

NOVO CONSTITUCIONALISMO E O TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS, CONTROVÉRSIAS E PROBLEMAS:

QUANDO A RESOLUÇÃO CONSENSUAL DEVE SER PRIORIZADA

FLÁVIA VIGATTI COELHO DE ALMEIDA

Advogada. Sócia do Escritório Gregório Assagra de Almeida Sociedade de Advogados. Mestre em direito ambiental pela Dom Helder Câmara. Especialista em direito processual civil. *Visiting scholar* no College of Law Syracuse University, New York, Estados Unidos (2014-2015).

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA

Professor e coordenador do programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto (Unaerp). Pós-doutor visiting scholar pela Syracuse University, New York, Estados Unidos. Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Advogado, parecerista e consultor jurídico. Sócio do Escritório Gregório Assagra de Almeida Sociedade de Advogados.

1. Introdução

Houve mudança de paradigma em termos teóricos, conceituais e práticos sobre a nova doutrina do Direito Constitucional. O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo se desenvolveu na Europa ao longo da segunda metade do século XX; no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento da força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional¹ e núcleos essenciais do sistema jurídico com

1. BARROSO, Luís Roberto: Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 58, p. 131-141 e 173.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo neoprocessualismo*. In: FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 664-672.
CARBONEL, Miguel. 2. ed. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2005.

carga de eficácia irradiante em grau máximo.^{2,3}

A ideia sobre o tratamento adequado dos conflitos, controvérsias e problemas decorre do processo de constitucionalização dos direitos e, portanto, do novo constitucionalismo, que está fundado na supremacia dos direitos e das garantias constitucionais. No novo constitucionalismo e no novo processualismo não é mais adequado partir do pressuposto abstrato de que existem mecanismos de tutela de direitos fundamentais que são alternativos.⁴

Diante de situações reais e concretas do conflito, controvérsia ou problema, o melhor mecanismo para se buscar a tutela jurídica é não levar em conta critérios meramente subjetivos de uma das partes, mas desenvolver critérios objetivos que possam aferir, no caso concreto, a tutela por adjudicação judicial da liminar, sentença ou acórdão nos termos do art. 3.º, § 2.º, do CPC, de que o Estado (termo aqui empregado em sentido amplo para União, Estados, Municípios, Distrito Federal, órgãos públicos despersonalizados, fundações e autarquias públicas) promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Daí a importância em investigar quando é que pode haver uma resolução pacífica.

Torna-se fundamental, portanto, procurar compreender os princípios e os critérios a serem observados entre a tutela por intermédio da adjudicação judicial e a tutela por intermédio da resolução consensual. A escolha discricionária ou mesmo a meramente intuitiva são incompatíveis com o princípio do tratamento adequado dos conflitos, controvérsias e problemas.

2. Meios alternativos ou tratamento adequado?

Como ressaltam Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, *meios alternativos* passou a ser *meios*

adequados ante um modelo de Sistema de Justiça Multiportas. Assim, para cada controvérsia a solução há de ser obtida pela mediação, pela conciliação, pela arbitragem ou pela via das decisões do Poder Judiciário. Há casos em que o meio alternativo é o da própria justiça estatal. A expressão *multiportas* seria uma metáfora ao átrio do fórum constituído de várias portas e, conforme a natureza e as características do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas à porta da mediação, à da conciliação, à da arbitragem ou à da própria justiça estatal para análise em ambiente judicial ou não.

O protagonismo judicial prevaleceu por longo tempo na gestão e na mediação de um juiz que conduzia a sessão de conciliação ou encaminhava as partes à arbitragem. Foi a Resolução CNJ 125/2010, a Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação) e o CPC/2015 que iniciaram uma mudança de paradigma. Graças ao Sistema de Justiça Multiportas, cada caso começa pelo método ou técnica que mais se adequará à solução do conflito.⁵

3. A Constituição da República de 1988, o Sistema Multiportas e a Nova Teoria Geral do Processo

Os mecanismos de tutela jurídica, jurisdicional ou extrajurisdicional não integram um rol taxativo de medidas e de procedimentos. Os direitos e as garantias expressos no artigo 5.º, § 2.º, da Constituição Federal de 1988 não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte.

Decorrem do dispositivo constitucional duas cláusulas principiológicas e interpretativas. A primeira é de que o rol dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais é meramente exemplificativo. A segunda, como decorrência lógica da primeira, é de que os direitos ou as garantias constitucionais fundamentais devem ser interpretados

2. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: DelRey, 2007. Apresentação.

3. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo*. Belo Horizonte: DelRey, 2008, p. 125-167.

4. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 592.

5. CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas*. Revista de Processo, vol. 41, n. 259, set. 2016.

extensiva e ampliativamente.

A realização de um acordo não pressupõe necessariamente a existência de um conflito devidamente estabelecido. Há situações em que, por exemplo, a tutela deve ser preventiva e outras em que, não obstante inexistir oposição real ou aparente entre direito ou interesses subjetivos, há divergências que necessitem da atuação pacificadora das instituições ou dos órgãos do Sistema de Justiça.

Há uma nova concepção na Teoria Geral do Processo no tratamento adequado dos conflitos, controvérsias e problemas sobre o acesso à justiça: o direito processual jurisdicional e o direito processual extrajurisdicional.

Em razão do direito fundamental à tutela adequada dos direitos no novo constitucionalismo, e considerando a existência de um Sistema de Justiça Multiportas (art. 5.º, XXXV, § 2.º, Título IV, Capítulo IV, todos da CF/1988), a concepção de direito processual não deve ser restrita ao plano jurisdicional mas abranger todos os mecanismos de tutela jurídica, consensuais ou não, jurisdicionais ou extrajurisdicionais, inclusive as vias internacionais cujo destaque são as Cortes Internacionais de Proteção de Direitos Humanos.

A nova teoria geral do processo deve partir da concepção de Estado Democrático de Direito como Estado da Justiça Material (artigos 1.º, 3.º e Título II, todos da CF/1988), tendo como metodologia de desenvolvimento a teoria dos direitos e das garantias como valores fundamentais e núcleos essenciais da Constituição e o acesso à Justiça.

Os mecanismos do Sistema de Justiça Multiportas podem ser utilizados em conflitos, controvérsias ou problemas sempre que existir situação concreta ou abstrata (controle da constitucionalidade) de lesão ou ameaça a direito/interesse. Na nova teoria geral do processo, o direito processual se conceitua como área do direito composta por um conjunto de princípios, garantias e regras processuais e procedimentais que disciplina o sistema multiportas de proteção e de efetivação dos direitos/interesses individuais ou coletivos.

A natureza do processo, nesse contexto, é de garantia

fundamental de acesso à Justiça que disciplina o conjunto de atos, acordos, medidas ou decisões que podem ser praticados ou proferidos no âmbito do Sistema de Justiça Multiportas. O método de estudo, de reforma e de concretização do direito processual na nova teoria geral do processo, em contrapartida, é o pluralista, composto por um conjunto de elementos: o histórico, o social, o político, o sistemático, o técnico-jurídico, o ético. O megaelemento é a teoria geral dos direitos humanos, valores e núcleos essenciais do sistema jurídico.

São princípios estruturantes da nova teoria geral do processo: ⁶

1) Estado Democrático de Direito como Estado da Justiça Material (artigos 1.º, 3.º e Título II, Capítulo I, da CR/1988), comprometido com a transformação social e a criação de uma sociedade fraterna;

2) Multiportas de Entrada e de Saída no Sistema Jurídico, com a duração razoável do processo e/ou procedimento de acordo com as necessidades do direito/interesse e o resultado adequado da tutela jurídica;

3) Priorização da Tutela Jurídica Preventiva para evitar a prática, a repetição, a continuidade do ilícito ou para promover a sua remoção;

4) Tratamento Adequado dos Conflitos, Controvérsias e Problemas, considerando as situações de ameaça ou de lesão aos direitos/interesses;

5) Proibição de proteção insuficiente ou deficiente; e

6) Proibição de retrocesso social.

Os princípios fundamentais do conjunto de normas constitucionais de tutela do direito processual também integram a nova teoria geral do processo, destacando-se o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a motivação das decisões, a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, a duração razoável do processo/procedimento. Contudo, há um conjunto de outros princípios fundamentais processuais decorrentes do regime e

6. ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Direitos digitais e sua proteção via ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 70-134

dos princípios adotados pela Constituição ou pelos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5.º, § 2.º da CR/1988).

4. A importância das Resoluções 125/2010 do CNJ e 118/2014 do CNMP

O tratamento adequado dos conflitos, controvérsias e problemas, não obstante seja uma exigência do Estado Democrático de Direito (art. 1.º da CR/1988), dos Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3.º da CR/1988) e da Teoria dos Direitos Fundamentais consagrada especialmente no Título II da CR/1988, foi uma mudança de paradigma que teve como divisor de águas, no plano infraconstitucional, a Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Resolução CNJ 125/2010: Art. 1.º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Parágrafo Único: Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 27 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Na sequência, a Resolução CNMP 118, art. 8.º, de 1.º de dezembro de 2014, que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências, recomenda negociação no Ministério Público para as controvérsias ou conflitos em que a instituição possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal (art.

129, III, da CF/1988).

Consta do parágrafo único do referido artigo 8.º que a negociação é recomendada, ainda, para a solução de problemas referentes à formulação de convênios, redes de trabalho e parcerias entre entes públicos e privados, bem como entre os próprios membros do Ministério Público. Portanto, o Ministério Público poderá atuar nos casos de conflitos, controvérsias e problemas. O importante é aferir a existência de situação concreta de ameaça ou de lesão a direitos ou interesses afetos à sua área de atuação (artigos 127, caput, e 129 da CF/1988).⁷

Esses três paradigmas de identificação de situações fático-jurídicas (conflitos, controvérsias e problemas), que permitem a atuação de uma instituição do sistema de justiça, é uma mudança de horizontes na compreensão do fenômeno de lesão e de ameaças a direitos e garantias constitucionais fundamentais do cidadão ou da sociedade.⁸

5. Conflitos, controvérsias e problemas

Não há na doutrina estudos que apresentem com clareza a distinção entre conflito, controvérsia e problema. O certo é que nem sempre é exigida a demonstração de situação conflitiva para se buscar a tutela jurídica. A Constituição de 1988 estabelece, no art. 5.º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Basta, portanto, a demonstração de situação de lesão e de ameaça a direito individual ou coletivo, esse amplamente considerado. A ameaça ou a lesão a direito poderá estar presente em um conflito já instalado, em uma controvérsia ou em um problema.

Contudo, a Resolução PGJ 42, art. 16, de 17 de setembro de 2021, institui o Centro de Autocomposição de Conflitos e Segurança Jurídica (COMPOR) para conceituar e diferenciar conflito, controvérsia e problema na atuação do

7. No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. No âmbito do Ministério Público, o Conselho Nacional do Ministério Público aprovou a Resolução 118, de 1.º de dezembro de 2014, que dispõe sobre Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público. Depois, vieram o Código de Processo Civil (Lei Federal 13.105, de 16 de março de 2015) e a Lei de Mediação (Lei Federal 13.140, de 26 de junho de 2015), disciplinando com destaque a resolução consensual dos conflitos. Outras leis foram aprovadas sobre modalidades de resolução consensual, como o Acordo de Não Persecução Penal (CPP, art. 28-A, inserido pela Lei Federal 13.964/2019) e o Acordo de Não Persecução Cível (art. 17-B da Lei Federal 8.429, de 3 de junho de 1992, dispositivo inserido pela Lei Federal 14.230/2021).

8. ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Direitos digitais e sua proteção via ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 81-100.

Ministério Público do Estado de Minas Gerais:

- a) Conflito: toda situação fática e/ou jurídica que envolva oposição ou aparente oposição de objetivos, interesses e/ou de direitos subjetivos, individuais ou coletivos, que demande a atuação do Ministério Público;
- b) Controvérsia: toda situação jurídica em que haja diversidade de afirmações e a necessidade da intervenção do Ministério Público para fins pacificadores; e
- c) Problema: toda situação fática e/ou jurídica que, mesmo não existindo conflito ou controvérsia, esteja gerando ameaça ou causando lesão a direitos ou bens relacionados com as atribuições constitucionais e legais do Ministério Público.

A diferenciação conceitual tripartite supramencionada pode servir de parâmetro para a compreensão das dimensões da nova teoria geral do processo e do tratamento adequado dos conflitos, controvérsias e problemas.

Diante de situações reais e concretas do conflito, controvérsia ou problema, o melhor mecanismo para se buscar a tutela jurídica é levar em conta critérios meramente subjetivos de uma das partes ou estudar e desenvolver critérios objetivos que possam aferir, no caso concreto, a tutela por adjudicação judicial (liminar, sentença ou acórdão). Mas as vantagens objetivas sobre a tutela por resolução consensual devem ser priorizadas, sempre que possível. Conforme o art. 3.º, § 2.º, do CPC: “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Daí a importância em investigar quando o Estado (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, órgãos públicos despersonalizados, fundações e autarquias públicas) deverá promover a resolução pacífica dos conflitos.

6. O acesso à justiça como o mais importante direito fundamental e resolutividade estratégica como metodologia de tratamento adequado dos conflitos, controvérsias e problemas

O acesso à Justiça é o mais importante dos direitos fundamentais, constituindo-se, como aponta a doutrina, método de pensamento e um dos núcleos essenciais dos sistemas jurídicos democráticos. Sem a possibilidade do exercício efetivo do direito ao acesso à Justiça seria problemático discorrer, por exemplo, sobre a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade (art. 5.º, caput, da CR/1988), entre outros direitos fundamentais.⁹

Do sistema da predominância da tutela jurídica por adjudicação judicial (art. 5.º, XXXV, da CR/1988) avançou-se para a ampliação dos denominados meios alternativos de resolução consensual. Contudo, têm surgido debates sobre um novo horizonte de atuação metodológica e prática e, especialmente, estratégica. O tratamento adequado dos conflitos, controvérsias e problemas vai muito além, em termos de resultados para a sociedade, do que a discussão entre adjudicação judicial via liminar, sentença/acórdão e a resolução consensual.

O tratamento adequado pressupõe a compreensão dos problemas estruturais e pontuais reais referentes ao modo de funcionamento do sistema de justiça e o conjunto das demandas individuais e coletivas, levando-se em conta as dificuldades enfrentadas e as escolhas estratégicas inteligentes para produzir a tempo e a modo bons e efetivos resultados para a sociedade.¹⁰

Com isso, o tratamento adequado dos conflitos pressupõe a compreensão de três importantes campos da resolutividade no Sistema de Justiça:

- 1.º) a do esforço e a produção, amparado em uma metodologia quantitativa;
- 2.º) a do impacto social (material), pautado em uma metodologia qualitativa e de resultados para o indivíduo e a sociedade;
- 3.º) a resolutividade estratégica, sendo essa referente

9. CAPPELLETTI, Mauro; garth, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

10. ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Direitos digitais e sua proteção via ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 71-134.

especialmente ao tratamento adequado dos conflitos, constituindo-se metodologia de trabalho inteligente e crítica, amparada em planejamento que avalia os problemas e os riscos existentes para criar e analisar cenários com o objetivo de escolher e implementar, sob o ponto de vista da eficiência e da efetividade, as melhores opções para a tutela adequada, jurisdicional ou extrajurisdicional, dos direitos e interesses individuais e coletivos.

Na resolutividade estratégica – tratamento adequado dos conflitos – não se desconsidera a importância do esforço e da produção; porém, há uma preocupação sobre os possíveis impactos sociais diretos, indiretos e reflexos na atuação do Sistema de Justiça diante das múltiplas demandas.

O professor Kazuo Watanabe defende duas dimensões quanto ao tratamento adequado dos conflitos e controvérsias. A primeira, relacionada aos conflitos globalmente ou em relação a parte deles, com vistas à organização mais adequada do sistema de justiça, em especial do Poder Judiciário, que é a Instituição líder do sistema. E a segunda, que considera os conflitos de interesses individualizados e à procura de solução adequada pelo Poder Judiciário ou por algum outro órgão do sistema de justiça público ou privado. As duas perspectivas são importantes: a que se preocupa com a melhor organização do Judiciário e a da solução adequada dos conflitos e dos problemas jurídicos dos cidadãos, principalmente pelos mecanismos consensuais.¹¹

7. A priorização da resolução consensual e a tutela por adjudicação judicial

A escolha entre os diversos mecanismos de tutela jurídica existentes no sistema de justiça consensual e no sistema de justiça por adjudicação não é algo tão simples, já que fatores e justificativas econômicas e até políticas são insuficientes para pôr fim ao debate. É preciso discussões e encaminhamentos que congreguem valores, inclusive éticos e morais, que impeçam

o enfraquecimento da proteção do direito à vida e à sua existência com dignidade. Tanto em relação aos direitos individuais quanto em relação aos direitos coletivos amplamente considerados a preocupação deverá estar presente.

Há fatores em que a resolução negociada dos litígios, controvérsias e problemas poderá provocar desvios e injustiças intoleráveis, como nas hipóteses em que as pessoas diretamente atingidas por ilícitos não são beneficiadas; situações em que faltam informações básicas; e, ainda, em situações de necessidades vitais, o que muitas vezes atinge a camada mais pobre da sociedade. Nessas circunstâncias é deveras preocupante resoluções consensuais em desprezo a valores magnos que sustentam a própria ordem jurídica, como conquista cultural e resultado de lutas históricas.

A autonomia da vontade no plano da resolução individual e a representação adequada no plano da resolução coletiva são insuficientes para encaminhar e justificar uma solução consensual que contrarie, por exemplo, valores inerentes ao direito à vida e à sua existência com dignidade. A *Rule 23* das *Federal Rules* de Processo Civil dos Estados Unidos, por exemplo, exige que o juiz, para fins de aprovação do acordo nas ações de classe (*class actions*), analise concretamente se o acordo (*settlement*) é justo, razoável e adequado (Rule 23, (c), (2). Enquanto isso, os Tribunais americanos têm fixado testes de fatores (*factor tests*) que direcionam, de forma mais específica, se o acordo proposto deve ser homologado ou não.¹²

No sistema jurídico brasileiro, porém, inexistente disciplina própria e geral que fixe princípios e testes de fatores para a escolha entre a tutela por adjudicação jurisdicional (liminar, sentença e acórdão) e a tutela por resolução consensual (jurisdicional ou extrajurisdicional).¹³ Há disciplina normativa em campos especiais, destacando-se aqui os

11. WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e tratamento adequado dos conflitos*. In Estudos em Homenagem a Cândido Rangel Dinamarco. DINAMARCO, Cândido da Silva et al (Organizadores). São Paulo/Salvador: Malheiros Editores/Editora JusPodvm, 2022.

12. MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. Judicial review of class action settlements. *Journal of Legal Analysis*, vol. 1, n. 1, p. 167-205, 2009. ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Direitos digitais e sua proteção via ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 81-2.

13. ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Direitos digitais e sua proteção via ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 81-2.

pressupostos e requisitos exigidos para os acordos de não persecução cível¹⁴, não persecução penal¹⁵ e os acordos na colaboração premiada.¹⁶

Contudo, a Recomendação de Caráter Geral CN-CNMP 02/2018, art. 13, estabelece que, sempre que for possível e observadas as peculiaridades do caso concreto do conflito, da controvérsia ou do problema que esteja causando lesão ou ameaça a direitos afetos às atribuições do Ministério Público, priorize resolução extrajudicial sempre que essa via se mostrar hábil para viabilizar solução mais célere, econômica, implementável e capaz de satisfazer adequadamente as legítimas expectativas dos titulares dos direitos envolvidos, contribuindo para diminuir a litigiosidade.¹⁷

O art. 13 (§ 1.º) da Recomendação CN-CNMP 02/2018 estabelece ainda que, para fins de aferir a prioridade da resolução consensual dos conflitos, das controvérsias ou dos problemas, será analisado se o membro ou a unidade do Ministério Público avaliou, diante do caso concreto, se a resolução consensual apresentava vantagens sobre a tutela por adjudicação judicial (liminar e/ou sentença ou acórdão), por demonstrar ser a mais adequada, justa e razoável.

Na avaliação dos resultados da atuação na resolução consensual, será aferido ainda (§ 2.º do art. 13 da CN-CNMP 02/2018):

I – se não há no acordo discriminação entre membros do grupo ou da comunidade em situação similar;

II – se ficou contemplado no acordo, sempre que possível, a dimensão dos direitos fundamentais envolvidos no litígio, na controvérsia ou no problema;

III – se o acordo é produto de negociação com a participação de representantes adequados e legítimos;

IV – se o acordo proporciona a suficiente proteção e a garantia para os titulares dos direitos ou interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e/ou individuais puros, tais como aqueles pertencentes à sociedade em geral e ao Estado, à comunidade, ao grupo e aos respectivos membros afetados;

V – se o acordo está racionalmente relacionado com o prejuízo alegado e sofrido, e se nele estão inseridas as medidas preventivas, ressarcitórias e repressivas necessárias;

VI – se no acordo foram considerados, quando possível, prognósticos sobre prováveis efeitos fáticos e jurídicos a curto, médio e longo prazos;

VII – se foram considerados os argumentos favoráveis e contrários à proposta de acordo;

14. A disciplina normativa sobre o Acordo de Não Persecução Civil prevista na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) destaca estas exigências: “Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: I – o integral ressarcimento do dano; II – a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados. § 1º A celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo dependerá, cumulativamente: I – da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação; II – de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente, para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação; III – de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa. § 2º Em qualquer caso, a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso. [...]”

15. Prevê o Código de Processo Penal sobre as exigências para o cabimento do Acordo de Não Persecução Penal, destacam-se, entre outras diretrizes e requisitos o disposto no Art. 28-A. “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. [...]”

16. Há ampla disciplina normativa do Acordo de Colaboração Premiada nos artigos 3.º-A, 3.º-B, 3.º-C, 4.º, 5.º, 6.º e 7.º, todos da Lei 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, com as alterações nela incluídas pela Lei 13.964/2019

17. CN-CNMP. Disponível em: [\[https://www.cnmp.mp.br/portal/images/recomendacao_dois.pdf\]](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/recomendacao_dois.pdf) Acesso em: 21.8.2024..

VIII – se foram analisadas as questões de fato e de direito envolvidas no litígio, na controvérsia ou no problema;

IX – se foi considerada a probabilidade de procedência da pretensão coletiva caso fosse levada à adjudicação judicial;

X – se houve prognósticos com a comparação entre o acordo proposto e o provável resultado de um julgamento judicial sobre o mérito da demanda, com ênfase na responsabilidade e nos danos;

XI – se foram considerados, para a realização do acordo, os riscos envolvidos no litígio, inclusive as dificuldades para se estabelecer judicialmente a responsabilidade e para se apurarem os danos sofridos e os possíveis prejuízos a terceiros;

XII – se foram adotadas medidas para garantir a ausência, na proposta de acordo, de colusão ou de qualquer espécie de fraude;

XIII – se foram considerados a complexidade, o custo e a provável duração do processo coletivo;

XIV – se foram analisados e considerados o comportamento das partes envolvidas, o seu comprometimento e a sua capacidade para o cumprimento do que for acordado;

XV- se o acordo abrange os diversos grupos atingidos e/ou afetados;

XVI – se houve diligência para trazer à negociação representantes adequados dos grupos ou das comunidades afetadas;

XVII – se as cláusulas do acordo foram ou estão sendo efetivamente cumpridas e quais são os seus resultados sociais concretos;

XVIII – se a unidade ou o membro do Ministério Público correicionado e/ou inspecionado adotou e tem adotado todas as medidas para garantir o integral cumprimento do acordo.

Ressalte-se que a Recomendação CN-CNMP 02/2018 prevê, também, que, nas hipóteses em que o conflito, a controvérsia ou o problema envolver mais de um Órgão de Execução ou Unidade do Ministério Público, seja avaliado se houve, ou está havendo, atuação articulada e integrada para a formulação ou a aceitação da proposta, ou do acordo, que abranja a mais adequada proteção conjunta dos bens jurídicos envolvidos, nos âmbitos cível, criminal e administrativo (§ 3.º do art. 13).¹⁸

É recomendável que seja priorizada a resolução consensual sempre que se demonstrar viável e adequada ao caso concreto (art. 3.º, § 2.º, do CPC). O tratamento adequado do conflito, controvérsia ou problema existe como princípio constitucional decorrente do Estado Democrático de Direito e da teoria dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.

É também preciso que se priorize, sempre que possível, a adoção de medidas preventivas, especialmente as que evitem a prática, a continuidade, a repetição do ilícito ou para promover a remoção do próprio ilícito. O princípio da prevenção geral é um dos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito (art. 1.º da CF/1988), e a própria Constituição assegura que “a lei não poderá excluir do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5.º, XXXV, da CF/1988). Portanto, basta situação de ameaça a direito ou a interesse individual ou coletivo para ser admissível a tutela jurisdicional preventiva. O CPC, nesse aspecto, traz norma com diretrizes alinhadas à adequada tutela dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais (parágrafo único do art. 497): “Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.”

Deve-se conferir especial atenção para a sustentabilidade constitucional, convencional, legal e fática do posicionamento e/ou decisão a adotar na resolução consensual ou na resolução por adjudicação judicial, atentando-se para os efeitos diretos e/ou indiretos ou reflexos na vida dos titulares envolvidos.

18. CN-CNMP. Disponível em: [\[https://www.cnmp.mp.br/portal/images/recomendacao_dois.pdf\]](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/recomendacao_dois.pdf). Acesso em: 21.08.2024.

Referências

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: DelRey, 2007. Apresentação. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo*. Belo Horizonte: DelRey, 2008. ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Direitos digitais e sua proteção via ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 81-82.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 58, p. 131-141 e 173.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas*. Revista de Processo, vol. 41, n. 259, set. 2016.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo neoprocessualismo*. In: FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 664-672.
- CAPPELLETTI, Mauro; garth, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CARBONEL, Miguel. 2. ed. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2005.
- MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. *Judicial review of class action settlements*. Journal of Legal Analysis, vol. 1, n. 1, p. 167-205, 2009.
- WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e tratamento adequado dos conflitos*. In Estudos em Homenagem a Cândido Rangel Dinamarco. DINAMARCO, Cândido da Silva et al (Organizadores). São Paulo/Salvador: Malheiros Editores/Editora JusPodvm, 2022.