não conduz à exclusão de qualquer demanda da apreciação pelo Poder Judiciário. Ao contrário, propõe-se que os meios extrajudiciais sejam utilizados de forma complementar, quer dizer, apenas se as partes optarem livremente pelo uso de tais técnicas.

⁶⁴ Mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 782.

⁶⁵ Em sentido congruente com esta conclusão parcial, Paula Costa e SILVA afirma “o direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações. Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contacto ou sem passagem pelos tribunais.” (A Nova..., p. 19).

⁶⁶ A propósito da utilização dos meios extrajudiciais de tutela jurisdicional, Candido Rangel Dinamarco afirma: “Não importa se são ou não fiéis ao direito substancial, em cada caso: o importante é que sejam aptos a pacificar as pessoas e eliminar seus conflitos, fazendo-lhes justiça. Afinal, tudo que interessa ao processualista moderno é o esclarecimento e agilização dos meios de acesso à ordem jurídica justa, mediante um sistema em que figure como estrela de primeira grandeza a preocupação pelos resultados.” (DINAMARCO, Tutela Jurisdicional, p. 392).

Destarte, a interação que se propõe entre a jurisdição estatal e as demais técnicas de resolução de litígios situa-se no plano da complementaridade⁶⁷.

Segundo Rodolfo de Camargo MANCUSO, a função judicial deveria deixar de ser uma oferta primária para operar como verdadeira cláusula de reserva, para os casos, inclusive os metaindividuais, que não puderam ser resolvidos pelos demais meios auto e heterocompositivos.⁶⁸ A proposta perpassa, portanto, pelo estabelecimento de uma ordem *lógica* na aferição do uso da função judicial: apenas os conflitos que não puderem ser solucionados por meio de técnicas alternativas, auto ou heterocompostos, é que deveriam desembocar no Poder Judiciário.

A premissa adotada nesta dissertação, porém, está mais afinada com a ideia de que a escolha da técnica de resolução de conflitos submete-se, além do exame preliminar de admissibilidade, para se saber se o seu uso é cabível, a juízo de *adequação*⁶⁹, a fim de se avaliar se tal ou qual meio de resolução de litígios seria ordinariamente indicado para a resolução de certo conflito, à vista dos resultados que podem ser obtidos por seu intermédio.

Não há, portanto, uma lógica pré-determinada para a eleição da técnica, pois é possível que para determinados tipos de conflito a técnica judicial possa ser, de fato, ordinariamente a mais indicada.⁷⁰

Independentemente da forma como deva se estabelecer essa relação, é certo que o incentivo à utilização de técnicas não judiciais de resolução de controvérsias insere-se no novo enfoque do acesso à justiça e constitui auxílio imprescindível à prestação do serviço estatal de tutela jurisdicional.

Em sua tese de doutorado, Petrônio CALMON assinalou a necessidade de se incorporar essa perspectiva às políticas públicas de incentivo de oferecimento de acesso

⁶⁷ A esse propósito, Petrônio CALMON faz interessante análise sobre a crise da justiça e afirma a necessidade de se pluralizar as formas de oferecimento desse serviço. (*Fundamentos...*, p. 5)

⁶⁸ MANCUSO, *A resolução...*, p. 39.

⁶⁹ SILVA, *A Nova...*, p. 35.

⁷⁰ Segundo Owen FISS, nas hipóteses de grande desigualdade entre as partes em conflito, a interpretação legítima do direito, por meio da adjudicação da solução do conflito, é o mecanismo mais adequado à resolução da controvérsia (Contra o acordo. *Um novo processo civil*. Tradução de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 142).

à justiça⁷¹, orientação que parece ter inspirado o Conselho Nacional de Justiça na edição a Resolução n.º 125/2010, que estabeleceu a *Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses*.

Para além de apenas incentivarem a utilização de técnicas consensuais de resolução de disputas, alguns países, como a Itália⁷², a Argentina⁷³ e a Alemanha⁷⁴, instituíram a mediação obrigatória para determinados tipos de litígios, como verdadeira condição de procedibilidade da demanda judicial.

Essa opção política e legislativa poderia, à primeira vista, vir de encontro ao aspecto da voluntariedade, que é essencial à utilização de mecanismos consensual de resolução de disputas. Entretanto, Paula Costa e SILVA destaca que remeter as partes à mediação é uma forma de abrir as portas para uma terceira instância que, com o tempo, passará a ser incorporada à mentalidade das pessoas enquanto técnica de resolução de disputas.⁷⁵

A compatibilidade de tal proposição legislativa com a garantia de acesso à justiça, previstas nas Constituições de diversos países vem sendo afirmada pela doutrina⁷⁶ e foi chancelada pelo Supremo Tribunal Alemão, como contou Paula Costa e SILVA.⁷⁷

Em contrapartida, na Inglaterra, onde não há, propriamente, previsão de mediação obrigatória, mas possibilidade de imposição de pagamento de custas à parte que, de forma injustificada, se recusar a submeter-se à mediação,⁷⁸ a *Supreme Court*, no caso *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*, entendeu, todavia, que “*compulsion of ADR*

⁷¹ Petrônio CALMON defende a criação pelo Poder Executivo de uma política nacional de incentivo à autocomposição civil e penal. (*Fundamentos...*, p. 315-325). Segundo Neil ANDREWS, na Inglaterra há uma política oficial para que haja uma cultura de acordos (*O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: RT, 2009, p. 235).

⁷² Trata-se do Decreto Legislativo n.º 28, de 4 de março de 2010, que dispõe sobre a mediação e a conciliação.

⁷³ Trata-se da Lei n.º 26.589, promulgada em 3 de maio de 2010, que estabelece a mediação prévia a processos judiciais com caráter obrigatório.

⁷⁴ Cuida-se do parágrafo 15.º EGZPO, citado por SILVA, *A Nova...*, p. 50.

⁷⁵ Nesse sentido: SILVA, *A Nova...*, p. 47.

⁷⁶ SILVA, *A Nova...*, p. 71; TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 145-146.

⁷⁷ Nesse sentido: SILVA, *A Nova...*, p. 49.

⁷⁸ ANDREWS, *O Moderno...*, p. 235.

*would be regarded as an unacceptable constraint on the right to the court and, therefore, a violation of article 6*⁷⁹ da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

No Brasil, a proposta de instituição da mediação obrigatória é objeto do PLC 94/2002, projeto de lei resultante da fusão do Projeto de Lei 4.827/1998 com o projeto desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, presidido pela Prof. Ada Pellegrini Grinover e pelo Prof. Kazuo Watanabe, atualmente pendente de envio à Câmara dos Deputados para apreciação das modificações feitas no Senado Federal⁸⁰.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, em análise de pedido de liminar, manifestou-se pela inconstitucionalidade das Comissões de Conciliação Prévias, previstas nos artigos 625-A a 625-H da Consolidação das Leis Trabalhistas, enquanto requisito ao ajuizamento de reclamações trabalhistas. Ainda, não houve, porém, julgamento do mérito da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada.⁸¹

O fato é que, para além da questão da constitucionalidade, a instituição de conciliação e mediação prévias obrigatórias não parece ser a melhor opção em termos de política pública de ampliação das formas de acesso à justiça.

Com efeito, embora deva haver um incentivo institucional à utilização de técnicas extrajudiciais de resolução de conflitos, há que se considerar que o Brasil (ainda) vive em cultura de sentença⁸², de modo que eventual alteração legislativa que instituísse a mediação e/ou a conciliação obrigatórias, soaria não como oportunidade para a construção de soluções consensuais, mas como mais uma etapa a ser percorrida *antes da sentença*.

Não há, portanto, maturidade cultural para incorporação de uma alteração estrutural de tanta magnitude, o que, contudo, não afasta a possibilidade de se adotar, tal como proposto na Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, uma política nacional de incentivo aos meios adequados de resolução de conflitos, com especial destaque para a utilização de técnicas consensuais de forma precedente ao ajuizamento de ações judiciais.

⁷⁹ Decisão disponível em http://www.cedr.com/library/edr_law/Halsey_v_Milton_Keynes.pdf. Acesso em 05.07.2011.

⁸⁰ A tramitação do projeto de lei pode ser acompanhada em www.senado.gov.br.

⁸¹ Trata-se da ADI 2139.

⁸² WATANABE, A mentalidade... p. 7 e 10.

Este sim parece ser um caminho adequado para a transformação da cultura de sentença em cultura de pacificação, ampliando-se, à luz da garantia constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional, as formas de acesso à justiça.

8. Sistema multiportas

Afinada com a necessária correlação que devem guardar litígios e técnicas de resolução de controvérsias, a Corte Superior do Distrito de Columbia, nos Estados Unidos, criou, no ano de 1985, o chamado sistema multiportas (*Multi-door court-house*).

Trata-se, em síntese, de uma repartição denominada *Multi-Door Dispute Resolution Division* voltada à triagem preliminar de litígios, em que uma mesa de entradas (*intake*) e um centro de diagnóstico, formados por funcionários especializados analisam o conflito, a partir dos relatos das próprias partes envolvidas e, diante das informações colhidas, oferecem orientação quanto ao meio mais adequado para a solução do conflito.⁸³

Sua principal atribuição é conduzir cada caso à técnica mais apropriada para sua resolução, especialmente através da mediação, conciliação e arbitragem. O objetivo institucional do órgão é o oferecimento de fácil acesso à justiça, a partir do oferecimento de outras opções de resolução de conflitos, além da jurisdição estatal, a celebração de acordos que satisfaçam os interesses das partes, preservem as suas relações e proporcionem economia de tempo e dinheiro.⁸⁴

Além de ser um órgão da estrutura judiciária do Estado da Columbia e de outros que mantém repartições com funções equivalentes, o sistema multiportas é, na verdade, um *conceito* que integra a base da teoria do movimento pela difusão do uso de técnicas alternativas de resolução de conflitos.

Enquanto conceito, espelha a necessidade de haver uma política pública que se interponha entre os cidadãos e o Poder Judiciário, a fim de se demonstrar que a técnica

⁸³ CALMON, *Fundamentos...*, p. 181.

⁸⁴ Há farta informação em: <http://www.dccourts.gov/dccourts/superior/multi/index.jsp>. Acesso em 05.09.2010.

judicial não é a única capaz de solucionar litígios e, além disso, nem sempre é a técnica mais recomendável, embora esteja, de forma universal, à disposição de todos.

9. Técnicas de composição de litígios

A colocação do conflito como objeto central do novo enfoque do acesso à justiça, como já demonstrado, evidencia a necessidade de se compreender adequadamente as técnicas predispostas a sua resolução. Todavia, antes de analisar as espécies de técnicas de resolução de litígios, há que se examinar a classificação primordial em que elas se inserem. Na clássica formulação de Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, processo, autocomposição e autotutela seriam as três possíveis desembocaduras dos litígios.⁸⁵

9.1. Autotutela

A autotutela constitui técnica precária de composição de conflitos e caracteriza-se pelo emprego da força, por um dos contendores, para preservação ou restabelecimento de um direito ameaçado ou violado.

Dado o seu caráter egoísta e parcial, nos Estados de Direito, a autotutela é vedada, em caráter geral⁸⁶, e autorizada de forma excepcional⁸⁷, para situações crônicas que exigem reação imediata, sem que haja tempo hábil para a prestação de tutela

⁸⁵ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso...*, p. 13.

⁸⁶ Segundo CALAMANDREI, a vedação à autotutela, como regra, constitui influência do direito canônico. (*Instituciones...*, p. 147).

⁸⁷ “La autodefensa, que combina la parcialidad y el egoísmo, aparece desde el primer momento como una solución deficiente y peligrosa en grado superlativo, y de ahí que, explícita o implícitamente, los ordenamientos jurídicos de los Estados merecedores de este nombre la prohíban como regla, aunque la consientan en situaciones excepcionales, y aun en ellas suele ser necesario un proceso ulterior, precisamente para declarar la licitud de la misma en el caso concreto” (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso...*, p. 13).

jurisdicional. As hipóteses mais conhecidas em que se consente o uso da autotutela são a legítima defesa, o estado de necessidade e o direito de retenção⁸⁸.

Assim, no plano das técnicas de composição de conflitos, a autotutela é de fato a única prevista no ordenamento jurídico brasileiro de forma taxativa, para hipóteses estritas e predeterminadas⁸⁹, tanto que o uso da autotutela fora das hipóteses legais configura crime de exercício arbitrário das próprias razões (artigo 345, do Código Penal).

Destarte, embora deva ser relacionada entre as possíveis desembocaduras dos litígios, a autotutela, tendo em vista a sua natural precariedade e tipicidade, não se fita à proposta investigativa pretendida nesta dissertação, uma vez que não a sua utilização é restrita às hipóteses previstas em lei.

9.2. Autocomposição

A autocomposição, como o vocábulo exprime⁹⁰, é a resolução de conflitos por meio de composição construída pelos próprios contendores. Em oposição às formas heterocompositivas, em que a composição do litígio advém de decisão proferida por um terceiro neutro e imparcial, a autocomposição é considerada uma forma parcial de solução de controvérsias.

A autocomposição, segundo Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, que, ao contrário da autotutela, tem caráter altruísta, tanto pode ser unilateral, quando um

⁸⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso...*, p. 23.

⁸⁹ É o caso da legítima defesa, do exercício regular de direito e do estado de necessidade (artigo 188, do Código Civil). No regramento legal específico de determinadas matérias, há também previsões esparsas como as hipóteses de autotutela possessória (artigo 1210, parágrafo 1º, do Código Civil) e o direito de retenção nas relações locatícias (artigo 578, do Código Civil). Sobre o assunto, é interessante a análise do assunto, com riqueza de exemplos, feita por Fernanda TARTUCE. (*Mediação...*, p. 40-46).

⁹⁰ “*Pocas aclaraciones exige el significado de la palabra autocomposición. Al igual que autodefensa, la integran dos vocablos: el prefijo auto, como es natural, con idéntico significado que en aquella, y el sustantivo composición, que dentro de la concepción carneltutiana, equivale a solución, resolución o decisión del litigio, en ella obtenida por obra de los litigantes, a diferencia de la que tras el proceso decreta el juez.*” (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso...*, p. 77).

dos contendores sacrifica seu próprio interesse em prol da composição, como bilateral, quando o sacrifício é mútuo⁹¹.

No que concerne ao objeto da autocomposição, afirma o processualista mexicano ser pressuposto da autocomposição que o direito material subjacente ao litígio seja disponível⁹² e que a via judicial não tenha sido imposta pelo legislador.⁹³

Sobre o ponto, é interessante, desde já, antecipar, como bem assinalou Fernanda TARTUCE, que a indisponibilidade de direitos, verdadeiro conceito legal indeterminado, não pode continuar a ser invocado como impeditivo da celebração de acordos, devendo se atentar para a existência de diferentes *graus*⁹⁴ ou de diferentes espécies de disponibilidade de direitos.

Há, de fato, que se destrinchar a definição de disponibilidade para evitar que a imprecisão conceitual afaste a possibilidade de autocomposição em hipóteses em que não haveria óbice algum para tanto.⁹⁵

São espécies de autocomposição a renúncia, o reconhecimento à pretensão (formas unilaterais) e a transação (forma bilateral).⁹⁶

A renúncia materializa-se por ato unilateral do contendor atacante, que desiste, de forma definitiva, da *pretensão* litigiosa⁹⁷. De outro lado, o reconhecimento consiste na integral submissão do contendor resistente à pretensão litigiosa que lhe é dirigida.

⁹¹ Segundo o autor, essa classificação aplica-se ainda às formas de autotutela, em que um dos contendores impõe ao outro o sacrifício de interesse (unilateral) ou quando ambos se dispõem a sacrificar seu interesse, por meio de um duelo (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso...*, p. 13).

⁹² Em estudo específico sobre a transação, MALUF limita seu campo de atuação a direitos patrimoniais disponíveis (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A Transação no Direito Civil e no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo, 1999, p. 64).

⁹³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso...*, p. 80.

⁹⁴ TARTUCE, *Mediação...*, p. 49-50.

⁹⁵ O tema será objeto de análise específica no item 13 desta dissertação, em que serão examinados os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade do uso dos mecanismos extrajudiciais de resolução de controvérsias.

⁹⁶ CARNELUTTI, *Instituciones...*, p. 111.

⁹⁷ Não se deve confundir a desistência da pretensão, que equivale à renúncia, com a desistência da ação, fenômeno exclusivamente processual que acarreta tão somente a extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 267, VIII, do Código de Processo Civil) e, portanto, não impede que a controvérsia possa vir a ser novamente deduzida em juízo. Nesse sentido: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso...*, p. 83-84.

A transação é negócio jurídico bilateral celebrado entre contendores que tem por característica essencial o sacrifício recíproco de interesses⁹⁸, ainda que em proporções diversas⁹⁹, para se chegar a uma composição. Na doutrina civilista, prepondera o entendimento de que a transação possui natureza jurídica de contrato¹⁰⁰, em detrimento da corrente que lhe atribui a natureza de modo de extinção de obrigação¹⁰¹. Enquanto contrato, a transação é sempre bilateral, sinalagmática, consensual, onerosa e pode ser comutativa ou aleatória.¹⁰²

No plano subjetivo, a possibilidade de se transacionar sobre determinado direito condiciona-se à observância dos requisitos da lei civil para a prática do ato.

Por ser a transação uma espécie do gênero negócio jurídico, somente podem transacionar as pessoas capazes (artigo 104, I, do Código Civil). Como explicam Gustavo TEPEDINO, Heloisa Helena BARBOSA e Maria Celina Bodin de MORAES, “*pode transigir aquele que tem poder de disposição sobre a situação jurídica objeto da transação*”.¹⁰³

Registre-se, a esse propósito, que, o critério subjetivo aqui tratado refere-se ao poder de disposição e não à disponibilidade, em si, do direito material subjacente ao litígio. Assim, a admissibilidade da transação está atrelada apenas à existência ou não de poder de disposição.

Já sob a ótica objetiva, dispõe o artigo 841 do Código Civil que somente quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação. Em perspectiva legislativa, alude-se, portanto, apenas ao critério da patrimonialidade e não há referência direta ao critério da disponibilidade.

A doutrina civilista, contudo, salienta a insuficiência do requisito legal da patrimonialidade e necessidade de observação de outros critérios para que os direitos possam ser objeto de transação. Gustavo TEPEDINO, Heloisa Helena BARBOSA e Maria

⁹⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958, p. 144; MALUF, *A Transação...*, p. 32.

⁹⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso...*, p. 91.

¹⁰⁰ MALUF, *A transação...*, p. 35.

¹⁰¹ BEVILAQUA, *Código...*, p. 144.

¹⁰² MALUF, *A transação...*, p. 47-48.

¹⁰³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. São Paulo: Renovar, 2006, v. II, p. 657.

Celina Bodin de MORAES, por exemplo, afirmam estarem excluídas do âmbito da transação as relações jurídicas que interessem diretamente à ordem pública, especialmente aquelas que envolvam (i) bens insuscetíveis de apropriação por sua própria natureza (por exemplo, a água e a luz do sol), (ii) bens legalmente inalienáveis (bens públicos) e (iii) bens inalienáveis por vontade humana, como é o caso dos bens gravados com cláusula de inalienabilidade. Nestes casos, afirma-se ainda que a valoração pelo Poder Judiciário é imprescindível¹⁰⁴.

Verifica-se, então, que, em termos objetivos, a transação somente pode ser validamente obtida se os direitos subjacentes ao conflito tiverem caráter patrimonial e se forem disponíveis, tanto no sentido de não ser necessária a intervenção judicial, como no sentido de admitir renúncia integral ou parcial de direitos.

Tendo o processo como referência, a autocomposição pode ainda ser classificada como pré-processual, intra-processual ou pós-processual, a partir do momento de sua realização. A autocomposição intra-processual, segundo sua amplitude quanto ao objeto litigioso, acarreta a extinção definitiva, total ou parcial, do processo. O fundamento para a extinção, porém, guarda pertinência com a espécie de autocomposição que se declarou no processo¹⁰⁵.

A resolução autocompositiva de conflitos pode ser obtida por meio do esforço exclusivo das partes envolvidas ou por intervenção de terceiros facilitadores¹⁰⁶ da solução consensual. A participação desse terceiro, a quem não tenha sido atribuído poder para decidir imperativamente o conflito, não descaracteriza a autocomposição.

Nesse ponto, é interessante asseverar que a ausência de formação de coisa julgada na autocomposição bilateral fora do processo¹⁰⁷, não desmerece a pacificação obtida por seu intermédio.¹⁰⁸⁻¹⁰⁹

¹⁰⁴ TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, *Código...*, p. 659-660.

¹⁰⁵ De fato, nem sempre os reais contornos da autocomposição chegam a ser exposto no processo. Pelo contrário, é bastante comum que, no curso da demanda, as partes realizem transação extrajudicial quanto ao objeto litigioso do processo, porém, no intuito de evitar a formação de precedente, requeiram, em petição conjunta, a extinção do feito em razão de renúncia ao direito em que se funda a ação.

¹⁰⁶ Como será tratado no tópico subsequente, as características e a intensidade da participação desse terceiro no deslinde do litígio é que diferenciam as modalidades de técnicas de resolução autocompositivas de conflitos.

¹⁰⁷ A transação extrajudicial pode adquirir eficácia equivalente à coisa julgada se homologada por sentença, quando passará a ostentar o *status* de título executivo judicial. É o que prevê o artigo 57 da Lei 9.099/95: “O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente,

Com efeito, a transação, desde que revestida de seus requisitos legais, obriga os contendores e somente pode ser anulada, na forma do artigo 486, do Código de Processo Civil, por dolo, coação, erro essencial quanto à pessoa ou quanto à coisa controversa¹¹⁰.

Apesar de não ostentar o atributo da *imutabilidade*, há, na prática, pouca diferença qualitativa, entre a autocomposição bilateral extraprocessual e a autocomposição sujeita à formação de coisa julgada, por haver boa equivalência entre as hipóteses do artigo 486 e 485 do Código de Processo Civil.

Não obstante, a autocomposição bilateral extraprocessual tende a compor o conflito de forma mais extensa e globalizada do que o processo estatal, na medida em que não se origina de um recorte previamente estabelecido da situação conflituosa, tal como ocorre na autocomposição bilateral havida no processo¹¹¹.

Sob tal prisma, a transação extrajudicial, mesmo não sujeita ao controle do Poder Judiciário, tem tanta aptidão para encerrar o conflito entre as partes¹¹² e trazer pacificação social quanto às sentenças judiciais e arbitrais.

Uma vez apresentadas as espécies de autocomposição e as características essenciais de cada uma delas, é importante destacar ainda os benefícios que a resolução consensual de litígios tende a trazer, se comparado às modalidades heterocompositivas.

Em primeiro lugar, justamente por derivar de prévio entendimento entre as partes, a solução consensual ostenta maior aceitabilidade, por se tratar de solução

independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial. Parágrafo único. Valerá como título extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público.”

¹⁰⁸ Não se ignora que a formação de coisa julgada não é atributo essencial da jurisdição. A comparação parte da perspectiva de que somente o ato jurisdicional tem aptidão para tornar-se indiscutível e, nessa medida, diferencia-se das transações extrajudiciais. Em sentido congruente com tais premissas: TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 47.

¹⁰⁹ A aptidão da sentença arbitral à formação de coisa julgada material decorre de expressa previsão legal (artigo 31 da Lei n.º 9.307/96) e é admitida mesmo entre aqueles que negam caráter jurisdicional à arbitragem. Assim: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 147-153.

¹¹⁰ Artigo 849, do Código Civil de 2002 e artigo 1030 do Código Civil de 1916.

¹¹¹ Não há, contudo, vedação legal de adstrição da composição aos contornos previamente definidos da lide. Pelo contrário, o artigo 475-N, inciso III, do Código de Processo Civil arrola como título executivo judicial a *sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo*.

¹¹² Artigo 840, do Código Civil.

construída pelos próprios litigantes (autodeterminação), ainda que por intermédio de um terceiro facilitador, e não imposta por um terceiro.¹¹³

Há que se considerar também que a resolução de conflito obtida por meio de autocomposição certamente favorece a preservação da relação entre as partes, que pode, inclusive, ser continuada e não apenas episódica. Nesse sentido é que Mauro CAPPELLETTI destacou a importante contribuição da autocomposição à realização da justiça coexistencial.¹¹⁴

Tais características típicas da autocomposição são fatores que devem ser considerados na análise da *vocação* de determinada técnica de resolução de conflito para solucionar determinados tipos de conflitos. À vista de tais características, as técnicas capazes de redundar na resolução autocompositiva bilateral, como é o caso, por exemplo, da mediação, parecem ser as mais adequadas para a resolução de conflitos oriundos de relações humanas continuadas, em que a restauração do diálogo e do entendimento é fator essencial à própria preservação da relação.

Tendo sido destacadas as principais características da autocomposição e ressaltados os benefícios mais diretos que decorrem da resolução consensual de litígios, cumpre atentar para ao outro lado da moeda e destacar, também, a face perversa que pode se revelar, especialmente quando a autocomposição se dá em conflitos em que há grave desigualdade entre as partes envolvidas.¹¹⁵

¹¹³ Registre-se, a esse propósito, que essa maior aceitabilidade da solução do conflito também se verifica no processo arbitral, na medida em que a decisão advém de julgador, singular ou colegiado, escolhido pelas partes e que desfruta da confiança delas.

¹¹⁴ Nesse sentido, afirmava Mauro CAPPELLETTI: “*O terceiro obstáculo, mais diretamente relacionado com os métodos extrajudiciais de solução de conflitos, em sentido técnico, é o que proponho denominar de processual, porque significa que, em certas áreas, são inadequados os tipos ordinários de procedimento. [...] Por ‘obstáculo processual’ entendo o fato de que, em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal – o tradicional processo litigioso em juízo – pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos. Aqui, a busca há de visar reais alternativas (stricto sensu) aos juízes ordinários e aos procedimentos usuais.*” E ainda: “*Primeiro, há situações em que a justiça conciliatória (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de ‘segunda classe’ são melhores, até qualitativamente, do que os resultados do processo contencioso. A melhor ilustração é ministrada pelos casos em que o conflito não passa de um episódio em relação complexa e permanente; aí, a justiça conciliatória, ou – conforme se lhe poderia chamar – a ‘justiça reparadora’ tem a possibilidade de preservar a relação, tratando o episódio litigioso antes como perturbação temporária do que como ruptura definitiva daquela.*” (Os métodos..., p. 84-90).

¹¹⁵ Sobre o tema, é importante consultar a tese de doutoramento defendida por Fernanda TARTUCE (Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil. Tese apresentada ao programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011).

Com efeito, a vulnerabilidade¹¹⁶ de uma das partes dentro de uma determinada relação jurídica certamente desequilibra as forças para a resolução consensual de eventuais litígios e pode resultar na formalização de autocomposição que não necessariamente reflita o perfeito entendimento entre as partes.

Em algumas relações jurídicas em que essa disparidade de forças entre as partes é notória, o próprio ordenamento jurídico, com o objetivo de proteger a parte mais vulnerável confere caráter indisponível a determinados direitos. Em tais casos, a nota de indisponibilidade restringe – e por vezes inviabiliza – o livre exercício da autonomia da vontade e acaba por reduzir as chances de que tal desigualdade influencie, de forma escusa, eventual composição.

O fato, no entanto, é que, mesmo assim, ainda há campo fértil para a proliferação de acordos substancialmente desiguais. Essa constatação, por si, não justifica o desestímulo para as soluções consensuais em relações jurídicas em que haja desigualdade entre as partes, mas, sem dúvida, deve ser levada em consideração na análise e escolha do tipo de técnica a ser utilizada para a resolução de conflitos.

Em análise crítica do influxo contemporâneo norte-americano de estimular, sem ressalvas, a celebração de acordos, Owen FISS analisou os fatores que interferem decisivamente na celebração de acordos, entre os quais incluiu a desigualdade de riqueza entre as partes, e recomendou, para as hipóteses em que estejam presentes as circunstâncias apontadas, que a interpretação legítima do direito – adjudicação da solução do conflito – seria o mecanismo mais adequado à resolução do conflito¹¹⁷.

A crítica, contextualizada no cenário judicial norte-americano, contudo, não pode ser aplicada à realidade brasileira sem ressalvas.

A rigor, tal ponderação apenas referenda a conclusão já assinalada de que as peculiaridades do conflito e os objetivos sociais implicados no exercício da jurisdição, mormente à luz da noção de sistema multiportas, são fatores que devem ser levados em consideração na escolha da técnica de resolução de conflitos a ser utilizada, mas não

¹¹⁶ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso...*, p. 78.

¹¹⁷ “*Meu universo inclui aqueles casos nos quais existem significativas desigualdades de distribuição de riqueza; aqueles nos quais é difícil criar um consenso legítimo, porque organizações ou grupos sociais são partes no litígio ou porque o poder de realizar um acordo está investido em agentes autônomos; aqueles casos nos quais a corte deve continuar supervisionando as partes após o julgamento; e aqueles nos quais a justiça precisa ser feita ou, para colocar de forma mais modesta, em que exista uma verdadeira necessidade social de uma interpretação legítima do direito.*” (FISS, *Contra...*, p. 142).

inviabiliza a autocomposição como desembocadura possível e legítima mesmo nos casos em que possa haver desequilíbrio de forças entre as partes envolvidas no conflito.

9.3. Processo (heterocomposição)

Para além da autotutela e da autocomposição, os litígios podem também redundar na instauração de um processo, judicial ou arbitral, formas heterocompositivas de resolução de controvérsias em que a solução do conflito é dada por decisão impositiva de um terceiro imparcial.

A resolução heterocompositiva de litígios, cujo traço essencial está no poder atribuído ao terceiro para adjudicar às partes a resolução do conflito, legitima-se pelo processo, que é o método instituído pelo Estado para que, por meio da prática sucessiva e ordenada de atos, em contraditório, possa o julgador formar sua convicção acerca do conflito e decidir a lide de forma imperativa.¹¹⁸

A garantia constitucional do acesso à justiça, insculpida no artigo 5º, inciso XXXV, é que confere ao processo estatal a posição de método *universal* de resolução de conflitos, de que podem as partes se valer sempre que haja lesão ou ameaça de lesão a qualquer direito.

Também por imposição constitucional, o processo deve desenvolver-se sob a conformação, formal e substancial, do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV). Como explicam Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Candido Rangel DINAMARCO, trata-se do conjunto de garantias que asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e que determinam o correto exercício da jurisdição.¹¹⁹

¹¹⁸ “Llamamos (por antonomásia) proceso a un conjunto de actos dirigidos a la formación de los mandatos jurídicos, cuyo carácter consiste en la colaboración a tal fin de las personas interesadas (partes) con una o más personas desinteresadas (jueces; oficio judicial). (...) La voz proceso sirve, pues, para indicar un método para la formación o para la aplicación del derecho que tienda a garantizar la bondad del resultado, es decir, una tal regulación del conflicto de intereses que consiga realmente la paz y, por tanto, sea justa y cierta: la justicia debe ser su cualidad interior o sustancial; la certeza su cualidad exterior o formal (...)” (CARNELUTTI, *Instituciones...*, p. 21-22)

¹¹⁹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria...*, p. 88.

Em perspectiva concreta, a realização do devido processo legal materializa-se pela observância de outras garantias específicas previstas na Constituição Federal e regulamentadas pela legislação ordinária, tais como a garantia do *juiz natural* (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII), do *contraditório* e da *ampla defesa* (artigo 5º, LV, da CF) e da *igualdade* das partes (artigo 5º, inciso I). É justamente a observância a tais garantias no processo que torna legítima a decisão final proferida por um terceiro imparcial em relação a determinado conflito de interesses.

Há duas formas de resolução heterocompositiva de conflitos: o processo *estatal*, conduzido por um juiz togado, pertencente à estrutura do Poder Judiciário e o processo *arbitral*, em que as partes em litígio, outorgam poderes a um árbitro ou tribunal arbitral para decidir o conflito imperativamente.

O processo estatal é método universal de resolução de conflitos, garantido de forma ampla na Constituição Federal e submetido às regras processuais previstas em lei ordinária, em especial, o Código de Processo Civil. Assim, toda e qualquer pretensão amparada em Direito pode ser exercida em juízo, devendo, para tanto, ser observados os requisitos legais exigidos para o exercício do direito de ação (requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito).

Destarte, o processo estatal, enquanto técnica de resolução de disputas, é *cabível* em relação a toda e qualquer pretensão, não havendo litígio algum que não possa, ordinariamente, ser solucionado por seu intermédio.

Em relação ao processo estatal, o processo arbitral, por opção política do legislador¹²⁰, possui âmbito de atuação específico e bastante mais restrito, na medida em que somente podem ser solucionados por meio da arbitragem litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*, cuja titularidade seja de *pessoas capazes de contratar*.^{121- 122}

Destarte, tratando-se de partes capazes e de direito patrimonial disponível, podem as partes convencionar a resolução de eventuais litígios por meio da arbitragem,

¹²⁰ Nesse sentido: RICCI, Edoardo F.. Desnecessária Conexão entre Disponibilidade do Objeto da Lide e Admissibilidade da Arbitragem: Reflexões Evolutivas. In: LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. *Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, In Memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 407-408.

¹²¹ Confira-se a redação do artigo 1º da Lei de Arbitragem: “Artigo 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

¹²² Essas limitações opostas ao uso da arbitragem são tratadas pela doutrina como requisito objetivo e subjetivo de arbitrabilidade e serão objeto de análise no item 13 desta dissertação.

hipótese em que, por terem eleito a sede arbitral como mais adequada na hipótese, terão renunciado à possibilidade de pretenderem a outorga de tutela jurisdicional perante o Poder Judiciário.

Neste caso, instaurando-se a arbitragem, a resolução do conflito será adjudicada pelo árbitro ou tribunal arbitral, após regular *processo* arbitral, submetido, aos princípios do *contraditório*, da *igualdade das partes*, da *imparcialidade do árbitro* e de seu *livre convencimento*, conforme artigo 21, parágrafo 2º, da Lei de Arbitragem, por decisão imperativa que produz os mesmos efeitos da sentença proferida por órgãos do Poder Judiciário (artigo 31, da Lei de Arbitragem).

Em síntese, nas formas heterocompositivas de resolução de conflito – o processo estatal e a arbitragem – a resolução do conflito advém de decisão final imperativa proferida por um terceiro imparcial – o juiz togado, naturalmente competente, no caso do processo estatal e o árbitro ou tribunal arbitral regularmente instituído com base na convenção arbitral – após regular processo, desenvolvido sob o crivo de garantias mínimas previstas em lei.

É importante registrar, por fim, que a instauração do processo – estatal ou arbitral –, por uma das partes, para a resolução de um determinado litígio, não afasta a possibilidade de resolução consensual, que, aliás, deve ser estimulada e conta com previsão expressa tanto no Código de Processo Civil (artigos 125, inciso IV, 331 e 448), como na Lei de Arbitragem (artigo 26).

10. Conclusão parcial

À vista do que se tratou neste segundo capítulo da dissertação, foram construídas as seguintes conclusões parciais:

1. No atual estágio do movimento teórico de acesso à justiça, houve uma redefinição do objeto central do estudo do direito processual civil, que atualmente foca seus esforços na análise do conflito e nas formas de sua resolução, com ênfase nos *resultados* a serem obtidos por intermédio de cada técnica;

2. O novo enfoque do movimento universal de acesso à justiça assinala a necessidade de se correlacionar e adaptar os mecanismos de resolução de disputas às peculiaridades de cada litígio, para o desenvolvimento de técnicas alternativas de resolução de conflitos. Este referencial teórico justifica o exame da possibilidade de resolução extrajudicial de litígios coletivos;

3. Quanto à natureza da atividade desenvolvida por árbitros, negociadores, conciliadores e mediadores, conclui-se que apenas a arbitragem se fita ao conceito clássico de jurisdição. As técnicas consensuais de resolução de litígios, embora não constituam, sob tal ótica, exercício de atividade jurisdicional, inequivocamente compartilham de seus escopos social, político e jurídico, sendo por essa razão justificável que sejam consideradas formas de acesso à justiça;

4. A garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição deve abarcar também as técnicas extrajudiciais de resolução de controvérsias, criando-se, assim, um novo paradigma de prestação do serviço jurisdicional.

5. Enquanto conceito, a noção de sistema multiportas deve orientar a utilização de técnicas de resolução de controvérsias, para orientar e conduzir cada caso à técnica mais apropriada para sua resolução.

6. Na clássica formulação de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, os litígios podem ter como desembocadura a autotutela, a autocomposição e o processo.

6.1. A autotutela é forma precária e somente comporta utilização excepcional nas hipóteses autorizadas pelo ordenamento jurídico.

6.2. A autocomposição, forma consensual de resolução de litígios que tem como pressuposto a *disponibilidade* do direito, pode ser unilateral, nas hipóteses de renúncia ou reconhecimento da pretensão ou bilateral, na hipótese de transação, que se caracteriza por ser negócio jurídico em que ambas as partes sacrificam, em alguma medida, seus interesses para chegarem a uma composição. A autocomposição pode se dar antes, durante ou após o processo e, ainda, com ou sem a participação de terceiros facilitados a quem não tenha sido atribuído o poder de resolver o conflito de forma imperativa. Por se tratar de resolução de conflito construída pelas próprias partes, a autocomposição tende a redundar em maior satisfação das partes e proporcionar a restauração de relações jurídicas continuadas.

De outro lado, a autocomposição deve ser utilizada com ressalvas nas hipóteses em que haja desigualdade entre as partes em disputa.

6.3. O processo constitui método heterocompositivo de resolução de controvérsias em que a resolução do conflito advém de decisão final imperativa proferida por terceiro imparcial, após regular processo, desenvolvido sob o crivo de garantias mínimas previstas em lei. O processo pode ser *(i)* estatal, cabível em relação a toda e qualquer pretensão amparada em Direito, quando dirigido por um juiz togado, integrante da estrutura do Poder Judiciário; ou *(ii)* arbitral, cabível em relação a pretensões de direitos patrimoniais disponíveis, de que sejam titulares pessoas capazes de contratar.

CAPÍTULO III – TÉCNICAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

11. Jurisdição estatal

Como decorrência da feição negativa da garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, sobressai, como já assinalado, a *universalidade* do processo estatal, enquanto técnica de resolução de controvérsias.

De fato, qualquer conflito de interesses é apto a ser solucionado por meio do Poder Judiciário, sem que para tanto seja necessário empreender qualquer exame prévio de admissibilidade (cabimento incondicionado). A Constituição da República e a lei ordinária estabelecem apenas requisitos de admissibilidade à prestação da tutela jurisdicional, mas não ao cabimento do processo estatal, enquanto técnica de resolução de controvérsias.

Assim, a convenção de arbitragem apenas impõe restrição à admissibilidade da demanda perante o juízo estatal, que, diante da exclusão consensual da jurisdição estatal, passa a ser incompetente¹²³ para processar e julgar o litígio, mas não ao cabimento do processo estatal, enquanto técnica.

A universalidade do processo estatal, todavia, não deve conduzir a utilização automática do Poder Judiciário. O fato de a técnica judiciária estatal ser *cabível* para a resolução de todo e qualquer litígio não significa que seja sempre a mais *adequada*.

Por essa razão, é preciso que as partes sejam estimuladas a avaliar o cabimento e a conveniência do uso de qualquer técnica de resolução de controvérsias, inclusive do processo estatal, sempre que a sua utilização tiver aptidão para produzir resultados mais efetivos, à luz dos argumentos de produção e qualidade referidos por Marc GALANTER.

¹²³ CARMONA, *Arbitragem...*, p. 89.

12. Mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos

12.1. Negociação

A negociação constitui técnica de resolução de conflitos por meio da qual as partes em litígio, por si ou por seus advogados¹²⁴, mas, em regra¹²⁵, sem a intermediação de terceiros¹²⁶, buscam a autocomposição.

Dentre as técnicas autocompositivas, negociação é a técnica mais informal de composição, praticada diuturnamente por todos como decorrência natural da vida em sociedade. Caracteriza-se por ser um processo comunicativo¹²⁷ estabelecido entre as partes envolvidas para a definição das bases substancial e formal das relações intersubjetivas.

A informalidade da negociação poderia levantar suspeita sobre o seu próprio enquadramento enquanto modalidade de *técnica* de resolução de conflito. Não obstante, por se tratar de processo comunicativo (i) desenvolvido, por sua própria essência, em contraditório, (ii) com características específicas, diversas das demais técnicas consensuais¹²⁸ e (iii) voltado à construção de consenso acerca de determinada disputa, é de se reconhecer à negociação o *status* de técnica consensual de resolução de disputas, assim como a mediação e a conciliação.

Enquanto técnica de resolução de disputas, a negociação pode resultar em autocomposição unilateral ou bilateral, em caso de êxito; ou, se não for possível, por seu

¹²⁴ FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its alternatives: An Introduction to Procedure*. Nova Iorque: Foundation Press, 2003, p. 4.

¹²⁵ A exceção deriva da existência de negociação assistida, a que alude Roberto Portugal BACELLAR (A mediação..., p. 127).

¹²⁶ HIGHTON, Elena; ÁLVAREZ; Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 119.

¹²⁷ TARTUCE, *Mediação...*, p. 297.

¹²⁸ Apesar de reconhecer a diferença, Daniela Monteiro GABBAY salienta que “a negociação deve ser um capítulo introdutório ao estudo de qualquer outro mecanismo de solução de conflitos, pois as suas ferramentas e técnicas podem ser úteis para outras formas consensuais e adjudicatórias de solução de conflitos, além de a negociação permitir uma reflexão e autoconhecimento das partes sobre o seu próprio perfil na forma de lidar com os conflitos” (Negociação. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 224).

intermédio, estabelecer-se o consenso, podem as partes se valer de outras técnicas, auto ou heterocompositivas, para a resolução do litígio.

Além disso, a negociação pode se desenvolver de forma prévia ou concomitante à utilização de outros métodos de resolução de disputas. É, inclusive, natural que haja continuidade de negociação, mesmo depois da instauração de processo, judicial ou arbitral, na medida em que o início do processo adversarial pode agregar elementos à mesa de debates, mormente quando é antecipada alguma questão acerca da admissibilidade ou do mérito da pretensão de uma das partes.

A despeito de sua natural informalidade, há diversos estudos acadêmicos sobre técnicas de negociação, sendo relevante destacar, em especial, os trabalhos derivados da escola de Harvard, notadamente a obra de Robert FISCHER, William URY e Bruce PATTON, traduzida para o português com o título “Como chegar ao sim”.¹²⁹ Em tal obra, os Autores sugerem quatro orientações essenciais como método de negociação: (i) separar as pessoas dos problemas; (ii) concentrar-se nos interesses e não nas posições; (iii) inventar opções de ganhos mútuos e (iv) insistir em critérios objetivos.¹³⁰

12.2. Mediação

A mediação consiste da técnica de resolução de conflitos por meio da qual um terceiro neutro, sem poderes para decidir imperativamente a lide, auxilia as partes em conflito chegarem a uma resolução consensual¹³¹. Assim como qualquer técnica extrajudicial de resolução de disputas, é requisito essencial da mediação o livre consentimento das partes em participarem do processo.

¹²⁹ FISCHER, Robert; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim – a negociação de acordos sem concessões*. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

¹³⁰ FISHER; URY, *Como...*, p. 17-86.

¹³¹ Como bem define Roberto Portugal BACELLAR, trata-se de “(...) um diálogo assistido por um mediador, tendente a propiciar um acordo satisfatório para os interessados e por eles desejado, preservando-lhes o bom relacionamento.” (BACELLAR, *A mediação...*, p. 128).

O mediador tem o papel primordial de restaurar o diálogo entre as partes¹³², sem impor decisões ou expressar sua opinião sobre o resultado do pleito¹³³, a fim de que os próprios mediandos possam construir a resolução consensual da disputa. Trata-se de profissional que atua como facilitador da comunicação entre os envolvidos, especialmente para fazer com que as partes deixem de focar apenas suas próprias posições e possam ser reconduzidas aos reais interesses envolvidos na disputa.¹³⁴ Em que pese a atuação do mediador, a responsabilidade pela construção do consenso é apenas das partes em disputa.

A mediação constitui técnica distinta da negociação e da conciliação.

Em relação à negociação, embora lhes seja comum, ainda que em dose diferenciada, a informalidade do processo, na medida em que na mediação tampouco há regras fixas¹³⁵ para a condução das partes ao diálogo e à solução consensual¹³⁶, as técnicas são distintas, especialmente pela presença, na mediação, de um terceiro facilitador da comunicação.

Já em relação à conciliação, as diferenças mais expressivas estão no papel do mediador, na forma de abordagem do conflito¹³⁷ e no procedimento utilizado para a resolução do conflito.

Diferentemente do conciliador, que, como se verá no tópico subsequente, pode assumir papel mais ativo na cogitação das soluções possíveis do conflito, a atuação do mediador é direcionada à restauração da própria relação das partes como forma de restabelecer o diálogo e, com isso, proporcionar a resolução do conflito.

¹³² Elena HIGHTON e Gladys S ÁLVAREZ falam de um esforço estruturado para facilitar a comunicação entre as partes em conflito. (*Mediación...*, p. 122).

¹³³ CALMON, *Fundamentos...*, p. 119 e 121. Esse é o principal traço distintivo entre a mediação e a conciliação, em que, como será mais bem detalhado no item subsequente, o conciliador tem a faculdade de interferir de forma mais ativa na composição da controvérsia, inclusive para sugerir os termos de composição das partes.

¹³⁴ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 208.

¹³⁵ A informalidade procedimental é regra mesmo nos países em que mesmo nos países em que há regulamentação legislativa. É o caso, por exemplo, da Argentina, dos Estados Unidos, da Espanha, da França e, mais recentemente, da Itália.

¹³⁶ TARTUCE, *Mediação...*, p. 213.

¹³⁷ BRAGA NETO, Adolfo. Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. *Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 65.

Além disso, a mediação costuma ser um processo bastante mais duradouro do que a conciliação, que normalmente demanda apenas uma reunião entre as partes e o conciliador, ao passo que a mediação usualmente requer várias sessões.

Sobre o procedimento da mediação, Adolfo BRAGA NETO¹³⁸ destaca as seguintes etapas: (i) pré-mediação, oportunidade em que se estabelece o primeiro contato entre as partes e o mediador; (ii) a investigação, em que o mediador esclarecerá o procedimento a ser adotado e tomará parte da complexidade da interrelação entre as partes; (iii) a criação de opções, em que o mediador conduzirá as partes à cogitação das possíveis alternativas para a resolução do conflito; (iv) a escolha das opções, momento em que o mediador, atento às necessidades e anseio das partes, as auxilia na eleição da opção que melhor lhes atenda; (v) a avaliação das opções, em que são projetados os efeitos das opções de resolução aventadas; (vi) a preparação para o acordo, quando será construído o termo final que represente o consenso a que chegaram as partes e (vii) a assinatura do termo final de acordo.

Entre as finalidades da mediação, Fernanda TARTUCE destaca o restabelecimento da comunicação entre as partes, a preservação do relacionamento entre elas, a prevenção de futuros conflitos, a inclusão social (participação de particulares na administração da justiça) e a pacificação social, por meio da dissolução de litígios e construção de consenso.¹³⁹

Com tais contornos, a mediação é especialmente indicada para a resolução de conflitos entre pessoas que mantenham relações interpessoais duradouras, como por exemplo, conflitos entre familiares, entre parceiros comerciais ou mesmo entre vizinhos.¹⁴⁰ É desaconselhada, no entanto, para relações em que haja certo grau de desequilíbrio entre as partes envolvidas.¹⁴¹

Na mediação, a assistência às partes, por advogados não é essencial, embora seja recomendável, em caso de acordo, para assegurar a sua futura exequibilidade, na hipótese de posterior inadimplemento.¹⁴²

¹³⁸ BRAGA NETO, *Alguns Aspectos...*, p. 66-68.

¹³⁹ TARTUCE, *Mediação...*, p. 222-230.

¹⁴⁰ TARTUCE, *Mediação...*, p. 209.

¹⁴¹ CALMON, *Fundamentos...*, p. 122.

¹⁴² TARTUCE, *Mediação...*, p. 216.

Tampouco há regras quanto à formalização de eventual acordo que venha a ser entabulado. Não obstante, há países, como é o caso da Argentina, em que há previsão específica de redução a termo, a fim de que tal documento possa render ensejo à execução de título judicial, em caso de descumprimento.¹⁴³

No Brasil, à míngua de regulamentação específica, os acordos resultantes de procedimentos de mediação somente poderão ser executados judicialmente se preenchidos os requisitos do artigo 585, inciso II, do Código de Processo Civil ou se homologados judicialmente (artigo 475-N, inciso V, do Código de Processo Civil).

Dentre as principais vantagens da utilização desta técnica autocompositiva, Petrônio CALMON destaca que, ao contrário do que se passa no processo judicial, na mediação as partes não precisam fixar posições ou formular pedido, mas, tão somente, revelar os problemas existentes e tentar dissolvê-los. Abre-se, portanto, a porta para a composição da lide sociológica e não apenas da lide jurídica a que se limita a solução adjudicada.¹⁴⁴

A mediação pode ser tanto extrajudicial como judicial, hipótese em que será desenvolvida no curso de demanda já instaurada, conduzida por mediadores previamente cadastrados perante o Ministério da Justiça.

Com o objetivo de disciplinar, no plano legislativo, a mediação, tramita no Congresso Nacional, embora arquivado desde 2007, o Projeto de Lei n.º 94/2002. Referido projeto foi objeto de acertada crítica pela doutrina especializada. Como bem pontuou Fernanda TARTUCE, tal projeto confunde mediação com conciliação, é excessivamente formal e nominalista, além de exigir, de forma inadequada, que o mediador seja advogado com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas.¹⁴⁵

No cenário atual, há que se ponderar que os objetivos de tal projeto de lei foram superados, em grande medida, pela edição da Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, ainda pendente de regulamentação em muitos Tribunais.¹⁴⁶

¹⁴³ Artigo 26 da Lei 26.589/2010.

¹⁴⁴ CALMON, *Fundamentos...*, p. 126.

¹⁴⁵ TARTUCE, *Mediação...*, p. 260-263.

¹⁴⁶ Em São Paulo, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania foram criados pelo Provimento n. 1892 de 26 de maio de 2011 do Conselho Superior da Magistratura.

Tal Resolução determinou a criação de *Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania*, que serão responsáveis pela realização de audiências de conciliação e mediação pré-processuais (artigo 8º). Além disso, um dos anexos da Resolução institui “Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais”, em que são definidos (i) os princípios e garantias da conciliação e mediação judiciais; (ii) as regras que regem o procedimento de conciliação e mediação e ainda (iii) as responsabilidades e sanções do conciliador e do mediador.

Além de esvaziar, em grande medida, o objeto do Projeto de Lei n. 94/2002, a Resolução n.º 125/2010 tampouco estabeleceu a necessária distinção entre mediação e conciliação, na medida em que tratou de ambas as técnicas de forma indistinta.

12.3. Conciliação

A conciliação é uma técnica de resolução de controvérsias consistente na atividade desempenhada por um terceiro de auxiliar as partes em litígio a chegarem a uma solução autocompositiva.

É importante pontuar que o vocábulo *conciliação*, embora seja comumente utilizado, no jargão processual, como sinônimo de acordo ou autocomposição, designa, na verdade, a atividade do terceiro que se interpõe entre as partes para auxiliá-las na resolução do conflito e não o resultado consensual obtido por intermédio de sua atuação.

A conciliação pode ser judicial, quanto desenvolvida no curso de demanda já instaurada, ou pré-processual, quando desenvolvida antes da instauração de processo. A atividade conciliatória, como se vê, costuma estar associada ao processo judicial.

Como já assinalado, a conciliação é técnica distinta e menos complexa¹⁴⁷ do que a mediação.

Além de se voltar mais diretamente ao conflito, e não, tal como na mediação, à restauração da comunicação e da relação das partes em disputa, a conciliação costuma ser

DEMARCHI, Juliana. Técnicas de Conciliação e Mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. *Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 55.

mais breve (normalmente se desenvolve em apenas uma reunião) e o conciliador tende a assumir papel mais ativo na proposição de soluções para o conflito.

O conciliador tem o papel fundamental de incentivar as partes à resolução consensual do litígio, sendo-lhe facultado inclusive manifestar a sua opinião sobre a solução mais justa para o conflito¹⁴⁸⁻¹⁴⁹ e sugerir os termos de acordo que não tenha sido previamente cogitado pelas partes. O conciliador tem poderes, portanto, mais ativos do que aqueles atribuídos ao mediador.

No contexto do Poder Judiciário, a conciliação é atividade de crescente relevância, inclusive no curso do procedimento. O Código de Processo Civil, além de impor aos magistrados o *dever* de tentar conciliar as partes (artigo 125, inciso IV), instituiu etapa específica do procedimento ordinário para este objetivo, que é a audiência prevista no artigo 331, para as causas que versem sobre direitos que admitem transação, conforme redação dada pela Lei 10.444/2002.¹⁵⁰

Além disso, no plano da política judiciária nacional, há um esforço institucional importante, especialmente por parte do Conselho Nacional de Justiça, para que a conciliação seja a tônica de uma reforma estrutural do Poder Judiciário.

Disso é exemplo a Resolução n.º 125/2010, a que já se aludiu, que instituiu a *Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos*, com o propósito de determinar a criação de *Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania*, regulamentar as regras de capacitação de conciliadores e mediadores, construir bancos de dados com informações sobre os serviços de resolução consensual de litígios e criar o Portal da Conciliação, no *site* do Conselho Nacional de Justiça.

Apesar de ainda estar em fase de implementação, a Resolução n.º 125/2010 pretende operar verdadeira reforma no Poder Judiciário, por meio de medidas tendentes a inserir a cultura de conciliação em sua estrutura.

¹⁴⁸ CALMON, *Fundamentos...*, p. 144.

¹⁴⁹ Interessante observar que no direito norte-americano, como ensinam Owen FISS e Judith RESNIK, o termo conciliação, além de ser, por vezes utilizado em lugar de mediação, pode referir-se à modalidade de atividade autocompositiva em que o terceiro interventor desempenha papel menos ativo. (*Adjudication...*, p. 5).

¹⁵⁰ A redação anterior do dispositivo aludia à causa que versasse sobre direitos disponíveis.

12.4. Arbitragem

A arbitragem constitui técnica extrajudicial de resolução de conflitos em que uma ou mais pessoas recebem, por meio de convenção, poderes para decidir litígios, presentes ou futuros, de forma imperativa. A disciplina legal da arbitragem no Brasil está prevista na Lei n.º 9.307/1996.

O caráter imperativo da decisão dada um terceiro neutro e imparcial é que caracteriza a arbitragem como técnica heterocompositiva de resolução de controvérsias.

Distingue-se dos demais meios extrajudiciais vistos precedentemente, diante da forma e do grau da participação do terceiro no deslinde do conflito. De fato, para além da simples condução das partes à solução consensual do litígio, o árbitro ou órgão arbitral é dotado de poderes para decidir o conflito de forma definitiva e imutável (artigo 31, Lei de Arbitragem), por sentença não sujeita a homologação pelo Poder Judiciário.

A arbitragem pode ser *ad hoc*, isto é, processada por árbitro livremente escolhido pelas partes, ou pode ser institucional, quando as partes elegem previamente uma câmara arbitral, onde será processada a arbitragem.

Por expressa disposição legal, a arbitragem somente pode ser pactuada por pessoas que tenham capacidade contratual (artigo 1º, Lei de Arbitragem e artigo 851, *in fine*, do Código Civil) e somente pode versar sobre litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis* (artigo 1º, *in fine*, Lei de Arbitragem). Além disso, o Código Civil é expresso quanto à vedação ao uso da arbitragem para a solução de *questões de estado* e de *direito pessoal de família* (artigo 852).¹⁵¹

A arbitragem pode ser pactuada pelas partes por de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral, que são espécies do gênero convenção arbitral (artigo 3º, da Lei de Arbitragem).

A cláusula compromissória é a estipulação prevista, por escrito, para que os litígios decorrentes de uma dada relação jurídica sejam resolvidos por arbitragem.

¹⁵¹ O tema da arbitrabilidade dos litígios será retomado neste capítulo, especificamente no item 13, em que serão tratados os critérios objetivos e subjetivos de admissibilidade das técnicas alternativas de resolução de controvérsias.

Para que a cláusula possa, apenas por si, dar ensejo à instauração de uma arbitragem, é preciso que as partes tenham convencionado expressamente a forma de nomeação dos árbitros (cláusula arbitral cheia) ou tenham se reportado ao regulamento de Câmara que contemple normas a esse respeito.

Caso não tenham as partes estabelecido previamente a forma de nomeação dos árbitros, nem se reportado às regras de um órgão arbitral (cláusula arbitral vazia), será necessário notificar a parte contrária para marcar dia, hora e local para que convençionem a forma de instituição da arbitragem (artigo 6º, Lei de Arbitragem) ou, se essa tentativa restar infrutífera, caberá a parte que deseja instaurar a arbitragem promover a demanda referida no artigo 7º da Lei de Arbitragem, em que será produzida sentença que equivalerá a um compromisso arbitral.

A Lei de Arbitragem exige ainda cuidados adicionais para a inserção de cláusula compromissória em contratos de adesão (artigo 4º, parágrafo segundo, da Lei de Arbitragem), pois somente será eficaz a cláusula se o aderente *(i) tomar a iniciativa de instituir a arbitragem* ou *(ii) concordar, expressamente, com a sua instituição, por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.*

Justifica-se a intervenção do legislador diante da natural desigualdade que existe entre as partes no contrato de adesão. As cláusulas do contrato são uniformes, rígidas e predeterminadas¹⁵², cabendo ao aderente tão somente aceitá-las em bloco ou rejeitar a contratação, sem qualquer possibilidade de discussão quanto aos termos do pacto.

Assim, é evidente que, em um contrato de adesão, não há como se presumir que eventual cláusula arbitral tenha sido pactuada, mediante prévio debate e aceitação de ambas as partes. Por essa razão, os requisitos legais à eficácia da cláusula compromissória em contratos de adesão operam de forma a assegurar que a eventual instituição da arbitragem decorra de inequívoca manifestação de vontade do aderente, e não de imposição do predisponente.

Especificamente em relação aos contratos de adesão relativos às relações de consumo, há em doutrina interpretações divergentes quanto à interação entre o artigo 4º,

¹⁵² Segundo Orlando Gomes, essas três características conformam os traços fisionômicos dos contratos de adesão. (GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão: Condições Gerais dos Contratos*. São Paulo: RT, 1972, p. 9).

parágrafo 2º, da Lei de Arbitragem e o artigo 51, inciso VII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que declara nulas de pleno direito as cláusulas que determinem a utilização compulsória de arbitragem. O tema será retomado no capítulo VI, item 32.2., mas, desde já, se adianta que tal disposição legal não elimina a possibilidade de haver cláusula compromissória em contratos de consumo.

Em paralelo, o compromisso arbitral é um contrato por meio do qual as partes conferem a um árbitro ou tribunal arbitral poderes de decisão sobre determinados litígios. O compromisso deve obrigatoriamente conter os requisitos previstos no artigo 10 da Lei de Arbitragem, sob pena de nulidade, e facultativamente, os elementos do artigo 11 da Lei de Arbitragem.

A distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral é apenas temporal: a cláusula precede o surgimento do conflito, enquanto o compromisso é firmado para que um litígio específico e presente seja resolvido perante juízo arbitral.

Desde o advento da Lei de Arbitragem, que alterou o regime jurídico que esta técnica recebia no Código de Processo Civil, para conferir à cláusula compromissória eficácia para instituir o juízo arbitral independentemente da celebração de compromisso e dispensar a homologação do laudo arbitral proferido no Brasil¹⁵³, a arbitragem incorporou-se definitivamente à cultura jurídica brasileira, em especial à prática empresarial¹⁵⁴.

Neste passo, resta avaliar se a arbitragem ainda possui outros campos férteis de desenvolvimento no Brasil ou se, ao revés, trata-se de técnica de resolução de conflitos de fato mais adequada aos litígios decorrentes do exercício de atividades empresariais.

¹⁵³ Como destacou Carlos Alberto CARMONA, eram esses os dois principais obstáculos que impediam o desenvolvimento da arbitragem no Brasil. (*Arbitragem...*, p. 22).

¹⁵⁴ A constatação foi demonstrada por ALVES, Rafael Francisco; GABBAY, Daniela Monteiro; LEMES, Selma Ferreira. Projeto de pesquisa: Arbitragem e Poder Judiciário. Parceria institucional acadêmico-científica da Escola de Direito de São Paulo da FGV e do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar). *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 19, 2008, p. 7.

12.5. Meios híbridos

Além das técnicas puras de resolução de conflitos, há formas híbridas de composição de litígios, que mesclam duas ou mais técnicas.

O direito norte-americano é farto de exemplos, que não se pretende tratar, à exaustão, neste trabalho. Apenas para fins ilustrativos, algumas modalidades serão trazidas, com base na obra de Owen FISS e Judith RESNIK.¹⁵⁵

Dentre as modalidades de técnicas adjudicatórias, destacam-se o *court-anexed arbitration* e o *rent-a-judge*.

O *court-anexed arbitration* é uma técnica de que se valem algumas cortes estaduais e federais dos Estados Unidos, em casos de demandas ressarcitórias.

Trata-se de procedimento arbitral colateral, que produz um julgamento não vinculante, por meio do qual as partes podem antever o possível resultado de uma demanda judicial e sentir-se, com isso, estimuladas à celebração de acordo.

Já o procedimento conhecido como *rent-a-judge* consiste da possibilidade, oferecida por alguns tribunais norte-americanos, de às partes submeterem certas demandas ao julgamento de pessoas neutras, previamente selecionadas e remuneradas pelas partes. A distinção em relação à arbitragem é que o julgamento é computado como proferido pela corte e as partes podem recorrer da decisão final.

De outro lado, dentre as modalidades consensuais, destacam-se o *Med-Arb*, o *Mini-Trial* e o *Summary Jury Trial*.

O *Med-Arb*, como indica a própria sigla, designa o procedimento conjugado de mediação e arbitragem. Inicia-se com a mediação e se, infrutífera, será instaurada a arbitragem, que pode ser processada pelo próprio mediador ou por outra pessoa escolhida pelas partes. Como bem esclarece Paula Costa e SILVA, a peculiaridade desta modalidade está no âmbito do acordo celebrado entre as partes, que atribuem poderes ao mediador para decidir, de forma heterônoma o conflito, caso não consigam resolver a questão de modo consensual.¹⁵⁶

¹⁵⁵ FISS; RESNIK, *Adjudication...*, p. 3-5.

¹⁵⁶ SILVA, *A Nova...*, p. 127.

O *Mini-Trial*, embora possa se desenvolver em diversos modelos, consiste de procedimento em que as partes elegem, de comum acordo, um conselheiro, que normalmente é um advogado com experiência em áreas relevantes do direito, para opinar sobre a sorte da demanda, caso fosse a julgamento. Com base em tal opinião, as partes tornam à etapa de negociação. Em alguns casos, as partes chegam a convencionar que a opinião do conselheiro as vinculará.

O *Summary Jury Trial* é técnica normalmente utilizada por determinação das cortes norte-americanas, em que os advogados das partes explicam sumariamente o caso a um tribunal do júri simulado, composto por pessoas de origem semelhante àquelas que poderiam vir a compor, de fato, um tribunal do júri para o caso. O veredicto não tem caráter vinculante, mas, a exemplo das outras técnicas, serve de estímulo às partes para a celebração de acordo.

Mais recentemente, desenvolveu-se nos Estados Unidos a investigação para a criação dos chamados *Desenhos de Sistemas de Disputas (DSD)*.

Como define Diego FALECK, trata-se de sistemas de resolução de disputas que concentram e customizam procedimentos e técnicas para a resolução, sob medida, de um determinado conflito ou de uma série de conflitos derivados de uma mesma origem.¹⁵⁷

Como explica o autor, o processo de elaboração do sistema divide-se em 5 (cinco) etapas principais: (i) análise do conflito e das partes interessadas e afetadas; (ii) definição dos objetivos e prioridades; (iii) criação de consenso e desenvolvimento do sistema; (iv) implementação do sistema, disseminação e treinamento e (v) avaliação constante do sistema, de forma a adaptá-lo para permitir ajustes a partir da experiência já obtida.¹⁵⁸

Neste já citado artigo, Diego FALECK descreve a exitosa experiência do *leading-case* brasileiro de DSD, com a criação da Câmara de Indenização 3054 como meio eficiente e justo de indenizar os beneficiários das vítimas do acidente aéreo da TAM de 17 de julho de 2007.

Nesta experiência, regida por um regulamento aprovado em ata e assinado pelas empresas e autoridades envolvidas, a *mediação* teve papel essencial na fase inicial do

¹⁵⁷ FALECK, Diego. Introdução ao *Design* de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 23, jul-set. 2009, p. 8.

¹⁵⁸ FALECK, Introdução..., p. 10.

processo, para encorajar a troca de informação entre as partes, ajudá-las a entender as visões das outras, auxiliá-las a avaliarem, de forma realista, suas alternativas em termos de acordo etc.

Além da mediação, instituiu-se também um *Conselho Arbitral Consultivo*, composto pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor, cuja tarefa consistia de emitir pareceres não vinculantes para a resolução de impasses. Tais pareceres auxiliaram as partes, especialmente, a eliminarem expectativas não realistas, além de esclarecerem os limites legais que balizavam as negociações.

Essa moldura procedimental, desenhada especificamente para a hipótese, é também exemplo de materialização da noção de resolução *adequada* de conflitos, em que a análise preliminar da controvérsia, a avaliação dos interesses em disputa e a definição dos objetivos a serem alcançados, é fundamental para a eleição da técnica – ou das técnicas – mais indicadas para resolução da controvérsia.

Mais do que isso, o caso é emblemático acerca da possibilidade de resolução consensual de conflitos originados da lesão homogênea a direitos individuais, pois todas as pretensões indenizatórias inequivocamente decorriam de uma origem comum.

13. Critérios subjetivos e objetos de admissibilidade

As técnicas extrajudiciais de resolução de conflitos sujeitam-se a critérios objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Por opção metodológica, serão analisados, em primeiro lugar, os critérios legais subjetivos e objetivos previstos para aferição da arbitrabilidade de litígios e somente então, tais conceitos serão expandidos para fixação de critérios de admissibilidade do uso de técnicas autocompositivas.

13.1. Arbitrabilidade subjetiva e objetiva de litígios

Na arbitragem, os critérios subjetivos e objetivos de admissibilidade estão previstos expressamente no artigo 1º, da Lei de Arbitragem.

Sob a ótica *subjetiva*, a arbitragem somente pode ser utilizada por pessoas que tenham capacidade contratual (artigo 1º, Lei n.º 9.307/96 e artigo 851, *in fine*, do Código Civil). A capacidade contratual decorre da *personalidade* e consiste da aptidão para tornar-se sujeito de direitos e deveres na vida civil (artigo 1º do Código Civil). Assim, não podem litigar na arbitragem as pessoas desprovidas de personalidade e os incapazes, ainda que representados ou assistidos (artigos 3º e 4º, do Código Civil).¹⁵⁹

Sob o prisma *objetivo*, apenas litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis* podem ser arbitrados (artigo 1º, *in fine*, Lei n.º 9.307/96). Além disso, o Código Civil é expreso quanto à vedação ao uso da arbitragem para a solução de *questões de estado*, de *direito pessoal de família* e de *questões que não tenham caráter estritamente patrimonial* (artigo 852).

A formulação legal *direitos patrimoniais disponíveis* conjuga os conceitos de patrimonialidade e disponibilidade.

Ressente-se a ciência jurídica brasileira de uma definição razoavelmente uniforme de disponibilidade.

Eduardo Damiano GONÇALVES, em tese específica sobre arbitrabilidade objetiva, afirmou que ao conceito de direitos disponíveis podem ser atribuídos tantos significados quantos forem os doutrinadores incumbidos da tarefa.¹⁶⁰

De fato, consta da doutrina grande variedade de conceituações¹⁶¹. Todavia, em termos pragmáticos, como bem observou Eduardo Damiano GONÇALVES, verifica-se haver certa coerência sobre o seu conteúdo.¹⁶²

¹⁵⁹ O tema será retomado no Capítulo V, item 27, especificamente para tratar da capacidade contratual dos entes legitimados coletivos, previstos no artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública e no artigo 82 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

¹⁶⁰ GONÇALVES, Eduardo Damiano. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 183.

¹⁶¹ Para Carlos Alberto CARMONA, “são disponíveis aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto” (*Arbitragem...*, p. 56). Joel Dias FIGUEIRA JÚNIOR, a disponibilidade jurídica seria manifestada

A revisão da literatura a esse respeito revela que grande parte da doutrina trata de indisponibilidade como conceito único, não sujeito a gradações ou distinções em seu núcleo conceitual.

Fernanda TARTUCE, porém, destacou a necessidade de se atentar para a existência de diferentes *graus*¹⁶³ ou de diferentes espécies de disponibilidade de direitos. Ademais, como bem observou Rafael Francisco ALVES, em relação ao direito ambiental, os direitos materiais afirmados *indisponíveis* costumam receber este *rótulo jurídico*, como se fossem um todo indivisível, sem atentar para suas diversas faces, que podem conduzir a conclusões diferentes a esse respeito.¹⁶⁴

Eduardo TALAMINI desenvolveu interessante construção sobre o tema da indisponibilidade, para aferição da arbitrabilidade objetiva de litígios que envolvem a Administração Pública¹⁶⁵. Apesar de ter sido concebida por esse processualista com objeto específico, entende-se que a formulação pode ser aplicada a outros tipos de litígio.

Aduz, em síntese, Eduardo TALAMINI, que o termo indisponibilidade comporta diferentes acepções e somente uma delas se presta para definição de critérios objetivos de arbitrabilidade.

Em primeiro lugar, distinguiu-se a indisponibilidade estritamente processual das indisponibilidades relativas ao direito material. As indisponibilidades processuais são mecanismos de proteção estabelecidos em lei para preservar determinadas situações jurídico-processuais. Citou, como exemplo, a regra que afasta o ônus da impugnação específica contra o réu citado por edital ou por hora certa (artigos 9º, inciso II e 302, parágrafo único, do Código de Processo Civil).¹⁶⁶

Especificamente no processo coletivo, é exemplo de indisponibilidade processual a regra que afasta os efeitos negativos decorrentes da desistência infundada ou abandono da ação civil pública e impõe ao Ministério Público ou outro legitimado o dever de prosseguir com a demanda (artigo 5º, parágrafo 3º, da Lei de Ação Civil Pública).

“pela admissão de atos de apropriação, comércio, alienação e em geral, disposição.” (Arbitragem, Jurisdição e Execução. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 178)

¹⁶² GONÇALVES, *Arbitrabilidade*, p. 184.

¹⁶³ TARTUCE, *Mediação...*, p. 49-50.

¹⁶⁴ ALVES, *A arbitrabilidade...*, p. 200.

¹⁶⁵ TALAMINI, *Arbitragem...*, p. 339-349.

¹⁶⁶ TALAMINI, *Arbitragem...*, p. 339.

As indisponibilidades processuais, porém, não podem ser utilizadas como critério para a aferição da arbitrabilidade objetiva de determinado litígio, uma vez que a regra referida no artigo 1º da Lei de Arbitragem trata apenas da indisponibilidade própria do direito material.

Quanto à indisponibilidade de direito material, TALAMINI distingue ainda duas acepções diversas.

A primeira delas, ainda sujeita a gradações e que tampouco se presta para fins de cabimento de arbitragem, diz respeito à “*impossibilidade de pura e simplesmente se renunciar a um direito*”. Tal indisponibilidade será referida como indisponibilidade *material*.

A segunda, que é, verdadeiramente, a vertente de indisponibilidade material a que alude a Lei de Arbitragem, refere-se aos direitos em relação aos quais haveria proibição do reconhecimento extrajudicial de que não se tem razão, pois apenas a jurisdição poderia dizer quem tem razão.

Segundo Eduardo TALAMINI, é dever da Administração Pública reconhecer e dar cumprimento aos direitos de seus administrados, independentemente de ingresso em juízo. Essa acepção de indisponibilidade, de ordem excepcional, seria melhor definida como “*necessariedade da intervenção jurisdicional*”¹⁶⁷.

É interessante esclarecer que o emprego da expressão “*necessariedade da intervenção jurisdicional*” deve-se à circunstância de que o Eduardo TALAMINI atribui à arbitragem a natureza de equivalente jurisdicional¹⁶⁸ e não de jurisdição. Afinado com a premissa adotada neste trabalho, de que a arbitragem constitui atividade jurisdicional, a expressão deve ser adaptada para referir-se à *necessariedade da intervenção judicial*.

A distinção é relevante para fins de arbitrabilidade de litígios que envolvem a Administração Pública, em que há direitos que não podem ser renunciados, a despeito de não haver exclusividade da jurisdição estatal. É o caso, por exemplo, do direito de a Administração Pública ver revisado, em seu favor, o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato celebrado com o particular.

¹⁶⁷ TALAMINI, *Arbitragem...*, p. 340. Especificamente sobre esta segunda acepção de indisponibilidade material, afirma TALAMINI: “*proíbe-se o próprio reconhecimento espontâneo e extrajudicial de que não se tem razão e impõe-se como necessário e imprescindível o concurso da Jurisdição: apenas a esta caberá dizer quem tem razão*” (Idem).

¹⁶⁸ TALAMINI, *Arbitragem...*, p. 356.

Assim, Eduardo TALAMINI conclui por afirmar que a arbitragem será cabível sempre que a matéria envolvida no litígio, além de ser de cunho *patrimonial*, puder ser solucionada pelas próprias partes, independentemente de ingresso em juízo.

Essa acepção de indisponibilidade, em que pese ter *origem* no direito material, será referida nesta dissertação como indisponibilidade *instrumental*, à vista de sua utilidade para a definição da possibilidade de utilização de técnicas extrajudiciais de resolução de controvérsias.

Como ensina Eduardo Damião GONÇALVES, a exclusividade da jurisdição espelha a preocupação do Estado em manter temas relativos à organização interna da sociedade e à defesa de seus valores fundamentais sob a tutela das autoridades públicas.¹⁶⁹

Edoardo F. RICCI aduzia ainda que quanto mais o âmbito da arbitragem fosse limitado, tanto mais se revelaria a ideia da tutela jurisdicional enquanto manifestação do poder soberano, ao invés de simples serviço.¹⁷⁰

Ainda sob o tema, Paula Costa e SILVA esclarece que a indisponibilidade de direitos, enquanto inadmissibilidade de celebração negócios processuais com eficácia autocompositiva substancial, não acarreta a inarbitrabilidade do conflito e conclui por afirmar que, nestes casos, “*a indisponibilidade não é da jurisdição ou do poder de conhecimento de uma dada situação jurídica, mas da situação em si*”.¹⁷¹

Essa é a interpretação que se deve atribuir à expressão *direitos disponíveis* prevista no artigo 1º da Lei de Arbitragem: somente não se permite a resolução extrajudicial de conflitos que envolvam direitos em relação aos quais haja sido instituída a obrigatoriedade da intervenção judicial. Em síntese, a arbitragem é cabível sempre que a matéria envolvida, além de *patrimonial*, puder ser resolvida pelas partes, em prol de uma, de outra, ou de ambas, independentemente de ingresso em juízo¹⁷². De outro lado, somente são inarbitráveis os conflitos que envolvam direitos em relação aos quais a ação judicial

¹⁶⁹ GONÇALVES, *Arbitrabilidade...*, p. 193.

¹⁷⁰ RICCI, *Desnecessária...*, p. 407-408.

¹⁷¹ SILVA, *A Nova...*, p. 87.

¹⁷² Carlos Alberto CARMONA alude a matérias à respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade. (*Arbitragem...*, p. 56).

seja necessária, como é o caso da separação litigiosa, do divórcio litigioso, da falência e da insolvência civil.¹⁷³

Quanto ao critério da *patrimonialidade*, é relevante para o cabimento da arbitragem que o direito material envolvido tenha repercussão econômica, em si, ou que, no mínimo, possa ser financeiramente reparado, em caso de inadimplemento.¹⁷⁴

Clovis BEVILÁQUA assinalava que as vantagens patrimoniais, mesmo que oriundas de relações de estado, legitimidade de matrimônio, pátrio poder, filiação etc, podem ser objeto de transação¹⁷⁵. Tome-se, como exemplo desta última hipótese, a obrigação de prestar e receber alimentos; apesar de se tratar de direito insuscetível de renúncia, há plena possibilidade de transação quanto ao valor a ser pago ao alimentante.¹⁷⁶

É importante observar, ainda, que o critério legal da patrimonialidade não se restringe às hipóteses de expressão literalmente *pecuniária* do direito. Em tal critério legal, estão também compreendidos os direitos em relação aos quais, antes de ser perseguida a reparação *in pecunia*, deva se preferir a prestação de tutela *específica (in natura)*, como é o caso do direito ao meio ambiente, à saúde etc.

13.2. Critérios subjetivos e objetivos de admissibilidade do uso de técnicas consensuais

Em relação aos meios consensuais de resolução de disputas, embora não haja regulamentação legislativa específica, é possível traçar também critérios semelhantes, sob o prisma subjetivo e objetivo, de admissibilidade.

Destarte, sob o prisma subjetivo, o critério para aferição da viabilidade do uso de meios consensuais há de coincidir com o critério legal de arbitrabilidade subjetiva de litígios. Afinal, somente aquele que detém *capacidade contratual* pode ser parte em

¹⁷³ TALAMINI, *Arbitragem*..., p. 342-343.

¹⁷⁴ TALAMINI, *Arbitragem*..., p. 345; TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). *Revista de processo*, v. 128, out. 2005, p. 67.

¹⁷⁵ *Código*..., p. 153.

¹⁷⁶ O tema será retomado no Capítulo V.

uma negociação, conciliação ou mediação, inclusive para que o resultado *autocomposição* possa ser validamente atingido.

No plano objetivo, a despeito de concebida para aferição da arbitrabilidade dos litígios, a distinção entre indisponibilidades proposta por TALAMINI pode ser também aplicada para os mecanismos consensuais de resolução de conflitos, já que, somente em relação àquelas lides em relação as quais a intervenção judicial seja necessária é que poderia, de fato, haver limitação à utilização de mecanismos autocompositivos.

Assim, não se sujeitam à negociação, à mediação e à conciliação as lides em relação às quais haja necessidade da intervenção judicial (*direitos instrumentalmente indisponíveis*). É o caso das lides relativas à filiação e ao desfazimento litigioso de vínculo conjugal, cuja resolução verdadeiramente depende de sentença judicial.

Por outro viés, significa que mesmo os litígios que envolvam direitos *materialmente indisponíveis*, quer dizer, direitos que devam ser satisfeitos ou reparados de forma integral, podem ser resolvidos por meio de técnicas consensuais, desde que, em relação a tais direitos não haja necessidade da intervenção judicial.

A conclusão a que se chega é que a natureza *material* indisponível do direito não interfere no juízo da *admissibilidade* do uso de técnicas consensuais, embora restrinja, de forma inegável, os resultados possíveis de serem obtidos, uma vez que não poderá haver renúncia ao direito material¹⁷⁷.

Em síntese, no plano do cabimento, mesmo os conflitos relativos a direitos insuscetíveis de qualquer renúncia (direitos materialmente indisponíveis) podem ser objeto de negociação, conciliação e mediação, com a ressalva de que a única desembocadura possível para o conflito é a submissão do contendor resistente à realização integral do direito material subjacente ao litígio.

Uma vez fixada essa premissa, a questão que se apresenta, não mais no plano do cabimento, mas já no plano da *adequação* da técnica aos conflitos, é verificar se faz sentido submeter um litígio a uma negociação, a uma mediação ou a uma conciliação, nos casos em que o único resultado possível de ser validamente obtido é o reconhecimento da pretensão pelo resistente.

¹⁷⁷ Como será tratado no item 24, relativo aos *compromissos de ajustamento de conduta*, a impossibilidade de renúncia ao direito material não impede a *transação*, relativa às pretensões que envolvam direitos indisponíveis, apenas restringe o universo possível de concessões.

E a conclusão há de ser assertiva. Com efeito, muitas vezes, a resolução do conflito não depende apenas do reconhecimento do direito pela parte resistente, mas também da regulamentação e quantificação do exercício deste direito.

É o caso, por exemplo, das lides relativas à obrigação de prestar alimentos: não basta o reconhecimento da obrigação de prestá-los (direito que não poderia deixar de ser reconhecido), é preciso chegar a um consenso quanto ao valor a ser pago. Neste caso, o direito em discussão – prestação de alimentos – embora seja *materialmente* indisponível, já que insuscetível de renúncia, comportaria transação quanto ao valor a ser pago.

Se o critério da *disponibilidade*, utilizado para definição de *arbitrabilidade objetiva* pode ser utilizado para a análise admissibilidade do uso de técnicas consensuais, o mesmo não se pode afirmar em relação ao critério da *patrimonialidade*, por duas razões.

Em primeiro lugar, porque, a teor do disposto no artigo 851 do Código Civil, a *patrimonialidade* somente é requisito para a transação, que como visto no item 9.2. *Autocomposição*, é apenas uma das possíveis *deseμβocaduras* de litígios resolvidos por meio de técnicas consensuais.

Em segundo lugar, porque, como será tratado no item 24 *infra*, mesmo os conflitos que envolvam direitos coletivos e, portanto, extrapatrimoniais, podem ser objeto de *compromissos de ajustamento de conduta*, que possui natureza jurídica de transação e costuma resultar de prévia *negociação* entre o órgão público e o interessado.

14. Adequação da técnica ao conflito

Diante das características apresentadas de cada um dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, é possível verificar que as peculiaridades de cada uma das técnicas indicam a maior ou menor aptidão de cada uma delas para a composição de cada tipo de litígio.

Em que pese a importância de se conhecer as particularidades dos diversos *instrumentos* de que se dispõe para a resolução de disputas, o juízo de adequação aqui proposto indica a necessidade de se avaliar as peculiaridades de cada *conflito* – ou de cada

grupo de conflito – para que se possa aferir a sua natural vocação para ser solucionado por intermédio de uma ou de outra técnica.

Como bem ressaltou Carlos Alberto de SALLES, há que se considerar, nesta análise, a dinâmica da relação envolvida, os imperativos do direito material, os interesses das partes e, ainda, os objetivos sociais implicados no exercício da jurisdição.¹⁷⁸

Em desenvolvimento desta ideia, Carlos Alberto de SALLES, em tese de livre-docência¹⁷⁹, desenvolveu o conceito de *instrumentalidade metodológica*. Sob tal rubrica, afirma a necessidade de se deixar de lado a pretendida *transsubstancialidade* do processo, para que se possa atentar para o conflito em sua maior concreção, em especial às peculiaridades de sua disciplina jurídica e social, para se identificar a resposta processual mais adequada.

SALLES propôs a redefinição do objeto de direito processual civil, em que, para além da mera *exegese da norma processual*, o estudo se estenderia às peculiaridades da resposta que é exigida em relação a uma área predefinida. Desta forma, a resposta a ser dada seria de muito maior especificidade e aderência às necessidades de um determinado contexto jurídico e social.

Essa proposta referenda a noção de juízo de adequação que deve ser feito em relação às diversas espécies de conflitos de interesses, a fim de se avaliar as técnicas de resolução de litígios que se revelam mais indicadas para sua resolução.

Essa relação pode ser verificada inclusive no âmbito do processo estatal, em que, para além do procedimento ordinário, concebido como fórmula geral adequada para a grande maioria das situações, o legislador tenha criado também procedimentos especiais, que se amoldam às peculiaridades do direito material subjacente à demanda.¹⁸⁰

É importante asseverar, no entanto, que mesmo depois de serem aferidas as peculiaridades de cada litígio ou de cada espécie de litígio, inexiste vedação *a priori* para o uso de tal ou qual técnica, respeitados, por óbvio, os critérios acima tratados quanto à admissibilidade do uso de cada técnica. De outro lado, não deve haver, tampouco, como já

¹⁷⁸ SALLES, *Execução...*, p. 35.

¹⁷⁹ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contrato Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 13-27.

¹⁸⁰ Nesse sentido: BEDAQUE, José Carlos dos Santos. *Direito e Processo: Influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 46; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. São Paulo: RT, 2008, p. 52-53.

assinalado, uma indicação definitiva de que determinado método de resolução de conflitos seja o único capaz de solucionar adequadamente um determinado tipo de conflito.

Em síntese, o juízo de adequação que se propõe é o exame por meio do qual se aferirá, a partir da análise das peculiaridades do conflito, do direito material envolvido e dos interesses das partes em disputa, a técnica de resolução de disputa que, em tese, tem mais aptidão para produzir um melhor resultado na composição do litígio.

É importante assentar que a análise de adequação aqui proposta não precisa ser, necessariamente, casuística. Há a possibilidade de se identificar em um determinado tipo de conflito – e este agrupamento de conflitos semelhantes pode ser feito sob diversas perspectivas – como hipótese de trabalho, para se avaliar se, neste universo de pesquisa, é possível apontar qual ou quais técnicas seriam adequadas, ou, ao revés, quais delas seriam desaconselháveis.

Esta é, aliás, a proposta a ser desenvolvida no item 29 desta dissertação, em relação aos conflitos que envolvam direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos.

Em perspectiva concreta, Paula Costa e SILVA assinala, por exemplo, a especial vocação da mediação para solucionar conflitos em que o impacto emocional seja elevado.¹⁸¹ A conclusão foi mesmo confirmada por Diego FALECK na experiência da Câmara de Indenização 3054, criada para reparação material e moral dos dependentes das vítimas do acidente aéreo da TAM, em meados de 2007, em que a mediação teve papel primordial na promoção de nível produtivo de expressão emocional das partes, logo após a etapa de apresentação dos requerimentos.¹⁸² Em sentido congruente, Fernanda TARTUCE destaca também os predicados da mediação para a resolução de conflitos que envolvam relações interpessoais duradouras e não apenas episódicas.¹⁸³ É o caso, por exemplo, dos litígios que envolvem direito de família, em que, além da resolução pontual do foco de discórdia, é extremamente importante preservar a relação entre os envolvidos.

Por essa razão, é preciso analisar previamente o conflito para que se possa identificar a sua *vocação* para ser solucionado por intermédio de uma ou de outra técnica, considerando, de um lado, os resultados a serem obtidos com menor dispêndio de tempo e

¹⁸¹ SILVA, *A Nova...*, p. 76.

¹⁸² FALECK, *Introdução...*, p. 29.

¹⁸³ TARTUCE, *Mediação...*, p. 209.

de recursos (argumentos de produção) e, de outro, os benefícios que a utilização de um dado mecanismo pode trazer (argumentos de qualidade), levando em conta, em especial, a natureza da relação interpessoal envolvida, o direito material pleiteado e os interesses das partes em disputa.¹⁸⁴

15. Conclusão parcial

De tudo o que foi visto neste capítulo, e tendo sido brevemente explicitadas as características essenciais da negociação, da conciliação, da mediação, da arbitragem e das técnicas híbridas, é certo que a escolha da técnica de resolução de disputas, deve passar por duas etapas.

1. A primeira análise relaciona-se ao juízo de admissibilidade dos meios extrajudiciais, a partir de elementos subjetivos e objetivos. Esta etapa prescinde da inclusão do processo estatal, por se tratar de mecanismo universal de composição de conflitos, que, em si, não se sujeita a qualquer critério de admissibilidade.

1.1. Em termos subjetivos, podem ser objeto de técnicas extrajudiciais de resolução de litígios em que as partes envolvidas tenham capacidade contratual.

1.2. Sob a ótica objetiva, somente poderão ser resolvidos por meio de técnicas extrajudiciais os litígios relativos a direitos que não exijam necessária intervenção judicial (indisponibilidade instrumental).

1.3. Ainda sob a ótica objetiva, somente poderão ser resolvidos por meio de arbitragem as pretensões de caráter patrimonial.

1.4. Sempre que o litígio for arbitrável, poderá também ser objeto de negociação, mediação e conciliação.¹⁸⁵⁻¹⁸⁶

¹⁸⁴ GALANTER, *Introduction...*, p. xii.

¹⁸⁵ Para CARNELUTTI, os limites da heterocomposição arbitral são idênticos aos limites da autocomposição (*Instituciones...*, p. 118-119). Veja-se ainda: MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A Transação no Direito Civil e no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo, 1999, p. 74.

¹⁸⁶ TALAMINI afirma que é inclusive comum em contratos em que há convenção arbitral estabelecer-se a previsão de utilização de outros mecanismos extrajudiciais (*Arbitragem...*, p. 357).

3. A segunda análise a ser feita relaciona-se ao juízo de adequação da técnica ao litígio (instrumentalidade metodológica), que deve levar em conta (i) a sua aptidão para produzir melhores resultados com menor dispêndio de tempo e de recursos (argumentos de produção) e (ii) os benefícios que serão colhidos com a sua utilização (argumentos de qualidade).

CAPÍTULO IV – TUTELA COLETIVA: CONCEITOS FUNDAMENTAIS

16. Tutela coletiva: considerações introdutórias

No plano legislativo, a tutela dos direitos coletivos no Brasil teve sua gênese¹⁸⁷ com a instituição da ação popular, pela Constituição de 1934, posteriormente disciplinada, já na vigência da Constituição de 1946, pela Lei n.º 4.717/65, em que se disciplina a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa¹⁸⁸.

Apesar da ampliação de seu objeto e fundamento pela Constituição de 1988, a especificidade do direito regulamentado por essa Lei e a escassez de normas que disciplinassem o processo desenvolvido para a tutela deste direito exigiam, da doutrina, o esforço exegético de laborar em prol da ampliação do espectro de demandas tuteláveis por meio deste instrumento.¹⁸⁹

Destarte, na esteira da segunda onda renovatória do movimento universal de acesso à justiça, estava demonstrada a necessidade de edição de normas complementares que regulassem, de forma mais ampla e detalhada, a tutela coletiva.

Somente em meados da década de 80, adveio a Lei de Ação Civil Pública, outro marco legislativo da tutela dos direitos coletivos¹⁹⁰, em que foram disciplinados, em caráter geral, os institutos basilares da tutela dos direitos difusos e coletivos, especialmente a legitimidade para agir e o regime da coisa julgada, para os quais não se prestavam os esquemas tradicionais do processo individual.

¹⁸⁷ Na verdade, mesmo antes da edição da Lei de Ação Popular, havia diplomas legislativos que, embora de forma limitada, concediam a certas entidades legitimação extraordinária para a defesa de certos direitos coletivos. Para maiores informações a este respeito, veja-se: DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 36.

¹⁸⁸ COSTA, Susana Henriques da. *O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 145.

¹⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 115-117.

¹⁹⁰ Nesse interregno, houve outros importantes diplomas legais que disciplinaram a tutela coletiva. Ver, por todos: LEONEL, *Manual...*, p. 49-50.

Havia, no artigo 1º, alusão aos bens jurídicos abstratamente contemplados pelo Diploma Legal, mas não havia definição do conceito de direito difuso e coletivo.¹⁹¹

Na realidade, a opção por referenciar os bens jurídicos tutelados conduzia o intérprete a erro, na medida em que sugeria que a natureza do direito tutelado pudesse ser extraída apenas a partir do exame do objeto imediato da ação civil pública. Além disso, carecia-se ainda de regulamentação legislativa mais detalhada sobre a tutela processual dos direitos coletivos.

A tarefa foi, afinal, desempenhada, já nos anos 90, pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que, para além de simplesmente regulamentar as relações de consumo, disciplinou o processo coletivo e confirmou, por seus artigos 90 e 117, a existência de verdadeiro microsistema de tutela coletiva.

Outra grande contribuição do Código de Proteção e Defesa do Consumidor foi a criação da categoria jurídica dos direitos individuais homogêneos, com inspiração nas *class actions for damages* norte-americanas, que como se verá, são individuais na essência (átomos), mas admitem – e recomendam – tratamento processual coletivo (molecular).

Esses três diplomas legais constituem o substrato normativo primordial da tutela processual coletiva no Brasil¹⁹². A aplicação de tais normas em concreto, no entanto, demonstrou a necessidade de se aperfeiçoar o regime jurídico processual de tutela coletiva.

Neste contexto, a doutrina passou a cogitar a possibilidade de se consolidar em um único diploma legal todo o regramento do processo coletivo.

No âmbito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a Prof. Ada Pellegrini Grinover coordenou, juntamente com outros professores e com alunos da pós-graduação, a elaboração de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, o juiz federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes coordenou projeto semelhante.

¹⁹¹ De fato, não parece que seja tarefa do legislador conceituar institutos jurídicos. Todavia, a conceituação trazida posteriormente pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor acabou por se revelar oportuna, especialmente por encerrar parte das disputas doutrinárias a esse respeito.

¹⁹² Como bem ressalta Ricardo de Barros LEONEL, há ainda diversos diplomas legais que tratam do direito material coletivo e que, muitas vezes, contém disposições de ordem processual. É o caso, por exemplo, da Lei de Defesa das Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei 7.853/89), da Lei dos Investidores do Mercado de Valores (Lei 7.913/89), do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), da Lei de Defesa da Ordem Econômica (Lei 8.884/94), do Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001), do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) e do Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei 10.671/2003). (*Manual...*, p. 138-139).

A ideia inicial de codificação foi, ao final, convertida em Anteprojeto de alteração da Lei de Ação Civil Pública, elaborado por uma Comissão de Estudos instituída no âmbito do Ministério da Justiça.

O texto do Anteprojeto apresentado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República, que tramitou como PL 5.139/2009, no entanto, recebeu diversas alterações, tendo sido, ao final, rejeitado pela Comissão de Constituição da Câmara dos Deputados. Houve recurso para o Plenário, mas, sem que haja pedido de retomada, o projeto será arquivado.

17. Direitos difusos

Optou o legislador ordinário por definir, no artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, os direitos difusos como sendo os *coletivos*, de natureza *indivisível*, de que sejam titulares *pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*. Há, portanto, quatro núcleos conceituais relevantes para a definição dos direitos difusos.

O caráter *transindividual* dos direitos difusos revela que os direitos difusos estão relacionados a bens jurídicos comuns a toda a coletividade de indivíduos, sem que possa relacioná-los a indivíduos isoladamente considerados. Com efeito, bens como o meio ambiente, por expressa disposição constitucional (artigo 225, da Constituição Federal), pertencem a todos de forma indistinta e contemporânea.

A *indivisibilidade*, por seu turno, denota a impossibilidade de fracionamento do direito difuso relativamente à coletividade indeterminada de sujeitos que os detém.

Trata-se de direitos que, em sua unidade indivisível, pertencem a sujeitos indeterminados, sendo inviável a tentativa de seccioná-los, em partes iguais, a cada membro do grupo. O direito difuso, por ser indivisível, tampouco pode ser considerado a somatória de interesses individuais. Não há como se dividir, por exemplo, os grãos de areia de todas as praias e outorgá-los em porções ideais a cada ser humano; cada grão de areia pertence a toda a coletividade.

A indeterminação dos sujeitos está ligada à impossibilidade de individuação dos sujeitos que, conjuntamente, são titulares dos direitos difusos. Não podem os sujeitos ser quantificados e ainda que pudessem, não fariam sentido que o fossem, uma vez que os direitos difusos, como vistos, são indivisíveis, em sua essência.

Em perspectiva comparativa, Rodolfo de Camargo MANCUSO destaca a maior amplitude dos direitos difusos, em relação aos direitos coletivos, na medida em que podem se ligar a um universo superior de sujeitos, em especial diante da natural restrição imposta aos direitos coletivos, em razão da exigência legal para sua caracterização de que haja uma relação jurídica base.¹⁹³

A ligação por circunstâncias de fato relaciona-se ao elemento agregador que circunscreve os sujeitos titulares dos direitos difusos, como por exemplo, a circunstância de residirem em determinada localidade, de utilizarem determinado leito aquaviário como fonte de sobrevivência, de poderem consumir determinado produto ou serviço etc.

É precisamente deste elemento que se extrai a pertinência subjetiva do interesse difuso em relação a um dado indivíduo.¹⁹⁴ Trata-se de importante fator distintivo dos direitos difusos em relação aos direitos coletivos *stricto sensu*, em que a união ao grupo ou categoria tem origem em uma dada relação jurídica.

Esses são os quatro elementos que o legislador arrolou como constitutivos dos direitos difusos. A doutrina, porém, destaca ainda algumas outras características que permitem a sua melhor identificação.

Rodolfo de Camargo MANCUSO afirma que são também características dos direitos difusos a intensa conflituosidade interna e a constante mutação no tempo e no espaço. Por serem produtos dos constantes conflitos de interesses das diversas coletividades que compõem as sociedades de massa, os direitos difusos constituem espelho dessa contraposição de ideias e interesses.

Tome-se o exemplo do direito de proteção das florestas tropicais, que certamente podem vir a conflitar com os interesses da indústria madeireira ou ainda com os

¹⁹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 77.

¹⁹⁴ LEONEL, *Manual...*, p. 91.

interesses da classe dos lenhadores que há anos sobrevivem da extração vegetal.¹⁹⁵ Uma vez feita a opção pela preservação das florestas, a essa nova situação fática consumada no tempo poderão vir a se opor a coletividade de pessoas que adquiram lotes que viriam a ser implantados na região.

Além disso, os direitos difusos, em especial por seu caráter indivisível, normalmente consubstanciam obrigações de fazer, não fazer¹⁹⁶ e dar, que podem vir a ter repercussões pecuniárias em caso de impossibilidade de prestação da tutela específica. É o caso, por exemplo, de uma indústria que, por sua atividade empresarial, emite gases poluentes. A tutela ao direito difuso do meio ambiente, no caso, dependerá da implantação de filtros, de modo que, somente se os prejuízos causados à saúde pública não puderem ser recompostos, *in natura*, é que se cogitará de pagamento indenização.

Atribui-se ainda aos direitos difusos a nota essencial de indisponibilidade¹⁹⁷. Em atenção às premissas estabelecidas no Capítulo III, acima, essa indisponibilidade é, ordinariamente, material, isto é, implica a impossibilidade de disposição, ainda que parcial, de tais direitos.

Significa, então, que a sua satisfação deve ser integral. Afinal, como bem ilustrou Paulo Cezar Pinheiro CARNEIRO, não faria sentido que se pretendesse a *diminuição* da poluição de um rio, a veiculação de propaganda *menos* enganosa ou ainda a manutenção de um produto que fizesse *menos* mal à saúde.¹⁹⁸ Assim, em se tratando de bem jurídico indisponível, deve ser preservado em sua integralidade.

Resta, então, saber se os direitos difusos seriam também instrumentalmente indisponíveis, quer dizer, se seriam direitos cujos conflitos deveriam ser, necessariamente,

¹⁹⁵ MANCUSO, *Interesses...*, p. 101.

¹⁹⁶ DINAMARCO, *Ação...*, p. 68.

¹⁹⁷ Sobre o tema, Pedro LENZA afirma a indisponibilidade dos direitos difusos e, com isso, a impossibilidade de um único sujeito dispor de algo que não lhe pertence, com exclusividade. Quer parecer, com a devida vênia e a despeito de se concordar com a afirmação, que a impossibilidade de disposição por um único sujeito estaria ligada não à indisponibilidade do direito, mas a uma dificuldade de ordem de legitimação. LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 74.

¹⁹⁸ CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. A proteção dos Direitos Difusos através do Compromisso de Ajustamento de Conduta previsto na Lei que disciplina a Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85 – artigo 5º, parágrafo 6º). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estado do Rio de Janeiro*, n. 1, 1993, p. 265.

solucionados pela via do processo judicial ou se comportariam resolução por intermédio de técnicas extrajudiciais.¹⁹⁹

18. Direitos coletivos *stricto sensu*

Pela conceituação legal do artigo 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, os direitos coletivos *stricto sensu* são *coletivos*, de *natureza indivisível*, titularizados por grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

As características de transindividualidade e indivisibilidade são compartilhadas com os direitos difusos.

A distinção, quanto ao elemento comum da transindividualidade, reside na circunstância de que, nos direitos coletivos, este traço alcança menor amplitude e dispersão, por se referir a um grupo minimamente organizado de pessoas.²⁰⁰ É o caso, por exemplo, de categorias profissionais, de sindicatos, de contribuintes de tributos municipais etc.

O elemento da indivisibilidade, relativamente aos direitos coletivos, diz respeito à impossibilidade de a observância ou não a um direito desta natureza beneficiar ou prejudicar cada indivíduo isoladamente. Destarte, a nota de indivisibilidade faz com que o fenômeno seja sempre uniforme em relação aos membros do grupo.

É importante esclarecer, a este propósito, que um mesmo fato, que envolva, por exemplo, uma indevida cobrança tributária pode gerar diferentes pretensões no plano

¹⁹⁹ O tema será tratado no item 28.1.

²⁰⁰ A respeito da distinção, esclarece Andrea A. MEROI: “(...) cuando el grupo de personas que se encuentren de forma común y simultáneamente en una misma situación jurídica con respecto a un bien que todos ellos disfrutan conjunta y solidariamente y respecto del que experimentan una común necesidad sea determinado o determinable en su composición, podrá hablar-se de interés colectivo. Cuando, por el contrario, se trate de una comunidad de sujetos amplia e indeterminada o muy difícilmente determinable podrá hablarse de interés difuso. Normalmente, en el caso de los intereses colectivos existirá una vinculación jurídica de los miembros del grupo con un tercero o entre sí; en los difusos, en cambio, no existirá dicho vínculo jurídico y el único nexo entre los sujetos interesados estará formado por circunstancias fácticas contingentes” (*Procesos Colectivos: recepción y problemas*. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 51-52).

dos direitos coletivos. Observe-se, a este propósito, que a aplicação de alíquota tributária superior à devida, pode vir a gerar repercussão individual na esfera jurídica de cada um dos membros do grupo, como é o caso, por exemplo, da pretensão de repetição de eventual indébito. Essa pretensão individual, contudo, não exclui a natureza coletiva *stricto sensu* da pretensão hipotética de que, relativamente ao mesmo fato, o Município deixe de aplicar referida alíquota nos lançamentos tributários dos anos subsequentes.²⁰¹

Além de coletivos e indivisíveis, os direitos coletivos *stricto sensu* têm também como elemento conformador a característica de serem titularizados por grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. É exatamente este elemento subjetivo, o principal traço distintivo entre os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos.²⁰²

A exigência de que haja um vínculo jurídico entre os membros do grupo ou entre cada membro do grupo e a parte contrária reduz substancialmente o espectro de dispersão dos direitos coletivos *stricto sensu*. Assim, os sujeitos são determinados, em razão deste elemento de coesão que é a necessidade da relação jurídica base.

A exemplo dos direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* também consubstanciam obrigações de dar, fazer ou não fazer, que dizem respeito a todo o grupo ou classe de sujeitos.

Também em relação aos direitos coletivos *stricto sensu* a doutrina destaca a característica da indisponibilidade. Essa indisponibilidade é também de ordem *material*, por exprimir a impossibilidade de disposição, devendo ser assegurada a sua recomposição integral.

²⁰¹ A sutileza da distinção faz parte da doutrina cogitar da inexistência da categoria dos direitos coletivos *stricto sensu*, que, para alguns, nada mais seria senão direitos individuais homogêneos. Veja-se, com maior aprofundamento, a observação de Pedro da Silva DINAMARCO. (*Ação...*, p. 56-58).

²⁰² ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 40.

19. Direitos individuais homogêneos

Diferentemente dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, que são coletivos na *essência*, os direitos individuais homogêneos, como indica a denominação, são direitos individuais que, por sua homogeneidade e origem comum, admite-se e recomenda-se que sejam tutelados de forma coletiva.

Trata-se de construção inspirada no modelo norte-americano das *class actions for damages*²⁰³, prevista na regra 23 b.3 das Normas Federais de Processo Civil (*Federal Rule of Civil Procedure*), criadas com a reforma de 1966.²⁰⁴

A *class action for damages* é uma demanda concebida para proporcionar a tutela simultânea, em um único procedimento, de um extenso número de pretensões semelhantes, oriundas de uma mesma matriz de fatos²⁰⁵. Trata-se, normalmente, de pleitos cujo valor singular não justifica a movimentação da máquina judiciária, em vista dos altos custos envolvidos no exercício da atividade jurisdicional.²⁰⁶ O conjunto das pretensões individuais, porém, costuma alcançar cifras milionárias.

No sistema federal norte-americano de tutela coletiva, a admissibilidade de qualquer demanda coletiva, inclusive das *class actions for damages*, está condicionada ao preenchimento de 4 (quatro) requisitos vestibulares disciplinados na regra 23.a: (i) o grupo deve ser numeroso, de modo a tornar inviável a formação do litisconsórcio (*numerosity*); (ii) deve haver questões de fato e de direito comuns ao grupo (*commonality*); (iii) os pedidos e as defesas devem ser típicas (*typicality*) e (iv) os interesses do grupo devem estar adequadamente representados pela pessoa que se propôs a representá-los (*adequacy of*

²⁰³ WATANABE, *Código...*, p. 825-826.

²⁰⁴ A conformação atual da regra 23 da Normas Federais deriva ainda de reformas posteriores, nos anos de 1987, 1998, 2003, 2005 e 2007. Vide, a propósito, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 68-69.

²⁰⁵ FIELD, Richard; KAPLAN, Benjamin; CLERMONT, Kevin M. *Materials for a Basic Course in Civil Procedure*. 7. ed. Westbury: *The Foundation Press, Inc.*, 1997, p. 218.

²⁰⁶ Geoffrey C. HAZARD JR e Michele TARUFFO fornecem ao ensejo, o seguinte parâmetro: “*Since the cost of American litigation is high, claims under twenty-five thousand dollars or thereabouts as a practical matter come within this category*”. (*American Civil Procedure: an Introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993, p. 159-160).

representation).²⁰⁷ Esses requisitos visam ao controle da natureza efetivamente coletiva do pleito e da regularidade da representação dos membros ausentes em juízo.

Demais disso, especificamente para a admissibilidade das *class actions for damages*, modalidade de *class action* prevista na regra 23 b.3 das Federal Rules de 1966, exige-se ainda a demonstração da (i) “prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as questões individuais” e da (ii) “superioridade da tutela coletiva em relação à individual, em termos de justiça e eficácia da sentença”.²⁰⁸

A decisão que afere a presença de todos esses requisitos de admissibilidade é chamada certificação e equivale a uma autorização para o prosseguimento da demanda em caráter coletivo.²⁰⁹ Além de atestar, pontualmente, o preenchimento dos requisitos da Regra 23 (a) e (b), a decisão deve especificar o grupo e conceber a forma como será feita a notificação dos membros ausentes.

Uma vez certificada a ação de classe, a decisão final de mérito proferida vinculará todos os membros do grupo, independentemente do resultado alcançado. A coisa julgada forma-se, portanto, mesmo na hipótese de improcedência (*pro et contra*). Por essa razão, a notificação dos membros ausentes tem por finalidade informar o processamento da demanda coletiva e oportunizar o exercício do direito de auto-exclusão (*opt out*).²¹⁰ No direito federal norte-americano, esse é o ponto de equilíbrio entre a efetividade da tutela coletiva e o direito individual de acesso à justiça.

²⁰⁷ Na sistemática norte-americana, a natureza representativa da *class action* não inviabiliza a possibilidade de celebração de acordos pelo representante da classe. Muito pelo contrário, a rigorosidade com que é feito o controle da representatividade adequada como requisito para certificação da demanda como ação de classe confere ao *plaintiff* amplos poderes para negociar as bases da composição, inclusive com grandes concessões dos direitos dos membros ausentes. A presunção é de que, se o representante é adequado para representar em juízo os interesses de toda a classe, é também representante para dispor de parcelas importantes do direito do grupo, caso tais concessões sejam imprescindíveis para a negociação de acordos que beneficiem a todos. (GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007, p. 309-310).

²⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *Class Action For Damages* à Ação de Classe brasileira: Os Requisitos de Admissibilidade. In: _____. *O Processo: Estudos & Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005, p. 187.

²⁰⁹ A ausência de qualquer deles acarreta apenas o processamento do pleito a título individual.

²¹⁰ Sobre a importância da notificação, Mary Kay KANE salienta que as regras relacionadas à obrigação de notificar os membros ausentes acerca da demanda em curso refletem a tentativa de se assegurar a eficiência das *class actions*, sem, de outro lado, sacrificar os direitos individuais de cada membro do grupo de ingressar em juízo ou de monitorar a condução da demanda. Além disso, a notificação adequada assegura os efeitos vinculantes de qualquer julgamento que vier a ser proferido e evita a proliferação de múltiplas ações com idêntica pretensão. (*Civil Procedure in a Nutshell*. 4. ed. St. Paul: West Publishing Company, 1996, p. 749, livre tradução).

Essa configuração legislativa tem por finalidade acomodar a exigência constitucional do devido processo legal à natureza representativa deste tipo de demanda.²¹¹

Com tal inspiração, o legislador brasileiro criou, com a edição do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a categoria dos direitos individuais homogêneos, com finalidade congruente com a *class action for damages*, mas com contornos adaptados à realidade judiciária brasileira.

Destarte, o artigo 81, parágrafo único, III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conceituou os direitos individuais *homogêneos* como sendo aqueles *decorrentes de origem comum*.

Segundo Ada Pellegrini GRINOVER, a origem comum pode ser de fato ou de direito e pode ser próxima ou remota. Será próxima, por exemplo, no caso de um acidente aéreo em que há várias vítimas; será remota no caso de um produto nocivo à saúde, em que outras circunstâncias, como o seu manuseio inadequado, podem ter interferido no reflexo danoso.²¹²

O critério da homogeneidade, de outro lado, equivale ao requisito das *class actions for damages* norte-americanas de que haja de prevalência das questões comuns sobre as questões individuais.

Ambos os requisitos operam, de forma conjunta, em uma relação de inversa proporcionalidade: quanto mais remota for a origem do direito, menos homogêneos serão.

Assim, atendem a ambos os requisitos legais os direitos dos poupadores de receberem expurgos inflacionários, decorrentes dos planos econômicos das décadas de 80 e início dos anos 80. De outro lado, não atendem a esses requisitos o potencial direito de indenização decorrente dos danos provocados pela dependência da nicotina, em que as questões individuais, tais como, a quantidade de cigarros, o histórico de saúde familiar, os hábitos alimentares etc são imprescindíveis para a aferição da relação de causalidade e, portanto, prevalecem sobre as questões comuns (consumo de cigarros).²¹³

²¹¹ Nesse sentido: WESTON, Maureen A. Universes colliding: The Constitutional Implications of Arbitral Class Action. *William and Mary Law Review*, n. 47, 2005-2006, p. 1714).

²¹² GRINOVER, Da Class Action..., p. 194-195.

²¹³ Trata-se do célebre caso Castano (Diane Castano et alii v. The American TobaCódigo Civilo Company et alii), decidido pelo 5º Circuito norte-americano. Ver, com maiores considerações sobre o caso, GRINOVER, Da Class Action..., p. 190.

Assim, é preciso ter presente que os direitos individuais homogêneos não são *essencialmente* coletivos (mas apenas *acidentalmente*, como bem definiu José Carlos BARBOSA MOREIRA²¹⁴); são direitos individuais cuja tutela, por razões de economia processual e efetividade da tutela jurisdicional, pode ser concedida em caráter coletivo.

Em oposição aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, que rendem ensejo ao cumprimento de obrigações de dar, fazer ou não fazer, os direitos individuais homogêneos exprimem obrigações pecuniárias, que produzirão sentenças condenatórias genéricas, declaratórias do *an debeatur* (artigo 95, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor), a serem posteriormente liquidadas e executadas pelas vítimas ou seus sucessores.²¹⁵

É exatamente o caráter pecuniário dos direitos individuais homogêneos que denota a plena possibilidade de disposição pelo titular (disponibilidade material).²¹⁶

Desta forma, sob o prisma *individual*, é lícito ao consumidor renunciar ao recebimento de uma verba indenizatória decorrente de um vício do produto, assim como é lícito ao contribuinte deixar de pretender o recebimento de indébito tributário, em razão de um erro no lançamento tributário.

Já sob o prisma *coletivo*, o exame da possibilidade de disposição material da integralidade ou mesmo de parcela do direito perpassa, necessariamente, pelo exame da natureza da *legitimação extraordinária* atribuída aos entes autorizados a promoverem a tutela coletiva, tema será objeto de análise, específica no item 22, *infra*.

Além disso, os litígios que envolvem direitos individuais homogêneos são também disponíveis sob o prisma *instrumental*. Isso significa que os litígios que envolvem direitos dessa natureza podem ser resolvidos, de comum acordo, pelas próprias partes contentoras e, portanto, podem ser solucionados por intermédio de outras técnicas de resolução de controvérsias, além do processo estatal.

O tema da disponibilidade material e processual e da legitimação para agir como condicionante dos resultados a serem obtidos na resolução extrajudicial dos direitos individuais homogêneos será retomado no Capítulo IV desta dissertação.

²¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. *Temas de Direito Processual*: Terceira Série, 1984, p. 196-197.

²¹⁵ DINAMARCO, *Ação...*, p. 68.

²¹⁶ Nesse sentido: GRINOVER, *Conferência...*, p. 4, versão digital.

20. Processo coletivo e interesse público

Uma vez tratadas as principais características que definem as várias espécies de direitos coletivos, cumpre ainda estabelecer a relação entre processo coletivo e interesse público, conceito jurídico indeterminado usualmente associado à tutela coletiva.

Sem a pretensão de *definir* interesse público, algumas correlações podem ser feitas na tentativa de reduzir o seu núcleo conceitual.

A propósito do tema, Marçal JUSTEN FILHO destaca que o conceito de interesse público, embora não se confunda com o interesse do Estado, com o interesse da Administração ou com o interesse do agente público, não tem conteúdo próprio²¹⁷ e não pode ser reduzido como se se tratasse de fenômeno único, específico e identificável. Há diversos interesses públicos, muitas vezes, entre si conflitantes.

Ainda sobre o tema, esclarece Marçal JUSTEN FILHO, que o interesse público é assim considerado por exprimir interesse indisponível²¹⁸. É preciso atentar, porém, para a ordem lógica da construção: o interesse é público por que indisponível²¹⁹ e não o contrário.²²⁰

Essa correlação entre interesse público e indisponibilidade não afasta a possibilidade de resolução extrajudicial de conflitos de interesse público, à luz das premissas já expostas no capítulo anterior.

²¹⁷ Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, em contrapartida, conceitua *interesse público* como “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (*Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 61).

²¹⁸ Ainda segundo BANDEIRA DE MELLO, em razão da indisponibilidade, os bens e interesses da Administração não estão entregues à livre disposição da vontade do administrador. Pelo contrário, a ele incumbe curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. (*Curso...*, p. 74).

²¹⁹ A propósito da indisponibilidade do interesse público, explica Hely Lopes MEIRELLES: “a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, que, por isso, mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou renúncia” (*Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 106).

²²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 59-67.

De fato, o conceito de indisponibilidade há de ter desmembrado em sua face material – e este é, certamente, o sentido a que se refere Marçal JUSTEN FILHO – e em sua face instrumental, enquanto exclusividade da jurisdição estatal para a resolução de controvérsias.

Assim, nesta perspectiva, não há vedação, *a priori*, para que conflitos que envolvam questões de interesse público possam ser solucionados por meio de técnicas extrajudiciais.

Apesar da ordinária interligação entre interesse público e indisponibilidade material, é possível vislumbrar, no plano do processo coletivo, hipótese em que a pretensão de tutela de direitos disponíveis possa envolver realização de interesse público. É o que se passa quanto à tutela de direitos individuais homogêneos, quando a satisfação da pretensão é socialmente relevante.

Nesta hipótese, embora o direito seja materialmente indisponível, o interesse público deriva do *interesse social* que está por trás do atendimento ao direito violado. É o caso, por exemplo, de direitos individuais homogêneos que atinjam número expressivo de pessoas e estejam relacionados com a satisfação de direitos fundamentais. Tome-se como exemplo uma ilegal majoração do valor de mensalidade em escola particular.²²¹

Nestas hipóteses, a *relevância social* do direito individual violado justifica a legitimação ativa do Ministério Público, mesmo em se tratando de direitos disponíveis²²².

Aduz ainda o autor paranaense que a invocação de *interesse público* deve ter em vista a realização de direitos fundamentais.²²³ Conclui por afirmar que a verificação do interesse público nasce apenas da concretização do direito, quando em face das circunstâncias, é que se poderá identificá-lo.²²⁴

Essa identificação com a efetivação dos *direitos fundamentais* é a peça chave para a demonstração da importância do processo coletivo na realização do interesse público.

²²¹ O exemplo foi dado por Ricardo de Barros LEONEL (*Manual...*, p. 185).

²²² Essa conclusão decorre do artigo 127 da Constituição Federal: “Artigo 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”.

²²³ JUSTEN FILHO, *Curso...*, p. 67.

²²⁴ JUSTEN FILHO, *Curso...*, p. 70.

Em um contexto de judicialização de temas que, a rigor, seriam políticos²²⁵, cabe ao Poder Judiciário, como bem destaca Carlos Alberto de SALLES, a definição do que representa a realização do interesse público em cada caso concreto, como ocorre na adjudicação de interesses difusos e coletivos.

Esse fenômeno, como já demonstrado, espelha a redefinição dos contornos da atividade judicial, que deixa de ser apenas *corretiva* e passa a ser *distributiva*, já que fundamental para a repartição de recursos comuns.²²⁶

21. Critérios para identificação da natureza do direito coletivo

Uma vez explicitadas as características essenciais dos direitos coletivos, à luz da legislação e da doutrina, poderia se concluir, de forma apressada, que estaria resolvida a questão da identificação concreta do direito ameaçado ou violado, em relação a determinado conflito.

A verdade, no entanto, é que embora seja imprescindível conhecer as notas distintivas de cada uma das espécies de direitos coletivos, este critério, em si, acaba por revelar-se insuficiente, já que um mesmo episódio pode render ensejo ao surgimento de diversas pretensões coletivas.

Imagine-se, por exemplo, um grave desastre ecológico decorrente de um vazamento de petróleo no oceano, que tenha causado *(i)* a morte de milhares de peixes; *(ii)* a paralisação das atividades das empresas de turismo na região, em razão dos fortes odores decorrentes da degradação dos peixes; *(iii)* a contaminação do solo de várias propriedades costeiras e, ainda, *(iv)* a corrosão do píer de uma propriedade particular costeira.

²²⁵ O fenômeno foi destacado por José Reinaldo Lima LOPES (A definição do interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003, p. 91).

²²⁶ SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil de interesse público*. In: SALLES, Carlos Alberto (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003, p. 56.

Nesta hipótese, por exemplo, um único desastre ecológico possui diversos desdobramentos de ordem fática e, por conseguinte, de ordem jurídica, hipótese típica para propiciar para o nascimento de diversas pretensões individuais e coletivas.

Apesar da dificuldade concreta de aferição da natureza do direito ameaçado ou violado, essa identificação, à luz das premissas expostas nos Capítulos III e IV, é imprescindível para a verificação das técnicas extrajudiciais passíveis de serem utilizadas.

Diante de tal dificuldade prática, aduz a doutrina que o método mais preciso para a identificação dos direitos coletivo é a análise da tutela jurisdicional pretendida.²²⁷ Significa, então, que o exame concreto da natureza do direito ameaçado ou violado não pode prescindir da verificação do *pedido* deduzido para sua tutela.

Esse critério recebeu a ponderada crítica de José Roberto dos Santos BEDAQUE, no sentido de que a tutela jurisdicional não poderia determinar a natureza do interesse deduzido²²⁸. E de fato não pode. Não é que a natureza do direito coletivo seja determinada pela tutela jurisdicional pleiteada; ao revés, a tutela jurisdicional apenas facilita a identificação da natureza do direito, sem participar de sua constituição.

Assim, aplicando-se este critério prático ao exemplo acima mencionado, é possível concluir que o direito a ser tutelado no item (i) é difuso, no (ii) é coletivo *stricto sensu*, no (iii) é individual homogêneo e no (iv) é puramente individual.

22. Legitimação para a tutela coletiva

Para além da identificação das espécies de direitos coletivos, é importante, para os fins pretendidos nesta dissertação, examinar o regramento processual coletivo pertinente à legitimação para a tutela coletiva.

Diversamente do processo individual, em que o direito de ação é atribuído, de forma ordinária, ao titular do direito, no plano do direito material, no processo coletivo,

²²⁷ NERY JR, Nelson. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 1024; LEONEL, *Manual...*, p. 100; DINAMARCO, *Ação...*, p. 68.

²²⁸ BEDAQUE, *Direito e Processo...*, p. 40.

a legitimação decorre de *atribuição* constitucional ou legal pelo legislador, que as define a partir da verificação de uma *situação legitimante*, com base na aptidão de certos órgãos públicos e entidades civil para tutelarem os direitos coletivos.²²⁹

No que concerne aos direitos essencialmente coletivos, por se tratar de direitos indivisíveis, de titularidade indeterminada ou de difícil determinação, a regra da *coincidência* da titularidade entre o direito material e o processo de fato não haveria como ser adotada. Também no que concerne aos direitos acidentalmente coletivos, apesar de se tratar, na origem, de direitos individuais, não haveria, no plano coletivo, como adotar o esquema tradicional, adotado no processo civil de cunho individualístico.

A legitimação coletiva, portanto, é resultante de opções político-legislativas, já que a *natureza* dos direitos coletivos, seja a dos direitos essencialmente coletivos, seja a dos direitos acidentalmente coletivos, não permitiria uma identificação intuitiva de quem estaria ordinariamente indicado para a tutela de tais direitos.

A legitimidade do Ministério Público para a tutela de direitos coletivos tem assento constitucional (artigo 127, *caput* e 129, inciso III) e previsão legal no artigo 5º, da Lei de Ação Civil Pública e no artigo 82 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Tais dispositivos legais também conferem legitimidade a outros entes que o legislador reputou adequados para a promoção da defesa dos direitos coletivos.

Assim, além do Ministério Público, podem promover a tutela dos direitos coletivos: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, as associações civis, desde que constituídas há pelo menos um ano e com fins institucionais correspondentes aos direitos tutelados. Além disso, a Lei de Ação Civil Pública, alterada pela Lei n. 11.448/2007, conferiu legitimidade também à Defensoria Pública para a tutela de direitos coletivos.

Essa legitimação é *ampla*, no sentido de que tais entes estão autorizados a promover a defesa de qualquer direito coletivo, ressalvada apenas a exigência de que tal direito esteja ligado aos fins institucionais de cada órgão (*pertinência temática*).

²²⁹ GUEDES, Clarissa Diniz. *Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro, GZ Editora, 2012, p. 11-13.

Destarte, uma associação legalmente instituída para a defesa urbanística de determinado bairro não estaria legitimada a promover a defesa de direitos dos consumidores. Tampouco estaria o Estado do Rio de Janeiro legitimado para a defesa de direitos coletivos circunscritos ao Estado do Espírito Santo.

Além de *ampla*, tal legitimação é considerada *concorrente* e *disjuntiva*, pois cada legitimado está autorizado a promover, de forma autônoma e independentemente dos demais, a defesa de direitos coletivos.

Há ainda, no microsistema de processo coletivos, outras disposições legais que atribuem legitimidade a entes diversos daqueles *supra* arrolados. Essa legitimação, porém, não é ampla, como a prevista no artigo 5º, da Lei de Ação Civil Pública e no artigo 82 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mas restrita à tutela de determinado direito ou ao manejo de determinado instrumento processual coletivo.

É o caso da legitimidade conferida aos *partidos políticos*²³⁰, *organizações sindicais* e *entidades de classe* para a impetração de mandado de segurança coletivo (artigo 21 da Lei n. 12.016/2009) na tutela de direitos coletivos ou individuais homogêneos; da legitimação conferida a qualquer cidadão para o ajuizamento de ação popular, instrumento voltado à pretensão de *anulação* ou à *declaração de nulidade* de ato administrativo ilegal e lesivo ao patrimônio público (artigo 1º da Lei de Ação Popular) e ainda, da legitimação outorgada às comunidades indígenas para a tutela coletiva de seus direitos, conforme artigo 232 da Constituição Federal.²³¹

Essas são, em linhas gerais, as normas que outorgam legitimidade para a tutela de direitos coletivos.

Há, ainda, diferenças relevantes entre a natureza da legitimação outorgada para a tutela de direitos essencialmente coletivos e a natureza da legitimação outorgada para a tutela de direitos individuais homogêneos.

²³⁰ Como os partidos políticos ostentam a *natureza jurídica* de associações, não há impedimento legal para que lhes seja reconhecida, sob tal prisma, legitimidade para o ajuizamento de ações civis públicas. Nesse sentido: LEONEL, *Manual...*, p. 150.

²³¹ “Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

22.1. Legitimação na tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*

Como visto nos itens 17 e 18, *supra*, os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são direitos *essencialmente* coletivos, uma vez que pertencentes a uma coletividade *indeterminada* de sujeitos, que os titulariza de forma *indivisível*.

Justamente por se tratar de bens jurídicos cuja titularidade não pode ser associada a uma única pessoa, nem, em todo e qualquer caso, a um grupo organizado e determinado de pessoas, é que não haveria, *ordinariamente*, quem pudesse promover a sua defesa adequadamente. Por essa razão, a legitimidade para a tutela de tais direitos, como visto, é *atribuída*, pela Constituição Federal e por lei ordinária, a determinadas entidades, públicas e privadas, que se reputou *adequadas* para a promoção da defesa de direitos coletivos.

À vista de tais contornos, poderia, então, essa legitimidade, ser classificada como *extraordinária*?

Pela classificação doutrinária tradicional, a legitimidade é *ordinária* quando há defesa de direito próprio, em juízo, e *extraordinária* quando há defesa de direito alheio²³².

Assim, a definição da natureza da legitimação atribuída aos entes arrolados no artigo 5º, da Lei de Ação Civil Pública e no artigo 82 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor implica considerar se a defesa, em juízo, dos direitos essencialmente coletivos seria de direito *próprio* ou *alheio*.

A questão é controversa em doutrina.

Parte da doutrina sustenta que, no caso das associações civis, haveria defesa de interesse próprio, razão pela qual se trataria de legitimação *ordinária*.²³³

Essa posição, porém, é objeto de ponderada crítica de que as associações não são titulares dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, direitos esses que, a rigor, pertencem à coletividade indeterminada (no caso dos direitos difusos) ou determinável (no

²³² BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e Terceiros no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 14-15.

²³³ WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; et alli. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 807-809.

caso dos direitos coletivos) de sujeitos. Além disso, ainda que se considerasse que as associações seriam titulares de tais direitos, mesmo que em condomínio com o restante da coletividade, ainda assim não atuariam em juízo apenas na defesa de direito próprio, mas na defesa de interesse de toda a coletividade.

A orientação oposta seria a de que se trataria de legitimação extraordinária, já que os entes *supra* referidos atuariam na defesa de direitos indivisíveis, de titularidade indeterminada.

Parece-nos mais coerente a terceira orientação doutrinária sobre o tema, liderada por José Manuel de ARRUDA ALVIM²³⁴, que abdica da ingrata tarefa de tentar enquadrar o processo coletivo em categorias tradicionais do processo individual e qualifica essa legitimação como *autônoma*, uma vez que atribuída por lei.

Destarte, tendo o legislador autorizados os entes *supra* referidos a atuarem, em juízo, na defesa de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, estão também legitimados a promoverem a tutela extrajudicial de tais direitos.

22.2. Legitimação na tutela de direitos individuais homogêneos

Consoante se tratou no item 19, *supra*, os direitos individuais homogêneos são direitos *individuais*, na essência, que podem vir a ser tutelados no plano coletivo, se estiverem configurados os requisitos de homogeneidade e origem comum.

Sob o prisma da legitimação, aduz, com uniformidade, a doutrina que as entidades autorizadas, por lei, à tutela de direitos individuais homogêneos atuam como *substitutos processuais*²³⁵, espécie de legitimação extraordinária em que os legitimados atuam, em nome próprio, em defesa de direito alheio.

No sistema processual coletivo brasileiro, diversamente do direito federal norte americano, em que vige o sistema do *opt in* até que o indivíduo manifeste o desejo de

²³⁴ ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Ação Civil Pública, *Revista de Processo*, v. 87, jul-set 1997, p. 156. No mesmo sentido: LEONEL, *Manual...*, p. 153.

²³⁵ Nesse sentido: LEONEL, *Manual...*, p. 153; SHIMURA, Sérgio. *Tutela Coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006, p. 53; ZANETI JR, Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 58.

exclusão (*opt out*)²³⁶, essa substituição processual somente se opera em benefício dos substituídos, titulares dos direitos individuais, em razão do sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*, que, como será visto especificamente no item 23 *infra*, impede a formação de coisa julgada, para o plano individual²³⁷, no caso de improcedência da demanda coletiva (artigo 103, inciso III e parágrafo segundo, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor).

Trata-se de uma possibilidade *a mais* de tutela de tais direitos subjetivos, criada justamente para elevar as chances de sua satisfação pelo tratamento coletivo, sem que, em contrapartida, pudesse acarretar prejuízo aos titulares dos direitos subjetivos.

Significa, então, que mesmo na hipótese de a ação coletiva vir a ser julgada improcedente, poderão os titulares dos direitos subjetivos mover ação individual com idêntico objetivo. O artigo 103, III e parágrafo segundo, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor excepciona apenas a hipótese de o indivíduo ter atuado da ação coletiva, na condição de litisconsorte, hipótese em que, por ter atuado no processo, em contraditório, e tido a oportunidade de influenciar no resultado do julgamento, não faria sentido que fosse mantida a exceção à formação de coisa julgada.

Assim, jamais poderia o legitimado coletivo prejudicar, com sua atuação, as pretensões individuais, já que a improcedência da ação coletiva não impede o ajuizamento de ações individuais, fenômeno também conhecido como coisa julgada *in utilibus*.

Por fim, é certo que a mesma legitimação que permite aos entes legitimados atuarem, em juízo, na defesa de direitos individuais homogêneos, também lhes permite que promovam a tutela extrajudicial de tais direitos.

23. Coisa julgada no processo coletivo

Outra noção fundamental em matéria de tutela coletiva, em especial para os fins almejados nesta dissertação, é o regime legal da coisa julgada no processo coletivo,

²³⁶ FIELD; KAPLAN; CLERMONT, *Materials...*, p. 219.

²³⁷ Haverá, contudo, formação de coisa julgada no plano coletivo, pois nenhum outro legitimado coletivo poderá promover demanda com idêntico objeto.

regime esse que, espelha, em certa medida, as regras anteriormente explicitadas quanto à legitimidade para agir.

A análise da amplitude de sujeitos que são titulares dos direitos tutelados nos processos coletivos já denota a insuficiência da fórmula de coisa julgada aplicada ao processo civil individual.

Com efeito, a regra exposta no artigo 472 do Código de Processo Civil – de que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros – jamais poderia atender, adequadamente, toda a carga eficaz que se espera das sentenças proferidas em processos que versem sobre direitos coletivos.²³⁸

Por essa razão, haveria de se criar um *novo* regime jurídico de coisa julgada que ampliasse o espectro de abrangência de sua autoridade na exata proporção da extensão dos titulares do direito coletivo tutelado.

Assim, com o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a regra, no processo coletivo, passou a ser a formação de coisa julgada *erga omnes*, no caso de direitos difusos ou individuais homogêneos ou coisa julgada *ultra partes*, no caso dos direitos coletivos *stricto sensu* (artigo 103).²³⁹⁻²⁴⁰

Tais normas dão concretude à garantia do *devido processo legal*, aplicada ao processo coletivo, na medida em que se prestam a adaptar o processo às peculiaridades dos direitos coletivos.

Além de tal amplitude, o regime da coisa julgada no processo coletivo tem peculiaridades, conforme a natureza do direito coletivo em litígio.

²³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 2006, p. 516-517.

²³⁹ A adequação da sistemática do Código de Proteção e Defesa do Consumidor à teoria de Liebman foi defendida por Ada Pellegrini Grinover em ensaio interessante sobre o tema. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Eficácia e Autoridade da Sentença: A Teoria de Liebman no Código de Defesa do Consumidor e no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. *O Processo: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005, p. 202-211). Ainda nesse sentido: GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência nas Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.117.

²⁴⁰ No plano normativo, a primeira disposição que regulamentou a coisa julgada no processo coletivo foi a Lei de Ação Popular, que em seu artigo 18, estabeleceu que a coisa julgada incidente sobre a sentença terá eficácia *erga omnes*, salvo se a improcedência derivar da insuficiência de provas, hipótese em que qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. Neste caso, a eficácia *erga omnes* foi apresentada como solução prática à impossibilidade de determinação dos titulares dos bens jurídicos tutelados pela ação popular, difusos por concepção (BARBOSA MOREIRA, A ação popular..., p. 110-123.)

23.1. Coisa julgada na tutela de direitos difusos e coletivos stricto sensu

A regra geral do regime da coisa julgada no processo civil individual, de imutabilidade do conteúdo do comando da sentença²⁴¹, é excepcionada, no processo coletivo, nas demandas que versem sobre direito difuso ou coletivo *stricto sensu*, na hipótese improcedência do pedido por insuficiência de provas (coisa julgada *secundum eventum probationis*), conforme previsto no artigo 103, incisos I e II, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.²⁴²

Trata-se de *mecanismo processual coletivo de indisponibilidade*, concebido pelo legislador para que eventual inabilidade, hipossuficiência técnica ou mesmo a má-fé do legitimado coletivo²⁴³ não trouxesse prejuízos à tutela do direito material coletivo.

Para a aferição ou não da formação de coisa julgada, há que se adotar, em tais demandas, tal como sugerido Antonio GIDI, o critério *substancial*, de exame dos contornos do julgamento, e não meramente *formal*, de simples análise do fundamento declinado na parte dispositiva da sentença.

²⁴¹ Adota-se, no ponto, o conceito de coisa julgada proposto por José Carlos BARBOSA MOREIRA, em certa medida, diverso da construção de Liebman, acompanhada por Candido Rangel Dinamarco, segundo o qual o atributo da imutabilidade recairia não apenas sobre o conteúdo do comando da sentença, mas sim sobre a *sentença* e *sobre os seus efeitos*. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, n. 416, junho, 1970, p. 12.) Essas ideias foram posteriormente desenvolvidas pelo autor em outros artigos: Coisa julgada e declaração. *Temas de direito processual*: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977; Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984; Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. *Revista de Processo*, n. 40, São Paulo, RT, 1985; Notas sobre el contenido, los efectos y La imutabilidad de la sentencia. *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994 e La definizione di Cosa Giudicata Sostanziale nel Codice di Procedura Civile Brasiliano. *Temas de Direito Processual*: nona série, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 211-219. A orientação adotada por Enrico Tullio LIEBMAN foi extraída de *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11. A orientação adotada por Candido Rangel DINAMARCO foi extraída de *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed., v. III, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 304.

²⁴² A sistemática adotada recebeu a crítica contundente de Botelho de Mesquita, que afirmou que na hipótese de improcedência por insuficiência de provas, a sentença não valeria sequer o preço da folha de papel utilizada. (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 33, 1990).

²⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores: Lei 7.347, de 24.7.85. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 44, p. 117, out./dez. 1986.

Significa, então, que a inexistência de coisa julgada não estará limitada às hipóteses em que o dispositivo da sentença expressamente assinalar que julgamento de improcedência do pedido foi feito com base no ônus da prova²⁴⁴.

Ainda que a demanda anterior não tenha sido declaradamente extinta por insuficiência de provas, poderiam os legitimados ajuizar nova demanda coletiva, desde que demonstrassem já na petição inicial, que a tutela pretendida está baseada em nova prova capaz de conduzir o julgador a reconhecer a procedência dos pedidos formulados.

Por se tratar de regra pertinente ao *processo*, as regras pertinentes ao regime da coisa julgada haveriam de ser aplicadas em eventual processo arbitral que envolvesse conflito relativo a direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Registre-se, aliás, que em processo arbitral com tal objeto, a observância das normas pertinentes à coisa julgada é inderrogável pelas partes, por se tratar de normas de ordem pública.

23.2. Coisa julgada na tutela de direitos individuais homogêneos

Nas demandas coletivas ajuizadas com vistas à tutela de direitos individuais homogêneos, o regime da coisa julgada, previsto no artigo 103, inciso II e parágrafo 3º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, é também peculiar.

Em tais demandas, a coisa julgada somente se forma, independentemente da sorte do resultado (se procedente, ou improcedente), no plano coletivo. Assim, se julgada a demanda, nenhum outro legitimado coletivo poderia intentar ação coletiva com idêntico objeto.

No plano individual, porém, a formação de coisa julgada, em decorrência do julgamento da ação coletiva ajuizada para a tutela de direitos individuais homogêneos, somente se dará na hipótese de *procedência* do pedido, quer dizer, apenas em *benefício* dos substituídos. Se, ao revés, a ação coletiva vier a ser julgada improcedente, não haverá coisa julgada a impedir cada um dos titulares do direito subjetivo de ajuizarem ações individuais

²⁴⁴ Assim: “(...) o que importa não é a dicção do magistrado na sentença, mas o conteúdo ou modo pelo qual o feito se encerrou. Se a discordância diz respeito a questões de fato que possam receber demonstração diversa da pretérita, inclusive em função do avanço tecnológico dos meios de prova, será possível a reformulação da ação já julgada.” (LEONEL, *Manual...*, p. 274).

com idêntico objeto. Haverá, e isso não se pode deixar de reconhecer, um forte *precedente* em sentido contrário à pretensão a ser deduzida no plano individual.

Como já assinalado, esse fenômeno é referido em doutrina como coisa julgada *secundum eventum litis*.

As regras pertinentes ao regime da coisa julgada, como bem explicitou Ada Pellegrini GRINOVER²⁴⁵ haveriam, inquestionavelmente, de ser aplicadas em eventual processo arbitral que versasse sobre litígios relativos a direitos individuais homogêneos.

A observação do sistema do processo coletivo, em especial, em relação aos direitos individuais homogêneos, revela que a norma do artigo 103, III e parágrafo 2º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, deve ser também aplicada em resolução extrajudicial.

Com efeito, ao excluir a possibilidade de a tutela, no plano coletivo, vir a prejudicar os direitos subjetivos, no plano individual, o legislador ordinário eliminou qualquer chance de a atuação do legitimado coletivo vir a prejudicar o indivíduo.

A conclusão a que se chega é que, para além de simplesmente disciplinar o regime da coisa julgada no *processo*, tal norma evidencia que a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos foi concebida apenas para o benefício dos titulares dos direitos individuais.

Assim, não faria sentido algum que, em resolução consensual extrajudicial de litígio relativo a direito individual homogêneo, eventual atuação do legitimado que não obtivesse resultado integralmente favorável à pretensão perseguida pudesse *vincular*, de forma obrigatória, os titulares de direito, no plano individual.

Em síntese, apesar de se tratar, formalmente, de norma pertinente à coisa julgada, o que sugeriria, à primeira vista, a sua aplicabilidade apenas no *processo*, por se tratar, a bem da verdade, de regra imprescindível à própria concepção do sistema de tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, sua eficácia deve atingir também eventual resolução extrajudicial consensual, a fim de que os indivíduos somente fiquem vinculados à transação que lhes seja integralmente favorável.

²⁴⁵ “*se a regra for a coisa julgada secundum eventum litis, para os interesses individuais homogêneos, ela também vai cobrir com os mesmos efeitos a sentença arbitral. Ela vai beneficiar mas não vai prejudicar e cada um que quiser impetrar a sua ação individual poderá fazê-lo*” (Conferência... p. 13).

24. Compromisso de ajustamento de conduta

Para os fins pretendidos neste trabalho, além da delimitação conceitual dos direitos coletivos e do exame de conceitos fundamentais de legitimação e coisa julgada, é imprescindível tratar também do compromisso de ajustamento de conduta, instrumento concebido para permitir a resolução extrajudicial de conflitos relativos a direitos coletivos.

Pela previsão contida no artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei de Ação Civil Pública, os órgãos públicos legitimados para a tutela coletiva podem firmar com os interessados, *compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial*.

À luz da classificação de Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, trata-se de uma forma autocompositiva de resolução de litígios, uma vez que a resolução do conflito é consensual, por obra das próprias partes em disputa.

Aproximando-se o instituto ao tema dos meios alternativos de resolução de disputas, Rodrigo FERNANDES aduz que compromisso de ajustamento de conduta constitui forma alternativa de solução de controvérsias no âmbito dos direitos coletivos.²⁴⁶

A rigor, o compromisso de ajustamento de conduta não deve ser tratado, em si, como uma *técnica* de resolução de disputas, mas sim como resultado que pode ser obtido por meio da utilização de técnicas consensuais.

A grande controvérsia acerca do tema, no entanto, em relação a qual não há consenso em doutrina, consiste da definição da natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta.

Em razão da impossibilidade de haver concessão quanto ao direito material, reforçada pela letra da lei, que alude apenas ao ajuste de conduta às exigências legais, Ricardo de Barros LEONEL, Luis Roberto PROENÇA, Paulo Cesar Pinheiro

²⁴⁶ FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental: fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional*. São Paulo: Renovar, 2008, p. 19.

CARNEIRO, Marcelo ABELHA e Fernando Reverendo Vidal AKAOUI²⁴⁷, afirmam que não haveria como atribuir ao compromisso de ajustamento de conduta a natureza jurídica de *transação*, por ser da essência dessa modalidade contratual a realização de concessões mútuas sobre o direito material, com a finalidade de encerrar ou prevenir litígios (artigo 841, do Código Civil).

Apesar da uniformidade quanto à natureza jurídica que o compromisso de ajustamento de conduta não teria, dissentem esses autores acerca da natureza do ato.

Segundo Ricardo de Barros LEONEL, o compromisso de ajustamento de conduta constituiria ato unilateral do particular de submissão às exigências legais.²⁴⁸

Em sentido análogo, Paulo Cesar Pinheiro CARNEIRO, afirma que tal instrumento equivaleria ao reconhecimento de uma obrigação legal a cumprir, de um dever jurídico.²⁴⁹

Marcelo ABELHA, por seu turno, aduz que o compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais teria como objeto a prestação positiva ou negativa do interessado.²⁵⁰ Luis Roberto PROENÇA, depois de concordar com a orientação adotada por Marcelo ABELHA, sustenta que o compromisso de ajustamento de conduta seria um comprometimento ao ajuste de conduta às exigências legais, *instituto novo*, embora também diverso da transação.²⁵¹

Por fim, para Fernando Reverendo Vidal AKAOUI, este instrumento seria, na verdade, uma espécie do gênero *acordo*.²⁵²

Há ainda outras orientações acerca da natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta.

Hugo Nigro MAZZILLI, por exemplo, defende que o compromisso de ajustamento de conduta seria um ato administrativo negocial (negócio jurídico de direito público), que consubstanciaria declaração de vontade do Poder Público coincidente com a

²⁴⁷ LEONEL, *Manual...*, p. 349; *Inquérito Civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 125; CARNEIRO, *A proteção...*, p. 265; ABELHA, *Ação...*, p. 95; AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 68-70.

²⁴⁸ LEONEL, *Manual...*, p. 349.

²⁴⁹ CARNEIRO, *A proteção...*, p. 265.

²⁵⁰ ABELHA, *Ação...*, p. 94.

²⁵¹ PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito Civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 125.

²⁵² AKAOUI, *Compromisso...* p. 70.

do particular, de adequar sua conduta às exigências legais.²⁵³ Em sentido congruente com tal orientação, Rodrigo FERNANDES aduz que esse instrumento teria natureza de contrato administrativo típico.²⁵⁴

Geisa de Assis RODRIGUES é defensora da orientação de que a natureza seria de negócio jurídico bilateral²⁵⁵, acompanhada, em parte, por Ana Luiza de Andrade NERY, para quem o compromisso de ajustamento de conduta teria natureza jurídica de *negócio jurídico bilateral* e, em especial, de transação híbrida, por mesclar elementos de direito público e privado.²⁵⁶

Por fim, boa parte da doutrina, como é caso de Ada Pellegrini Grinover GRINOVER e Eduardo Damião GONÇALVES²⁵⁷, Édis MILARÉ²⁵⁸, Daniel Roberto FINK²⁵⁹, José Carlos Baptista PUOLI²⁶⁰, Eurico FERRARESI²⁶¹, Pedro LENZA²⁶², Fernando Grella VIEIRA²⁶³ e Bernardo LIMA²⁶⁴, aduzem que compromisso de

²⁵³ MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta – Análise à luz do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivo*. São Paulo: RT, 2007, p. 238.

²⁵⁴ FERNANDES, *Compromisso...*, p. 78.

²⁵⁵ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e Termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 152.

²⁵⁶ NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta: Teoria e análise de casos práticos*. São Paulo: RT, 2010, p. 141-153.

²⁵⁷ Conferência..., p. 2.

²⁵⁸ MILARÉ, Édis. O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos: relação entre os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei 7.347/1985. *Revista de Direito Ambiental*, v. 38, abr. 2005, p. 39-40.

²⁵⁹ FINK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta). In: MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 119.

²⁶⁰ PUOLI, José Carlos Baptista. *Responsabilidade Civil do Promotor de Justiça na tutela aos interesses coletivos: meio ambiente, consumidor, improbidade administrativa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 173-177.

²⁶¹ FERRARESI, Eurico. *Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 226.

²⁶² LENZA, *Teoria...*, p. 75-76.

²⁶³ VIEIRA, Fernando Grella Vieira A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 289.

²⁶⁴ LIMA, *A Arbitrabilidade...*, p. 118.

ajustamento de conduta teria sim natureza jurídica de transação.²⁶⁵ Essa é, ademais, a orientação adotada em dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça.²⁶⁶

Nesse sentido, a proposta legislativa de alteração da Lei da Ação Civil Pública (Projeto de Lei n.º 5.139/2009), atualmente arquivado, em seu artigo 49, atribui ao compromisso de ajustamento de conduta a natureza jurídica de transação.²⁶⁷

Em posição bastante vanguardista, José Carlos Baptista PUOLI sustentou que, além de se tratar de transação, haveria no compromisso de ajustamento de conduta amplitude, ainda que mitigada, para a negociação, de modo a propiciar o pronto e eficaz atendimento do cerne do interesse público, evitando-se os riscos inerentes ao processo judicial. Sugere o processualista, com razão, a superação do preconceito que ronda a ideia de indisponibilidade do interesse público, que, muitas vezes, opera em desfavor da tutela integral dos bens da vida que deveriam resguardar.²⁶⁸

Feita a revisão da literatura processual acerca do tema, verifica-se que a investigação acerca da natureza do compromisso de ajustamento de conduta perpassa pelo exame de seu conteúdo possível e dos limites legais impostos a sua celebração.

O fato é que o compromisso de ajustamento de conduta costuma contemplar dois núcleos lógicos distintos. O primeiro, estritamente relacionado ao direito material, diz respeito ao reconhecimento pelo particular de que a sua conduta precisa ser ajustada às

²⁶⁵ Nelson NERY JUNIOR, ao analisar a natureza do compromisso de ajustamento de conduta, que nada mais seria do que um acordo, afirmou ser possível a transação em matéria de direitos difusos e coletivos, desde que analisada no caso concreto. (Compromisso de ajustamento de conduta: solução para o problema da queima da palha da cana-de-açúcar. *Revista dos Tribunais*, v. 692, jun. 1993, p. 31).

²⁶⁶ “(...) 2. O Termo de Ajustamento, por força de lei, encerra transação para cuja validade é imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia à caracterização deste negócio jurídico. (...)” (REsp 802.060/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/12/2009, DJE 22/02/2010)

“PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – AJUSTAMENTO DE CONDOTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra. 4. Recurso especial improvido.” (REsp 299.400/RJ, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/06/2006, DJ 02/08/2006, p. 229).

²⁶⁷ “Art. 49. O compromisso de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade da sua homologação judicial, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial Parágrafo único. Não será admitida transação no compromisso de ajustamento de conduta que verse sobre bem indisponível, salvo quanto ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas.”

²⁶⁸ PUOLI, *Responsabilidade...*, p. 173-177.

exigências legais. O segundo, por seu turno, retrata o modo, técnica e prazo de como será efetivado o cumprimento de eventual obrigação assumida pelo interessado.

Quanto ao primeiro núcleo lógico, a redação do artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei de Ação Civil Pública é clara no sentido de que ao particular somente é concedida a oportunidade de adequar sua conduta às exigências legais. A rigor, não haveria margem para que o órgão público concedesse ao particular qualquer concessão a esse respeito.

Se, em tese, a questão parece se resolver apenas na análise da letra fria do dispositivo legal, na prática, as mais variadas situações que envolvem direitos coletivos tem colocado o *tabu* da indisponibilidade material à prova.

Tome-se como exemplo a hipótese de autuação administrativa por infração de ordem ambiental, com aplicação de multa ao particular, discricionariamente apurada, no caso concreto, pelo agente fiscal, com base nos parâmetros legais.

Neste caso, se o interessado viesse a manifestar ao órgão público o desejo de firmar compromisso de ajustamento de conduta, para reparar integralmente a lesão, desde que o valor da multa, que reputa *ilegal* por diversos fundamentos, viesse a ser reduzido, não poderia o órgão público reduzir o valor da multa, como forma de viabilizar a resolução consensual, ao invés de perseguir, em juízo, a cobrança do valor integral da multa original?

Parece que sim. E ainda nesta hipótese, é evidente que eventual redução do valor da multa, em contrapartida da resolução consensual do litígio não implicaria renúncia ao bem jurídico coletivo violado. Pelo contrário, tal solução privilegiaria a celeridade na recomposição do dano, conforme obrigação assumida espontaneamente pelo interessado.

O que se está a demonstrar é que, mesmo no *núcleo* de direito material do compromisso de ajustamento de conduta, o dogma da indisponibilidade²⁶⁹ há de ser avaliado, no concreto, em vista do melhor cenário de remediação da lesão causada.

Afinal, tornando ao exemplo acima, pode ser muito mais efetivo extrair, no presente, o compromisso do interessado em recompor o bem jurídico, em contrapartida de eventual redução de sanção, do que perseguir, em juízo, a *futura* recomposição da lesão,

²⁶⁹ Segundo Paulo de Bessa ANTUNES, “a indisponibilidade (...) é um mito que permeia o direito ambiental, desmentido pela leitura atenta das normas, tanto as constitucionais, (...) como da legislação ordinária.” E mais adiante prossegue: “a utilização e o consumo dos recursos naturais é uma condição sem a qual não é possível a vida humana. Logo, sempre em uma medida ou em outra, haverá disponibilidade de direitos ‘indisponíveis’”. (Direito ambiental..., p. 105-107).

em contrapartida do *integral* pagamento do valor da multa. Como bem destacou Eduardo Damião GONÇALVES, em reflexão sobre o tema, o ótimo pode ser inimigo do bom.²⁷⁰

O objeto do compromisso de ajustamento de conduta há de ser, portanto, a preservação da exigência de que o bem jurídico coletivo seja preservado integralmente.

Passando à análise do segundo *núcleo* do objeto do compromisso de conduta, relativo à estipulação de forma, prazo e técnica a ser utilizada para cumprimento da obrigação de recompor o dano causado, não há dúvida de que os órgãos públicos dispõem de liberdade para negociar²⁷¹. Trata-se de esfera de disponibilidade processual²⁷², em que as negociações se situam no plano da efetivação da obrigação de reparar.²⁷³

Em termos pragmáticos, a definição técnica da forma mais adequada de dar cumprimento a uma obrigação reconhecida em compromisso de ajustamento de conduta pode ser bastante complexa e ser objeto de pontual controvérsia entre o órgão público e o particular.

Em tais circunstâncias, nada impede que as partes possam se valer de mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos para definir especificamente essa questão. Em se tratando de divergência técnica, a arbitragem certamente se apresentaria como mecanismo adequado para se chegar a uma definição sobre a questão.

É precisamente quanto à contribuição deste segundo núcleo para a definição da natureza jurídica que há controvérsia em doutrina: para os autores que atribuem ao compromisso de ajustamento de conduta a natureza de *transação*, essa margem de negociação quanto a prazo, forma e técnica é determinante para a sua caracterização; já para aqueles que lhe atribuem natureza jurídica diversa, a possibilidade de negociação relativa apenas à forma, prazo e técnica não seria suficiente para caracterizar a *transação*, já que o núcleo de direito material restaria preservado.

²⁷⁰ GONÇALVES, *Conferência...*, p. 9.

²⁷¹ COSTA, Susana Henriques da. *Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular* (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 424.

²⁷² A expressão foi emprestada de LEONEL, *Manual...*, p. 324. Em sentido análogo, Eduardo Damião GONÇALVES afirma a necessidade de se distinguir indisponibilidade da obrigação da disponibilidade que cerca o seu modo de cumprimento. (*Arbitrabilidade...*, p. 196).

²⁷³ Não há, no ponto, qualquer concessão, no sentido material empregado no artigo 841 do Código Civil, de modo que tampouco essa esfera de disponibilidade justificaria a atribuição de natureza jurídica de transação ao termo de ajustamento de conduta.

No revés de tal argumentação, observou Ana Luiza de Andrade NERY que o argumento da integral indisponibilidade dos direitos coletivos não é suficiente para retirar o elemento consensual do compromisso de ajustamento de conduta e reduzir-lhe à natureza jurídica à mera concordância do interessado.²⁷⁴ Esse argumento é determinante para atestar, no mínimo, a natureza *bilateral* do compromisso de ajustamento de conduta.

A natureza jurídica específica de *transação*, que como visto, constitui espécie de negócio jurídico bilateral, modalidade contratual²⁷⁵ caracterizada pela realização de *concessões recíprocas*²⁷⁶ entre as partes com o objetivo de prevenir litígios, decorre do preenchimento das características essenciais a sua caracterização.

As *concessões recíprocas* podem situar-se no núcleo de direito material do compromisso de ajustamento de conduta, desde que o bem jurídico originalmente violado seja preservado integralmente, ou mesmo no núcleo relativo à forma, modo e técnica a ser utilizada para recomposição do dano causado.

Em contra argumento àqueles que afirmam que dificuldade de atribuição da natureza jurídica de transação decorreria da impossibilidade de haver qualquer renúncia do direito material, sendo possível a negociação apenas quanto aos elementos acidentais, há que se ter presente que a linha divisória que separa esses dois núcleos *supra* referidos não é, na prática, tão clara quanto a teoria possa sugerir.

Com efeito, exagerar no prazo de reparação, reduzi-lo de forma a tornar o seu cumprimento inviável ou ainda eleger técnica inadequada pode equivaler a deixar de recompor o bem jurídico lesionado.

Destarte, a verdade é que os aspectos ditos acidentais²⁷⁷ do compromisso de ajustamento de conduta possuem relação umbilical com o direito material resguardado.

Volvendo à caracterização da natureza jurídica de transação, o aspecto da *prevenção de litígios* decorre da circunstância de que o compromisso de ajustamento de conduta possui aptidão para resolver determinado litígio definitivamente, de modo a evitar a extensa via do processo de conhecimento, para que, em caso de inadimplemento, esteja o órgão público munido de título executivo extrajudicial.

²⁷⁴ NERY, Ana Luiza de Andrade, *Compromisso...*, p. 145.

²⁷⁵ MALUF, *A transação...*, p. 35.

²⁷⁶ BEVILAQUA, *Código...*, p. 144.; MALUF, *A Transação...*, p. 32.

²⁷⁷ RODRIGUES, *Ação civil pública...*, p. 146.

Além disso, quanto às características essenciais da transação, é certo que o compromisso de ajustamento de conduta constitui negócio jurídico bilateral, sinalagmático, consensual, oneroso²⁷⁸ e comutativo.²⁷⁹

A circunstância de se tratar de instituto jurídico disciplinado no direito civil, com o objetivo de regular relações típicas de direito privado, não afasta a possibilidade de sua utilização na seara dos direitos coletivos. Ademais, a participação de órgãos públicos em um dos pólos tampouco parece ser relevante para a definição de sua natureza jurídica como transação, diante da *capacidade contratual* de todos os legitimados.²⁸⁰

Acrescente-se, por fim, que a atribuição de natureza jurídica de transação ao compromisso de ajustamento de conduta traz importante contribuição, sob o ponto de vista pragmático, para eliminação do *dogma* da indisponibilidade absoluta dos direitos coletivos, de modo a estimular a resolução extrajudicial de conflitos dessa natureza.

25. Conclusão parcial

1. Diante do exposto neste capítulo, viu-se que na categoria dos direitos coletivos estão inseridas três modalidades de direitos:

1.1. Os direitos difusos são direitos essencialmente coletivos e indivisíveis de que são titulares pessoas indeterminadas, ligadas, circunstancialmente, por situações de fato. Tais direitos são materialmente indisponíveis, na medida em que devem ser preservados sempre em sua integralidade, sem admitir disposição de seu conteúdo.

1.2. Os direitos coletivos *stricto sensu* também são direitos essencialmente coletivos, de titularidade de grupos ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. A exemplo dos direitos difusos, os coletivos *stricto sensu* também são também materialmente indisponíveis.

²⁷⁸ Diverge-se, no ponto, da orientação adotada por Geisa de Assis RODRIGUES, para quem o compromisso de ajustamento de conduta não envolveria operação econômica. *Compromisso...*, p. 148.

²⁷⁹ MALUF, *A transação...*, p. 47-48.

²⁸⁰ Em sentido contrário, Geisa de Assis RODRIGUES afirma que a atribuição de natureza de transação ao compromisso de ajustamento de conduta demandaria *enorme malabarismo exegético*. (*Ação civil pública...*, p. 145-147).

1.3. Os direitos individuais homogêneos são direitos individuais que admitem tutela coletiva, por razões de economia processual e efetividade da tutela jurisdicional. Para tanto, devem ter origem comum e homogeneidade na sua configuração, critério que deve ser aferido a partir da prevalência das questões comuns sobre as questões individuais. Por exprimirem obrigações pecuniárias, os direitos individuais homogêneos são materialmente disponíveis. Além disso, os direitos individuais homogêneos são também disponíveis sob o prisma instrumental, razão pela qual os conflitos que os envolvem podem ser objeto de resolução extrajudicial.

2. O processo coletivo possui papel fundamental na efetivação das garantias fundamentais e, com isso, na definição do interesse público, frente aos conflitos. A presença do interesse público não impede a resolução extrajudicial do conflito.

3. Apesar de o Código de Proteção e Defesa do Consumidor ter explicitado as principais características das três espécies de direitos coletivos, o critério mais preciso para sua identificação é a análise da tutela jurisdicional pretendida.

4. A legitimação para a tutela coletiva decorre de atribuição pelo legislador, que arrolou órgãos públicos e entidades privadas que reputou adequadas para a tutela de tais direitos. Essa legitimação é concorrente e disjuntiva.

4.1. A legitimação para a tutela de direitos essencialmente coletivos é autônoma, nem ordinária, nem extraordinária.

4.2. A legitimação para tutela de direitos individuais homogêneos é extraordinária, da espécie substituição processual.

5. A coisa julgada no processo coletivo possui contornos próprios, diversos do processo individual. Essa configuração decorreu da necessidade de se adequar a coisa julgada à amplitude da coletividade de sujeitos que são titulares dos direitos coletivos.

5.1. A coisa julgada no processo coletivo voltado à tutela de direitos difusos ou coletivos possui eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, respectivamente. Além disso, caso a demanda coletiva seja julgada improcedente por insuficiência de provas, não haverá formação de coisa julgada (coisa julgada *secundum eventum probationis*). Tal regra deve ser aplicada em eventual processo arbitral que verse sobre litígios dessa natureza.

5.2. A coisa julgada no processo coletivo voltado à tutela de direitos individuais homogêneos possui eficácia *erga omnes*. Ademais, não haverá formação de coisa julgada, no plano individual, se a ação coletiva for julgada improcedente (coisa julgada *secundum eventum litis*). Essa regra, além de simplesmente disciplinar a coisa julgada, evidencia que a tutela coletiva de tais direitos foi concebida apenas para benefício dos titulares de direito individual, razão pela qual deve ser observada em eventual resolução extrajudicial, consensual ou arbitral.

6. O compromisso de ajustamento de conduta constitui instrumento voltado para a tutela extrajudicial de direitos coletivos e possui natureza jurídica de transação.

CAPÍTULO V – TÉCNICAS EXTRAJUDICIAIS E DIREITOS COLETIVOS: CRITÉRIOS DE ADMISSIBILIDADE E JUÍZO DE ADEQUAÇÃO

Para a análise da possibilidade de resolução extrajudicial de conflitos que envolvam direitos coletivos, é preciso, em primeiro lugar, identificar a espécie de direito envolvido, à luz dos elementos e critérios tratados no Capítulo IV para, então, verificar a sua compatibilidade com as premissas previamente estabelecidas no Capítulo III, sobre os critérios subjetivos e objetivos de admissibilidade do uso de mecanismos extrajudiciais.

Nesta perspectiva de encontro dos dois grandes assuntos desta dissertação – técnicas extrajudiciais e tutela coletiva – será enfrentada, preliminarmente, a questão da aplicabilidade do regime legal do processo coletivo à resolução extrajudicial de conflitos dessa natureza.

Na sequência, serão analisadas as perspectivas de resolução extrajudicial de conflitos coletivos sob a ótica *subjetiva*, com exame da capacidade das partes legitimadas a deduzir pretensões coletivas, em especial diante dos esquemas de legitimação e de coisa julgada concebidos para as lides coletivas, e *objetiva*, em que se analisará se os direitos coletivos seriam instrumentalmente disponíveis e patrimoniais.

Por fim, serão lançadas perspectivas para o juízo de adequação dos litígios que envolvem direitos coletivos para serem compostos por meio de técnicas extrajudiciais de resolução de controvérsias.

26. As regras do processo coletivo e sua aplicabilidade na resolução extrajudicial de conflitos coletivos

De saída, é preciso esclarecer a impossibilidade de invocação do regramento processual coletivo, por se tratar de normas de ordem pública, como fator a inviabilizar a possibilidade de resolução extrajudicial de conflitos coletivos.

O processo coletivo possui regras próprias, compatíveis com suas premissas, que são substancialmente diversas daquelas que orientam o processo individual. É o caso, por exemplo, das normas pertinentes à legitimidade e à coisa julgada.

Todo o microsistema de processos coletivos é composto por normas de *ordem pública*, que são assim consideradas por serem *cogentes*, cuja aplicação não pode ser dispensada na tutela de tais direitos.²⁸¹

Vejam-se, em primeiro lugar, as normas pertinentes à legitimação para a tutela coletiva.

Como visto no capítulo precedente, diversamente do processo individual, a legitimidade no processo coletivo não decorre da titularidade do direito, no plano do direito material; decorre, ao revés, de *atribuição* constitucional ou legal pelo legislador, que as define a partir da verificação de uma *situação legitimante*, com base na aptidão de certos órgãos públicos e entidades civil para tutelarem os direitos coletivos.²⁸²

A legitimação coletiva, portanto, é resultante de opções político-legislativas, já que a *natureza* dos direitos coletivos, seja a dos direitos essencialmente coletivos, seja a dos direitos acidentalmente coletivos, não permitiria uma identificação intuitiva de quem estaria ordinariamente indicado para a tutela de tais direitos.

Essa constatação já autoriza a conclusão preliminar de que a resolução extrajudicial de conflitos que envolvam direitos coletivos não pode dispensar a aplicação das regras de atribuição de legitimidade.

Observe-se, em segundo lugar, o regramento da coisa julgada no processo coletivo.

As regras que disciplinam a coisa julgada, como visto, são substancialmente diversas daquelas que se aplicam ao processo individual. Essa conformação diversa era, de fato, imprescindível para que o regime da coisa julgada pudesse refletir a amplitude do próprio processo coletivo, que tutela direitos indivisíveis, cuja titularidade pode pertencer a coletividade de sujeitos.

²⁸¹ Mesmo em eventual arbitragem, como esclarece Eduardo Damião GONÇALVES: “o árbitro, se estiver resolvendo uma questão e se deparar com o direito aplicável, no direito aplicável à solução daquele litígio, com questões, com normas de ordem pública, leis imperativas, ele é obrigado, ele deve aplicá-las sob pena, inclusive, de ter a sua decisão depois sancionada, numa fase pós-arbitral” (Conferência..., p. 7).

²⁸² GUEDES, *Legitimidade...*, p. 11/13.

Assim, todas as regras que disciplinam a coisa julgada no processo coletivo devem ser aplicadas em eventual processo arbitral instaurado para resolver litígio que envolva algum direito coletivo.²⁸³

Como será visto no Capítulo VI, item 32.1. As *class arbitrations norte-americanas*, essa é conclusão extraída por parte da doutrina norte-americana para afirmar a validade das *class actions arbitrations*, de tal modo que a regra 23 das Normas Federais, que disciplina as *class actions*, encontra-se substancialmente reproduzida nos regulamentos arbitrais da AAA e da JAMs, específicos para essa modalidade de demandas.

Com efeito, a flexibilidade procedimental arbitral pode ir até onde não haja comprometimento dos princípios que asseguram o devido processo legal na arbitragem (artigo 21, parágrafo 2º, c/c artigo 32, inciso VIII e 33, parágrafo 2º, I, da Lei de Arbitragem).²⁸⁴ Especificamente para a tutela de direitos coletivos, as normas sobre legitimidade e coisa julgada são da essência do processo coletivo, quer processado perante o juiz estatal, quer processado órgão arbitral.

Em eventual resolução extrajudicial consensual de litígio relativo a direito difuso ou coletivo, que redunde na celebração de compromisso de ajustamento de conduta, a eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* da solução não decorrerá da regra legislativa de coisa julgada, mas da expressão natural do espectro de titularidade do direito.

Já em eventual resolução extrajudicial consensual de litígio relativo a direito individual homogêneo, que redunde na celebração de compromisso de ajustamento de conduta, somente haverá vinculação dos titulares, no plano individual, se a solução obtida foi integralmente favorável à pretensão afirmada.

Essa afirmação decorre do regramento da coisa julgada *secundum eventum litis*, que para além do processo, reflete, como visto no item 23.2. *supra*, o próprio sistema concebido para a tutela coletiva de direitos individuais, que somente se opera em benefício dos titulares das pretensões individuais.

A verdade, quer em relação às regras de legitimidade, quer em relação às regras de coisa julgada, é que não se pode invocar a natureza de *ordem pública* dessas normas como argumento para negar possibilidade de resolução extrajudicial de conflitos

²⁸³ SILVA, *A nova...*, p. 86.

²⁸⁴ CARMONA, *Arbitragem...*, p. 252.

coletivos. A rigor, a natureza de ordem pública apenas impõe a sua observância, inclusive pelo árbitro ou tribunal arbitral, mas não afasta, por si, a arbitrabilidade do litígio.

Além das normas aplicáveis ao regime de legitimação e coisa julgada, que são os pilares da tutela coletiva, tampouco poderiam ser derogadas as demais normas do processo coletivo, como é o caso da intervenção obrigatória do Ministério Público, quando não figurar no processo como parte (artigo 5º, parágrafo primeiro, da Lei de Ação Civil Pública).

A rigor, tal norma jamais poderia ser interpretada como evidência, em si, de inarbitrabilidade objetiva, como sustenta parte da doutrina²⁸⁵.

Como esclarece Eduardo Damiano GONÇALVES, essa era uma concepção equivocada que vigeu, por anos, no direito francês²⁸⁶ e espanhol²⁸⁷, mas que já se encontra superada por grande parte das legislações atuais.²⁸⁸⁻²⁸⁹

A verdade é que há um grande preconceito – e talvez certo desconforto – em se admitir a participação do Ministério Público em um processo arbitral. Isso se deve, certamente, à natureza tipicamente privada dos litígios em relação aos quais a arbitragem é técnica consolidada de resolução de controvérsias.

O fato é que, apesar de não soar usual a participação do Ministério Público em uma arbitragem, não se vislumbra a existência de impedimento de ordem alguma a sua participação.

De fato, a intervenção do Ministério Público no processo é um indicativo de que há interesse público ou interesse social relevante envolvido no litígio. Todavia, nem sempre a presença do interesse público vai implicar a indisponibilidade dos direitos em disputa. Observe-se, por exemplo, o caso das demandas que envolvem direitos individuais

²⁸⁵ Em sentido contrário, Bernardo LIMA sustenta que a desnecessidade de intervenção do Ministério Público seria um critério de arbitrabilidade. (*A Arbitrabilidade...*, p. 26)

²⁸⁶ O Código de Processo Civil revogado entre 1980 e 1981 vedava o compromisso “sobre qualquer sujeita à comunicação ao Ministério Público”.

²⁸⁷ Dizia o artigo 2.1 da Lei 36/1988 que “não podiam ser objeto de arbitragem as questões em que, por determinação legal, deva intervir o Ministério Público em representação e defesa daqueles que não podem representar a si mesmos por carecer de capacidade de agir ou de representação legal”.

²⁸⁸ GONÇALVES, *Arbitrabilidade...*, p. 166.

²⁸⁹ Não obstante, ainda há ordenamentos jurídicos que excluem expressamente a arbitrabilidade de litígios em que haja intervenção ministerial. É o caso do Paraguai (artigo 2, caput, Lei 1879/2002), de Honduras (artigo 29, 3, do Decreto 161/2000) e do Equador (artigo 2, c, da Lei 36/1988), conforme legislação disponível em www.cbar.org.br, acessado em 18.10.2010.

homogêneos, em que o direito é disponível e o Ministério Público atua, ora como autor, ora como fiscal da lei (artigo 5º, parágrafo 1º, da Lei de Ação Civil Pública).

Em conclusão, as regras que disciplinam o processo coletivo devem ser observadas também na resolução extrajudicial de litígios relativos a direitos coletivos, por se tratarem de normas de ordem pública.

27. Critérios subjetivos de admissibilidade

Uma vez concluída a análise da admissibilidade objetiva para o exame do cabimento do uso de técnicas extrajudiciais de resolução de disputas, oportunidade em que se verificou a inadmissibilidade, apenas, do uso da arbitragem para a resolução de disputas que envolvam direitos difusos e coletivos, importa examinar se os requisitos subjetivos de admissibilidade autorizariam, como regra, a resolução extrajudicial de disputas coletivas.

Para o desenvolvimento desta análise, faz-se mister examinar, em primeiro lugar, o requisito da *capacidade* em relação a todos os entes que estão, por lei, legitimados à tutela dos direitos coletivos. Em segundo lugar, será também examinado se a natureza da legitimação, analisada em conjunto com o regime de coisa julgada particular a cada espécie de direito, interferiria na possibilidade de resolução extrajudicial de conflitos coletivos e, em caso afirmativo, em que medida.

27.1. Capacidade

No plano processual coletivo, há que se ter presente, que, diversamente do que se passa no processo individual, não há coincidência entre a titularidade do direito e a legitimidade para a sua tutela. Assim, enquanto no plano do processo individual, a aferição da capacidade é pertinente, diante da necessidade de o titular do direito – e ordinariamente legítimo para sua tutela – ser sujeito de direitos e deveres, no plano do processo coletivo,

essa verificação há de se dar não apenas em relação àquele que está legitimado à tutela, mas também em relação aos reais titulares do direito material coletivo.

A legitimidade para a tutela de direitos coletivos está prevista no artigo 127, *caput* e 129, inciso III, da Constituição Federal e no artigo 5º, da Lei de Ação Civil Pública e no artigo 82 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

À vista de tais disposições normativas, podem promover a tutela dos direitos coletivos, como já visto: o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, as associações civis, constituídas há pelo menos um ano e com fins institucionais correspondentes aos direitos tutelados e a Defensoria Pública.

Há ainda outras disposições legais que atribuem legitimidade a entes diversos daqueles *supra* arrolados, como é o caso da legitimidade conferida aos *partidos políticos*²⁹⁰, *organizações sindicais* e *entidades de classe* para a impetração de mandado de segurança coletivo (artigo 21 da Lei n.º 12.016/2009) na tutela de direitos coletivos ou individuais homogêneos; da legitimação conferida a qualquer cidadão para o ajuizamento de ação popular, instrumento voltado à pretensão de *anulação* ou à *declaração de nulidade* de ato administrativo ilegal e lesivo ao patrimônio público (artigo 1º da Lei de Ação Popular) e ainda, da legitimação outorgada às comunidades indígenas para a tutela coletiva de seus direitos, conforme artigo 232 da Constituição Federal.²⁹¹

Apesar de não se tratar de legitimação *ampla*, não haveria impedimento para que tais pessoas e entidades pudessem promover a tutela extrajudicial dos direitos a que estão, por lei, autorizados a tutelar, desde que a tutela pretendida não extravasasse o âmbito de atuação previsto em lei.

Registre-se, de saída, que a circunstância de o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública tratarem de legitimidade para a defesa de direitos coletivos *em juízo* e para a *propositura de ação principal e cautelar* não pode ser interpretada como limitativa da atuação extrajudicial. Afinal, não faria sentido que àquele que está legalmente autorizado para a tutela de direitos coletivos, em juízo, não fosse

²⁹⁰ Como os partidos políticos ostentam a *natureza jurídica* de associações, não há impedimento legal para que lhes seja reconhecida, sob tal prisma, legitimidade para o ajuizamento de ações civis públicas. Nesse sentido: LEONEL, *Manual*, p. 150.

²⁹¹ “Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

reconhecida legitimidade para a tutela desses mesmos direitos, por meio de outras técnicas de resolução de disputas, que não o processo judicial.

A análise da possibilidade de tais entes promoverem também a tutela extrajudicial de direitos coletivos perpassa pelo exame da legitimidade atribuída por lei para a celebração de compromisso de ajustamento de conduta.

O artigo 5º, parágrafo sexto, da Lei de Ação Civil Pública conferiu legitimidade apenas aos *órgãos públicos* para a celebração de compromisso de ajustamento de conduta. Exclui-se, portanto, legitimidade às associações civis²⁹².

Nesta ordem de ideias, é importante refletir sobre o alcance dessa limitação.

Trata-se, certamente, de uma cautela do legislador, que preferiu centralizar a possibilidade de resolução extrajudicial consensual de litígios relativos a direitos coletivos apenas nas mãos de órgãos públicos, o que se deve, certamente, à ausência de controle jurisdicional. A conclusão a que se chega, pela análise feita pela ótica inversa, é que a legitimidade das associações civis para a tutela coletiva foi limitada à hipótese de controle jurisdicional e intervenção obrigatória do Ministério Público.

Destarte, se o compromisso de ajustamento de conduta é instrumento, por excelência, de resolução extrajudicial de conflitos relativos a direitos coletivos, eventual limitação de legitimação para sua celebração haverá de se refletir na possibilidade de resolução extrajudicial de tais litígios.

Assim, a conclusão a que se chega é que, as associações civis, embora legitimadas à tutela de direitos coletivos, não estão legitimadas a promoverem a resolução extrajudicial consensual de tais controvérsias.²⁹³

Essa limitação, todavia, não deve ser estendida para abranger também a legitimidade para firmar *convenções arbitrais* e promover a tutela de direitos coletivos em sede arbitral, seja por não haver norma que assim determine, seja por que em eventual processo arbitral a atuação da associação se daria sob a mira jurisdicional do árbitro ou tribunal arbitral, além da atuação necessária do Ministério Público.

²⁹² A rigor, a exclusão atinge ainda, na esfera mais restrita de sua legitimação, acima explicitada, os partidos políticos, organizações sindicais, os cidadãos e as comunidades indígenas.

²⁹³ Em sentido contrário: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social. Uma sugestão de integração. Tese apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 197.

Volvendo às premissas previamente estabelecidas no Capítulo III, acerca dos meios extrajudiciais de resolução de disputas, aduziu-se que a capacidade é requisito de ordem subjetiva para a verificação da admissibilidade do uso de técnicas extrajudiciais, sejam elas consensuais ou adjudicatórias.

Tal requisito exprime a exigência de que os titulares dos direitos em disputa possam ser sujeitos de direitos e deveres na vida civil (artigo 1º do Código Civil).

As entidades *supra* referidas, mesmo os entes despersonalizados, como é o caso do Ministério Público, possuem sim *capacidade contratual*, pois podem ser sujeitos de direitos e obrigações. É o que evidencia o artigo 5º, parágrafo sexto, da Lei de Ação Civil Pública, que, como visto, possui natureza jurídica de *transação*.

Em síntese, todos os legitimados coletivos, ainda que despersonalizados, são entes dotados de *capacidade contratual*, razão pela qual se conclui que não haveria, sob tal prisma, impedimento à resolução de conflitos coletivos por meio da arbitragem.

Já a resolução extrajudicial consensual de litígios coletivos somente pode ser promovida pelos órgãos públicos legitimados, órgãos também dotados de capacidade contratual.

27.2. Natureza da legitimação e regime de coisa julgada

Para além da simples *capacidade*, a utilização de técnicas extrajudiciais de resolução de disputas depende do exame da natureza da legitimação e do regime de coisa julgada.

Como visto precedentemente, o regime da *legitimação* e da *coisa julgada* no processo coletivo é substancialmente diferente do processo individual, o que se justifica em razão das peculiaridades dos direitos coletivos.

O exame das características específicas desses regimes é importante para avaliação da eficácia de eventual solução obtida por meio de técnica extrajudicial, em especial em razão do regime aplicável à tutela de direitos individuais homogêneos.

Preliminarmente, no que tange aos direito essencialmente coletivos, a legitimação, como visto, é *autônoma*, uma vez que atribuída por lei. Assim, tendo o legislador autorizado os entes arrolados no artigo 5º, da Lei de Ação Civil Pública e no artigo 82 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor a atuarem, em juízo, na defesa de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, estão também legitimados a promoverem a tutela extrajudicial de tais direitos.

Com relação à coisa julgada, a regra é a sua formação, para tornar imutáveis os efeitos da sentença, com eficácia *erga omnes*, no caso de tutela de direitos difusos, e *ultra partes*, no caso de tutela de direitos coletivos *stricto sensu*. O temperamento legal deste regime está na coisa julgada *secundum eventum probationis* (artigo 103, incisos I e II, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor), que, a rigor, impede a formação de coisa julgada na hipótese de improcedência do pedido, por insuficiência de provas.

Assim, à vista do regime de legitimação e coisa julgada pertinente à tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, é certo que tal regime não traz implicações, sob o prisma *subjetivo* de admissibilidade, à resolução extrajudicial de conflitos relativos a tais direitos, pois a mesma legitimação que autoriza a tutela judicial, permite também a tutela extrajudicial.

Já no que concerne aos direitos individuais homogêneos, a legitimação, como visto, é *extraordinária*, da espécie *substituição processual*, pois os legitimados coletivos atuam em nome próprio, em defesa de direito alheio.

No sistema processual coletivo brasileiro, diversamente do direito federal norte americano, essa substituição processual somente se dá em benefício dos substituídos, titulares dos direitos individuais, em razão da coisa julgada *secundum eventum litis*, que impede a formação de coisa julgada no caso de improcedência da ação coletiva (artigo 103, inciso III e parágrafo segundo, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor).

Assim, pela conformação legal concebida pelo legislador para a tutela de direitos individuais homogêneos, jamais poderia o legitimado coletivo prejudicar, com sua atuação, as pretensões individuais, já que a improcedência da ação coletiva não impediria o ajuizamento de ações individuais.

Essa configuração de legitimação (*substituição processual*) poderia, em um primeiro momento, conduzir à afirmação de que legitimado coletivo não estaria autorizado nem a optar pelo uso de técnica extrajudicial de resolução de conflitos, nem a chegar a uma

solução que implicasse, em alguma medida, renúncia ao direito em litígio – hipótese plenamente possível, sob o prisma objetivo, diante da disponibilidade material de tais direitos.

O argumento, então, seria de que, se o direito é alheio – e não próprio – não seria legítima nem a escolha da técnica extrajudicial, nem o resultado final obtido que implicasse renúncia parcial a direitos.

Essa parece ser a orientação adotada por Alexandre Amaral GAVRONSKI, para quem a falta de titularidade dos direitos coletivos pelos legitimados coletivos lhes retira qualquer possibilidade de disposição, independentemente da natureza do direito, e lhes impõe o dever de buscar a solução correta, à luz do ordenamento jurídico.²⁹⁴

Essa orientação, com o devido respeito, não traduz, com precisão, o regime jurídico pertinente a essa espécie de direito coletivo, tal como disciplinado nos diplomas que compõem o microssistema de tutela coletiva.

Com efeito, a solução concebida pelo legislador para que o esquema da substituição processual não pudesse prejudicar os direitos dos substituídos não é a limitação da sua atuação, mas a limitação da possibilidade de vinculação dos resultados obtidos pelo legitimado coletivo. Destarte, se a solução obtida for favorável, com o acolhimento do pedido, então, haverá formação de coisa julgada; se, ao revés, for decretada a improcedência do pedido, não haverá formação de coisa julgada.

Assim, aplicando-se essa mesma solução legislativa ao plano extrajudicial de resolução de controvérsias, é de se concluir que a limitação não está na possibilidade de utilização de tais técnicas ou mesmo na limitação dos resultados possíveis, mas sim na possibilidade de vinculação individual à resolução obtida.

Nesta ordem de ideias, fica claro que a tutela, no plano coletivo, de direitos individuais homogêneos somente poderia vincular os reais titulares do direito na hipótese de satisfação integral à pretensão que se julgavam titulares. Qualquer renúncia, ainda que parcial, ou mínimo decaimento de pedido, em caso de processo arbitral, somente vincularia os indivíduos que praticassem ato posterior que expressasse concordância com a solução obtida.

²⁹⁴ GAVRONSKI, *Técnicas...*, p. 161.

Veja-se, por exemplo, hipótese de ilegal elevação do valor das mensalidades de determinada rede de escolas particulares, com pagamento de valores indevidos por diversos pais.

Neste caso, eventual resolução extrajudicial deste conflito poderia resultar, por exemplo, na celebração de acordo, em que a rede de escolas concordasse em efetuar a devolução do equivalente a 70 % (setenta por cento) dos valores injustamente recebidos. Afinal, após a análise da face econômica do conflito, chegou-se a conclusão de que seria mais razoável viabilizar o recebimento imediato de parte substancial do valor ilegal do que perseguir, por prazo indefinido, a sua satisfação integral.

Neste exemplo, os pais que concordassem com o acordo poderiam formular requerimento diretamente à escola, para recebimento do valor. Os que não concordassem, em contrapartida, poderiam promover ação judicial com o objetivo de obter a reparação integral deste prejuízo.

Cogite-se ainda de eventual resolução extrajudicial consistente de sentença arbitral julgasse a pretensão apenas parcialmente procedente. Também neste caso, teriam os pais opção de aquiescer à sentença e promover a sua liquidação ou de ajuizar ação judicial com vistas à reparação integral dos danos sofridos.

Essa exegese do sistema processual coletivo pertinente à tutela de direitos individuais homogêneos, além de ser mais consentânea com a solução adotada no plano judicial, de impedir apenas a formação de coisa julgada em prejuízo dos titulares dos direitos, privilegia a resolução do conflito, por criar alternativas à sentença judicial, sem que, em contrapartida, haja prejuízo à satisfação integral do direito individual violado.

Em conclusão, é possível afirmar que a natureza da legitimação e o regime da coisa julgada próprios da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos não afastam o cabimento, sob o prisma *subjetivo*, do uso de técnicas extrajudiciais de resolução de controvérsias, nem limitam as soluções possíveis de serem alcançadas por meio de tais técnicas.

28. Critérios objetivos de admissibilidade

Como visto, os critérios objetivos de admissibilidade da utilização de meios extrajudiciais de resolução de conflitos dizem respeito aos direitos envolvidos no litígio a ser composto, em perspectiva *material* (o direito em si considerado) e *instrumental* (as possibilidades de *resolução* de conflitos que o envolvam).

À vista do objeto desta dissertação, a análise será realizada sobre a ótica de cada uma das espécies de direitos coletivos.

28.1. Direitos difusos e coletivos *stricto sensu*: indisponibilidade material, disponibilidade instrumental e extrapatrimonialidade original

Por serem direitos *essencialmente* coletivos, indivisíveis e materialmente indisponíveis²⁹⁵, o regime a que se submetem os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, relativamente à admissibilidade da utilização de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos deve receber, de regra, a mesma sorte, razão pela qual a análise, em grande medida, será feita de forma conjunta.

Para verificação da possibilidade de resolução extrajudicial de conflitos que envolvam direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, é importante retomar as premissas adotadas no Capítulo III, relativas às espécies de indisponibilidade e à patrimonialidade.

Verificou-se, naquela oportunidade, que a indisponibilidade tanto pode ser *material*, enquanto vedação à renúncia do direito, em qualquer grau, ou *instrumental*, enquanto impossibilidade de reconhecimento espontâneo de que não se tem razão, sendo para tanto, indispensável o processo estatal.²⁹⁶ A aceção de indisponibilidade que importa para o exame do cabimento da utilização de técnicas extrajudiciais é a *instrumental*.

²⁹⁵ Essa premissa foi estabelecida no Capítulo IV, itens 17 e 18.

²⁹⁶ A distinção tem origem na classificação de Eduardo TALAMINI (A arbitragem..., pp. 342-343). Todavia, a indisponibilidade *instrumental*, referida neste trabalho, é tratada por TALAMINI como outra aceção de indisponibilidade material.

Constatou-se, ainda, que a aferição, sob o prisma objetivo, da possibilidade de utilização de técnicas consensuais de resolução de litígios demanda apenas a verificação da *disponibilidade instrumental* do direito em disputa. Eventual indisponibilidade material apenas reduziria os resultados possíveis de serem obtidos. Conclui-se, ainda, que a aferição da arbitrabilidade de litígios depende também, sob o prisma objetivo, do exame acerca da *disponibilidade instrumental* do direito e de sua *patrimonialidade*.

À vista do objetivo pretendido de análise da admissibilidade objetiva do uso de técnicas extrajudiciais para a resolução de conflitos que envolvam direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, analisemos, em primeiro lugar, o critério comum da disponibilidade instrumental.

A investigação da disponibilidade instrumental dos direitos essencialmente coletivos perpassa pela análise da possibilidade de os órgãos legitimados reconhecerem, sem a necessária atuação judicial, a inexistência de violação a direitos difusos ou coletivos *stricto sensu* em relação a determinada situação concreta.

E essa possibilidade existe.

Tome-se como exemplo as investigações desenvolvidas pelo Ministério Público em inquéritos civis. A existência de elementos indicativos da existência de lesão ou ameaça de lesão a direitos coletivos é que desencadeia a instauração do procedimento. Não obstante, as medidas adotadas com finalidade investigatória podem revelar que a irregularidade de que se cogitou, a princípio, não se perfaz, ou que já foi sanada, conclusão que legitima o arquivamento do inquérito civil.

Mesmo fora do ambiente investigatório do inquérito civil, podem os órgãos legitimados verificar que, apesar da existência de uma suspeita original de lesão a direito coletivo, eventual esclarecimento prestado pelo possível infrator poderia indicar a ausência de violação a lei, hipótese em que tampouco haveria de se adotar alguma medida judicial. É o caso, por exemplo, das reclamações processadas perante o Procon, órgão de proteção e defesa do consumidor.

Em ambos os casos, se, ao revés, as investigações ou esclarecimentos do interessado não se revelarem suficientes para esclarecer a inexistência de violação ou de ameaça de violação ao direito coletivo, caberá ao ente legitimado adotar medidas concretas para resguardar o direito.

A questão que se apresenta, a esta altura, é se essas medidas concretas haveriam de ser, necessariamente, judiciais.

A resposta há de ser negativa.

A primeira evidência disso é a possibilidade, prevista no artigo 5º, parágrafo sexto, da Lei de Ação Civil Pública, de celebração de *compromisso de ajustamento de conduta*, instrumento que denota que (i) não há, no plano normativo, vedação à resolução extrajudicial deste tipo de conflito e que (ii) não há, em relação aos conflitos coletivos, necessidade da intervenção judicial.

De fato, diversamente do que se passa, por exemplo, nas ações civis de improbidade administrativa, em que a intervenção judicial é *necessária* para aplicação de pena, podem os eventuais interessados se submeterem, sem necessária ação judicial, às exigências apontadas pelos órgãos públicos para a reparação do bem jurídico coletivo.

À vista de tais premissas, a conclusão parcial a que se chega é que os conflitos que envolvem direitos coletivos, apesar de *materialmente* indisponíveis, podem ser objeto de resolução extrajudicial *consensual*.

Destarte, mesmo quando não houver voluntariedade do interessado em se *comprometer*, por entender, por exemplo, que sua conduta não teria violado disposição legal alguma, não será o processo judicial a única forma de resolução deste conflito.

Ao examinar o tema, a doutrina, em especial aqueles que escreveram sobre a arbitragem, quando chegam a tratar do assunto – a verdade é que a maioria sequer cogita de tal possibilidade – sustenta a impossibilidade de utilização desta técnica para a resolução de controvérsias que envolvam direitos coletivos, diante da indisponibilidade *material* que reveste tais direitos.²⁹⁷

A questão é que, tal indisponibilidade, em atenção às premissas previamente estabelecidas neste trabalho, por ser apenas *material*, é limitativa apenas dos *resultados* a

²⁹⁷ É o caso de Rafael Francisco ALVES: “*não há como se falar em arbitragem envolvendo direito ambiental no plano coletivo, já que este envolve direitos difusos, que são indisponíveis por sua própria natureza, como já demonstrado, não se podendo sequer cogitar de uma possível relativização desta indisponibilidade em razão da previsão legal do compromisso de ajustamento de conduta, sendo inadmissível a prática de qualquer ato de transação, concessão ou disposição neste campo.*” (*Processos Coletivos...*, p. 205). Veja-se, também, a opinião de Joel Dias Figueira Júnior: “*os direitos difusos e coletivos estão excluídos de apreciação por parte da jurisdição privada, porquanto indivisíveis*” (*Arbitragem...*, p. 178). Ainda nessa mesma linha: MATTOS NETO, Antonio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei da Arbitragem. *Revista de processo*, v. 122, abr. 2005, p. 158.

serem alcançados por intermédio da resolução extrajudicial, mas não da utilização de tais técnicas. Assim, de fato, nenhuma técnica consensual poderá conduzir a composição que implique concessão, ainda que mínima, sobre o direito material violado ou ameaçado.

Significa, então, que a indisponibilidade que recai sobre os direitos difusos e coletivos é apenas *normativa*, por materializar a impossibilidade de as normas de ordem pública que regem tais matérias deixarem de ser aplicadas com rigor.

Destarte, por se tratar de direitos instrumentalmente disponíveis, que dizer, não sujeitos à necessidade da intervenção judicial, os conflitos que envolvem direitos difusos e coletivos podem ser solucionados por meio de técnicas consensuais de resolução de disputas.

O exame da admissibilidade, ainda sob o prisma objetivo, da arbitragem para a resolução de controvérsias que envolvam direitos coletivos implica também analisar se tais direitos seriam patrimoniais ou extrapatrimoniais.

Na origem, é certo que tais direitos são extrapatrimoniais.

Com efeito, não há como se mensurar economicamente, por exemplo, o valor ecológico da preservação da mata atlântica ou o montante pecuniário que equivaleria à conservação da integridade da ordem urbanística da cidade de São Paulo. Isso significa que, antes de violados, tais bens jurídicos são insuscetíveis de avaliação econômica.

No plano do direito individual, tais bens jurídicos poderiam ser comparados, por exemplo, ao direito à vida. Isto é, na origem, nenhuma concessão há de ser feita em relação a esse direito, que é também insuscetível de avaliação pecuniária.

Não obstante, se tais bens jurídicos vierem a ser violados, não tendo sido possível evitar a consumação dessa lesão, a solução jurídica prevista é sempre a recomposição, quando possível, por meio do retorno ao *status quo ante* ou, na sua impossibilidade, a *reparação*, por meio da reposição *in natura* de prestação equivalente ou ainda, em última hipótese, a reparação pecuniária do prejuízo causado.²⁹⁸

²⁹⁸ Essa ordem de precedência foi também estabelecida no artigo 24 do Projeto de Lei de Alteração da Lei de Ação Civil Pública: “Art. 24. Na ação que tenha por objeto a imposição de conduta de fazer, não fazer, ou de entregar coisa, o juiz determinará a prestação ou a abstenção devida, bem como a cessação da atividade nociva, em prazo razoável, sob pena de cominação de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogoratórias, independentemente de requerimento do autor. § 1º A conversão em perdas e danos somente será admissível se inviável a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente e, no caso de interesses ou direitos coletivos ou individuais homogêneos, se houver interesse do grupo titular do direito.”

A reparação nada mais representa do que uma *solução jurídica* concebida para aferição do *equivalente, in natura* ou *in pecunia*, do bem jurídico violado²⁹⁹. Nesta medida, mesmo o bem jurídico que era originalmente extrapatrimonial, se violado, restará apenas a possibilidade de reparação, a partir de critérios legais previamente definidos.

Destarte, ainda que o direito universal à preservação do meio ambiente seja insuscetível de avaliação econômica, eventual corte irregular de árvore secular teria que ser reparado por meio da aferição do equivalente, *in natura* ou, na pior das hipóteses, *in natura*, já que o retorno ao *status quo ante* é inviável.

Especificamente sobre os danos ambientais, Paulo de Bessa ANTUNES ensina que podem ser (i) recuperáveis, quando é possível o retorno ao *status quo ante*; (ii) mitigáveis, quando podem ser reduzidos ou (iii) compensáveis, quando consolidados e somente restar a possibilidade de compensação em outro local ou de compensação pecuniária.³⁰⁰

No mesmo sentido, no plano individual, ainda que indisponível o direito à vida, a sua violação, por exemplo, em caso de acidente de transporte, rende ensejo ao direito de indenização aos herdeiros, por danos materiais e morais, indenização essa que é aferida a partir de critérios legais estipulados para atribuição de valor à vida.

Por essa razão, em matéria de direitos difusos e coletivos, a regra deve ser sempre a prevenção da lesão, diante da natural dificuldade – na maior parte dos casos, impossibilidade – de promover o retorno ao *status quo ante*.

O direito ambiental, por exemplo, rege-se pelos princípios da precaução e da prevenção. O primeiro, em apertada síntese, indica a necessidade de se priorizar o direito ambiental, na hipótese de incerteza científica sobre as potenciais repercussões lesivas de uma determinada atividade. Já o segundo, indica a necessidade de se evitar a ocorrência de danos, em razão da dificuldade de sua recomposição.³⁰¹

²⁹⁹ Segundo Paulo de Bessa ANTUNES: “a imposição de responsabilidades aos causadores dos danos é uma fórmula antiga que remonta aos primeiros diplomas legais da humanidade, cuida-se da busca de um equivalente ao dano causado, de um valor proporcional ao desvalor sofrido pela vítima.” (Direito ambiental..., p. 105).

³⁰⁰ ANTUNES, Direito ambiental..., p. 106.

³⁰¹ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário: análise do nexo causal*. São Paulo: RT, 2008, p. 67-71.

Pretende-se, com tal argumentação, demonstrar que mesmo bens jurídicos indisponíveis, quando violados, podem se sujeitar à aferição de sua expressão patrimonial, quer em espécie, quer em pecúnia, para reparação aos titulares do direito.

Em evolução desta ideia, pode-se concluir que os direitos coletivos, apesar de materialmente indisponíveis e originalmente extrapatrimoniais, em essência, quando violados, podem fazer nascer pretensões de caráter patrimonial.

Essas pretensões patrimoniais que podem decorrer de violações a direitos difusos e coletivos *stricto sensu* podem render ensejo a conflitos solucionáveis, sob a ótica objetiva, por meio de arbitragem.³⁰²

Nesta ordem de ideias, já é possível responder à indagação de Eduardo Damiano GONÇALVES: *será que os árbitros estariam menos habilitados em todos os casos a atingir uma efetiva tutela dos interesses difusos e coletivos, obviamente, resguardando aquela noção de indisponibilidade do bem jurídico coletivo, que a gente não poder perder isso momento algum do nosso horizonte?*³⁰³

A resposta há de ser negativa. Pelo contrário, os árbitros, devidamente escolhidos de comum acordo pelas partes, são tão habilitados ou, mesmo mais habilitados³⁰⁴ a promoverem a tutela de direitos essencialmente coletivos quanto os juízes togados.

A propósito do tema, a Professora Ada Pellegrini GRINOVER, depois de reconhecer a possibilidade de utilização da arbitragem para tratar de conflitos circunscritos à esfera disponível dos direitos coletivos (prazos, formas e técnicas de recomposição), sugeriu uma abertura ainda maior, e, de forma congruente com as conclusões sustentadas neste trabalho, indagou: *por que o árbitro ou os árbitros não podem também dizer, na base de perícias, na base de provas, se houve o dano ambiental? e condenar na sentença arbitral?*³⁰⁵

³⁰² Em sentido contrário, Bernardo LIMA sustenta que, a partir dos critérios de arbitrabilidade previstos na legislação, a obrigação indenizatória decorrente de violação ao macrobem ambiental não poderia ser submetida a tribunal arbitral (*A arbitrabilidade...*, p. 136-137).

³⁰³ GONÇALVES, *Conferência...*, p. 7.

³⁰⁴ Veja-se, a propósito, o item 29.1., *infra*, sobre a *adequação* do processo arbitral para a resolução de conflitos que envolvam direitos essencialmente coletivos.

³⁰⁵ GRINOVER, *Conferência...*, p. 10.

No que concerne especificamente direitos coletivos do trabalho, a previsão para utilização da arbitragem tem assento constitucional, no artigo 114, parágrafo primeiro, o que reforça a inexistência, *a priori*, de indisponibilidade instrumental dos *direitos* de tal natural.

Para além de tais pretensões essencialmente coletivas, há que se destacar ainda a possibilidade de resolução extrajudicial de conflitos individuais que podem derivar de um conflito maior, que envolva direitos difusos ou coletivos.

Ao tratar de matérias que intitula de parcialmente inarbitráveis, Eduardo Damiano GONÇALVES cita exemplos interessantes.³⁰⁶

O primeiro diz respeito à hipótese em que duas ou mais empresas, apesar de reconhecerem a responsabilidade ambiental por uma contaminação de solo e a necessidade de integral reparação dos danos, entrem em litígio para definição, apenas e tão somente, da contribuição da responsabilidade de cada um.

Este exemplo foi objeto de arbitragem simulada realizada no Núcleo de Estudos de Meios de Solução de Conflitos – NEMESC, disciplina de extensão da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, com alunos do 2º e 3º anos de graduação que teve como árbitros os Professores Carlos Alberto Carmona e Carlos Alberto de Salles e a advogada Adriana Braguetta. Na hipótese, como não poderia deixar de ser, o Tribunal Arbitral considerou o conflito arbitrável.

Outro exemplo concerne à situação em que, a despeito de reconhecer sua responsabilidade por um dano ambiental, controvertem as partes acerca da opção técnica de reparação que foi sugerida pelo órgão ambiental, com base em parecer de consultores especializados. Neste caso, eventual compromisso arbitral poderia ser firmado apenas com o objetivo de resolver essa questão.

Tais exemplos, contudo, apenas evidenciam que, além da possibilidade de renderem ensejo a demandas arbitráveis, os direitos coletivos podem ser o pano de fundo para o surgimento de pretensões essencialmente individuais, em relação as quais não haveria de se ter qualquer dúvida sobre sua arbitrabilidade.

³⁰⁶ GONÇALVES, *Arbitrabilidade...*, p. 198.

28.2. *Direitos individuais homogêneos: disponibilidade material, disponibilidade instrumental e patrimonialidade*

Consoante se tratou previamente no Capítulo IV, item 19, os direitos individuais homogêneos são direitos individuais, na essência, que podem vir a receber tratamento processual coletivo, se presentes os requisitos legais, previstos no artigo 81 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, da *homogeneidade e origem comum*. Nesta hipótese, a possibilidade de tutela de direitos individuais, no plano coletivo, justifica-se, principalmente, por razões de efetividade.

Trata-se de direitos que são também *materialmente disponíveis*, na medida em que podem vir a ser renunciados, total ou parcialmente, por seus titulares.

Para aferição da admissibilidade de sua resolução em sede extrajudicial, conforme premissa previamente estabelecida, há de se perquirir se esta *disponibilidade* se opera também no plano *instrumental* ou se, ao revés, os conflitos de natureza individual homogênea somente poderiam ser resolvidos por meio do processo judicial.

A verdade é que não há, no ordenamento jurídico, norma alguma que exija a sua resolução por meio do processo judicial. A rigor, por se tratar de direitos individuais, não há nenhum óbice para que os titulares de tais pretensões possam, livremente, optar por resolvê-los judicialmente ou extrajudicialmente.

Veja-se, por exemplo, a hipótese, *supra* referida, de um acidente aéreo de que resultem centenas de vítimas fatais. Neste caso, as pretensões de ordem indenizatória decorrentes de tal fato são processualmente disponíveis, de modo que pode que, ao menos sob o prisma *objetivo* de admissibilidade, podem, tanto os titulares das pretensões, quanto eventual legitimado coletivo decidirem, à luz de critérios de *adequação*, a técnica mais adequada para a tutela de seus direitos, quer no plano individual, quer no plano coletivo.

Tome-se ainda a hipótese de violação aos direitos de consumidores, lesados em razão de ilegal reajuste de tarifas telefônicas. Também nesta hipótese, poderiam os titulares ou o órgão legitimado coletivo escolher se pretendem exercer suas pretensões de recomposição por meio de processo judicial ou por meio de técnicas extrajudiciais de resolução de controvérsias.

Trata-se, portanto, de direitos *instrumentalmente disponíveis*, em relação aos quais não há necessidade da intervenção judicial.

Como reconhecem Eduardo Damião GONÇALVES³⁰⁷, Rafael Francisco ALVES³⁰⁸, Bernardo LIMA³⁰⁹ e Joel Dias FIGUEIRA JÚNIOR³¹⁰, tampouco haveria óbice de ordem objetiva para a resolução de tal controvérsia por meio de *processo arbitral*, já que os direitos individuais homogêneos são também direitos patrimoniais.

Assim, volvendo aos exemplos *supra* referidos, de acidente aéreo com vítimas fatais e reajuste ilegal de tarifas telefônicas, nada obstará, sob o prisma objetivo, a que as pretensões indenizatórias decorrentes de tais fatos viessem a ser solucionadas, no plano individual ou coletivo, por meio de processo arbitral.

A questão que se apresenta, em especial no segundo exemplo utilizado, que é tipicamente consumerista, é sobre a admissibilidade da arbitragem como forma de resolução de conflito que envolve direitos do consumidor, diante da existência de norma expressa no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que reputa nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a utilização compulsória de arbitragem (artigo 51, inciso VII).

O ponto será objeto de exame específico no item 32.2., *infra*. Todavia, é possível antecipar, desde já, a orientação adotada neste trabalho de que tal norma não impede, em toda e qualquer hipótese, a utilização da arbitragem em matéria de consumo, em especial se a convenção arbitral tiver sido estabelecida por meio de *compromisso*.

Em síntese, inexistente óbice, de ordem objetiva, para a resolução extrajudicial de conflitos que envolvam direitos individuais homogêneos, quer por meio de técnicas consensuais, quer por meio de arbitragem.

³⁰⁷ GONÇALVES, *Arbitrabilidade...*, 198.

³⁰⁸ ALVES, *A arbitrabilidade...*, p. 210. Todavia, esse autor conclui por restringir à arbitrabilidade às demandas em que não há relevância social a justificar a intervenção obrigatória do Ministério Público.

³⁰⁹ LIMA, *A Arbitrabilidade...*, p. 128.

³¹⁰ “os direitos *individuais homogêneos* podem ser objeto de decisão arbitral, tendo em vista que estamos diante de direitos divisíveis, perfeitamente individualizáveis e, via de regra, disponíveis, quando patrimoniais” (FIGUEIRA JÚNIOR, *Arbitragem...*, p. 179).

29. Juízo de adequação

Uma vez demonstradas as conclusões adotadas nesta dissertação quanto ao cabimento, sob o prisma subjetivo e objetivo de técnicas extrajudiciais de resolução de controvérsias, é importante avaliar, por fim, ainda que apenas em linhas gerais, à luz da noção de resolução *adequada* de conflitos, eventual *aptidão* dos conflitos coletivos para serem solucionados por meio de técnicas extrajudiciais.

Diz-se, apenas em linhas gerais, já que a análise ora empreendida terá por objeto de estudo apenas as três espécies de direitos coletivos (direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos), consideradas hipoteticamente.

Para um exame mais profundo e conclusivo a esse respeito, seria necessário investigar conflitos ou grupos de conflitos, de forma mais concreta, em especial sob o prisma do direito material. Essa análise, no entanto, desbordaria aos limites projetados para a presente dissertação.

À vista de tal limitação, o exame de adequação aqui proposto irá concentrar-se, como visto precedentemente, no item 14, na análise das peculiaridades das três espécies de conflitos que envolvem direitos coletivos para então considerar, como bem ressaltou Carlos Alberto de SALLES, a dinâmica da relação envolvida, os imperativos do direito material, os interesses das partes e os objetivos sociais implicados no exercício da jurisdição.³¹¹

Com isso, será possível identificar eventual *vocação* de determinado tipo de conflito coletivo para ser solucionado por meio de uma ou de outra técnica, considerando, de um lado, os *resultados* a serem obtidos com menor dispêndio de tempo e de recursos (argumentos de *produção*) e, de outro, os *benefícios* que a utilização de determinado mecanismo poderia vir a trazer (argumentos de *qualidade*), tal como preconiza de Marc GALANTER.³¹²

³¹¹ SALLES, *Execução...*, p. 35.

³¹² GALANTER, *Introduction...*, p. xii.

29.1. *Direitos difusos e coletivos* stricto sensu

À vista das conclusões *supra* estabelecidas quanto ao (i) cabimento do uso de técnicas consensuais de resolução de controvérsias para a resolução de conflitos que envolvam direitos essencialmente coletivos e (ii) descabimento, sob o prisma *objetivo* de admissibilidade, do uso da *arbitragem* para a resolução de tais conflitos, é que faz sentido analisar, em juízo de adequação, eventual aptidão de tais conflitos para serem resolvidos por meio de negociação, mediação e conciliação.

29.1.1. Negociação

Apesar de se serem materialmente indisponíveis, os direitos essencialmente coletivo podem ser objeto de negociação, atividade essa que, aliás, usualmente precede a celebração de compromissos de ajustamento de conduta.

Ainda que as barganhas não possam recair sobre o direito material, há farto campo para negociação.

É possível, por exemplo, que a própria ocorrência de violação à norma seja matéria controvertida, quer por razões de *fato*, quer por razões *jurídicas*, de modo que poderiam as partes negociar sobre eventual critério a ser utilizado para a aferição da ocorrência ou não de violação. Neste caso, poderiam acordar a contratação de determinado instituto, ou de mais de um, de reconhecida credibilidade, para elaboração, às expensas do investigado, de laudo técnico que demonstrasse a ocorrência ou não de violação à norma. Além disso, sob o aspecto jurídico, poderiam negociar a escolha de um nome, ou de mais de um, da confiança de ambas as partes para a elaboração de parecer jurídico sobre a ocorrência ou não de violação à norma.

Ademais, eventual negociação poderia recair ainda sobre os prazos, formas e técnicas a serem utilizadas em eventual reparação a ser acordada em compromisso de ajustamento de conduta.

Além de haver *campo* útil para negociação, não há dúvida de que a dinâmica da relação e os imperativos do direito material recomendam a resolução consensual do conflito, quer sob o prisma dos argumentos de produção (relação custo benefício), que sob

o prisma dos argumentos de qualidade (produção de melhores resultados), desde que sem prejuízo à integral cessação de ilícito e reparação de eventuais danos causados.

Não obstante, o exame da vocação da negociação, na hipótese, dependerá da avaliação do interesse demonstrado pelas partes em efetivamente resolver o conflito. Eventual intransigência, da parte do legitimado ativo, em cogitar de formas e alternativas para a solução consensual, certamente inviabilizará a utilização exitosa da negociação. No mesmo sentido, se o investigado não se mostrar colaborativo no esclarecimento de fatos e verdadeiramente interessado na resolução do conflito, tampouco faria sentido que se cogitasse de negociação.

29.1.2. Mediação

Para o exame de adequação da mediação, as conclusões podem vir a ser, diferentes em relação a direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, em função de algumas características específicas que algumas relações jurídicas coletivas assumem.

Com relação aos direitos difusos, há que se considerar, em primeiro lugar, que os conflitos desta natureza dificilmente envolveriam *pessoas físicas* em quaisquer de seus pólos.

Sob o prisma da legitimidade ativa, é certo que, qualquer que seja o ente legitimado que tome a frente da tutela do direito difuso, a parte ideológica sempre será a coletividade indeterminada de sujeitos que são titulares do direito ameaçado ou violado. Mesmo os legitimados coletivos serão, na grande maioria das vezes, pessoas jurídicas, ainda que despersonalizadas.

Já sob o prisma passivo, observa-se, na prática, que aqueles que usualmente causam danos a bens jurídicos difusos – o meio ambiente, a ordem urbanística etc – são pessoas jurídicas, empresas no exercício de determinada atividade comercial.

Assim, a circunstância de o conflito relativo a direito difuso envolver, via de regra, pessoas jurídicas e coletividades indeterminadas de sujeitos, já desconfigura hipótese típica de uso da mediação, técnica especialmente indicada para os conflitos marcados por alta dose de subjetivismo e grande impacto emocional.

Em segundo lugar, há que se considerar que as hipóteses de lesão ou ameaça de lesão a direitos difusos costumam ser episódicas, ainda que continuativas no tempo. É o caso de um derramamento de produto tóxico no oceano, de uma contaminação de solo, de um desmatamento de terreno, de construção irregular de certo empreendimento, de venda de determinado produto nocivo à saúde dos consumidores etc.

Tais contornos de conflitos tampouco indicariam a mediação como técnica adequada para a resolução de controvérsias relativas a direitos difusos, já que um de seus mais aclamados predicados – a restauração do diálogo e da própria relação continuativa – não encontraria ambiente para operar.

Em síntese, a mediação parece não se afigurar como técnica ordinariamente indicada para a resolução de conflitos relativos a direitos difusos, embora essa afirmação não afaste, em perspectiva, que se possa cogitar do uso de tal técnica em relação a certo conflito dessa natureza, se assim indicarem as peculiaridades do direito material no caso.

Já com relação aos direitos coletivos *stricto sensu*, há que se considerar, em primeiro lugar, que, a despeito de usualmente envolverem, assim como os direitos difusos, apenas pessoas jurídicas, o feixe de sujeitos envolvidos pode ser identificado, à vista da relação jurídica base que os une, entre si, ou com a parte contrária.

De fato, diversamente do que se passa em relação aos direitos difusos, em que a mínima unidade de identificação dos titulares do direito é a própria coletividade, nos direitos coletivos, além do grupo, categoria ou classe, é possível identificar, em número razoável de exemplos, ainda que com algum esforço, os sujeitos diretamente interessados na satisfação de certo direito coletivo.

Assim, apesar de não se tratar de conjunto de pretensões individuais, como afirma parte da doutrina³¹³, essa maior identificação dos sujeitos diretamente interessados na satisfação de direitos coletivos – os membros de um consórcio, de uma determinada categoria de trabalho, de uma sociedade de acionistas etc³¹⁴ – acrescenta aos litígios de direitos coletivos *stricto sensu* uma dose a mais de subjetivismo, dose essa que poderia justificar, com mais argumentos, o uso da mediação.

³¹³ DINAMARCO, *Ação...*, p. 56-58.

³¹⁴ Os exemplos foram dados por Ricardo de Barros LEONEL. (*Manual...*, p. 96-97).

Além disso, em algumas hipóteses, os litígios relativos a direitos coletivos podem emanar de relações jurídicas continuativas, como é o caso de controvérsias relativas às relações de trabalho ou mesmo de conflitos entre alunos de certa rede de ensino, que pretendam evitar uma inconstitucional alteração da grade curricular.³¹⁵

Nestes casos, a mediação poderia ser considerada uma técnica adequada para a resolução da controvérsia, à luz de argumentos de produção (relação custo benefício), se a análise dos custos envolvidos na realização de sessões de mediação assim justificasse e de qualidade (produção de melhores resultados), pois a resolução consensual, mormente quando construída pelas próprias partes, tem sempre a tendência de produzir resultados mais consentâneos com as expectativas das partes em litígio.

29.1.3. Conciliação

A conciliação, como visto no item 12.3., é técnica consensual de resolução de conflitos usualmente atrelada ao processo judicial.

Tendo o processo judicial como referência para a conciliação, não haveria óbice para que se realizasse, neste ambiente, ato processual voltado à conciliação, antes ou mesmo no curso de eventual demanda.

Mesmo a previsão legal de realização de audiência de conciliação, prevista no artigo 331 do Código de Processo Civil, ao condicionar a sua designação às demandas que versem sobre litígios que admitem a transação, não constituiria óbice à conciliação em ações judiciais que visassem a satisfação de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*.

Como tratado no item 24, tais direitos podem ser objeto de compromissos de ajustamento de conduta (artigo 5º, parágrafo sexto, da Lei de Ação Civil Pública), instrumento que, apesar de não permitir renúncia à realização do direito material ameaçado ou violado, constitui transação.

Destarte, mesmo já tendo sido instaurada ação coletiva, nada obstará a que se designasse audiência de conciliação para viabilizar a celebração de acordo nos mesmo

³¹⁵ Também esses exemplos foram citados por Ricardo de Barros LEONEL. (*Manual...*, p. 96-97).

moldes de um compromisso de ajustamento de conduta, apesar de se tratar de direitos materialmente indisponíveis.

De fato, a oportunidade para a resolução consensual, em regra, não deveria ser descartada em relação a litígios relativos a direitos de observância imperativa, que muitas vezes materializam a realização de direitos fundamentais, salvo se verificada alguma circunstância que pudesse indicar, previamente, que a conciliação seria infrutífera.

Além disso, eventual resolução consensual que atendesse integralmente ao direito difuso ou coletivo ameaçado ou violado certamente seria mais adequada do que uma sentença de idêntico conteúdo, por se tratar de solução mais rápida, advinda das próprias partes e não de um terceiro imparcial.

Enfim, os litígios relativos a direitos essencialmente coletivos podem ser considerados adequados para serem solucionados por meio de conciliação.

29.1.4. Arbitragem

Preliminarmente, é importante considerar que, embora não haja restrição na Lei de Arbitragem, este método de solução de controvérsias está *consolidado*, no Brasil, como técnica adequada para a resolução de controvérsias relativas ao direito empresarial, em especial, disputas societárias e contratuais, cujo valor em disputa ou cuja especialidade da matéria possa justificar os custos de uma arbitragem, que, apesar de variáveis, sempre são elevados.

Mais recentemente, a arbitragem vem expandindo seu campo de atuação para se consolidar também como técnica adequada para a resolução de outros conflitos, sendo relevante destacar o crescimento de sua utilização em contratos administrativos.³¹⁶

³¹⁶ Sobre o tema, recomenda-se a leitura do artigo de Eduardo TALAMINI (A arbitragem e a parceria público-privada (PPP). *In*: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: RT, 2005); da tese de livre-docência defendida por Carlos Alberto de SALLES, recentemente publicada com o título *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 13-27; do livro de Selma Ferreira LEMES, publicação de sua tese de doutorado (*Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007) e da dissertação de mestrado de Paulo Osternack AMARAL (*Arbitragem e Poder Público: cabimento, aspectos processuais, incidente de suspensão e mandado de segurança*. Dissertação

Isso não significa, contudo, que a arbitragem possa ser técnica adequada para a resolução de toda sorte de controvérsias. Pelo contrário, em relação a cada tipo de conflito, é preciso avaliar se há efetiva adequação desta técnica, considerando as potenciais vantagens, à luz de argumentos de produção (relação custo benefício) e de qualidade (aptidão para a produção de melhores resultados), que a utilização desta técnica poderia proporcionar, em comparação à eventual demanda judicial.

Especificamente no que concerne ao uso da arbitragem para a resolução de controvérsias patrimoniais que envolvam direitos coletivos, alguns elementos, tais como *prazo e custo*, sob a ótica dos argumentos de produção, e *especialidade, legitimidade da decisão e procedimento*, sob a ótica dos argumentos de qualidade, devem ser considerados.

No que concerne ao *prazo*, é certo que a arbitragem, que tem procedimento muito mais célere e cujo prazo para prolação de sentença pode ser pactuado pode trazer grande benefícios na tutela de direitos coletivos. De fato, como já se tratou, tais direitos são extremamente sensíveis à passagem do tempo, de modo que, uma vez violados e não espontaneamente recompostos, exigem pronta resposta jurisdicional.

Neste contexto, o processo arbitral, tal como sustenta Bernardo LIMA³¹⁷, certamente teria melhores condições de fornecer adequada tutela jurisdicional, uma vez que os prazos envolvidos costumam ser muito mais exíguos do que os prazos que as sentenças costumam levar até transitarem em julgado, na hipótese de ação judicial.

Já com relação ao *custo*, é inegável que, embora os valores cobrados pelas câmaras arbitrais sejam variáveis³¹⁸, a tendência é de que sejam mais elevados do que os valores das custas judiciais. À vista do processo coletivo, em que há não adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da parte autora, salvo comprovada má-fé (artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública e artigo 87

apresentada ao programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010).

³¹⁷ *A Arbitrabilidade...*, p. 7-13.

³¹⁸ A Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, por exemplo, cobra valores a título de taxa de administração, que podem variar entre R\$ 2 mil e R\$ 2,5 mil, nas causas em que o valor em disputa não ultrapasse R\$ 18 milhões e a partir de R\$ 60 mil, mais um valor percentual, nas causas em que o valor em disputa for superior a R\$ 18 milhões, conforme tabela de 2012. Além disso, são cobrados também honorários por árbitros, cobrados por hora. Os valores variam entre R\$ 450 e R\$ 600, por hora, nas disputas em que o valor envolvido seja inferior a R\$ 7,5 milhões e a partir de R\$ 132 mil fixo, mais honorários percentuais, caso os valores em disputa superem R\$ 7,5 milhões, também conforme tabela de 2012, disponível em: www.ccbc.org.br/arbitragem.asp?subcategoria=tabela%20de%20custos. Acesso em 08.01.2012.

do Código de Proteção e Defesa do Consumidor), essa diferença valores torna-se ainda mais relevante.

Ainda nesta equação sobre os custos da arbitragem, em comparação com o processo judicial, é preciso considerar também – embora este elemento seja de difícil aferição – os custos decorrentes do tempo adicional que uma ação coletiva costuma levar até transitar em julgado, no Poder Judiciário, se comparado ao prazo usual de duração de uma arbitragem.

De qualquer maneira, esta é uma análise econômica que, sem dúvida, caberá ao potencial réu nesta demanda, já que não há, no sistema atual em vigor, possibilidade para que o ente legitimado coletivo, ou a pessoa jurídica a que ele se vincule, venha a arcar com tais despesas. Assim, é certo que eventual arbitragem para a resolução de conflito relativo a direito coletivo somente seria viável se o potencial réu na ação judicial viesse a concordar em arcar com as despesas do processo.

Cumprir pontuar, nesta ordem de ideias, que a relevância do litígio para o potencial infrator, juntamente com a análise de outros fatores que recomendem o uso da arbitragem, poderiam justificar a assunção deste custo.

Destarte, não há dúvida de que, sob tais óticas, a arbitragem apresenta uma excelente relação custo-benefício.

Já sob a ótica dos argumentos de produção, há que se destacar as potenciais vantagens de se ter um julgador, ou mais de um, efetivamente especializado na matéria em litígio, mormente no caso dos bens jurídicos coletivos que costumam exigir elevado grau de aprofundamento em questões técnicas.

Assim, no que concerne, por exemplo, a litígio que envolva matéria relativa ao direito ambiental ou urbanístico, eventual complexidade da matéria poderia justificar a adequação da técnica arbitral de resolução de controvérsias, em detrimento das demais.

Particularmente em relação ao direito ambiental, Bernardo LIMA destaca a característica sinérgica dos danos ocorridos, o que significa que a agressão pode ser um fenômeno complexo, cuja totalidade de efeitos não seja passível de aferição por quem não seja especializado³¹⁹. Nesta hipótese, a arbitragem pode se revelar técnica adequada, diante

³¹⁹ LIMA, *A Arbitrabilidade...*, p. 13-18.

da possibilidade de as partes elegerem árbitro ou tribunal arbitral que tenha familiaridade com a matéria em litígio.

Não se trata, porém, como bem acentua Bernardo LIMA, de se pretender que o árbitro possa desempenhar papel equivalente ao de um perito nomeado, mas que tenha conhecimento técnico suficiente para fazer, de forma adequada, a interface entre a face técnica e face jurídica do conflito.³²⁰

Além disso, deve ser destacada também como potencial indicativo da adequação da arbitragem a legitimidade da decisão final, que, nesta técnica, é proferida por julgador escolhido pelas próprias partes, com base em relação de confiança.

Em perspectiva comparada, essa possibilidade inexistente no âmbito do Poder Judiciário, em que a determinação do juiz da causa é feita pela livre distribuição da demanda, entre os juízes competentes para o seu julgamento.

Essa distinção aponta séria vantagem do processo arbitral em relação ao processo estatal, que deve ser considerada no contexto de outros argumentos de qualidade.

Por fim, a flexibilidade do procedimento arbitral, ressalvado o atendimento às garantias mínimas do devido processo legal, previstas no artigo 21, parágrafo segundo, da Lei de Arbitragem, é também uma das tradicionais vantagens apontadas pela doutrina em relação ao processo estatal.

Especificamente no caso de arbitragem de conflitos que envolvam direitos coletivos, essa peculiaridade do processo arbitral também consubstancia importante elemento a ser considerado na avaliação da predisposição da técnica a produzir melhores resultados, por permitir a adaptação do procedimento às peculiaridades do direito material em litígio.

Essa aproximação entre procedimento e direito material tende a trazer bons resultados, na medida em que adapta a trilha necessária à prestação de tutela jurisdicional às exigências específicas do direito em análise, evitando-se a prática de ato de *praxe* que, na hipótese, seriam despiciendos e, em contrapartida, proporcionando a prática de outros, que, embora não estivessem ordinariamente concebidos, revelam-se essenciais para a qualidade do resultado final.

³²⁰ LIMA, *A Arbitrabilidade...*, p. 18.

29.2. *Direitos individuais homogêneos*

29.2.1. Negociação

Por serem materialmente indisponíveis, não há dúvidas de que os litígios que envolvem direitos individuais homogêneos podem ser objeto de negociação, como visto previamente, nos itens 19 e 28.2.

Sob o prisma da *adequação*, é certo que o próprio tratamento de direitos individuais, no plano coletivo, já favorece a negociação, por fortalecer pretensões que, se consideradas isoladamente, não teriam o mesmo impacto em relação à parte contrária.

Essa é, certamente, uma das razões de política legislativa que justifica a própria criação dessa categoria jurídica, que deve ser utilizada não apenas para tornar eventual infrator réu em uma ação coletiva, mas para que a força da união de pretensões possa favorecer os indivíduos em uma negociação.

Apesar de não serem titulares dos direitos individuais, nada obstará, como visto no item 22.2. e 27.2., a que os legitimados coletivos firmassem transação extrajudicial economicamente interessante para os potenciais substituídos, considerando a pretensão integral que viria a ser postulada, em caso de ajuizamento de uma ação, a probabilidade de êxito da tese, à luz da doutrina e da jurisprudência e o tempo que eventual processo judicial ou arbitral levaria até a obtenção de sentença transitada em julgado que reconhecesse a obrigação de ressarcimento dos danos causados.

Essas variáveis econômicas garantem a objetividade dessa equação, que justificaria, no plano coletivo, a celebração de transação que, a rigor, não equivalesse ao integral atendimento da pretensão que poderia vir a ser pleiteada, em caso de se demandar a prestação de tutela jurisdicional.

Ainda nesta hipótese, eventual transação obtida em sede de ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos que não equivalesse, rigorosamente, à pretensão integral pleiteada somente vincularia os titulares do direito individual que com ela concordassem. Esse ato expresso de anuência ao acordo firmado poderia ser, por exemplo, o início de procedimento de liquidação da sentença coletiva.

Há que se considerar, ainda, que mesmo eventual desequilíbrio entre os titulares do direito e o potencial infrator restaria amenizado em uma negociação coletiva, quer em razão da legitimidade extraordinária para a tutela coletiva, que em razão da força que o tratamento coletivo da pretensão acrescenta às pretensões meramente individuais.

À luz de argumentos de produção e de qualidade, a negociação é técnica adequada para a resolução de conflitos dessa natureza, pois pode vir a propiciar, com baixo custo e considerável rapidez, diante da informalidade do procedimento e da ausência, em regra, de envolvimento de terceiros, a resolução da disputa, com o alcance de composição obtida por iniciativa das próprias partes.

É de se concluir, portanto, que a adequação da negociação para a resolução de conflitos que envolvem direitos individuais homogêneos decorre da própria natureza de tais direitos.

29.2.2. Mediação

A exemplo do que se tratou em relação aos direitos difusos, a mediação, no plano coletivo, encontra óbice no caráter pouco subjetivo da demanda, em razão do regime de legitimação extraordinária.

Com efeito, o legitimado coletivo, embora indicado para a tutela de direitos individuais homogêneos, certamente não carrega consigo as angústias, a raiva, os receios e incertezas que possuem os reais titulares dos direitos violados.

Destarte, essa *objetivação* dos aspectos dos conflitos, que é característica das pretensões individuais homogêneas não favorece a utilização da mediação enquanto técnica de resolução de disputas, por não encontrar ambiente para operar seus notáveis predicados.

Há que se excepcionar, no ponto, as hipóteses em que, apesar do tratamento coletivo do conjunto de pretensões individuais, haja oportunidade e conveniência para a realização de sessões de mediação com os indivíduos – e não com o legitimado coletivo – ainda que para resolução de apenas um aspecto do conflito.

Alude-se aqui à exitosa experiência narrada por Diego FALECK, desenvolvida na Câmara de Indenização 3054, criada para reparação material e moral dos dependentes das vítimas do acidente aéreo da TAM, em meados de 2007.

Neste caso, em que o episódio da tragédia gerou grande impacto emocional nos parentes das vítimas do acidente, a mediação teve, de início, papel fundamental na promoção de nível produtivo de expressão emocional das partes.³²¹

De qualquer maneira, a forte carga emocional do conflito, hipótese para a qual a doutrina costuma indicar a mediação³²², não costuma ser a regra em litígios que envolvem direitos individuais homogêneos.

Ademais, as pretensões de satisfação a direitos individuais homogêneos tem sempre uma *origem comum*, normalmente, atrelada a ocorrência de um mesmo episódio. Com tal configuração, há alta probabilidade de que tais pretensões tenham origem em relação apenas circunstancial, hipótese em que a mediação deixaria de ser recomendada.³²³

29.2.3. Conciliação

Tal como se tratou em relação aos direitos difusos e coletivos, a conciliação é também técnica adequada para a composição de conflitos relativos a direitos individuais homogêneos, que como visto, são direitos individuais cuja tutela coletiva fortalece, pelo conjunto, as pretensões individuais.

³²¹ FALECK, *Introdução...*, p. 29.

³²² SILVA, *A Nova...*, p. 76. Em sentido congruente, Fernanda TARTUCE destaca também os predicados da mediação para a resolução de conflitos que envolvam relações interpessoais duradouras e não apenas episódicas. É o caso, por exemplo, dos litígios que envolvem direito de família, em que, além da resolução pontual do foco de discórdia, é extremamente importante preservar a relação entre os envolvidos. (*Mediação...*, p. 209).

³²³ Colha-se, em sentido congruente: “A mediação não deve ser utilizada para a generalidade de casos. Tal conduta equivocada levaria a uma falsa esperança em mais uma forma de solução de conflitos que não tem o condão de se desincumbir, satisfatoriamente, de certos tipos de litígios. O mediador não tem bola de cristal e nem ‘varinha mágica’. Como tivemos oportunidade de ressaltar, a mediação deve ser utilizada, preferencialmente, em disputas envolvendo pessoas físicas que não só mantém entre si um vínculo duradouro que resistirá aquele processo, como também e que serão influenciadas por ele no futuro.” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 287).

Assim, tal como se tratou, acima, em relação à negociação, a conciliação possui vocação para produzir excelentes resultados, quer do ponto de vista da relação custo benefício, quer do ponto de vista da qualidade dos resultados obtidos.

Com efeito, os custos da conciliação são insignificantes, já que não exigem, de regra, o recolhimento de taxa judiciária adicional para sua realização. Além disso, o tempo que uma tentativa de conciliação infrutífera soma a um processo judicial costuma ser insignificante, se comparado ao tempo que a resolução consensual da controvérsia usualmente economiza.

Ademais, como já explicitado, a superioridade da resolução consensual de controvérsias é sempre incomparável à eventual sentença judicial que decida a lide em favor de uma, de outra ou de ambas as partes, por se tratar de decisão escolhida pelas próprias partes.

Tampouco se aplicaria, na hipótese, a ressalva de que eventual desequilíbrio de forças e poderes entre os litigantes, desequilíbrio esse que é bastante típico dos conflitos que versam sobre direitos individuais homogêneos. A exemplo do que se tratou quanto à negociação, a presença do legitimado coletivo na conciliação neutraliza, em boa medida, o desequilíbrio que haveria se o litígio se desse entre cada titular de direito e o potencial infrator. Além disso, a união de pretensões que se dá no plano coletivo também ajuda a reequilibrar essa balança, já que eventual condenação em processo judicial teria muito maior repercussão econômica para o potencial infrator.

Em síntese, a conciliação pode ser considerada técnica adequada para a resolução de disputas que envolvam direitos individuais homogêneos.

29.2.4. Arbitragem

Tal como se tratou quanto à arbitragem relativa a conflitos que envolvam direitos essencialmente coletivos, a aferição da adequação da técnica perpassa pelo exame das potenciais vantagens, à luz de argumentos de produção (relação custo benefício) e de qualidade (aptidão para a produção de melhores resultados), que a utilização desta técnica poderia proporcionar.

Em relação aos litígios que envolvam direitos individuais homogêneos, alguns elementos, tais como *prazo* e *custo*, sob a ótica dos argumentos de produção, e *especialidade*, *legitimidade da decisão* e *procedimento*, sob a ótica dos argumentos de qualidade, devem ser considerados.

Com relação aos *prazos* envolvidos, não há dúvida de que o uso da arbitragem pode representar expressiva vantagem, em especial diante do tempo que uma ação coletiva costuma levar até transitar em julgado, quando movida perante o Poder Judiciário.

Já com relação ao *custo*, é preciso observar que, como no processo coletivo, não há adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da parte autora, salvo comprovada má-fé (artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública e artigo 87 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor), o pagamento das custas e dos honorários dos árbitros, pelo menos *de lege lata*, deve ser feito apenas pelo particular.

Assim, a própria possibilidade de utilização da arbitragem para a resolução de litígios que envolvam direitos individuais homogêneos, tal como se passa também em relação aos litígios que envolvam direitos difusos e coletivos, depende, preliminarmente, de expressa manifestação de vontade pelo particular quer quanto à eleição da técnica, quer quanto à assunção de todos os encargos financeiros do processo arbitral.

Com efeito, diante da isenção prevista em lei, ao menos como regra, não haveria como se atribuir a qualquer dos legitimados o ônus financeiro de arcar com os custos administrativos exigidos pelas Câmaras ou com os honorários do árbitro.

Esse é, sem dúvida, um fator que poderia desestimular o particular a cogitar da arbitragem enquanto técnica de resolução de disputas relativas a direitos individuais homogêneos. Não obstante, os contornos de determinado conflito coletivo, quer por sua relevância estratégica, quer pelos valores envolvidos em disputa, poderiam justificar a assunção deste custo pelo particular.

Destarte, na hipótese em que a assunção dos custos integrais da arbitragem possa ser justificável, economicamente, à vista dos contornos do conflito, não há dúvida de que, sob tais óticas, a arbitragem apresenta uma excelente relação custo-benefício.

Passando-se à análise dos aspectos de *qualidade*, há que se considerar, em relação à especialidade da matéria, que as demandas relativas aos direitos individuais homogêneos são, normalmente, ações voltados ao reconhecimento do dever de reparar. Essa aferição de responsabilidade, em alguns casos, pode ser tema de alta complexidade técnica, como foi o caso, por exemplo, das ações de planos econômicos.

Assim, nas hipóteses em que os litígios envolverem matérias de tamanha complexidade que justifique se evitar o julgamento por um órgão de decisão *generalista*, a arbitragem poderá se revelar mais adequada.

Sob o prisma da *legitimação da decisão final*, há que se considerar que a arbitragem tem a vantagem de possibilitar a escolha dos julgadores, escolha essa que é baseada na confiança das partes em litígio. Essa peculiaridade é determinante para conferir à sentença arbitral, maior probabilidade de aceitação por ambas as partes, uma vez que o órgão que a proferiu foi *escolhido*, de comum acordo, por ambas as partes.

Essa possibilidade inexistente no âmbito do Poder Judiciário, em que a determinação do juiz da causa é feita pela livre distribuição da demanda, entre os juízes competentes para o seu julgamento.

Essa distinção aponta séria vantagem do processo arbitral em relação ao processo estatal, que deve ser considerada no contexto de outros argumentos de qualidade.

Por fim, a flexibilidade do procedimento arbitral, ressalvado o atendimento às garantias mínimas do devido processo legal, previstas no artigo 21, parágrafo segundo, da Lei de Arbitragem, é também uma das tradicionais vantagens apontadas pela doutrina em relação ao processo estatal.

Especificamente no caso de arbitragem de conflitos que envolvam direitos individuais homogêneos, essa peculiaridade do processo arbitral também consubstancia vantagem em relação ao processo estatal, por permitir a adaptação do procedimento às peculiaridades do direito material em litígio.

Em relação ao processo arbitral coletivo, há que se ressaltar que, além das garantias previstas no artigo 21, parágrafo segundo, da Lei de Arbitragem, haveria de se resguardar também as garantias do devido processo legal pertinentes ao processo coletivo, tal como preconiza a doutrina norte-americana em relação aos regulamentos específicos para as *class action arbitrations*, como será visto especificamente no item 32.1., *infra*.

Em conclusão, na equação dos argumentos de *produção* e de *qualidade*, fica claro que o processo arbitral é técnica adequada para a resolução de conflitos relativos a direitos individuais homogêneos. Há que se ressaltar apenas que, eventual utilização do processo arbitral somente poderia ser aventada se o potencial violador de direitos, além de escolher esta técnica e a forma de instituição do juízo arbitral, em comum acordo com o legitimado coletivo, concordar em arcar integralmente com os custos da arbitragem.

CAPÍTULO VI – PERSPECTIVAS À RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS COLETIVOS

Este capítulo tem por objetivo tratar de forma mais concreta e pragmática, das perspectivas à resolução extrajudicial de conflitos coletivos, à luz das premissas estabelecidas nos Capítulos I, II, III e IV e das conclusões construídas no Capítulo V.

30. Técnicas consensuais de resolução

30.1. *Negociação e conciliação de conflitos que envolvam direitos difusos e coletivos stricto sensu*

Pelas premissas e conclusões estabelecidas nos capítulos anteriores, viu-se que os conflitos que envolvem direitos difusos e coletivos *admitem* resolução extrajudicial consensual a ser promovida pelos órgãos públicos legitimados e que, à vista dos contornos de tais conflitos, as técnicas que, em tese, seriam as mais *adequadas* são a negociação e a conciliação.

Aduziu-se ainda que o uso de tais técnicas não poderia levar à resolução do conflito que implicasse renúncia do direito material subjacente ao litígio, uma vez que os direitos difusos e coletivos são materialmente indisponíveis, de modo que o legitimado coletivo deve sempre perseguir a sua satisfação integral.

Observe-se, a esse respeito, como visto precedentemente, que o comando decorrente da vedação à disposição sobre direitos coletivos deve ser interpretado de modo a indicar a necessidade de preservação integral do bem jurídico coletivo.

Isso significa que, se houve contaminação de solo, eventual negociação ou conciliação não poderia conduzir à celebração de compromisso de ajustamento de conduta ou à transação que deixasse de exigir do particular a descontaminação. Esse é, de fato, o núcleo indisponível a ser preservado. Todos os outros campos a serem negociados para a resolução do conflito estarão inseridos dentro da esfera de disponibilidade de que dispõem

os órgãos públicos para negociar, mesmo em se tratando de direitos essencialmente coletivos.

A negociação pode ser desenvolvida, entre as próprias partes, por si ou por seus advogados, tanto antes do ajuizamento de eventual ação coletiva, em especial no curso de uma investigação preliminar, como após a sua propositura.

Neste ambiente preliminar de investigação, a negociação pode auxiliar as partes, em primeiro lugar, na adoção de alternativas, de comum acordo, que permitam esclarecer, desde logo, e se for o caso, a inexistência de violação ou ameaça a direito. Se convencido o ente legitimado, a negociação culminaria no arquivamento da investigação. Caso a ameaça ou violação tivessem efetivamente ocorrido, a negociação poderia recair sobre as formas, prazos e técnicas a serem adotadas para a cessação do ilícito e resultar na celebração de um compromisso de ajustamento de conduta.

Já no curso de uma ação coletiva, a negociação também pode encontrar ambiente propício para se desenvolver, inclusive porque o caminhar do processo, com apreciação de eventuais medidas liminares, determinação ou não para produção de prova técnica são decisões que podem vir a interferir no equilíbrio inicial de forças, por serem indicativos das chances de acolhimento da pretensão.

Em havendo êxito na negociação, podem as partes entabular *acordo* para extinção do processo, que seria homologado pelo juiz da causa, seja na hipótese de o autor se convencer da inocorrência de lesão ou ameaça de lesão a direito, seja na hipótese de o réu concordar em se submeter à pretensão que lhe é exigida, ajustando-se ainda as formas, prazos e técnicas que seriam utilizados para a integral reparação da lesão ou cessação da ameaça de lesão ocorrida.

Em paralelo, a conciliação poderia ter lugar ainda antes do ajuizamento da ação coletiva ou durante. A diferença, em relação à negociação, é que as tratativas para composição teriam a participação de um terceiro, um conciliador ou mesmo o próprio juiz da causa (artigo 125, inciso IV, do Código de Processo Civil), que poderia atuar de forma ativa, com proposição de formas e alternativas de composição não cogitadas pela partes em litígio. Assim, eventual transação seria reduzida a termo para posterior homologação pelo juiz da causa.

Tais formas consensuais de resolução de disputas, além de propiciarem ganho de tempo e economia de recursos, tendem a produzir resultados qualitativamente

superiores aos de eventual sentença, mesmo os de eventual sentença arbitral, por se tratar de decisão escolhida pelas próprias partes, e não advinda de um terceiro, ainda sujeita a eventual recurso.

30.2. *Negociação e conciliação de conflitos que envolvem direitos individuais homogêneos*

Pelas premissas e conclusões firmadas nos capítulos precedentes, aduziu-se que os conflitos relativos a direitos individuais homogêneos também *admitem* resolução extrajudicial consensual pelos órgãos públicos legitimados e que, pelo perfil de tais conflitos, as técnicas que seriam as mais *adequadas* são a negociação e a conciliação.

A exemplo dos direitos essencialmente coletivos, a negociação pode ser feita, entre as próprias partes, por si ou por seus advogados, antes do ajuizamento de eventual ação coletiva, em especial no curso de uma investigação preliminar, ou após a sua propositura.

O ambiente do inquérito civil costuma ser bastante favorável à negociação, em especial quando, além do investigado, o Ministério Público convoca os órgãos públicos diretamente relacionados ao objeto da investigação (órgãos que autorizaram o particular a desempenhar determinada atividade ou que tem o dever de fiscalizar o seu exercício) para prestar esclarecimentos e contribuir para o esclarecimento dos fatos.

Com efeito, é comum que os particulares, ainda que dispostos à negociação e à resolução consensual, encontrem, na prática, dificuldade de acesso aos órgãos públicos, quer em razão de sua usual sobrecarga, quer em razão da postura meramente defensiva que muitos administradores costumam demonstrar.

Nesse contexto, a criação de um ambiente de negociação no bojo de um procedimento processado pelo Ministério Público costuma minimizar essas dificuldades e contribuir para a possibilidade de resolução consensual do litígio. De fato, negociação implica diálogo e diálogo é imprescindível para o esclarecimento dos fatos investigados.

Essa negociação pode auxiliar as partes, em primeiro lugar, na adoção de medidas, de comum acordo, que permitam esclarecer, desde logo, aspectos fáticos não esclarecidos ou aspectos jurídicos sobre os quais haja controvérsia interpretativa.

Com relação ao objeto da negociação, os direitos individuais homogêneos são materialmente disponíveis e podem admitir renúncia parcial e transação quanto ao próprio conteúdo material da obrigação.

Diante de tal possibilidade, a falta de titularidade do direito pelos órgãos públicos legitimados à tutela coletiva não deve ser interpretada como impeditiva de negociações e conciliações, em que sejam entabulados acordos que impliquem parcial renúncia ao direito material, desde que, na avaliação global dos riscos e prazos envolvidos na demanda, se concluísse que tal transação viria ao encontro dos interesses dos titulares.

Essa análise deve constar do termo de acordo firmado, a fim de que restem expressas as circunstâncias que levaram a sua celebração, mormente para que possa ser justificada, por critérios objetivos, a opção feita pelo legitimado coletivo, em detrimento da possibilidade de ajuizamento de ação coletiva.

Neste contexto, estão os órgãos públicos legitimados a utilizarem a força da negociação coletiva para tentarem obter, no plano consensual, a resolução do conflito, em benefício dos titulares de direitos individuais, mesmo que com parcial renúncia à pretensão original.

Ainda assim, tal transação celebrada no plano coletivo somente vincularia os titulares de direito individual se resultasse no acolhimento integral das pretensões individuais ou se os titulares individuais a ela expressamente aquiescessem (critério de *opt in*), sendo inadmissível que haja presunção a esse respeito.

Esse ato material de aquiescência poderia ser manifestado, por exemplo, por meio de habilitação para recebimento de valores, caso isso tenha sido acordado, ou mesmo por meio do início de processo de liquidação.

Veja-se, por exemplo, a hipótese de celebração de termo de ajustamento de conduta em que se acordasse com determinada empresa do ramo imobiliário a inclusão em todos os contratos de venda e compra de unidade autônoma de cláusula com pré-fixação de perdas e danos, em caso de atraso de obra. Nesta hipótese, poderia o adquirente valer-se do

ajustamento para solicitar a inclusão da cláusula (ato material de aquiescência) ou recusar a sua inclusão.

Tome-se também o exemplo das discussões sobre o índice de correção monetária que deveria incidir sobre as contas vinculadas de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, durante o período de determinado plano econômico. Imagine-se que determinado órgão público legitimado formalizasse transação em que fosse ajustada a aplicação de determinado índice, superior àquele que se dispunha a Caixa Econômica Federal a aplicar, mas inferior àquele que os correntistas julgavam ter direito. Neste caso, aqueles que quisessem valer-se do acordo, poderiam solicitar, administrativamente, a aplicação do índice acordados. Já correntistas os que não se contentassem com os termos do acordo poderiam pleitear a aplicação do índice que julgam ser correto em ação judicial.

Esse resultado material – transação – poderia ser obtido tanto por meio de negociação, dentro ou fora do ambiente judicial, ou por meio de conciliação, antes ou mesmo durante o curso do processo.

Com tais características, a perspectiva concreta para a resolução consensual de litígios que envolvam direitos individuais homogêneos revela-se bastante promissora.

31. Arbitragem para resolução de litígios relativos a direitos difusos e coletivos *stricto sensu*

Pelas premissas e conclusões firmadas nos capítulos precedentes, afirmou-se que alguns litígios relativos a direitos difusos e coletivos *stricto sensu* podem ser objeto de arbitragem, quer à vista de critérios subjetivos e objetivos de admissibilidade, quer à vista do juízo de adequação.

Em perspectiva material, como visto, a admissibilidade da arbitragem, sob a ótica objetiva, está restrita às pretensões de caráter *patrimonial* decorrentes da violação a

direitos difusos e coletivos *stricto sensu* e das pretensões restritas à aferição da definição de técnica, prazo e modo de cumprimento da obrigação.³²⁴

As lesões a direitos difusos podem ter origem contratual ou podem decorrer da prática de ato ilícito.

Na primeira hipótese (origem contratual da lesão), é possível cogitar de pactuação de cláusula compromissória para a resolução de eventuais conflitos futuros relativos a direitos dessa natureza.

Imagine-se o exemplo de um contrato de concessão para exploração de petróleo, firmado entre ente federativo e a empresa que explora a atividade, em que tenha sido inserida convenção arbitral.

Neste caso, todos os eventuais litígios decorrentes deste contrato, inclusive aqueles relativos à violação a direitos difusos, haveriam de ser solucionados por meio de processo arbitral. A peculiaridade é que tal cláusula somente vincularia o ente federativo e não os demais legitimados, que somente poderiam se valer da arbitragem se optasse, após o surgimento do conflito, pela celebração de compromisso arbitral.

Já na segunda hipótese (origem extracontratual da lesão), somente por meio de compromisso poderia ser estipulada convenção arbitral.

Em paralelo, as lesões a direitos coletivos *stricto sensu* também podem ter origem contratual ou extracontratual. Não obstante, como a relação contratual pode se dar entre os envolvidos ou entre eles e parte contrária – hipótese em que a relação costuma ser contratual individual – não há margem propícia para que eventual convenção arbitral que pudesse redundar em uma arbitragem coletiva tivesse origem em cláusula compromissória. Assim, a tendência é que sejam mesmo estipuladas por meio de compromisso.

³²⁴ Embora em relação ao processo judicial, Flávio Luiz YARSHELL destacou a utilidade da produção antecipada de provas para viabilizar a celebração de termos de ajustamento de conduta em relação a direitos difusos e coletivos *stricto sensu* que envolvam questões de elevada complexidade técnica. Veja-se o argumento: “(...) a prova assim produzida pode e deve contribuir para a superação dos obstáculos que normalmente se colocam à celebração de termos de ajustamento de conduta: fornecendo esclarecimentos quanto à situação de fato e mesmo quando a elementos técnicos da controvérsia, a prova produzida pode fornecer relevantes – por vezes imprescindíveis – subsídios para a negociação, não apenas criando a oportunidade para que o ato de autocomposição seja ultimado como, ainda, afastando o receio de celebrar esse tipo de negócio jurídico, pela responsabilidade que representa, diante dos direitos e interesses em jogo”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônoma à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 373). A rigor, nada obstará que a mesma prova fosse produzida em processo arbitral.

O compromisso arbitral deve ser firmado, necessariamente, por todos que seriam partes em eventual ação judicial: (i) quaisquer dos órgãos públicos legitimados à tutela coletiva, isolada ou conjuntamente; (ii) os agentes públicos ou privados que teriam violado ou ameaçado direitos individuais homogêneos ou que teriam responsabilidade pela reparação; e ainda (iii) o órgão público responsável pela autorização e/ou fiscalização da atividade que resultou na ameaça ou lesão, se estiver configurada hipótese de litisconsórcio necessário.

Diante da norma do artigo 5º, parágrafo primeiro, da Lei de Ação Civil Pública, se o Ministério Público não participar do compromisso arbitral, devem as partes providenciar a sua formal comunicação da instauração da arbitragem, para que possa ser viabilizada a regra da intervenção obrigatória.

Essa comunicação é também extremamente relevante, na medida em que o Ministério Público será o único legitimado coletivo que terá conhecimento do processo arbitral e poderá evitar a repetição desta demanda, perante o Poder Judiciário, se proposta por outro ente legitimado.

A teor do quanto estipulado no artigo 10 da Lei de Arbitragem, deve constar do compromisso, pelo menos, (i) a qualificação das partes (inciso I); (ii) a qualificação do árbitro ou indicação da câmara arbitral que fará a indicação do árbitro (inciso II); (iii) o objeto da arbitragem (inciso III) e (iv) o lugar em que será proferida a sentença arbitral (inciso IV). Especificamente quanto a este último requisito, devem as partes eleger lugar dentro do território brasileiro, para que não haja necessidade de posterior homologação do laudo (artigo 34, parágrafo único e 35 da Lei de Arbitragem).

A escolha do árbitro ou da câmara arbitral, além de atender aos requisitos legais do artigo 13 da Lei de Arbitragem (pessoa *capaz* e da *confiança* das partes), deve se orientar em critérios objetivos, tais como o currículo, a experiência, a especialização no tema do litígio, dentre outros que denotem a plena capacidade técnica para o desempenho da atividade que lhe será confiada.

Em regra, a arbitragem haveria de ser pública, para que qualquer pessoa pudesse ter acesso aos atos e decisões do processo, tal como se se tratasse de processo

judicial. Excepcionalmente, poderia ser acordada cláusula de sigilo no compromisso ou no termo arbitral, se preservação do *interesse público*³²⁵ recomendar que assim se proceda.

A língua adotada haveria de ser a portuguesa, para que nenhum entrave à compreensão dos atos e decisões do processo arbitral fosse imposto aos co-titulares do direito coletivo violado.

O laudo arbitral estará sujeito à formação de coisa julgada, à luz das regras pertinentes ao microsistema de tutela coletiva (artigo 103, incisos I e II, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – coisa julgada *secundum eventum probationis*).

Ademais, à sentença final proferida deve ser dada ampla divulgação, a fim de que os co-titulares do direito coletivo violado possam conhecer o conteúdo da decisão proferida, no plano coletivo, em relação às suas pretensões.

Essas são, em linhas gerais, perspectivas preliminares para a utilização da arbitragem para a resolução de conflitos que envolvam direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Todavia, é a efetiva utilização do processo arbitral que poderá demonstrar a necessidade de enfrentamento de outras questões para compatibilização do processo arbitral com o sistema processual de tutela coletiva.

32. A arbitragem sobre direitos individuais homogêneos

32.1. *As class arbitrations norte-americanas*

32.1.1 Contexto social de surgimento

Se ser processado já constitui um estado de sujeição indesejável, o que dizer da circunstância de se ter que responder a uma demanda em que diversas, talvez milhares de pessoas representadas em juízo pretendem, ao mesmo tempo, a recomposição dos prejuízos que afirmam ter sofrido.

³²⁵ Não há razão para aplicar-se à hipótese critério diverso do previsto na primeira hipótese de tramitação de processo judiciais em segredo de justiça (artigo 155, inciso I, do Código de Processo Civil).

Essa é a ótica sob a qual as empresas norte-americanas encaram a propulsão do fenômeno das *class actions for damages*. De fato, a afetação da atividade econômica da empresa, após a certificação de uma ação de classe em seu desfavor, torna-se inevitável.³²⁶

A tentativa de descaracterizar em juízo os pré-requisitos para certificação previstos na Regra 23 das Normas Federais de Processo Civil, embora tenha se revelado eficaz em relação a determinados litígios, constitui postura de cunho meramente defensivo, incapaz de solucionar a questão de forma definitiva. Carecia-se, portanto, de uma estratégia que tivesse o condão de *prevenir* a instauração de litígios coletivos.

Foi neste contexto que, ainda nos anos 90, diversos grupos empresariais resolveram, com tal desiderato, incluir cláusulas compromissórias em seus contratos. O intento era óbvio: obstar a possibilidade de formação de demandas de classe,³²⁷ afinal, não se concebia, até então, que uma ação coletiva pudesse ter sede em juízo arbitral sem expressa autorização contratual.

No temor de que a simples a convenção de arbitragem não tivesse o condão de obstar o ajuizamento de ações de classe³²⁸, muitas empresas passaram a incluir em seus contratos cláusulas compromissórias em que expressamente se vedava a instauração de ação de classe.³²⁹

³²⁶ A rigorosidade com que é feito o controle da representatividade adequada faz com que a certificação da demanda como ação de classe potencialize, em desfavor do réu, o aspecto econômico do processo, o que eleva as possibilidades de acordo.

³²⁷ Em artigo de título sugestivo, Edward Wood DUNHAM afirma que “*an arbitration clause may not be an invincible shield against class action litigation, but is surely one of the strongest pieces of armor available to the franchisor.*” (*The Arbitration Clause as Class Action Shield, Franchise Law Journal*, n.16, primavera de 1997, p. 142). Nesse mesmo sentido: HANOTIAU, Bernard. A New Development in Complex Multiparty-Multicontract Proceedings: Classwide Arbitration. *Arbitration International*, London Court of International Arbitration, v. 20, n. 1, 2004, p. 44; GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 197.

³²⁸ Uma das grandes questões jurídicas em torno das *classwide arbitration* que se instalou na jurisprudência consiste em saber como devem ser interpretadas as cláusulas compromissórias inespecíficas quanto ao remédio coletivo. É dizer, a simples convenção arbitral implica aceitação de qualquer demanda arbitral, inclusive de natureza representativa, ou, ao revés, o ajuizamento de arbitragem de classe dependeria de consentimento específico?

³²⁹ Foi o caso por exemplo da *American Express*, cujos contratos passaram a estatuir: “*No Claim submitted to arbitration is heard by a jury and no Claim may be brought as a class representative or participate as a member of a class of claimants with respect to any Claim*”. O exemplo foi extraído do artigo de Jean. R. STERNLIGHT “As mandatory binding arbitration meets the class action, will de class action survive?” (*William and Mary Law Review*, v. 42, ano 2000, p. 6). O autor menciona ainda outros exemplos de empresas que passaram a adotar em seus contratos expressa vedação às *class actions*. A constatação também pode ser extraída de SCANLON, Kathleen M. Class Arbitration Waivers: The “Severability” Doctrine and Its Consequences. *Dispute Resolution Journal*, fev-abr. 2007, p. 42.

Quando a matéria chegou aos tribunais, essa prática rendeu ensejo a diversas discussões jurídicas, tais como a validade da inserção de cláusula compromissória em contratos de adesão, a validade da renúncia à tutela coletiva, os critérios e a competência para a interpretação das cláusulas compromissórias omissas.

O fato, no entanto, é que, ainda que com certa divergência inicial, não se vislumbrou qualquer incompatibilidade no desenvolvimento de ações coletivas perante o juízo arbitral. O que em doutrina nacional seria o mais intuitivo questionamento – a arbitrabilidade das pretensões coletivas – não encontrou resistência nos tribunais norte-americanos.

Foi neste contexto que as arbitragem de classe atingiram nos Estados Unidos elevado estágio de desenvolvimento, sem precedente em outro ordenamento jurídico.

Com efeito, a *Arbitration American Association (AAA)* e a *JAM's*, duas das mais tradicionais instituições arbitrais norte-americanas, possuem regulamentos específicos para a condução das arbitragens de classe, além de haver farta doutrina e jurisprudência a este respeito.

Há precedentes da Suprema Corte sobre a matéria.

O primeiro, do ano de 2005, *Green Tree Financial Corporation v. Bazzle*, verdadeiro marco jurisprudencial sobre o tema das *class arbitrations*, versou sobre como deveria ser interpretada a cláusula compromissória que fosse silente sobre a possibilidade de haver *class action arbitration*.

Há ainda dois outros precedentes mais recentes. Um deles, julgado em 2010, *Stolt-Nielsen S.A et al v. Animalfeeds International Corporation*, versou sobre a possibilidade de haver uma arbitragem de classe na hipótese de a cláusula compromissória ser silente a esse respeito, à luz da *Federal Arbitration Act*. O outro, julgado em 2011, tratava de hipótese em que a cláusula compromissória vedava, expressamente, a

Todas essas circunstâncias fazem com que a sociedade *ianque* sirva de paradigma de *observação*³³⁰ do uso da arbitragem de conflitos coletivos. Não se trata, porém, de análise de direito comparado.³³¹

³³⁰ A proposta, aqui, é a apresentação de simples panorama descritivo de episódios da experiência norte-americana acerca do tema das *class arbitrations*, com alguma exploração de doutrina e jurisprudência.

32.1.2 O marco jurisprudencial Green Tree Financial Corporation v. Bazzle

A viabilidade da utilização da arbitragem como método para resolução de conflitos coletivos no sistema norte-americano possui um marco jurisprudencial.

Trata-se do caso célebre *Green Tree Financial Corporation v. Bazzle*, julgado em junho de 2003 pela Suprema Corte norte-americana, em que, embora a questão não tenha sido enfrentada de forma frontal, chegou-se a conclusões fundamentais sobre as *class arbitrations*.

No ano de 1995, *Lynn e Burt Bazzle* celebraram com a financeira *Green Tree Financial Corporation* contrato de mútuo sob as leis do Estado da Carolina do Sul, contendo cláusula compromissória.³³²

Ocorreu que, aparentemente, a financeira deixou de fornecer a tais clientes um formulário em que se informava que os mutuários tinham o direito de indicar seus próprios advogados e agentes de seguro. Diante de tal circunstância, *Lynn e Burt Bazzle* ajuizaram ação civil perante a justiça de primeira instância da Carolina do Sul, sob o fundamento de que tal prática teria violado as leis deste Estado, com o objetivo de serem ressarcidos pelos prejuízos que experimentaram.

Em 1997, os Autores formularam pedido para que a ação fosse certificada como ação de classe. Em resposta, a *Green Tree Financial Corporation* tentou suspender o

³³¹ Justifica-se tal corte metodológico diante da advertência que faz José Carlos BARBOSA MOREIRA (A importação de modelos jurídicos. *Temas de Direito Processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 265). Além disso, o estudo do direito comparado demandaria análise extensa e profunda do sistema jurídico paradigmático, análise essa que fugiria ao objetivo desta dissertação.

³³² Confira-se, a propósito, o teor da cláusula: “*ARBITRATION – All disputes, claims, or controversies arising from or relating to this contract or the relationships which result from this contract... shall be resolved by binding arbitration by one arbitrator selected by us with consent of you. This arbitration contract is made pursuant to a transaction in interstate commerce, and shall be governed by the Federal Arbitration Act at 9 U.S.C. section 1... THE PARTIES VOLUNTARILY AND KNOWINGLY WAIVE ANY RIGHT TO ARBITRATION UNDER THIS CLAUSE OR PURSUANT TO COURT ACTION BY US (AS PROVIDED HEREIN)... The parties agree and understand that the arbitrator shall have all powers provided by the law and the contract. These powers shall include all legal and equitable remedies, including, but not limited to, money damages, declaratory relief, and injunctive relief*”. (539 U.S., opinion of Breyer J., p. 2).

processo judicial e forçar a instauração de arbitragem. Ao apreciar o pleito, a justiça não apenas certificou a ação de classe como também determinou a instauração da arbitragem.

As partes então elegeram o árbitro de comum acordo, o qual, após o regular processamento do feito como ação de classe, condenou a financeira ao pagamento de indenização por danos no valor de US\$ 10.935.000 (dez milhões, novecentos e trinta e cinco mil dólares), além de honorários advocatícios.

Em paralelo a essa demanda, *Lackey* e *Buggses* também moveram ação contra a *Green Tree Financial Corporation* sob idêntico fundamento. A exemplo do caso *Bazzle*, a justiça certificou a demanda como ação de classe e, em sede recursal, foi determinada a instalação da arbitragem. O árbitro eleito condenou a financeira ao pagamento de indenização por danos no valor de US\$ 9.200.000 (nove milhões e duzentos cinco mil dólares), além de honorários de advogado.

Após a confirmação de ambos os laudos, a financeira recorreu à Corte de Apelação do Estado da Carolina do Sul, sob o argumento de que não haveria permissão legal para o processamento de uma arbitragem de classe.

A Suprema Corte do Estado da Carolina do Sul, então, retirou ambos os casos da Corte de Apelação, assumiu a jurisdição e determinou a reunião dos processos. Ao julgar o recurso, reconheceu que o contrato silenciava quanto à possibilidade de instauração de arbitragem de classe e que, por conseguinte, havia autorização para o desenvolvimento regular da *class arbitration*, como efetivamente havia sido feito.

Por considerar que a matéria decidida envolvia a aplicação da Lei Federal de Arbitragem, a Suprema Corte norte-americana deferiu o *writ of certiorari* requerido pela *Green Tree Financial Corporation* e adentrou ao mérito da questão.³³³

A Suprema Corte, por maioria de votos, entendeu que afirmar se a cláusula compromissória proibia ou não o processamento de arbitragem de classe era uma questão de interpretação contratual e, portanto, deveria ser decidida pelo árbitro.

³³³ Na sistemática recursal norte-americana, a decisão final de uma corte estadual pode render ensejo a um recurso para a Suprema Corte se a matéria decidida envolver aplicação de lei federal. Confira-se, a este propósito, a explicação de Geoffrey C. HAZARD Jr e Michele TARUFFO: “[...] when final judgment has been rendered in a state court involving a question of federal law, and all appeals within that state’s court system have been exhausted, the losing party may petition the Supreme Court to consider the federal issues involved in the case. This procedure is also a petition for certiorari. If the petition is granted, the record in the state court is brought up as the basis of the Court’s consideration of the case; if the petition is denied, the state court’s judgment is final”. (American..., p. 185-186).

Conquanto o mérito do litígio tenha sido de fato resolvido pelo árbitro, verificou-se que o processamento de ambas as demandas como arbitragens de classe derivou de expressa determinação judicial. A Suprema Corte entendeu que a decisão do árbitro refletiu e acatou a interpretação judicial que havia sido conferida ao contrato pela justiça estatal, que não necessariamente correspondia à interpretação que o árbitro conferiria ao pacto.

Com base em tais premissas, a Suprema Corte anulou a decisão da Suprema Corte do Estado da Carolina do Sul e submeteu o caso novamente ao árbitro, para reinterpretar a cláusula compromissória, notadamente quanto ao cabimento da arbitragem de classe.

Deste precedente, três conclusões fundamentais podem ser extraídas.

A primeira notável contribuição do precedente consistiu na afirmação da inexistência de incompatibilidade entre arbitragem e ação coletiva. Asseverou-se, a propósito, que “*the FAA [Federal Arbitration Act] does not prohibit parties from choosing to proceed on a class-wide basis*”.³³⁴ Na prática, a afirmação da inexistência de vedação funcionou como verdadeira autorização para o processamento de arbitragens de classe.

Em *segundo* lugar, ao analisar a cláusula compromissória inserida no contrato, a Suprema Corte entendeu que impor um procedimento de classe quando a convenção arbitral seja silente a respeito de tal possibilidade é uma questão de interpretação contratual e como tal, deve ser decidida pelo árbitro.

Afirmou-se, então, em aplicação do princípio *kompetenz-kompetenz*, que cabe ao árbitro e não ao Judiciário decidir sobre a possibilidade ou não de processamento de uma arbitragem de classe.

Em *terceiro* lugar, ao assentarem, à luz de uma cláusula compromissória inespecífica quanto à arbitragem de classe, que a decisão acerca da possibilidade de processamento de uma demanda representativa caberia ao árbitro, afirmaram, em *contrario sensu*, que o silêncio não necessariamente implicava a sua vedação.

³³⁴ 539 U.S., Rehnquist, C. J., divergindo, p. 5.

Com isso, restou infirmada a orientação jurisprudencial predominante até o momento, de que somente poderia haver arbitragem coletiva se a cláusula compromissória expressamente autorizasse tal procedimento.³³⁵

Por outro viés, aduziu-se, em tese, a possibilidade de processamento de uma arbitragem de classe a partir de cláusula arbitral padrão. Essa afirmação, além de ter contribuído de forma decisiva para o desenvolvimento deste tipo de processo, acarretou a reformulação das cláusulas compromissórias dos contratos e as grandes empresas passaram a vedar expressamente em seus contratos a possibilidade de instauração de arbitragens de classe.

32.1.3 Os novos precedentes: *Stolt-Nielsen S.A et al v. Animalfeeds International Corporation* e *AT&T Mobility LLC v. Concepcion et ux*

Mais recentemente, a Suprema Corte voltou a analisar o tema no julgamento dos casos *Stolt-Nielsen S.A et al v. Animalfeeds International Corporation* e *AT&T Mobility LLC v. Concepcion et ux*.

No primeiro caso, a questão jurídica submetida ao julgamento consistia da aferição da possibilidade, à luz da Lei Federal de Arbitragem, de instauração de uma arbitragem de classe, na hipótese em que a cláusula compromissória fosse silente a esse respeito.

Concluiu a Suprema Corte que o tribunal arbitral, ao decidir, à luz do precedente anterior *Bazze*, que a cláusula compromissória permitiria a instauração de uma arbitragem de classe, teria mal interpretado o precedente e ainda teria violado o princípio fundamental de que a escolha da arbitragem deve decorrer do consenso. Decidiu-se que

³³⁵ P. Christine Deruelle and Robert Clayton Roesch Weil, em artigo intitulado *Gaming The Rigged Class Arbitration Game: How We Got Here And Where We Go Now – Part I*, informam que antes da decisão proferida no caso *Bazze*, as Cortes de Apelação do Segundo, Terceiro, Quarto, Quinto, Sexto, Sétimo, Oitavo, Nono e Décimo Primeiro Circuitos tinham entendimento assentado de que arbitragens de classe não poderiam ser processadas se a cláusula compromissória silenciava a respeito de tal procedimento. O Primeiro Circuito mantinha o entendimento isolado em sentido contrário e o Décimo Circuito, a este tempo, ainda não tinha tido oportunidade de firmar entendimento sobre a matéria. Artigo disponível em www.metrocorp counsel.com/current.php?artType=view&artMonth=August&artYear=2007&EntryNo=6992. Acessado em 24/04/2009).

*class-action arbitration changes the nature of arbitration to such a degree that it cannot be presumed that the parties consented to it by simply agreeing to submit their disputes to an arbitrator.*³³⁶

O julgamento, porém, teve três votos divergentes (Justica Ginsburg, Stevens e Breyer), que não reconheceram tratar-se de hipótese de anulação de laudo arbitral, à luz da Lei Federal de Arbitragem.

O conteúdo desse julgamento, no entanto, é mais afirmativo e contundente do que o precedente *Bazze*, especialmente por reputar ilegal que se extraia de um simples cláusula contratual a inferência de que as partes teriam acordado, também, a instauração de uma arbitragem de classe.

Já no caso *AT&T Mobility LLC v. Concepcion et ux*, a questão jurídica versada era sobre a validade da cláusula compromissória que contenha vedação expressa à arbitragem de classe, à luz da decisão do Nono Circuito que havia considerado a cláusula injusta, por não permitir a instauração de procedimentos de classe. A Suprema Corte, no caso, reverteu a decisão e decidiu pela validade da cláusula.

32.1.4 Renúncia à tutela coletiva: vetores interpretativos da cláusula compromissória

É notória a utilização de cláusulas compromissórias com o objetivo de evitar a instauração de demandas de classe, em especial em contratos de consumo e de trabalho.

A jurisprudência norte-americana é majoritária quanto à validade da inserção de cláusulas compromissórias em contratos de adesão.³³⁷

Tal orientação se deve, em grande parte, à afirmação reiterada pela Suprema Corte acerca da existência de uma “*national policy favoring arbitration*”,³³⁸ o que

³³⁶ 559 U.S., *opinion of the Court*, p. 21.

³³⁷ Acrescenta HANOTIAU que a jurisprudência mantém o entendimento “*even if the arbitration clause is contained in small print and inconspicuous locations in standard form contracts, in employee handbooks or related documents, in flyers contained in mailings with bills or other statements, in packaging that arrives with a computer, or in a medical consent forms.*” (A New Development..., p. 46).

³³⁸ Em artigo específico sobre o tema, David SCHWARTZ critica a orientação sob o argumento de que “*the legislative history of the FAA [Federal Arbitration Act] makes clear that the statute was meant to enforce pre-dispute arbitration clauses only between commercial entities, whose relatively equal bargaining*

significa que, havendo dúvida quanto à extensão da convenção de arbitragem, a questão deverá ser resolvida em prol da arbitragem.³³⁹ De fato, a premissa é de que entre o judiciário e a arbitragem a distinção é apenas de fórum.³⁴⁰

Diante desta realidade, consiste o estado da questão em saber como a doutrina e a jurisprudência interpretam as cláusulas compromissórias, relativamente à perspectiva de instauração de demandas de classe perante tribunais arbitrais.

Há, nesta perspectiva, duas ordens de cláusulas que ensejam particular discussão: as cláusulas compromissórias omissas e as cláusulas compromissórias que vedam expressamente as arbitragens coletivas.

Antes do precedente *Green Tree Financial Corporation v. Bazzle* prevalecia a orientação de que a convenção arbitral genérica não poderia ser interpretada como autorizativa de arbitragens de classe.

Neste *leading case*, embora não se tenha enfrentado a questão diretamente, a Suprema Corte não afastou a conclusão do Tribunal *a quo* quanto à possibilidade de uma cláusula compromissória padrão vir a ser interpretada como autorizativa da instauração de uma demanda arbitral de classe. Apenas aduziu que se trataria de matéria afeita à competência do árbitro ou do tribunal arbitral. Até então, o vetor interpretativo operava-se, na jurisprudência da Suprema Corte, em favor da arbitragem.

A partir do julgamento do caso *Stolt-Nielsen S.A et al v. Animalfeeds International Corporation*, porém, ficou clara a orientação no sentido de que as cláusulas compromissórias simples, silentes sobre a possibilidade de instauração de uma arbitragem de classe, não poderiam ser interpretadas para autorizar a instauração de uma arbitragem de classe. Há de haver, portanto, consentimento expresse a esse respeito.

position and knowledge of the kinds of disputes that might be arbitrated make such clauses far less onerous than they are to the average person". (Enforcing small print to protect big business: Employee and Consumer rights claims in an age of compelled arbitration. *Wisconsin Law Review*, n.33, 1997, p. 132).

³³⁹ HANOTIAU, A New Development..., p. 46.

³⁴⁰ Como afirma Maureen A. WESTON "in upholding compulsory arbitration, the Supreme Court has stated that only the forum is changed, from judicial to arbitral, but the ability to vindicate substantive rights cannot be impaired." (Universes..., p. 1716). A orientação é similar à de Edoardo RICÓDIGO CIVILL quanto ao critério a ser adotado para fins de definição de arbitrabilidade objetiva: "quanto mais o âmbito da arbitragem é limitado, tanto mais se revela a ideia da tutela judicial do poder soberano, em vez de simples serviço." (Desnecessária Conexão Entre Disponibilidade do Objeto da Lide e Admissibilidade de Arbitragem: Reflexões Evolutivas. In: LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. *Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, In Memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 408).

Já no que tange às cláusulas compromissórias em que tenha sido pactuada a exclusão de procedimentos de classe do juízo arbitral³⁴¹, a discussão que se instala não é mais de cunho interpretativo, senão dirigida à aferição da validade de tal pactuação.³⁴²

Assim, no precedente *AT&T Mobility LLC v. Concepcion et ux*, a conclusão foi, mais uma vez, favorável à arbitragem individual e desfavorável à perspectiva de resolução coletiva do conflito.

A questão encontra eco também no plano legislativo. Em meados de maio de 2006, o Estado do *Utah* alterou as regras que regulamentam os contratos de cartão de crédito a passou a ser o primeiro Estado Americano a permitir a renúncia à tutela coletiva.³⁴³

Em termos pragmáticos, a definição da possibilidade de renúncia à tutela coletiva na arbitragem é de fato relevante, face à vultuosidade de contratos de consumo e emprego que contém tal vedação.³⁴⁴

A percepção que se deve ter é que, tratando-se de cláusula compromissória obrigatória, a renúncia à arbitragem de classe implica a renúncia a todos os mecanismos de tutela coletiva. A doutrina tem assinalado de forma veemente a necessidade de se reprimir essa conduta e proteger o acesso à tutela coletiva,³⁴⁵ embora a Suprema Corte tenha decidido, recentemente, em sentido diverso.³⁴⁶

³⁴¹ Após o precedente *Green Tree Financial Corporation v. Bazzle* diversas empresas inseriram em seus contratos comerciais expressa vedação à instauração de arbitragens coletivas, como é o caso de algumas organizações de auto-regulação, como por exemplo, a Securities and Exchange Commission, a New York Stock Exchange (NYSE) e a Nacional Association of Securities Dealers (NASD). (HANOTIAU, *A New Development...*, p. 47; SCANLON, *Class Arbitration...*, p. 44).

³⁴² Neste ponto, há que se fazer uma ressalva de tradução. Em doutrina, a hipótese é tratada à luz do verbo *to enforce*, cuja tradução literal é executar, forçar (NORONHA. *Legal Dictionary*. 6. ed. São Paulo: Observador Legal Editora, 2006, p. 148), o que sugere que a discussão esteja no plano da eficácia. Contudo, parece que, entre nós, se trataria de discussão afeita à validade, razão pela qual se optou pela não realização da tradução literal.

³⁴³ Confira-se, a propósito, o artigo “*Utah to Allow Class Action Waivers in Consumer Credit Agreements*”, de autoria de Mary S. Diemer, disponível em <http://www.nelsonmullins.com/news/nelson-mullins-articles-speeches-detail.cfm?id=89>. Acessado em 25/03/2009.

³⁴⁴ SCANLON, *Class Arbitration...*, p. 44.

³⁴⁵ Logo ao introduzir o tema, Jean. R. STERNLIGHT, no artigo “*As mandatory binding arbitration meets the class action, will de class action survive?*” firma posição: “*This article argues that it would be wrong to allow companies to use arbitration clauses to insulate themselves entirely from class action liability, and that courts and legislators should take steps to protect aCódigo Civileless to class actions.*” (*William and Mary Law Review*, v. 42, ano 2000, p. 6). Na sequência, cobra dos tribunais uma resposta incisiva contra essa prática, cogitando, inclusive, que o Congresso venha a legislar sobre a matéria. (As mandatory..., p. 125). Nesse mesmo sentido, HANOTIAU pondera que “*there seems to be an agreement that when a company tries to impose on its customers a clause that would preclude the use of class action*

Por fim, cumpre advertir que tanto a AAA quanto a JAM'S, as duas principais câmaras arbitrais norte-americanas, não admitem o processamento de demanda arbitral cuja cláusula compromissória contenha vedação à arbitragem coletiva, a menos que o comando advenha de decisão judicial.³⁴⁷⁻³⁴⁸

32.1.5 O devido processo legal nas arbitragens coletivas

As ações de classe, enquanto demandas representativas, encerram especial preocupação com a garantia do devido processo legal. Ainda que representados em juízo e que o controle da representatividade seja feito de forma rigorosa pelo magistrado, não há participação direta dos membros ausentes.³⁴⁹

A edição de um procedimento com este perfil somente é possível, à luz da garantia constitucional do devido processo legal, a partir da criação de regras específicas

in any forum, it may be expected that such clause would be deemed unenforceable by the courts in most cases, either on the basis of the unconscionability theory, or because it contravenes the terms, legislative history or purpose of a specific statute, such as the TILA [Truth in Lending Act] under which the claim is brought.” (A New Development..., p. 49).

³⁴⁶ O desencontro foi bem assinalado por Kathleen SCANLON: o Terceiro, o Quarto, o Quinto, o Sétimo e o Décimo Primeiro Circuitos têm reconhecido a validade da renúncia às arbitragens de classe, ao passo que o Primeiro e o Nono Circuitos têm resistido. Em paralelo, a maioria das cortes distritais tem reconhecido eficácia às cláusulas arbitrais de renúncia a procedimentos de classe, enquanto que nas cortes estaduais a tendência é contrária. (Class Arbitration..., p. 43).

³⁴⁷ O site da AAA contém advertência quanto à política da instituição em relação às arbitragens de classe, ocasião em que se esclarece: “*The Association is not currently a Código Civilepting for administration demands for class arbitration where the underlying agreement prohibits class claims, consolidation or joinder, unless an order of a court directs the parties to the underlying dispute to submit any aspect of their dispute involving class claims, consolidation, joinder or the enforceability of such provisions, to an arbitrator or to the Association.*”. (Disponível em <http://www.adr.org/Classarbitrationpolicy>, acessado em 25/03/2009). Já no caso da JAM'S, a vedação está prevista no próprio regulamento (Anexo II): “*Rule 1. Applicability. (a) JAMS will not administer a demand for class action arbitration when the underlying agreement contains a class preclusion clause, or its equivalent, unless a court orders the matter or claim to arbitration as a class action.*” (Disponível em http://www.jamsadr.com/rules/class_action.asp, acessado em 25/03/2009).

³⁴⁸ SCANLON chega a cogitar da inclusão nos novos contratos de convenções arbitrais condicionais. Assim, caso o Judiciário reconheça a nulidade da cláusula de renúncia à ação coletiva, então toda a convenção arbitral será inválida e a demanda se processará perante a justiça pública. (Class Arbitration..., p. 44).

³⁴⁹ A mutabilidade das regras que asseguram o devido processo legal, à luz da natureza da demanda, é afirmada por Carole J. BUCKNER “*Due process in the class action context involves considerations that extend beyond the requirements of due process in non class action litigation. These considerations derive from the fact that, in class action litigation, all of claimants are not present before the court.*” (Due process in Class Arbitration. Florida Law Review, n. 58, 2006, p. 195).

que assegurem aos membros ausentes mecanismos de controle, como faz a Regra 23 das Normas Federais de Processo Civil.

Considerando que as arbitragens de classe também constituem ações representativas, uma vez que a distinção em relação às *class actions* movidas perante a justiça pública é apenas a alteração do fórum da discussão, é certo que as *class arbitrations* devem igualmente observar o devido processo legal.

Essa inferência, embora pareça óbvia no contexto do sistema constitucional brasileiro, causa alguma perplexidade no âmbito do sistema jurídico norte-americano, uma vez que predomina em doutrina e jurisprudência o entendimento de que o devido processo legal, em sua face procedimental, não é requisito para o desenvolvimento de arbitragens contratuais individuais.³⁵⁰

Significa então que a admissibilidade das *class arbitrations* nos Estados Unidos, nesta medida, pressupõe a concepção de um regime jurídico arbitral diverso, que se amolde especificamente às peculiaridades das demandas coletivas.

A doutrina tem se dedicado a analisar o procedimento que melhor se adapte à natureza representativa das arbitragens de classe, notadamente quanto ao grau de intervenção do poder judiciário.

O primeiro modelo conhecido é o modelo híbrido,³⁵¹ adotado pela Suprema Corte do Estado da Califórnia no caso *Keating v. Superior Court*, julgado em 1984 – um dos primeiros precedentes sobre a matéria –, no qual se pressupõe que para assegurar a observância à garantia do devido processo legal é preciso que haja revisão dos tribunais em relação aos aspectos relacionados a *class action*, tais como para a certificação, para notificação etc.³⁵²

Duas críticas podem ser opostas a esse modelo.

A primeira delas é a existência de verdadeira desconfiança em relação à capacidade do árbitro de assegurar o devido processo legal. Inexiste razão de ordem lógica

³⁵⁰ BUCKNER, Due process..., p. 187.

³⁵¹ Ainda no ano 2000, antes, portanto do julgamento do caso *Green Tree Financial Corporation v. Bazzle* pela Suprema Corte, STERNLIGHT chegou a defender a utilização do modelo híbrido, embora com alguma hesitação quanto à forma como a interação entre árbitros e tribunais deveria funcionar. (*As mandatory...*, p. 126.)

³⁵² BUCKNER, Due process..., p. 226.

para se afirmar que os tribunais possuem melhores condições de assegurar a observância a essa garantia.

A outra é que a necessidade de confirmação pelos tribunais de diversas decisões sobre o procedimento contraria a norma federal que regulamenta a arbitragem, a qual concebe hipóteses estritas de intervenção judicial.³⁵³

Em paralelo, após o precedente *Green Tree Financial Corporation v. Bazzle*, a *American Arbitration Association (AAA)* e a *JAM'S* editaram regras complementares a seus regulamentos, especificamente para o processamento de demandas arbitrais coletivas.

Ambos os regulamentos contemplam, em alguma medida, expressa previsão de intervenção judicial.

O regulamento da AAA prevê a prolação de duas sentenças parciais, antes da sentença final. A primeira (*Clause Construction Award*), interpretativa da cláusula contratual quanto à possibilidade de instauração de uma ação de classe, ativa ou passiva (Regra 3)³⁵⁴ e a segunda (*Class Determination Award*), afirmativa do preenchimento dos pré-requisitos para certificação (Regra 4).³⁵⁵

Em ambos os casos, o procedimento arbitral fica suspenso por pelo menos 30 (trinta) dias, a fim de que as partes tenham a possibilidade de buscar a confirmação ou a

³⁵³ Segundo BUCKNER, “*In typical private contractual non-class arbitration, once the court compels arbitration, judicial involvement in the matter terminates until completion of the arbitration on the merits, at which time, if the losing party does not simply voluntarily comply with the arbitrator’s award, the parties may return to the judicial system to have the arbitration award confirmed or to pursue a vacatur motion or to seek modification of the award. Outside of compelling the parties to honor their arbitration agreement and confirming the award or considering a motion to vacate or modify the award, in non-class arbitration, the judicial system has no involvement in the underlying adjudication on the merits of the action, which the arbitrator determines. (Due process..., p. 228).*”

³⁵⁴ “*Upon appointment, the arbitrator shall determine as a threshold matter, in a reasoned, partial final award on the construction of the arbitration clause, whether the applicable arbitration clause permits the arbitration to proceed on behalf of or against a class (the "Clause Construction Award"). The arbitrator shall stay all proceedings following the issuance of the Clause Construction Award for a period of at least 30 days to permit any party to move a court of competent jurisdiction to confirm or to vacate the Clause Construction Award. Once all parties inform the arbitrator in writing during the period of the stay that they do not intend to seek judicial review of the Clause Construction Award, or once the requisite time period expires without any party having informed the arbitrator that it has done so, the arbitrator may proceed with the arbitration on the basis stated in the Clause Construction Award. If any party informs the arbitrator within the period provided that it has sought judicial review, the arbitrator may stay further proceedings, or some part of them, until the arbitrator is informed of the ruling of the court.*”

³⁵⁵ “*(a) The arbitrator's determination concerning whether an arbitration should proceed as a class arbitration shall be set forth in a reasoned, partial final award (the "Class Determination Award"), which shall address each of the matters set forth in Rule 4. [...]*”.

anulação do laudo na justiça estatal. Caso haja efetiva submissão do laudo parcial ao Judiciário, o procedimento ficará paralisado até que o árbitro venha a ser informado sobre a decisão do tribunal.

O regulamento da *JAMS* afigura-se bastante similar. Contempla as mesmas duas hipóteses de sentenças parciais: a primeira, relativa à validade da cláusula e a possibilidade de processamento da demanda coletiva (Regra 2),³⁵⁶ a segunda, relativa à certificação da demanda de classe (Regra 3).³⁵⁷

A distinção em relação ao procedimento da AAA é que, embora seja necessária a abertura de oportunidade para as partes submeterem o laudo à confirmação ou anulação judicial, inexistente previsão de prazo suspensivo.

Como se observa, as hipóteses de intervenção do Judiciário em ambos os modelos de regulamento são mais exíguas do que aquelas concebidas no modelo híbrido, uma vez que não há juízo de revisão, mas apenas de confirmação ou de anulação.

Ainda assim, tais modelos incorrem nos mesmos equívocos que o modelo híbrido. Com efeito, inexistente razão de se criar hipóteses de intervenção judicial além daquelas já concebidas pela Lei Federal de Arbitragem. Uma vez estabelecidos no regulamento da arbitragem os critérios que devem ser observados para se assegurar o devido processo legal, inexistente justificativa lógica para se submeter a confirmação judicial cada laudo parcial.

Além disso, a eficiência de tais procedimentos é altamente questionável, na medida em que, na melhor das hipóteses, haverá suspensão do processo por 60 (sessenta) dias. Considerando ainda a factível probabilidade de que as partes venham a submeter tais sentenças à confirmação ou anulação pelos tribunais, o processo arbitral comportará duas suspensões por prazos indefinidos, o que não nos afigura razoável.

³⁵⁶ “Subject to Rule 1(a), once appointed, the Arbitrator, following the law applicable to the validity of the arbitration clause as a whole, or the validity of any of its terms, or any court order applicable to the matter, shall determine as a threshold matter whether the arbitration can proceed on behalf of or against a class. In construing the applicable arbitration clause, the Arbitrator shall not consider the existence of these Supplementary Rules to be a factor either in favor of or against permitting the arbitration to proceed on a class basis. The Arbitrator shall set forth his or her determination with respect to the matter of clause construction in a partial final award subject to immediate court review.”

³⁵⁷ “(c) The Arbitrator shall set forth his or her determination with respect to the matter of Class Certification in a partial final award subject to immediate court review.”

Ao analisar tais regulamentos sob a perspectiva do devido processo legal, Carole J. BUCKNER faz ponderadas objeções quanto ao excesso de intervenção judicial³⁵⁸ e afirma a necessidade de criação de um modelo puramente arbitral, que, aliás, redige ao final de seu artigo.³⁵⁹

Essa parece ser de fato a melhor forma de assegurar, ao mesmo tempo, a tradicional eficiência do processo arbitral com a necessidade de observar a garantia constitucional do devido processo legal.

32.1.6 Regulamentos para as class arbitrations

Em que pese já se ter analisado as disposições dos regulamentos da AAA e da JAMS sob o prisma da intervenção judicial no procedimento, interessa, por fim, analisar as demais disposições destes regulamentos criados especificamente para atender às exigências específicas das arbitragens de classe.

Quanto à *escolha dos árbitros*, apenas o regulamento da AAA contém disposição específica. A propósito, dispõe a regra 2 que pelo menos um dos árbitros deve ser escolhido a partir da lista institucional de árbitros especializados em arbitragens de classe. Se não houver acordo entre as partes quanto ao número de árbitros, a AAA decidirá se a demanda pode ser decidida por apenas um julgador, ou se, ao revés, é o caso de se nomear um painel com três julgadores.

Quanto à *certificação da ação de classe*, enquanto a JAMS faz apenas uma remissão à Regra 23 do *Federal Rule of Civil Procedure*, a AAA optou por enumerar expressamente os pré-requisitos. Os quatro primeiros são idênticos àqueles previstos na Regra 23. O último pré-requisito exige ainda que o contrato celebrado por cada um dos sujeitos da classe contenha cláusula arbitral substancialmente similar àquela subscrita pelo representante da classe. O regulamento não resolve, contudo, como será feita essa

³⁵⁸ “Provider models of class arbitration also are doctrinally vulnerable because it is likely that the courts will find that provider rules sanctioning judicial intervention into private arbitral proceedings exceed the authority of the FAA [Federal Arbitration Act], which explicitly circumscribes the judicial role in contractual arbitration. Arbitration providers lack the power to co-opt the courts to expand the judicial role in class arbitration without congressional action.” (Due process..., p. 254-255).

³⁵⁹ Due process..., p. 260-263.

conferência; afinal, exigir que a juntada aos autos de todos os contratos seria impor ao árbitro uma tarefa hercúlea. Mais razoável seria, segundo nos parece, se a verificação fosse feita à época do cumprimento da decisão final e não antes da certificação da demanda como ação de classe.

Além destes pré-requisitos, adotam ainda ambos os regulamentos os requisitos da predominância e da superioridade, típicos das *class actions for damages*, previstos na Regra 23 b (3) das Normas Federais de Processo Civil.

O regulamento da AAA especifica ainda que a sentença parcial que certifica a demanda como ação de classe deve individualizar a classe e a forma como será realizada a notificação aos membros ausentes, além prever a forma como deve ser exercido o direito de auto-exclusão.

Quanto aos *moldes da notificação dos membros ausentes*, a regulamentação de ambos os regulamentos é idêntica. Ambos exigem que haja: (1) descrição clara e concisa da natureza da ação, (2) definição da classe certificada, os pedidos formulados, as questões a serem decididas e a defesas apresentadas, (3) informação quanto à possibilidade de comparecimento em juízo e o dever de comparecer às audiências, (4) direito à auto-exclusão, (5) informação sobre a imutabilidade do julgamento em relação à classe, (6) informações biográficas sobre o árbitro, o representante da classe e seu advogado e (7) informações sobre como e com quem é possível se informar sobre o processo.

No que concerne ao *laudo final*, a AAA exige que o provimento seja escrito, fundamentado e assinado pelo árbitro ou pela maioria dos árbitros que compõem o painel. Deve haver possibilidade de publicação da sentença. O regulamento da JAMS, por sua vez, é mais minucioso, pois demanda do árbitro a exposição das razões que determinaram a certificação da classe e dos fundamentos de fato e de direito que embasaram o julgamento de mérito. Ambos os regulamentos exigem que o laudo contenha especificação classe, daqueles a quem foram dirigidas as notificações e daqueles que exerceram o direito de auto-exclusão.

Para a *celebração de acordos*, disciplinam ambos os regulamentos que os termos da composição devem ser informados aos membros da classe por notificação, para que somente então possa o árbitro verificar se a proposta é justa, razoável e adequada.

Inexiste no regramento da AAA a presunção *confidencialidade* comumente atribuídas ao procedimento arbitral. Pelo contrário, as audiências são públicas e a

instituição mantém em seu sítio na *internet* o registro de todas as arbitragens de classe, cópia da petição inicial, identificação das partes e de seus advogados, lista dos laudos proferidos e especificação de datas, horários e local das audiências designadas.³⁶⁰

Quanto às *despesas*, as arbitragens de classe processadas perante a AAA ensejam o pagamento de despesas preliminares de US\$ 3,250.00 (três mil, duzentos e cinquenta dólares), que compreendem os gastos referentes ao interregno entre o requerimento de instauração da arbitragem e a prolação do primeiro laudo arbitral. Se afirmada a possibilidade de prosseguimento da demanda a título coletivo, haverá a necessidade de pagamento de nova quantia pelo requerente, calculada de acordo com a tabela de custas prevista nas regras da AAA para arbitragens comerciais, com base no valor pretendido na demanda. O não pagamento das despesas administrativas exigidas pela câmara ensejará a suspensão do processo arbitral.

32.1.7 Conclusões

O panorama fornecido acerca do funcionamento das arbitragens de classe nos Estados Unidos, ainda que superficial, autoriza sejam aportadas algumas considerações a título conclusivo.

A primeira constatação a que se chega é que as arbitragens de classe não foram concebidas como técnica de resolução de conflitos adequada para a solução de conflitos coletivos.³⁶¹ Pelo contrário, a concepção de tal procedimento parece ter derivado de estratégia de grandes empresas e de seus advogados de tentar obstar a instauração de demandas de classe.

O fato, no entanto, é que as arbitragens coletivas vêm sendo processadas com desenvoltura há cerca de duas décadas.

³⁶⁰ A visita ao sítio da AAA na *internet* é de fato muito interessante, pois há possibilidade de consultar todas as arbitragens de classe em curso, com acesso inclusive a documentos dos processos.

³⁶¹ Não se trata, portanto, de conclusão extraída a partir da noção de *multi-door court-house*, conceito cunhado pelo *Superior Court of the District of Columbia*, em 1985, consistente “em uma mesa de entradas (*intake*) e um centro de diagnóstico, em que pessoal especializado ouve o relato do caso promovido pelas próprias partes e as orienta pelo meio mais adequado para a solução do conflito.” (CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. São Paulo: Forense, 2007, p. 181).

Sem desconsiderar as grandes questões jurídicas desenvolvidas em doutrina e jurisprudência em torno da matéria,³⁶² há pouco enfrentamento sobre as reais vantagens da utilização da arbitragem para a resolução de conflitos coletivos.³⁶³

Dentre as vantagens da arbitragem tradicionalmente apontadas em doutrina, destacam-se a fixação do prazo para sentença e a duração do processo, a flexibilidade procedimental, a confidencialidade e a escolha de *experts* para julgamento dos litígios.

Não obstante, a economia de tempo e dinheiro que a arbitragem individual costuma propiciar é questionável nas arbitragens coletivas, ao menos, na forma como vem se desenvolvendo nos Estados Unidos.³⁶⁴

Com efeito, as exigências impostas pela necessidade de garantia do devido processo legal parecem criar óbices severos à modulação do procedimento arbitral, que acaba sendo um espelho das regras federais relativas às ações de classe. O procedimento contém, portanto, um núcleo imprescindível, que não pode ser validamente derogado por convenção.

Pouco factível, nesta medida, a fixação de prazo para prolação de sentença, mormente em razão da exigência de notificação dos membros ausentes, cuja experiência nas *class actions* processadas perante o Judiciário é, no ponto, desalentadora.

³⁶² Apenas a título exemplificativo: possibilidade de inserção de cláusula compromissória em contrato de adesão, definição de vetores interpretativos para as cláusulas omissas, validade da renúncia à tutela coletiva, necessidade de observância do devido processo legal, criação de regulamentos arbitrais específicos para esse procedimento etc.

³⁶³ Adotam-se, no ponto, como parâmetros de efetividade, os critérios sugeridos por José Carlos Barbosa Moreira ainda em 1984: “*a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de tempo e energias*” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. Temas de direito processual: terceira série.* São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-28).

³⁶⁴ A título de considerações práticas sobre as *class arbitrations*, Kathleen SCANLON faz as seguintes – e pertinentes – ponderações: “*In a classwide arbitration, parties face many of the complexities of a class-litigation (for example, class certification and discovery complex issues) but outside the confines of a judicial proceeding. Classwide arbitration could also be costly, eliminating the cost-effectiveness associated with two-party arbitration. Whether the arbitral process, which is designed for efficient dispute resolution, can accommodate such a complex mechanism as adequately as a judicial forum is not readily apparent.*” (*Class Arbitration...*, p. 44).

Em paralelo, o tradicional perfil sigiloso das arbitragens individuais não se repete nas arbitragens coletivas, em razão da própria natureza representativa da demanda, que exige ampla publicidade do processo e da sentença.

Adira-se a essas circunstâncias o fato de que os modelos vigentes de regulamento de *class arbitrations* sujeitam os laudos arbitrais a constantes confirmações pelos juízes togados, em incidentes que podem suspender por longos períodos o processo arbitral.

Neste panorama, a única real vantagem na utilização da arbitragem para a resolução de conflitos coletivos, nos Estados Unidos, parece ser a possibilidade de escolha de um *expert* como árbitro,³⁶⁵ tanto sob o prisma do direito material subjacente ao litígio, como sob a ótica do procedimento.

Assim, fora as hipóteses em que a arbitragem seja obrigatória e que o demandante logre preencher os requisitos para a ação de classe – caso em que não haverá alternativa à *class arbitration* – a escolha deste procedimento somente parece fazer sentido sob uma perspectiva casuística, quer dizer, caso se avalie que a escolha de um árbitro ou tribunal especializado, ao invés de um juiz generalista compensará todos os ônus de um procedimento público, mais caro e mais demorado.³⁶⁶

A análise do funcionamento das *class actions arbitrations* nos Estados Unidos é interessante, mas, certamente, não é paradigma para o direito brasileiro.

Em primeiro lugar, porque a utilização da arbitragem para a resolução de conflitos relativos a direitos individuais homogêneos decorria da busca por uma técnica

³⁶⁵ Esta é uma vantagem tradicionalmente associada à arbitragem pela doutrina: “a liberdade das partes para escolher os árbitros permite que a nomeação recaia sobre pessoas dotadas do necessário conhecimento, o que lhes permitirá resolver os complexos problemas econômicos, jurídicos e técnicos trazidos pelos litigantes, pois não há dúvida que é sempre melhor designar árbitros que sejam *experts* na matéria por si mesmos” (CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 75). Ainda: “A busca da tutela adequada, ou seja, substancialmente justa, é favorecida por vários modos no processo arbitral, inclusive mediante a eleição de árbitros profissionalmente preparados para melhor entender questões e apreciar fatos inerentes ao seu conhecimento específico – o que não sucede no processo judicial, em que a presença de questões técnicas leva os juízes a louvar-se em peritos, deixando de ter contato direto com a realidade do litígio e sem ter, ele próprio, familiaridade com a matéria” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. *Revista jurídica* 290/05-15. Porto Alegre: NOTADEZ, dez. 2001. p. 7).

³⁶⁶ STERNLIGHT conclui por afirmar que as ações de classe são muito mais eficientes quando conduzidas no judiciário. (*As mandatory...*, p. 126). O autor se reporta ainda a entrevistas feitas com advogados que participaram de arbitragens de classe e narra que nenhum deles afirmou que o procedimento da ação de classe na arbitragem fosse mais eficiente que no poder judiciário (p. 52).

adequada de resolução de controvérsias e não de uma estratégia empresarial para fugir de ações coletivas, tática que jamais poderia funcionar no Brasil.

Ademais, no Brasil, uma arbitragem coletiva dificilmente poderia decorrer da inserção de cláusulas compromissórias em contratos de adesão, tal como se passa nos Estados Unidos. A rigor, eventual arbitragem coletiva em matéria de direitos individuais homogêneos decorreria de um compromisso arbitral, firmado entre o legitimado coletivo e o particular, potencial infrator de direitos, que se dispusesse a arcar, sozinho, com todos os encargos financeiros do processo arbitral.

Além disso, o desenho processual das ações coletivas no Brasil, ao contrário do modelo federal norte-americano, tende a produzir maiores vantagens na utilização da arbitragem. De fato, a inexistência do procedimento de notificação dos membros ausentes, aqui suprido pela presunção de inclusão, torna o processo coletivo menos *formal*, de modo que em eventual arbitragem somente se colheria os frutos de um processo mais célere.

Enfim, tantas são as diferenças que, ao final, a alusão ao sistema federal norte americano pouco poderia contribuir no exame das perspectivas para a utilização da arbitragem coletiva no Brasil.

A rigor, a maior contribuição que se pode colher da análise da experiência norte-americana com as *class action arbitrations* é quanto à exigência de aplicação das normas do processo coletivo em eventual processo arbitral, inclusive em dever de observância à garantia do devido processo legal.

32.2. Arbitragem em matéria de consumo: o falso impedimento do artigo 51, inciso VII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor

As demandas de consumo constituem porção expressiva de ações coletivas, em especial de ações voltadas à tutela de direitos individuais homogêneos.

Diante de tal realidade, faz-se mister analisar a possibilidade de utilização da arbitragem para a resolução de tais conflitos, em especial diante da norma do artigo 51,

inciso VII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que reputa nulas de pleno direito as cláusulas que determinem a utilização *compulsória* de arbitragem.

A discussão ganha relevância jurídica diante da norma posterior do artigo 4º, parágrafo segundo da Lei de Arbitragem, segundo a qual, nos contratos de adesão, contrato muito presente nas relações de consumo, *a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.*

Segundo Orlando GOMES, nos contratos de adesão, as cláusulas são uniformes, rígidas e predeterminadas³⁶⁷, cabendo ao aderente tão somente aceitá-las em bloco ou rejeitar a contratação, sem qualquer possibilidade de discussão quanto aos termos do pacto. Assim, é evidente que, em um contrato de adesão, não há como se presumir que eventual cláusula arbitral tenha sido pactuada, mediante prévio debate e aceitação de ambas as partes.

Ao analisar a interação entre as duas disposições, alguns autores sustentam a nulidade da inserção de cláusulas compromissórias em contratos de adesão de consumo. É o caso, por exemplo, da Professora Ada Pellegrini GRINOVER³⁶⁸ e do saudoso Professor Antonio Junqueira de AZEVEDO.³⁶⁹ Há precedente neste sentido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³⁷⁰ e do Tribunal de Justiça de São Paulo³⁷¹.

³⁶⁷ Segundo Orlando Gomes, essas três características conformam os traços fisionômicos dos contratos de adesão. (GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão: Condições Gerais dos Contratos*. São Paulo: RT, 1972, p. 9).

³⁶⁸ Aduz a Prof. Ada: “*entendo que nos contratos de adesão não é possível inserir-se uma cláusula arbitral e se ela for inserida, será nula, porque não será o resultado do consenso, o resultado da autonomia da vontade*” (Conferência..., p. 4).

³⁶⁹ A arbitragem e do Direito do Consumidor. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42.

³⁷⁰ “(...) *É nula a cláusula de convenção de arbitragem inserta em contrato de adesão, celebrado na vigência do Código de Defesa do Consumidor. (...)*” (STJ, REsp 819.519/PE, Rel. Ministro Humberto Gomes De Barros, Terceira Turma, j. 09/10/2007).

³⁷¹ “*Prestação de serviço. Relação de consumo. Reconhecimento. Contrato de adesão. Reconhecimento. Cláusula instituindo utilização compulsória de arbitragem. Nulidade. Reconhecimento. Inteligência do art. 51, VII, do CDC. Agravo improvido.*” (TJSP, Agravo de Instrumento 0036922-94.2010.8.26.0000, Rel. Nestor Duarte, 34ª Câmara de Direito Privado, j. 24/05/2010)

“*Compromisso de compra e venda - Anulação de contrato c.c. indenização por perdas e danos - Extinção (art. 267, VI, do CPC) - Descabimento - Incontroversa a existência de relação de consumo entre as partes - Cláusula contratual que impõe utilização de arbitragem - Reconhecimento ex officio - Descabimento - Matéria sequer argüida nas contestações ofertadas - Cláusula que, ademais, padece de nulidade - Afronta ao art. 51, VII, do CDC (esta sim, matéria que pode ser conhecida de ofício) -*

De fato, a primeira solução adotada pela Lei de Arbitragem, de exigir a anuência expressa do aderente em relação à cláusula, parece não ter o condão de eliminar o aspecto rígido e inegociável do contrato de adesão, de modo a comprovar que, de fato, a cláusula compromissória teria resultado de verdadeira opção do adquirente.³⁷²

Não obstante, Eduardo Damiano GONÇALVES sustenta, com razão, que não haveria nulidade na hipótese da segunda solução adotada pela Lei de Arbitragem, em que a iniciativa de instaurar o procedimento arbitral seja do aderente. Com efeito, neste caso, o ato material de instauração da arbitragem revelaria que, no exercício de sua autonomia de vontade, o uso da arbitragem resultou de opção do consumidor, razão pela qual não faria mesmo sentido cogitar-se de nulidade da cláusula.³⁷³

Além disso, Fátima Nancy ANDRIGHI sustenta, em artigo específico sobre o tema, que a limitação prevista no Código de Proteção e Defesa do Consumidor apenas vedaria a adoção prévia e compulsória da arbitragem no momento da celebração do contrato, mas não representaria óbice a que, uma vez configurado o conflito, fosse acordada utilização da arbitragem.³⁷⁴

Precedentes deste E. Tribunal envolvendo a mesma incorporadora - Autos que devem retornar à origem - Inviável a aplicação da regra do art. 515, § 3o, do CPC - Necessária dilação probatória, em especial para comprovação da existência da alegada propaganda enganosa - Sentença anulada - Recurso provido.” (TJSP, Apelação 9159517-78.2006.8.26.0000, Rel. Salles Rossi, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 14/10/2009)

³⁷² Há, contudo, precedente recente do Tribunal de Justiça de São Paulo em que a cláusula compromissória foi reputada abusiva não por estar, simplesmente, inserida em contrato de consumo, mas por não ter o destaque exigido na Lei de Arbitragem.

“APELAÇÃO CÍVEL COMPROMISSO ARBITRAL Sentença que extinguiu o processo sem exame de mérito, nos termos do artigo 267, inciso VII, do CPC Inconformismo dos autores Acolhimento Relação de consumo caracterizada - Contrato de Adesão - Existência de cláusula arbitral nos contratos de adesão não vincula as partes se não redigida em destaque e com assinatura específica Sentença reformada - Recurso provido.” (Apelação 9191877-32.2007.8.26.0000, Rel. Viviani Nicolau, 9ª Câmara de Direito Privado, j. 12/04/2011).

“Compromisso de compra e venda - Anulação de contrato c.c. indenização por perdas e danos - Extinção (art. 267, VI, do CPC) - Descabimento - Incontroversa a existência de relação de consumo entre as partes - Cláusula contratual que impõe utilização de arbitragem - Reconhecimento ex officio - Descabimento - Matéria sequer argüida nas contestações ofertadas - Cláusula que, ademais, padece de nulidade - Afronta ao art. 51, VII, do CDC (esta sim, matéria que pode ser conhecida de ofício) - Precedentes deste E. Tribunal envolvendo a mesma incorporadora - Autos que devem retornar à origem - Inviável a aplicação da regra do art. 515, § 3o, do CPC - Necessária dilação probatória, em especial para comprovação da existência da alegada propaganda enganosa - Sentença anulada - Recurso provido.” (TJSP, Apelação 9159517-78.2006.8.26.0000, Rel. Salles Rossi, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 14/10/2009)

³⁷³ Conferência..., p. 10.

³⁷⁴ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 3, n. 9, abr-jun. 2006, p. 13-21.

Essa orientação parece aludir à hipótese em que a convenção de arbitragem tenha sido estipulada por meio de compromisso arbitral³⁷⁵ e não de cláusula. Neste caso, não há mesmo impedimento algum à utilização da arbitragem para a resolução de controvérsias que envolvam direitos do consumidor.

A verdade é que tais dispositivos legais devem ser interpretados levando-se em consideração, também, o quanto disposto no artigo 4º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, que arrola entre os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo o incentivo ao uso de mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

Essa diretiva denota que, além de não haver incompatibilidade de princípio entre as relações de consumo e a arbitragem, é preciso incentivar a resolução de conflitos dessa natureza por meio de técnicas extrajudiciais, entre as quais a arbitragem se inclui.

Na Espanha, a arbitragem é um meio extremamente eficaz, difundido e gratuito para a resolução de controvérsias de consumo. Como explica Marcos Paulo VERÍSSIMO, as juntas arbitrais são instituições de natureza pública que processam as reclamações de natureza consumerista, em relação as quais não se exige a participação de advogado.³⁷⁶

O modelo adotado na Espanha tem papel bastante assemelhado àquele desempenhado pelos juizados especiais cíveis brasileiros, razão pela qual não haveria, no Brasil, o mesmo campo fértil para a adoção de modelo semelhante.

32.3. *Perspectivas para o Direito Brasileiro*

Como demonstrado nos capítulos precedentes, a arbitragem de conflitos que envolvam direitos coletivos é cabível e, à vista dos contornos específicos da controvérsia, pode ser técnica *adequada* para a composição do litígio. Resta, portanto, examinar, em perspectiva concreta, como poderia se desenvolver uma arbitragem desta natureza.

O ponto de partida há de ser a avaliação sobre a própria convenção arbitral.

³⁷⁵ LORENCINI, *Prestação...*, p. 196.

³⁷⁶ Artigo disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29773-29789-1-PB.pdf>. Acesso em 15.10.2008.

Por se tratar de direitos essencialmente individuais, em que a possibilidade de tratamento coletivo nasce somente após a ocorrência do conflito, eventual convenção arbitral somente poderia ser estipulada por meio de compromisso arbitral. Com efeito, não há como se instaurar uma arbitragem coletiva apenas a partir de cláusulas compromissórias inseridas em contratos individuais, tal como se passa nos Estados Unidos.³⁷⁷

Tal como visto em relação à arbitragem de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, o compromisso arbitral deve ser firmado, necessariamente, por todos que seriam partes em eventual ação judicial: (i) quaisquer dos órgãos públicos legitimados à tutela coletiva, isolada ou conjuntamente; (ii) os agentes públicos ou privados que teriam violado ou ameaçado direitos individuais homogêneos ou que teriam responsabilidade pela reparação; e ainda (iii) o órgão público responsável pela autorização e/ou fiscalização da atividade que resultou na ameaça ou lesão, se estiver configurada hipótese de litisconsórcio necessário.

Em razão da norma do artigo 5º, parágrafo primeiro, da Lei de Ação Civil Pública, se o Ministério Público não firmar o compromisso arbitral, devem as partes providenciar a sua formal comunicação da instauração da arbitragem, para que possa ser viabilizada a regra da intervenção obrigatória. Essa comunicação é também importante, na medida em que o Ministério Público será o único legitimado coletivo que, certamente, terá conhecimento acerca do processo arbitral e poderá evitar a repetição desta demanda, perante o Poder Judiciário, por outro ente legitimado.

A teor do disposto no artigo 10 da Lei de Arbitragem, deve constar do compromisso, pelo menos, (i) a qualificação das partes (inciso I); (ii) a qualificação do árbitro ou indicação da câmara arbitral que fará a indicação do árbitro (inciso II); (iii) o objeto da arbitragem (inciso III) e (iv) o lugar em que será proferida a sentença arbitral (inciso IV). Especificamente quanto a este último requisito, devem as partes eleger lugar dentro do território brasileiro, para que não haja necessidade de posterior homologação do laudo (artigo 34, parágrafo único e 35 da Lei de Arbitragem).

A escolha do árbitro ou da câmara arbitral, além de atender aos requisitos legais do artigo 13 da Lei de Arbitragem (pessoa *capaz* e da *confiança* das partes), deve se orientar em critérios objetivos, tais como o currículo, a experiência, a especialização no

³⁷⁷ O tema foi tratado no item 32.1, *supra*.

tema do litígio, dentre outros que denotem a plena capacidade técnica para o desempenho da atividade que lhe será confiada.

Em regra, a arbitragem haveria de ser pública, para que qualquer pessoa pudesse ter acesso aos atos e decisões do processo, tal como se se tratasse de processo judicial. Excepcionalmente, poderia ser acordada cláusula de sigilo no compromisso ou no termo arbitral, se preservação do *interesse público*³⁷⁸ recomendar que assim se proceda.

Imagine-se, por exemplo, a hipótese de processo arbitral instaurado para a apuração de responsabilidade e definição de critérios de indenização de parentes de vítimas fatais de um acidente de transporte. Neste caso, não seria conveniente que os valores definidos fossem publicados, inclusive para que os titulares de direito não sejam expostos, sendo, portanto, justificável que a arbitragem se processasse de forma sigilosa³⁷⁹.

A língua adotada haveria de ser a portuguesa, para que nenhum entrave à compreensão dos atos e decisões do processo arbitral fosse imposto aos titulares de direito, substituído, na arbitragem, pelo legitimado coletivo.

O laudo arbitral estará sujeito à formação de coisa julgada, à luz das regras pertinentes ao microsistema de tutela coletiva (artigo 103, inciso III, parágrafo segundo e 104 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – coisa julgada *erga omnes, secudum eventum litis*).

Ademais, em sendo público o procedimento, à sentença final proferida deve ser dada ampla divulgação, a fim de que os titulares de direito individual possam conhecer o conteúdo da decisão proferida, no plano coletivo, em relação as suas pretensões. Em sendo sigiloso, tal divulgação haveria de se dar apenas entre os titulares dos direitos individuais.

Essas são, em linhas gerais, perspectivas preliminares para a utilização da arbitragem para a resolução de conflitos que envolvam direitos individuais homogêneos. Todavia, é a efetiva utilização do processo arbitral que poderá demonstrar a necessidade de enfrentamento de outras questões para compatibilização do processo arbitral com o sistema processual de tutela coletiva.

³⁷⁸ Não há razão para aplicar-se à hipótese critério diverso do previsto na primeira hipótese de tramitação de processo judiciais em segredo de justiça (artigo 155, inciso I, do Código de Processo Civil).

³⁷⁹ Ainda assim, o sigilo não poderia abranger os titulares dos direitos individuais, que devem poder ter acesso aos atos e decisões do processo.

CAPÍTULO VII - CONCLUSÕES

O atual estágio de desenvolvimento do movimento universal de acesso à justiça recomenda a investigação teórica sobre a possibilidade de resolução extrajudicial de conflitos relativos a direitos coletivos, típicos da litigiosidade pós-moderna.

A nota de indisponibilidade material tradicionalmente associada aos direitos coletivos sem maiores investidas teóricas opera, na teoria, como imposição de cláusula de reserva ao Poder Judiciário, como se somente por meio da intervenção judicial pudesse haver resolução de conflitos dessa natureza.

A investigação das possíveis desembocaduras dos litígios, das espécies de técnicas extrajudiciais de resolução de controvérsias e das características essenciais de cada uma das espécies de direitos coletivos revela, porém, que os conflitos relativos a direitos coletivos estão, em boa medida, imunes à necessidade da jurisdição estatal.

A análise de critérios de ordem *subjetiva* autoriza a conclusão de que os órgãos públicos legitimados à tutela coletiva possuem legitimidade e capacidade para que promovam, também, a resolução extrajudicial de conflitos relativos a direitos coletivos. As associações, apesar de legitimadas à tutela coletiva, possuem legitimidade restrita para o pleito de prestação de tutela jurisdicional.

A análise de critérios de ordem *objetiva* também autoriza a conclusão de que os litígios relativos a direitos essencialmente coletivos podem ser solucionados por meio de técnicas extrajudiciais de resolução de controvérsias, em especial por meio da celebração de compromisso de ajustamento de conduta. A possibilidade de negociação encontra limite apenas no resguardo integral do bem jurídico coletivo ameaçado ou lesionado. Todos os demais aspectos relativos à forma, técnica e prazo de reparação podem ser negociados.

Essa mesma análise de ordem objetiva revela, ainda, que a natureza material indisponível dos direitos coletivos não impede a utilização da arbitragem, uma vez que tais direitos são disponíveis sob a ótica *instrumental*, pois não estão submetidos à intervenção judicial necessária. A conclusão a que se chega é que os litígios relativos a direitos difusos e coletivos *stricto sensu* que materializem pretensões de natureza *patrimonial*, decorrentes, por exemplo, da necessidade de reparação a dano a bem jurídico coletivo, podem ser objeto

de arbitragem, assim como as pretensões circunscritas à aferição do modo, técnica e prazo a serem observados no cumprimento da obrigação de reparar.

A análise de critérios *objetivos* de admissibilidade também denota que os litígios relativos a direitos individuais homogêneos também podem ser solucionados por meio de técnicas extrajudiciais de resolução de controvérsias.

À vista da *disponibilidade* material das pretensões dessa natureza, podem os órgãos públicos firmar compromissos de ajustamento de conduta que não representem a satisfação da integralidade da pretensão que seria deduzida em eventual demanda, desde que a solução obtida seja economicamente interessante para os titulares de direito, considerando-se a probabilidade de êxito da tese, à luz da doutrina e da jurisprudência, o tempo que eventual processo judicial ou arbitral poderia levar até a obtenção de sentença transitada em julgado que reconhecesse a obrigação de ressarcimento dos danos causados.

Ainda assim, como decorrência do próprio sistema legal concebido para a tutela de direitos individuais homogêneos, em especial da regra da coisa julgada *secundum eventum litis*, a transação celebrado no plano coletivo somente poderia vincular os titulares dos direitos individuais se integralmente favorável ou em caso de expressa aquiescência (*opt in*).

As técnicas extrajudiciais de resolução de disputas, além de serem cabíveis para a resolução de conflitos relativos a direitos coletivos, também podem ser consideradas técnicas *adequadas*, à luz de argumentos de produção – resultados a serem obtidos com menor dispêndio de tempo e de recursos – e de argumentos de qualidade – superioridade dos resultados.

Tanto a negociação, quanto a conciliação, técnicas que podem propiciar a resolução consensual de litígios coletivos, revelam-se *adequadas* por terem aptidão para proporcionar a rápida resolução do conflito, com baixo custo, por meio de uma solução escolhida pelas próprias partes em disputa. Nesta medida, a resolução consensual tende a ser qualitativamente superior à resolução do conflito por meio heterocompositivo, em que a resolução do conflito advém de uma decisão imposta por um terceiro neutro imparcial.

Em paralelo, a arbitragem também pode ser considerada técnica adequada para a resolução de conflitos relativos a direitos coletivos. É pressuposto de sua utilização, porém, que o particular (potencial demandado em eventual ação judicial) esteja disposto a arcar com todos os encargos financeiros da arbitragem, em razão da norma que assegura

aos legitimados coletivos a isenção de adiantamento de custas, honorários, emolumentos etc, salvo em caso de comprovada má-fé.

Estando o particular de acordo em suportar tais custos, os benefícios que o uso da arbitragem pode trazer são notáveis.

O prazo de tramitação de um processo arbitral tende a ser muito mais exíguo do que o prazo que uma sentença proferida em uma ação coletiva costuma levar para transitar em julgado. Essa economia de tempo configura-se uma especial vantagem, diante das peculiaridades dos bens jurídicos coletivos, em que a pronta reparação é essencial para evitar o agravamento e perpetuação da lesão.

A possibilidade de eleição de árbitro ou tribunal arbitral especializado no tema técnico ou jurídico subjacente ao litígio também eleva as chances de o resultado obtido vir a ser qualitativamente superior àquele que seria alcançado, caso o litígio fosse apreciado por um julgador generalista. Especialmente nas demandas relativas a direitos essencialmente coletivos, que envolvam, por exemplo, temas de direito ambiental e de direito urbanístico, há grande vantagem se o julgador for um especialista na matéria.

Eventual arbitragem para a resolução de conflitos coletivos haveria de ser convencionada por cláusula inserida em compromisso de ajustamento de conduta ou ainda por meio de compromisso arbitral.

A escolha do árbitro haveria de ser feita a partir de critérios objetivos, entre pessoas capazes que desfrutem da confiança de todas as partes.

O procedimento a ser adotado em eventual arbitragem coletiva, via de regra, não poderia ser sigiloso, salvo quando o próprio interesse público recomendar que assim se proceda.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. 3. ed. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

ALVES, Rafael Francisco. A arbitrabilidade do direito ambiental: a questão da disponibilidade de direitos. In: SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). *Processos Coletivos e Tutela Ambiental*. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2006.

ALVES, Rafael Francisco; GABBAY, Daniela Monteiro; LEMES, Selma Ferreira. Projeto de pesquisa: Arbitragem e Poder Judiciário. Parceria institucional acadêmico-científica da Escola de Direito de São Paulo da FGV e do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr). *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 19, 2008.

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Poder Público: cabimento, aspectos processuais, incidente de suspensão e mandado de segurança*. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 3, n. 9, abr-jun. 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental, indisponibilidade de direitos, solução alternativa de conflitos e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 30, jul. 2011.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Ação Civil Pública. *Revista de Processo*, v. 87, jul-set 1997.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A arbitragem e o Direito do Consumidor. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. *Revista de Processo*, ano 24, n. 95, jul-set. 199.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. Coisa julgada e declaração. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. *Temas de Direito Processual: terceira série*, 1984.

_____. Notas sobre el contenido, los efectos y La imutabilidad de la sentencia. *Temas de direito processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Privatização do processo? In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2001, sétima série.

_____. A importação de modelos jurídicos. *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. La definizione di Cosa Giudicata Sostanziale nel Codice di Procedura Civile Brasiliano. *Temas de Direito Processual: nona série*, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. *Revista de Processo*, n. 40, São Paulo, 1985.

_____. Ainda e sempre coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, n. 416, junho, 1970.

BEDAQUE, José Carlos dos Santos. *Direito e Processo: Influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 33, 1990.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. *Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo: Atlas, 2008.

BUCKNER, Carole J. Due process in Class Arbitration. *Florida Law Review*, n. 58, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e Terceiros no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, ano 32, n. 147, maio-2007.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010*. São Paulo: RT, 2011.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil segun el nuevo Codigo*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1943.

CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELETTI, Mauro. Os métodos extrajudiciais de solução de conflitos no quadro do movimento universal do acesso à justiça. *Revista de Processo*, ano 19, n. 74, abr-jun 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. A proteção dos Direitos Difusos através do Compromisso de Ajustamento de Conduta previsto na Lei que disciplina a Ação Civil Pública (Lei n. ° 7.347/85 – artigo 5º, parágrafo 6º). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estado do Rio de Janeiro*, n. 1, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Tradução da quinta edição italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. II.

COMOGLIO, FERRI e TARUFFO. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bolonha: Il Mulino, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COSTA, Susana Henriques da. In: _____. *Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular* (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. *O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DEMARCHI, Juliana. Técnicas de Conciliação e Mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano. *Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo: Atlas, 2008.

DIEMER, Mary S., Utah to Allow Class Action Waivers in Consumer Credit Agreements. Disponível em <http://www.nelsonmullins.com/news/nelson-mullins-articles-speeches-detail.cfm?id=89>.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direito e Processo. Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. I.

_____. Os institutos fundamentais do direito processual. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Malheiros, 2010, v. I.

_____. Universalizar a Tutela Jurisdicional. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Malheiros, 2010, v. I.

_____. Tutela Jurisdicional. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. II.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed., v. III, São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. *Revista jurídica* 290/05-15. Porto Alegre: NOTADEZ, dez. 2001.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUNHAM, Edward Wood. The Arbitration Clause as Class Action Shield, *Franchise Law Journal*, n.16, primavera de 1997.

FALECK, Diego. Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 23, jul-set. 2009.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental: fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional*. São Paulo: Renovar, 2008.

FERRARESI, Eurico. *Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FIELD, Richard; KAPLAN, Benjamin; CLERMONT, Kevin M. *Materials for a Basic Course in Civil Procedure*. 7. ed. Westbury: The Foundation Press, Inc., 1997.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

FINK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta). In: MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

FISCHER, Robert; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim – a negociação de acordos sem concessões*. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FISS, Owen. *Contra o acordo. Um novo processo civil*. Tradução de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004.

FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its alternatives: An Introduction to Procedure*. Nova Iorque: Foundation Press, 2003.

FRANGETTO, Flavia Witkowski. *Arbitragem Ambiental: Solução de conflitos r(estrita) ao âmbito (inter)nacional?* Campinas: Millennium, 2006.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Mariana Almeida Passos de. Conciliação, execução e efetividade nas ações civis públicas. *In: MILARÉ, Édís. A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo, RT, 2010.

GABBAY, Daniela Monteiro. Negociação. *In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GALANTER, Marc. Introduction: Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. *Denver University Law Review*, n. 66, 1989

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: RT, 2010.

GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Coisa Julgada e Litispêndência nas Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão: Condições Gerais dos Contratos*. São Paulo: RT, 1972.

GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

GONÇALVES, Eduardo Damião. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damião. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. Revista de processo*, v. 136, jun. 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Deformalização do processo e Deformalização das controvérsias. *Novas Tendências do Direito Processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. Da Class Action For Damages à Ação de Classe brasileira: Os Requisitos de Admissibilidade. *O Processo: Estudos & Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005.

_____. Eficácia e Autoridade da Sentença: A Teoria de Liebman no Código de Defesa do Consumidor e no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. *O Processo: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005.

_____. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988.

_____. Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores: Lei 7.347, de 24.7.85. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 44, p. 117, out./dez. 1986.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro, GZ Editora, 2012.

HANOTIAU, Bernard. A New Development in Complex Multiparty-Multicontract Proceedings: Classwide Arbitration. *Arbitration International, London Court of International Arbitration*, v. 20, n. 1, 2004.

HAZARD JR, Geoffrey C; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an Introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.

HIGHTON, Elena; ÁLVAREZ; Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANE, Mary Kay. *Civil Procedure in a Nutshell*. 4. ed. St. Paul: West Publishing Company, 1996.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMONS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário: análise do nexa causal*. São Paulo: RT, 2008.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Reclamação Constitucional*. Tese apresentada ao concurso de livre-docência do Departamento de Direito Processual da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do Dano Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: Teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

_____. A definição do interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social. Uma sugestão de integração*. Tese apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. A resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça: Origem, Objetivos, Parâmetros e Diretrizes para a Implantação Concreta. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A Transação no Direito Civil e no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Jurisdição coletiva e Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008

MATTOS NETO, Antonio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei da Arbitragem. *Revista de processo*, v. 122, abr. 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Compromisso de ajustamento de conduta – Análise à luz do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivo*. São Paulo: RT, 2007.

MEROI, Andrea A. *Procesos Colectivos: recepción y problemas*. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

MILARÉ, Édis. O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos: relação entre os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei 7.347/1985. *Revista de Direito Ambiental*, v. 38, abr. 2005.

NERY JR, Nelson. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. Compromisso de ajustamento de conduta: solução para o problema da queima da palha da cana-de-açúcar. *Revista dos Tribunais*, v. 692, jun. 1993.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta: Teoria e análise de casos práticos*. São Paulo: RT, 2010.

NORONHA. *Legal Dictionary*. 6. ed. São Paulo: Observador Legal Editora, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito Civil*. São Paulo: RT, 2001.

PUOLI, José Carlos Baptista. Responsabilidade Civil do Promotor de Justiça na tutela aos interesses coletivos: meio ambiente, consumidor, improbidade administrativa. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

RICCI, Edoardo F. Desnecessária Conexão entre Disponibilidade do Objeto da Lide e Admissibilidade da Arbitragem: Reflexões Evolutivas. In: LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. *Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, In Memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

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

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. São Paulo: RT, 2008.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contrato Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

_____. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998.

_____. Mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

_____. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

SCANLON, Kathleen M. *Class Arbitration Waivers: The “Severability” Doctrine and Its Consequences*. *Dispute Resolution Journal*, fev-abr. 2007.

SHIMURA, Sérgio. *Tutela Coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

SILVA, Paula Costa e. *A Nova Face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

STERNLIGHT, Jean. R. “As mandatory binding arbitration meets the class action, will de class action survive?” *William and Mary Law Review*, v. 42, ano 2000.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005.

_____. A arbitragem e a parceria público-privada (PPP). In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: RT, 2005.

_____. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). *Revista de processo*, v. 128, out. 2005.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Civis*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil*. Tese apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. São Paulo: Renovar, 2006, v. II.

VIEIRA, Fernando Grella Vieira *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta*. In: MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo: Atlas, 2008

_____. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; et alli. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

WESTON, Maureen A. Universes colliding: The Constitutional Implications of Arbitral Class Action. *William and Mary Law Review*, n. 47, 2005-2006.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônoma à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZANETI JR, Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2006.