



Potencialidades e limites da negociação e mediação conduzida pelo Ministério Público

Alexandre Amaral Gavronski

De regra, nos meios autocompositivos, os próprios titulares dos direitos ou interesses se compõem, diretamente (negociação) ou com a contribuição de terceiros (conciliação e mediação).

O grande desafio da atuação do Ministério Público nessa seara é que a legitimidade coletiva a ele atribuída pela Constituição (art. 129, III) e as responsabilidades decorrentes de sua função de defensor dos direitos constitucionais ou *ombudsman* (art. 129, II), ou mesmo de outras funções previstas em lei e compatíveis com sua finalidade institucional (art. 129, IX c/c art. 127), como a de intervir em processos que envolvam determinados interesses individuais indisponíveis (de incapazes, por exemplo), destinam-se à promoção da defesa e de respeito a direitos e interesses dos quais não é titular: os direitos difusos, coletivos *stricto sensu*, individuais homogêneos e os individuais indisponíveis. Paralelamente, a configuração constitucional do Ministério Público, incumbido de *promover* a justiça, impõe-lhe uma postura ativa, diferente do Poder Judiciário, incumbido de *realizar* a justiça quando provocado, dele se esperando imparcialidade.

Sendo assim, para o adequado uso dos métodos autocompositivos à luz de sua configuração e responsabilidades constitucionais, o Ministério Público deve identificar como adotar uma postura ativa, mesmo não sendo o titular dos direitos objetos da composição.

A autonomia e independência institucional de que gozam, respectivamente, a instituição e seus membros, ao lado das garantias destes e das demais au-

tonomias institucionais, conferem àquela e a estes a necessária estrutura e isenção para atuar na defesa dos direitos de que está incumbido o Ministério Público e assegurar equilíbrio nas autocomposições em que ele inexistente de fato. A necessária observância da lei serve, sempre, de parâmetro para as soluções. Entretanto, o equilíbrio assegurado pela participação do Ministério Público e a adoção da lei como parâmetro são apenas pressupostos para uma boa resolução alcançada pelo uso dos métodos autocompositivos. As peculiaridades da situação concreta e o fato de envolverem diretamente pessoas que têm seus próprios interesses a defender (o apontado responsável pela lesão ou ameaça a direito na negociação e os titulares, na mediação) exigem do membro do Ministério Público uma ampla compreensão dos limites e potencialidades do uso desses métodos pela instituição para que a contribuição seja efetiva e qualificada.

Este capítulo se destina a auxiliar na compreensão desse complexo desafio, enquanto os seguintes exploram as técnicas disponíveis tanto para negociação quanto para mediação conduzidas pelo Ministério Público.

Antes de avançar nesse objetivo, contudo, convém reafirmar que o adequado enfrentamento do desafio supõe a superação de uma postura tradicional de atuação tendente a restringir a postura ativa à propositura de ações judiciais para demandar ao Poder Judiciário o equacionamento (resolução) da lesão ou ameaça a direitos de cuja defesa está incumbida a instituição. Uma postura que identifica no Poder Judiciário o principal, quando não o único, responsável pela resolução dos conflitos e controvérsias jurídicas, e no Ministério Público a responsabilidade de apenas (bem) demandar essas resoluções ao Poder Judiciário.

Essa superação se insere num movimento que se tem desenvolvido internamente no Ministério Público nas últimas duas décadas de aposta institucional numa postura resolutiva, que se tem reconhecido como mais compatível com a configuração constitucional da instituição do que a postura demandista antes referida. Consolida-se a percepção de que uma postura que negue responsabilidade do Ministério Público com a efetiva resolução das questões nas quais é legitimado a atuar, quando isso for possível, é incompatível com a isonomia constitucional com o Poder Judiciário quanto a garantias, autonomias e remuneração. Entende-se que tal isonomia impõe também ao Ministério Público, o



compromisso com a resolução dos conflitos e controvérsias que lhe são apresentados sempre que puder contribuir decisivamente para alcançá-la.

Dentre os fatores que têm alterado esse quadro, vários já foram referidos nos capítulos anteriores deste manual, relacionados, essencialmente, à mudança da realidade social (crescentemente mais complexa e plural) e do paradigma jurídico (mais participativo, informal e negocial). Foram também determinantes o desenvolvimento e a consolidação do uso do inquérito civil, não apenas como instrumento destinado a instruir ações judiciais, mas também a identificar e viabilizar soluções para as questões apuradas, especialmente após a incorporação, no início da década de 90, de outros três novos e importantes instrumentos de atuação do Ministério Público fora do processo judicial: o compromisso de ajustamento de conduta, incluído na lei da ação civil pública em 1990, pelo Código de Defesa do Consumidor, a recomendação e a audiência pública, ambos previstos nas leis orgânicas, a Lei nº 8.625 e a Lei Complementar nº 75, ambas de 1993. Paralelamente, observou-se no Brasil, como vimos nos capítulos anteriores, uma crescente valorização dos métodos autocompositivos de solução de controvérsias. Todo esse contexto estimulou e instrumentalizou a atuação resolutiva do Ministério Público.

Retomando, então, o objeto e os desafios deste capítulo – potencialidades e limites da atuação do Ministério Público nos métodos autocompositivos – três questões principais se apresentam para análise e adequada compreensão:

- a) a indisponibilidade pelo Ministério Público em relação aos direitos que deve defender e os limites por ela impostos à autocomposição (a negociação, a mediação e a conciliação);
- b) a atuação do Ministério Público no processo de concretização do direito, ou seja, de sua interpretação para o caso concreto, pelos métodos autocompositivos, em especial na negociação;
- c) a legitimidade da autocomposição conduzida pelo Ministério Público: o consenso válido e a correção da solução jurídica à luz do ordenamento jurídico.

A cada uma dessas questões destinaremos um dos tópicos na sequência.

A) A INDISPONIBILIDADE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM RELAÇÃO AOS DIREITOS QUE DEVE DEFENDER E OS LIMITES POR ELA IMPOSTOS À AUTOCOMPOSIÇÃO

Na tutela coletiva, isto é, na proteção jurídica dos direitos coletivos ou na proteção coletiva dos direitos individuais, o Ministério Público atua como autêntico negociador, compondo, diretamente com o responsável pela lesão ou ameaça, a solução jurídica destinada a assegurar efetividade aos direitos em questão. Em ações individuais nas quais intervém, o Ministério Público pode atuar tanto como mediador quanto conciliador, orientando as partes a uma composição que preserve os interesses que motivam a sua intervenção (interesses de incapazes, por exemplo). Assim é, também, quando chamado a contribuir para a composição consensual de um conflito fático que demanda solução urgente paralela ao processo judicial, como a ocupação de uma rodovia, de terras ou de um prédio por representantes de movimentos sociais ou de determinado grupo social (como os índios). Ou mesmo quando chamado a contribuir para a composição consensual de um conflito jurídico de interesse social cujos atores envolvidos, não obstante detenham autonomia e estrutura para se autocomporem ou demandarem em juízo, preferem contar com a atuação do Ministério Público como mediador ou conciliador¹²³.

Em todos esses casos, o Ministério Público não é o titular dos direitos que são objetos da composição e, ainda assim, atua para viabilizá-la sem a intervenção do Poder Judiciário. É natural, assim, que haja limites a essa sua atuação.

123 Tome-se como exemplo a atuação como mediador do Ministério Público Federal nos anos de 2011 e 2012 em controvérsia estabelecida entre o Hospital de Clínicas de Porto Alegre (empresa pública federal) e a Igreja Católica quanto à desocupação, por esta, da área destinada à Capela do hospital, utilizada por ela com exclusividade por mais de duas décadas. Depois de ouvir atentamente ambas as partes e bem compreender os argumentos de cada uma, recomendou-lhes o Ministério Público Federal solução que buscou preservar os interesses legítimos de cada qual: do hospital, de dar à área outra destinação e findar a exclusividade de uso da Igreja Católica sobre área pública, da Igreja de assegurar espaço apropriado para ministrar adequada assistência religiosa aos católicos que dela precisassem. A recomendação foi para que outra área do hospital, com espaço e dimensionamento adequados, fosse destinada a um uso inter-religioso para cuja configuração a Igreja Católica contribuiria por meio do grupo inter-religioso existente em Porto Alegre, reconhecido pela municipalidade, e do qual participa. Enquanto não viabilizado o novo espaço, a Igreja Católica continuaria a utilizar o espaço que vinha ocupando.



É bem sabido que em razão da natureza transindividual dos **direitos difusos e coletivos** fica inviabilizada a legitimidade ordinária de que trata o artigo 6º, CPC, ou seja, a legitimação pessoal de quem se afirma titular do direito material. **O legitimado coletivo, o Ministério Público, atua em nome próprio na defesa de direitos que pertencem a um agrupamento humano de titulares de direito** (pessoas indeterminadas, comunidade, coletividade ou grupo de pessoas – art. 81, parágrafo único, I e II, do CDC) **que não tem personalidade judiciária**, não podendo, portanto, atuar em juízo para proteger os seus direitos, salvo raras exceções (como ocorre com as populações indígenas, em razão do que dispõe o art. 232 da CF)¹²⁴. Assim como não podem ir a juízo, essas coletividades, em razão da dispersão, de regra não dispõem de condições de negociar seus direitos coletivamente. Quando, de alguma forma, se organizam, encontram na maioria das vezes dificuldades de natureza estrutural, técnica, de independência e de legitimidade para fazê-lo.

Essa legitimidade, tratada por alguns como autêntica hipótese de substituição processual¹²⁵ e por outros, como legitimidade autônoma para condução do processo¹²⁶, estende-se para a atuação fora do processo judicial, em razão da previsão legal de instrumentos destinados a instruí-lo (inclusive para a identificação de possíveis soluções) ou evitá-lo, como o inquérito civil, a recomendação e o compromisso de ajustamento de conduta¹²⁷.

Situação um pouco diversa é a da **legitimidade para defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos**, dado que estes possuem titulares identificáveis e que podem, isoladamente, defender em juízo os seus direitos, pois esses direitos são, por natureza, divisíveis. Nesse caso, a tutela coletiva é uma opção legislativa de racionalização do acesso à justiça, não uma ne-

124 Nesse sentido: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 4, *Processo Coletivo*, 4ª ed., p. 201. Os autores, contudo, diversamente do nosso entendimento, aplicam esse mesmo raciocínio para a legitimidade para defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos.

125 Teori Zavascki, *Processo Coletivo*, Editora Revista dos Tribunais, p. 76

126 Nelson Nery Jr e Rosa Andrade Nery, *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*, nos comentários ao art. 5º, LACP; Ricardo de Barros Leonel, *Manual do Processo Coletivo*, 2002, p. 160-1, e, Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. 4, *Processo Coletivo*, 4ª ed., p. 201), com a ressalva feita acima quanto a estes últimos autores.

127 Nesse sentido: GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Manual do Procurador da República*. Salvador: Jus Podium, 2013.

cessidade decorrente da natureza dos direitos. Aqui se trata, tipicamente, de **legitimidade extraordinária** ou de substituição processual¹²⁸. Essa titularidade individual aumenta as limitações do legitimado coletivo.

De qualquer modo, trate-se de legitimidade autônoma para a condução do processo para defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos, trate-se de legitimidade extraordinária para defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos, a doutrina especializada é praticamente unânime em afirmar que, atuando o legitimado coletivo em defesa de direitos de outrem, não pode dispor desses direitos. **A legitimidade em questão é para a atuação processual e extraprocessual** (esta, como sustentamos, por extensão) destinada à **defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, não para a relação de direito material**. Destarte, **não pode o legitimado, não sendo titular dos direitos que deve defender, deles dispor nem a eles renunciar**, não podendo abdicar do quanto previsto em lei, pois esta faculdade só é conferida a quem titulariza o direito (desde que ele seja, por natureza, disponível). Pode – e a distinção ajuda a compreender a questão – desistir fundamentadamente da ação proposta para defesa desses direitos (art. 5º, §3º, LACP¹²⁹), pois a desistência está no campo do direito ou da relação processual, não no campo da relação de direito material¹³⁰.

Daí se dizer que **os direitos coletivos (*lato sensu*) são indisponíveis para os legitimados coletivos**, independente da natureza desses direitos, ou seja, se materialmente disponíveis ou indisponíveis pelo próprio titular.

Da indisponibilidade dos direitos coletivos pelo Ministério Público, como legitimado que é para sua defesa, muitos concluem pela impossibilidade de ne-

128 Nesse sentido, toda a doutrina antes citada à exceção de Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, que entendem, como registrado em nota acima, que mesmo para os direitos individuais homogêneos a legitimidade é autônoma para a condução do processo, dado que eles são apenas abstratamente considerados. Em nosso entender, se assim fosse, não se poderia admitir a intervenção dos titulares dos direitos individuais na fase de conhecimento da ação coletiva destinada a defendê-los, como o faz explicitamente a lei (art. 94, CDC)

129 § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

130 Cf., a propósito da distinção, o excelente comentário de Suzana Henriques da Costa ao art 5º, §3º, da LACP, in COSTA, Susana Henriques da (Coord). *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 417-421..



gociação em tutela coletiva pelo Ministério Público. No que respeita aos direitos individuais indisponíveis ou de incapazes (indisponíveis pelo seu titular), há quem sustente não haver espaço para composição consensual que não contemple o reconhecimento dos direitos pelo réu, tal qual demandados na ação.

Esta conclusão parte da premissa de que negociação ou autocomposição importa, necessariamente, na disposição sobre o direito, premissa que está amparada na concepção de transação que orienta o direito privado e está disciplinada nos arts. 840-850 do Código Civil.

A premissa é equivocada. **É, sem dúvida, possível a negociação em tutela coletiva sem que haja disposição sobre os direitos coletivos pelos legitimados a defendê-los**¹³¹, residindo o equívoco fundamental, justamente, na confusão entre essa negociação e a transação do direito civil.¹³² Sem dúvida, a negociação em tutela coletiva não comporta, como a transação, concessões sobre o *conteúdo* dos direitos (renúncias), ao menos não por parte dos legitimados coletivos em relação aos direitos coletivos que defendem, titularizados por terceiros que não participam, via de regra, da negociação. Da negociação em tutela coletiva resulta, sempre, um negócio jurídico *sui generis*, marcado pela nota da indisponibilidade dos direitos pelos legitimados coletivos¹³³.

Raciocínio equivalente se aplica à autocomposição envolvendo direitos individuais indisponíveis promovida pelo Ministério Público.

Na verdade, ocorrem amiúde negociações em tutela coletiva, tanto fora do processo judicial, em especial nos compromissos de ajustamento de conduta, principal instrumento extraprocessual de negociação, como em seu curso, por meio dos acordos firmados entre os legitimados coletivos e os réus em ações civis públicas ou em ações coletivas e homologados judicialmente. É usual – e muitas vezes do interesse dos incapazes, especialmente

131 O raciocínio desenvolvido na sequência reproduz o constante no *Manual do Procurador da República*, op. cit., p. 684-87.

132 Para aprofundar as distinções entre negociação em tutela coletiva e transação, v. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*, op. cit., p. 382-384.

133 Também distinguindo o TAC da transação e discorrendo de forma aprofundada sobre sua natureza de negócio jurídico *sui generis* v. RODRIGUES, Geisa. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 141-159.

quando para tanto contribui qualificadamente o Ministério Público – a composição consensual de uma lide que envolva direitos deles.

No Ministério Público, na verdade, inúmeras negociações dentro e fora do processo judicial ocorrem a cada ano, com grande reconhecimento institucional e social das vantagens dessa técnica de atuação. A cada ano, milhares de processos envolvendo incapazes são objeto de composições consensuais.

Considerando tal contexto, fica evidente a utilidade de se estudar, neste manual, ainda que superficialmente, a possibilidade e limites da negociação em sede de tutela coletiva e a autocomposição em ações envolvendo incapazes ou direitos indisponíveis. Para tanto, **impende distinguir disposição dos direitos coletivos e sua concretização. É desta última que tratamos no próximo tópico.**

B) O MINISTÉRIO PÚBLICO E O PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO PELOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS

A **doutrina** especializada em compromisso de ajustamento de conduta – o principal instrumento jurídico para formalizar negociações do Ministério Público – **costuma admitir a sua utilização para o fim de especificar as condições de modo, tempo e, às vezes, lugar para a implementação dos direitos coletivos que ele se destina a proteger, o que não se confunde com dispensa das obrigações previstas em lei e, portanto, com disposição ou renúncia do direito, ambas vedadas.**¹³⁴ Em razão desses limites para negociação do TAC, decorrentes de suas peculiaridades como instrumento de negociação conferido a quem não é o titular dos direitos

¹³⁴ Cf. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 176. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*, op. cit., p. 382-3. Ambos ressaltam, contudo, que as especificações de modo, tempo e lugar devem ser adequadas (proporcionais) e suficientes à tutela dos direitos coletivos protegidos, sendo passíveis de questionamento judicial em caso contrário (respectivamente, nas p. 201-202 e 173-174 e 403-418). Também reconhecendo liberdade do órgão público tomador do compromisso estritamente para especificar a forma pela qual se darão as medidas corretivas e o tempo, este o mais exíguo possível, e ressaltando que o TAC deve abarcar a totalidade das medidas necessárias à reparação do bem lesado ou ao afastamento do risco do bem jurídico de natureza difusa ou coletiva, v. AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 68-71.



negociados, a mesma doutrina nega a natureza de transação para o TAC, demonstrando a impropriedade de se aplicar a esse instrumento uma lógica própria do direito privado, ora lhe atribuindo natureza de negócio jurídico *sui generis*¹³⁵, ora de acordo em sentido estrito¹³⁶.

A afirmação é correta, sem dúvida, mas insuficiente para explorar e explicar todas as potencialidades da autocomposição de controvérsias jurídicas em sede de tutela coletiva. E é justamente nesta área, dada sua complexidade fática e, com frequência, acentuada interdisciplinaridade das questões envolvidas, que a atuação do Ministério Público como negociador se mostra mais importante, face às dificuldades da via tradicional do processo judicial, com sua lógica adversarial de solução por um terceiro, para a construção de soluções jurídicas de qualidade que se efetivem em tempo razoável.

Basta lembrar que o instrumento também pode ser utilizado **para definição de conceitos jurídicos indeterminados sobre cuja interpretação haja controvérsia que prejudique a efetividade da norma, bem como para dimensionar adequadamente, à luz do caso concreto, o alcance de princípios jurídicos aplicáveis, permitindo-se com isso, inclusive, uma interpretação que transcenda o conteúdo específico da regra jurídica aplicável.**

Por isso, entendemos que auxilia na compreensão do que faz o Ministério Público quando negocia em sede de tutela coletiva, ou quando atua como mediador ou conciliador, identificar essa atuação com uma posição de protagonismo na concretização do direito, ou seja, na sua interpretação para o caso concreto. Em outras palavras, quando negocia um TAC ou quando expede uma recomendação destinada a ensejar uma solução consensual para determinada controvérsia jurídica, o Ministério Público está *concretizando o direito*, vale dizer, interpretando o direito posto – não apenas a regra jurídica aplicável ao caso, mas todo o sistema jurídico – à luz da situação concreta no intuito de identificar a *norma do caso concreto*¹³⁷. Ele está iden-

135 Nesse sentido, Geisa Rodrigues e Alexandre Gavronski, nas obras citadas.

136 Posição de Fernando Akaoui, op. cit.

137 Nesse sentido, v. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*, op. cit., p. 118-134, e, especificamente quanto ao TAC como instrumento de concretização do direito, v. *Manual do Procurador da República*. Salvador: Jus Podium, p. 803-806.

tificando qual(is) regra(s) e princípio(s) jurídico(s) se aplica(m) para determinada situação e de que modo.

Assim, quando o membro Ministério Público, num TAC ou numa Recomendação, especifica as condições de modo, tempo e lugar para implementação de determinado direito, ou o conteúdo de algum conceito jurídico indeterminado, ou, ainda, identifica as consequências de aplicação de determinada regra ou princípio jurídico para, no caso concreto, bem definir as obrigações do apontado responsável pela ameaça ou lesão a direitos coletivos que são necessárias para prevenir ou corrigir uma ou outra, não está dispondo desses direitos, mas antes os concretizando, vale dizer, interpretando-os à luz do caso concreto e definindo os elementos essenciais para sua efetiva implementação. **Bem ao contrário de disposição, o que se está fazendo é afirmar o direito e definir condições e especificações sem as quais sua efetividade ficaria prejudicada.**¹³⁸ Mesmo naqueles TACs mais simples, em que o Ministério Público apenas toma do responsável pela lesão ou ameaça a direito o compromisso de cumprir a lei sob pena de multa diária ou outra cominação, o que se está fazendo é afirmar a aplicabilidade do direito àquele caso concreto, concretizando-o, pois, e contribuindo com sua efetividade por meio da pactuação de cominações exigíveis.

Foi a doutrina alemã que introduziu no meio jurídico a denominação *concretização (ou concreção) do direito*¹³⁹ para descrever o processo hermenêutico que, superando a chamada interpretação-subsunção típica do Positivismo Jurídico, identifica a norma do caso concreto a partir da situação fática objeto de interpretação e da interpretação do sistema jurídico como um todo, não apenas da regra aplicável por mera dedução lógica¹⁴⁰. Entre

138 Para aprofundar o conceito de concretização do direito sob a perspectiva de atuação dos legitimados coletivos, os limites dessa atuação e seus critérios balizadores, v. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*, op. cit., em especial no terceiro capítulo (p. 116-184) e no subtópico 8.3.2 (p. 399-403), destinado, justamente, ao estudo da negociação em tutela coletiva e a indisponibilidade dos direitos coletivos. Para uma visão mais prática, em boa parte reproduzida neste manual, v. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Manual do Procurador da República*, op. cit., p. 641, 684-687 e 747-8.

139 Conforme anota Fabiano Menke, no artigo A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos direitos, in *Revista da Ajuris*, n. 103, p. 79

140 Cf. Karl Larenz, em seu *Metodologia da Ciência do Direito* (Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 3ª edição, 1997), em capítulo intitulado *O abandono do positivismo na primeira*



nós, o tema é mais estudado na Teoria do Direito¹⁴¹, no Direito Constitucional¹⁴² e no Direito Privado¹⁴³, sendo ainda pouco difundida a abordagem sob a perspectiva de atuação do Direito Público nos temas autocompositivos, a despeito de sua utilidade, como ficará evidenciado.

É bem sabido que a evolução da Teoria do Direito e especificamente da Hermenêutica Jurídica no século XX levou à superação do Positivismo Jurídico e de seu processo hermenêutico exclusivamente lógico de interpretação-subsunção. Esse processo de aplicação mecânica da lei, vista como a regra jurídica aplicável, amparado numa mera confrontação entre uma premissa maior (o tipo legal) e a premissa menor (os fatos postos no caso concreto) para se chegar à conclusão única e preexistente da consequência legal para a hipótese fática vertente, já não se mostrava compatível com a evolução da sociedade e do direito.

A edição crescente de normas com conceitos jurídicos indeterminados, o reconhecimento da força normativa impositiva dos princípios jurídicos e a disseminação da positivação de cláusulas gerais dos contratos, ensejaram uma verdadeira revolução na hermenêutica jurídica moderna e abriram inúmeras possibilidades de interpretação, mudanças bastante apropriadas para a complexidade fática da vida moderna. O direito brasileiro é repleto de exemplos desses conceitos jurídicos indeterminados, como o de *excessiva onerosidade*, de princípios jurídicos de grande aplicabilidade, como o da vulnerabilidade dos consumidores, e de cláusulas gerais, como a da boa-fé objetiva, para ficarmos apenas em alguns exemplos extraídos de uma lei em absoluta sintonia com o novo contexto jurídico, o Código de Defesa do Consumidor.

metade do século XX, no qual faz referência ao trabalho precursor de Walther Schönfeld, de 1931, e à monografia de Karl Engisch, de 1953, intitulada *A ideia da concretização no Direito e na Ciência do Direito em nosso Tempo*)

141 ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 413-465.

142 TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Método, 2006, notadamente nas p. 58-63.

143 MENKE, Fabiano, *op. cit.* .

Conquanto os estudos sobre concretização do direito usualmente se voltem para a função desempenhada pelo Juiz no sistema de justiça, a doutrina pátria e estrangeira tem se ocupado de demonstrar a inevitável ampliação do círculo de intérpretes-concretizadores como consequência do crescente pluralismo social e da preocupação com a democratização da interpretação do direito e consequente acréscimo de sua legitimidade e adaptabilidade aos desafios jurídicos contemporâneos¹⁴⁴. Consolida-se, paralelamente, a percepção de que apenas a *aplicação do direito*, entendida como última fase, nem sempre necessária, do processo de concretização, que compreende a possibilidade de sua imposição forçada, é restrita aos órgãos oficiais autorizados a *fazer atuar* o direito, inclusive com o recurso à força, quando não se mostrar viável a solução pacífica e voluntária das controvérsias jurídicas¹⁴⁵, destacando-se nesse grupo os membros do Poder Judiciário, mas nele se incluindo também os agentes públicos dotados do poder de polícia.

A inclusão do Ministério Público nesse rol de *intérpretes-concretizadores* decorre do próprio ordenamento jurídico, que confere à instituição o poder de “tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (art. 5º, § 6º, Lei nº 7.347/1985) e o poder de expedir Recomendações “visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis” (art. 6º, XX, LC nº 75/1993, aplicável a todo Ministério Público por força do art. 80 da Lei nº 8.625/1993). Dessa forma, o próprio sistema jurídico trata de reconhecer eficácia de título extrajudicial à interpretação que se consubstancia no TAC e a permitir que a Recomendação seja utilizada como fundamento legítimo para a adoção das medidas nela elencadas.

144 Duas referências teóricas importantes para essa evolução podem ser identificadas nas obras de Peter Häberle, *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, e de Friedrich Müller, *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, ambas escritas na década de 1970, a mesma do surgimento do movimento do acesso à justiça. Demonstrando a aplicabilidade desse raciocínio, desenvolvido originalmente sob a perspectiva do direito constitucional, à atuação dos legitimados à tutela coletiva no Brasil, v. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*, op. cit., p. 118-134, em tópico intitulado “Da possibilidade de concretização e criação do direito fora do processo judicial”.

145 Faz essa distinção, por exemplo, André Ramos Tavares, op. cit., p. 69-72.



Dois exemplos auxiliarão a compreender a atuação do Ministério Público no processo de concretização do direito por meio dos instrumentos que lhe são disponibilizados para autocomposição em tutela coletiva.

Há, sabidamente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*, CF), do qual decorrem a proibição de poluir e a possibilidade de responsabilização do poluidor.

Diante de uma suspeita de poluição no mar ou em um rio, o Ministério Público precisará investigá-la e, constatando-a, poderá propor uma ação contra o responsável para evitar que ela persista e alcançar uma indenização ou, se for possível, a recomposição ambiental. O Juiz a quem a causa for distribuída, depois de instruído o processo e constatado que os efluentes lançados ao mar são, de fato, poluentes, interpretará o direito vigente e, à luz dos vários princípios aplicáveis (por exemplo, o da prevalência da tutela específica em face da indenizatória, o da razoabilidade etc.), imporá uma obrigação destinada a evitar que a poluição persista (colocação de um filtro, criação de uma estação de tratamento de esgoto etc.), fixando um prazo para que o responsável implemente essa obrigação à luz das peculiaridades do caso (6 meses por exemplo), e fixará o dever de reparar o dano (adotando medidas para despoluir o rio ou mar, recompondo a fauna atingida etc.) ou, se impossível, estabelecerá um valor de indenização. Poderá, também, à luz da prova, identificar que determinados efluentes não são poluidores, pelo que podem continuar sendo lançados ao rio ou mar. Ao assim agir, o Juiz estará *concretizando* o direito ao meio ambiente equilibrado para aquela dada situação que lhe foi levada à apreciação, vale dizer, estará interpretando o direito à luz do caso concreto e a favor desse caso. Na mesma sentença, o magistrado especificará as cominações às quais o réu estará sujeito se descumprir as imposições constantes da sentença. Descumpridas, caberá ao Juiz, e só a ele, *aplicar* o direito *concretizado* na sentença, impondo ao réu a conduta, inclusive mediante o uso de força, quando possível, ou o pagamento das cominações.

De modo similar, poderá o Ministério Público, legitimado coletivo ao qual a lei conferiu o instrumento do compromisso de ajustamento de conduta, especificar ele próprio, de forma negociada com o responsável (consensual, portanto), as condições de implementação do mesmo direito, concretizá-

lo, sem a necessidade do processo judicial. Poderá, assim, após constatada a poluição, especificar o filtro que deverá ser implantado, o prazo que o responsável disporá para fazê-lo, o modo de recomposição do dano ou o valor da indenização. Poderá, outrossim, concluir que, à luz da prova colhida no inquérito civil, determinado efluente não é poluidor, hipótese em que promoverá o arquivamento do inquérito civil se este efluente for o único lançado, ficando a promoção de arquivamento sujeita à homologação de órgão colegiado superior (Conselho Superior nos Ministérios Públicos Estaduais e Câmaras de Coordenação e Revisão no Ministério Público da União). Neste caso, a atividade não será interrompida, ao menos não por provocação do Ministério Público.

Destaque-se que o arquivamento homologado não é em si um ato de disposição do direito material, mas, no máximo, do direito processual de ajuizar a competente ação civil pública, disposição esta que se deve reconhecer ao Ministério Público como instituição colegitimada à tutela coletiva¹⁴⁶. Se vários efluentes estiverem sendo lançados, uns poluentes outros não, na negociação ficarão especificados aqueles cujo lançamento ficará proibido. O Ministério Público não estará, nestes casos, *dispondo* sobre o direito ao meio ambiente equilibrado, mas, ao contrário, concretizando-o, afirmando sua efetividade e os elementos essenciais para sua implementação no caso concreto em análise, ou concluindo pela sua não incidência à hipótese. Poderá fazê-lo também no curso da ação, firmando com o(s) réu(s) um acordo que, neste caso, por estar a questão judicializada, precisará ser levado à homologação judicial.

Vejam os outros exemplos. A disciplina regulatória nas telecomunicações prevê o direito dos consumidores ao atendimento pessoal, dispondo que pode ser terceirizado, desde que se assegure a resolutividade, sem especificar como se deve implementar esse direito, nem o que se compreenda por resoluti-

146 Para aprofundar a fundamentação em favor da possibilidade de o Ministério Público, enquanto Instituição – ou seja, tomando o arquivamento como ato complexo para o qual deve necessariamente concorrer a posição do órgão de execução com a do órgão superior – “dispor” legitimamente do direito de ação e a diferença dessa disposição daquela do direito material (esta, proibida), à luz da configuração constitucional da legitimidade coletiva (em especial da opção por uma concorrência disjuntiva no art. 129, §1º, CF e art. 5º, LACP), das distinções entre a legitimidade para a ação penal (privativa) e para a ação civil pública (concorrente disjuntiva), a tornar inaplicável, ao menos nos mesmos termos, o princípio da obrigatoriedade da ação, e da disciplina legal relacionada à desistência da ação civil pública (art. 5º, §3º, LACP), cf. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Manual do Procurador da República*, op. cit., p. 691-693.



vidade desse atendimento¹⁴⁷. É bem conhecida a realidade desse serviço e a acentuada vulnerabilidade dos consumidores num serviço marcadamente massificado como o das telecomunicações. Diante de um quadro de grave inefetividade desse direito, com postos de atendimento que se limitem a disponibilizar um telefone com linha direta para o sistema de *call center*, e que não apresentem nenhuma resolutividade, pode ser necessária uma atuação do Ministério Público destinada a *concretizar* o referido direito. Nessa concretização, poderá se estabelecer, por exemplo, à luz de princípios como a vulnerabilidade dos consumidores (art. 4º, I, CDC), do qual decorre o dever de proteção, e dos direitos básicos à efetiva prevenção contra danos e à facilitação da defesa de seus direitos (art. 6º, VI e VIII), a obrigação da prestadora de fornecer um comprovante de atendimento especificando o que foi solicitado, bem como especificando que “resolutivo” é o atendimento que dispensa qualquer outro contato do consumidor com a empresa para efetivamente solucionar sua demanda, prevendo, inclusive, direito do consumidor ao valor de uma multa em caso contrário.

Essa concretização pode ser buscada judicialmente, pleiteando-se também uma vultosa indenização destinada a desestimular a continuidade na violação dos direitos, por meio de uma ação coletiva de consumo. Poderá, diversamente, de modo mais célere e com vantagens para sua implementação, ser negociada com a prestadora, vindo o resultado da negociação a se consubstanciar em um compromisso de ajustamento de conduta. Esse compromisso servirá de *norma do caso concreto* e poderá, se descumprido, ser objeto de ação judicial para exigir seu cumprimento, sem que se questione o seu conteúdo, que foi objeto de composição.

O objeto de composição, em cada um dos casos citados, é a própria concretização do direito, a especificação dos elementos necessários à sua implementação no determinado caso concreto.

Note-se que nessa composição a negociação não se confunde com disposição sobre o direito, o que só ocorreria se o Ministério Público ou outro legitimado, por meio do TAC, permitisse a continuidade por tempo inde-

147 Art. 32 do Plano Geral de Metas de Qualidade da Telefonia Móvel, aprovado pela Resolução n. 341/2003 da ANATEL.

terminado da atividade poluidora, como tal constatada na instrução, exigindo apenas, por exemplo, que o responsável pagasse determinado valor ao fundo dos direitos difusos (art. 13, LACP) ou, ainda mais grave, destinasse a indenização diretamente ao compromitente. Igualmente, haveria disposição se o Ministério Público, ou qualquer outro legitimado coletivo, dispensasse o atendimento pessoal por meio do compromisso. Tais composições jurídicas seriam absolutamente inválidas porque o legitimado coletivo estaria, de fato, dispondo de direitos que não são seus.

Situação diversa ocorre quando, na concretização do direito resultante da autocomposição, a especificação dos elementos necessários é inadequada, insuficiente ou desproporcional à proteção dos direitos. É o caso da fixação de prazo injustificadamente dilatado para adoção das providências necessárias à cessação da atividade poluidora ou da previsão de meios insuficientes para evitá-la ou da previsão de um atendimento pessoal que, por exemplo, admita como tal a mera disponibilização de um acesso telefônico aos *call centers*. Todos esses casos ensejam correção judicial do TAC ou de outra solução jurídica resultante da autocomposição (como ocorre, por exemplo, quando uma recomendação atendida), pelo próprio Ministério Público ou por outro legitimado coletivo.

Para fundamentar a correção judicial e assegurar o interesse de agir na respectiva ação judicial, entretanto, será suficiente invocar a imprescindibilidade do acesso à justiça dos direitos coletivos e demonstrar fundamentadamente a invalidade da solução jurídica consubstanciada no título executivo em que se consubstancia o TAC (por expressa dispensa de observância do direito, por exemplo) ou inadequação ou insuficiência para proteção do direito das obrigações estabelecidas no compromisso¹⁴⁸, sem que seja necessário discutir se houve ou não disposição indevida do direito (ocorrente apenas na primeira hipótese).

É o que ocorreria, nos exemplos dados, se fosse provado que o efluente permitido é, na verdade, poluidor, ou que o prazo concedido era injustificada e desproporcionalmente dilatado, ou que o filtro previsto no TAC

148 GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 410-411.



ou acordo era ineficaz para evitar a poluição, ou ainda que se admitiu um atendimento pessoal que depende do sistema de *call center* para resolver a demanda do consumidor.

De outra forma, ou seja, sem que se questione, fundamentadamente, a validade ou suficiência da concretização negociada pelo Ministério Público, falta interesse de agir para ação civil pública que tenha por objeto a mesma situação concreta, sendo ônus processual de quem questiona a solução alcançada por consenso demonstrar sua ilegalidade ou incorreção¹⁴⁹.

Nas soluções jurídicas resultantes de autocomposição que não se consubstanciam em título executivo (recomendação atendida, por exemplo), é ainda mais fácil o questionamento judicial, pois não se faz necessária a demonstração da invalidade do título, mas tão só de sua inadequação, insuficiência ou desproporcionalidade da solução.

Em qualquer hipótese, não sendo o Ministério Público ou qualquer outro legitimado coletivo titular dos direitos que está legitimado a defender, é certo que deles não dispõe.

Os últimos parágrafos serão mais bem analisados no próximo tópico.

Por ora, impende apenas deixar assentado que, em matéria de tutela coletiva, em razão dos instrumentos que lhe foram concedidos por lei para, fora do processo judicial, resolver a ameaça ou lesão a direitos, não apenas o Poder Judiciário, mas também o Ministério Público pode concretizar os direitos coletivos de modo válido.

A principal distinção entre a concretização efetuada pelo Ministério Público, como legitimado coletivo, e aquela pelo Poder Judiciário é que apenas esta pode alcançar a definitividade por meio da coisa julgada. A

149 Nesse sentido RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, op. cit., p. 224-226 e GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*, op. cit., p. 404-413. Em sentido contrário, entendendo que por ser o TAC uma mera garantia mínima, só falta interesse de agir se a ação civil pública pedir exatamente a obrigação constante do TAC: MAZZILLI, Hugo Nigro, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 373-376.

concretização dada pelo Ministério Público não é definitiva, dado que sempre poderá ser questionada judicialmente por outro legitimado coletivo (ou pelo próprio Ministério Público, por outro membro), caso em que será ônus processual de quem a está questionando demonstrar que a concretização excedeu os limites admissíveis e importou em indevida disposição do direito protegido ou sua proteção insuficiente sendo, por isso, passível de invalidação ou correção judicial¹⁵⁰, nos termos acima indicados.

Sem dúvida, há grande responsabilidade nessa atuação, que, não obstante, guarda total consonância com a configuração constitucional do Ministério Público, já destacada neste manual, e com o enfoque moderno do direito e da interpretação jurídica¹⁵¹.

C) A LEGITIMIDADE DA SOLUÇÃO JURÍDICA ALCANÇADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COM O USO DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS

A primeira fonte de legitimidade de qualquer solução autocompositiva é o **consenso válido**, isto é, o consenso livre e bem informado, sem erros ou vícios na formação da vontade. Com efeito, sem que a vontade tenha sido livremente manifestada e bem informada, isto é, sem vícios em sua formação (erro, dolo, coação ou fraude), qualquer solução alcançada por autocomposição é nula ou, no mínimo, anulável.

Daí a importância de o Ministério Público, como negociador, assegurar que o compromissário se obrigue livremente e com a correta compreensão de suas obrigações, e, como mediador ou conciliador, que as partes estejam

150 Nesse sentido, v. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Manual do Procurador da República*, op. cit., p. 687.

151 Como muito bem asseverou Mauro Cappelletti, numa palestra intitulada Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça: “A mais importante batalha intelectual travada por muitos juristas ao longo do nosso século [...] foi contra aquelas concepções abstratas e dogmáticas do papel do jurista, que reduziam nossa responsabilidade à mera verificação e mecânica aplicação da lei. Essa concepção está em conflito com um enfoque moderno do Direito e da interpretação jurídica, aliás, em geral com a teoria moderna da hermenêutica: a interpretação sempre deixa algum espaço para opções e, portanto, para responsabilidade [...]” Essa palestra, proferida na abertura do Simpósio Jurídico W. G. Hart sobre a “Justiça Civil e suas alternativas”, realizado em Londres, no Institute of Legal Advanced Studies, em 07.09.1992, foi traduzida do inglês por J. C. Barbosa Moreira, e publicada na *Revista de Processo*, n. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.



devidamente informadas de seus direitos e do conteúdo da solução que se está viabilizando por autocomposição.

Por meio do consenso válido, as partes podem, quando tiverem disposição sobre seus direitos e capacidade civil, comprometer-se inclusive com aquilo que não estão obrigadas pelo direito posto. Essa possibilidade é de especial interesse para a negociação conduzida pelo Ministério Público em sede de tutela coletiva, pois permite que, por meio do TAC, sejam criados direitos do mesmo modo como ocorre nos contratos, outra espécie de negócio jurídico. Uma empresa interessada em resgatar sua imagem perante consumidores que tenham sido por ela lesados pode se obrigar, por exemplo, a implementar melhorias no serviço sem que a tanto estivesse obrigada por lei ou outra norma válida.

O consenso válido é, assim, o principal fundamento da exigibilidade da solução jurídica consubstanciada num título executivo como o TAC; é sua presença que dispensa a rigorosa observância do devido processo legal que deve preceder a solução emanada do Poder Judiciário.

Todavia, conquanto o consenso válido seja sempre um fundamento imprescindível de legitimidade de quaisquer soluções autocompositivas, naquelas construídas pelo Ministério Público, em razão das peculiaridades analisadas nos dois tópicos anteriores, ele não é suficiente, **impondo-se que a solução jurídica, a concretização do direito, possa ser considerada correta à luz do ordenamento jurídico vigente**, equivale dizer, não negue efetividade a direito vigente e seja adequada, suficiente e proporcional para protegê-lo¹⁵².

Essa última questão é mais relevante para a atuação do Ministério Público como negociador, visto que por meio desse método, negociando em nome próprio direitos titularizados por terceiros, é ele o principal responsável pela legitimidade da solução jurídica resultante da autocomposição. Na mediação e conciliação, o Ministério Público atua como indutor ou fiscal dessa legitimidade, cabendo às partes a condição de principais responsáveis por ela.

152 Para aprofundar essa insuficiência à luz das peculiaridades da atuação do Ministério Público enquanto legitimado coletivo, v. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais ...*, op. cit., p. 115-117 e 160-168.

Não convém que o Ministério Público, contudo, participe de solução autocompositiva que não se possa sustentar como correta à luz do ordenamento jurídico vigente, sob pena de desvirtuar sua natural condição de fiscal da lei.

Não é legítima a solução que não se possa sustentar como correta à luz do ordenamento jurídico perante terceiros – um Juiz em caso de questionamento judicial ou, em sede de tutela coletiva, um coletitimado que não tenha participado da solução – mesmo consideradas as várias opções possíveis oferecidas pela abertura hermenêutica de que tratamos no tópico anterior. Com efeito, uma solução que importa em renúncia ao direito ou negação à sua efetividade ou lhe confere uma proteção flagrantemente inadequada, insuficiente ou desproporcional à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas não é legítima, estando, por isso, sujeita à invalidação judicial pelo próprio Ministério Público ou, no caso da tutela coletiva, por outro legitimado coletivo¹⁵³. O primeiro critério para aferição da correção é, sem dúvida, a própria lei, as regras e princípios jurídicos aplicáveis, mas também a jurisprudência consolidada sobre a respectiva interpretação, sendo ilegítima, por exemplo, a solução jurídica resultante de autocomposição que se contraponha ao entendimento jurisprudencial já firmado em favor dos titulares dos titulares defendidos pelo Ministério Público. Também será ilegítima uma solução que se dissociar da apuração técnica que a preceder, como ocorreria com o TAC ou a recomendação que negasse a condição de poluente de efluente assim considerado pelos *experts* isentos¹⁵⁴.

Resumidamente, enfim, pode-se afirmar que a legitimidade das soluções resultantes de autocomposição conduzidas pelo Ministério Público se ampara, basicamente, em dois fundamentos essenciais: o consenso válido, essencial em toda e qualquer solução autocompositiva; e a correção da solução à luz do ordenamento jurídico vigente, sendo esta última especialmente relevante para as soluções em matéria de tutela coletiva em que o Ministério Público atua como negociador, não participando os titulares diretamente da construção da solução.

153 Sobre a possibilidade de correção judicial da solução jurídica construída por legitimados coletivos fora do processo judicial por autocomposição e do interesse de agir na correspondente ação v. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais* ..., p. 168-176.

154 Esses e outros critérios aferidores da incorreção da solução jurídica são estudados, à luz da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, em GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas* ..., op. cit., p. 134-157.



Analizadas as potencialidades e limites da negociação e mediação conduzidas pelo Ministério Público a partir da correta compreensão dos limites decorrentes da indisponibilidade pelo Ministério Público quanto aos direitos que deve defender, do processo de concretização do direito e do protagonismo nele desempenhável pelo Ministério Público e dos fundamentos de legitimidade das soluções autocompositivas que constrói, importa agora conhecer as técnicas disponíveis ao Ministério Público para negociação e mediação. É ao estudo dessas técnicas que este manual se dedica nos capítulos seguintes.