

A autocomposição no processo coletivo entre o discurso e a possibilidade

Robson Renault Godinho*

Sumário

1. A autocomposição e a origem do processo coletivo. 2. Ampliação da autocomposição e mudanças legislativas. 3. O discurso da aceitação da autocomposição e as restrições para sua efetividade. 4. A autocomposição, as limitações e as possibilidades: entre o discurso e a prática. 5. Encerramento: o regramento da autocomposição coletiva no PL nº 1641/21. Bibliografia.

1. A autocomposição e a origem do processo coletivo

O processo coletivo não poderia ficar imune ao movimento cultural, com conhecidos reflexos legislativos, da invasão do consenso nos vários campos do Direito. Ainda essa que afirmação pudesse parecer intuitiva por haver previsão de compromisso de ajustamento de conduta desde a década de noventa do século passado, as discussões sobre sua natureza jurídica revelam que havia forte resistência à ideia de acordo no processo coletivo.¹

* Doutor e Mestre em Direito Processual Civil (PUC/SP). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Basta examinar as discussões originais sobre a natureza do compromisso de ajustamento de conduta, a insistência em incluir os “princípios” da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público e, especialmente, a absoluta ausência de debate sobre o tema nas diversas publicações até o início deste século. Por exemplo, na síntese conclusiva de Geisa de Assis Rodrigues, o termo de ajustamento de conduta “*é uma forma de solução extrajudicial de conflitos, promovida por órgãos públicos, tendo como objeto a adequação do agir de um violador ou potencial violador de um direito transindividual (direito difuso, coletivo ou individual homogêneo) às exigências legais, valendo como título executivo extrajudicial. É um negócio jurídico bilateral, um acordo, que tem apenas o efeito de acertar a conduta do obrigado às determinações legais. Independentemente de seu rótulo, não pode ter como resultado disposição, nem transação de direito transindividual.*” (*Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 281; nesse mesmo estudo, que foi fundamental para a evolução do tema no país, a autora expõe as teorias sobre a natureza do ajustamento de conduta nas p. 122-139 confirmam-se, ainda: PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito Civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 121-125. MACÉDO, Marcus Paulo Queiroz. *O Ministério Público e o Inquérito Civil: aspectos teóricos e práticos*. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 211-213). Sobre a obrigatoriedade da ação civil pública: SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ministério Público e o Princípio da Obrigatoriedade: ação civil pública – ação penal pública*. São Paulo: Método, 2007; *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 72-75; FERRARESI, Eurico. *O Ministério Público e o princípio da não obrigatoriedade da ação coletiva. Temas Atuais do Ministério Público*. FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 328-335. Análise crítica do campo de negociação no compromisso de ajustamento de conduta, buscando sua ampliação, em NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012, capítulo 2. Tentando conciliar as posições: DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil: processo coletivo*. Vol. 4. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 388-389. Na jurisprudência, em acórdão recente, ainda se vê o impacto dessa ideia atávica que encontra a autocomposição como

O inquérito civil, por exemplo, teve inspiração no inquérito policial² e ainda hoje é visto como instrumento limitado à colheita de provas destinadas ao Ministério Público,³ quando, na realidade, deve ser visto como meio propício também para o diálogo e a possibilidade de autocomposição,⁴ além de se discutir com mais profundidade a questão da coletivização da prova, sobretudo diante dos arts. 381-383, CPC, que cuidam do direito autônomo à produção da prova e que pode ser bastante

alternativa heterodoxa e passível de desconfiança: “[...] 2. No âmbito da tutela de direitos transindividuais, as partes da relação jurídica processual não coincidem com as partes da relação jurídica de direito material. Igualmente, no cenário da celebração de compromissos de ajustamento de conduta, os legitimados – órgãos públicos, nos dizeres do art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985 – não manuseiam direitos próprios, mas de terceiros. Por consequência lógica, muito embora detenham, por força de lei, a faculdade de celebrar compromisso de ajustamento de conduta, não detêm a disponibilidade do conteúdo material do direito controvertido, seguindo-se daí a regra segundo a qual não se pode transacionar com direito alheio (arts. 844 e 850, *in fine*, do Código Civil de 2002), independentemente de discussão acerca da disponibilidade de tais direitos. 3. Assim, a autocomposição levada a efeito pelos órgãos públicos legitimados, na via administrativa do compromisso de ajustamento de conduta, não constituirá jamais renúncia a direitos, mas simples reconhecimento de direitos mínimos em proveito dos reais detentores do direito material controvertido. Caso assim não fosse, o instrumento de proteção de direitos transindividuais se transmutaria em mecanismo de restrição de direitos, exatamente na contramão de seu propósito e, em última análise, em frontal ofensa ao comando constitucional segundo o qual ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.’ (CF, art. 5º, inciso XXXV) 4. Com efeito, a sentença proferida em ação civil pública, ajuizada para a tutela de direitos transindividuais, se mais vantajosa aos beneficiários, deve prevalecer em face de termo de ajustamento de conduta celebrado entre o órgão público e o demandado, seja pela preponderância da coisa julgada, seja pela independência das esferas judicial e administrativa, seja, ainda, pela qualidade e titularidade dos direitos controvertidos. 5. Recurso especial não provido.” (REsp 1309948/SP, DJe 24/02/2015) Mais remotamente no Superior Tribunal de Justiça, vale conferir o REsp 8.714/RS, DJ 10/02/1992, p. 856. Cf. RODRIGUES, Geisa de Assis. A contribuição do STJ para a consolidação da prática do compromisso de ajustamento de conduta: desafios pretéritos e atuais. *Temas do Ministério Público: acordos no sistema de justiça e liberdade de expressão* (livro coletivo). Brasília: ANPR, 2019, p. 92-131 (anpr.org.br/imagens/Livros/temas_do_ministerio_publico_2019.pdf).

² “Por semelhança com o inquérito policial [...] também na área não penal a instituição deveria ser dotada de um mecanismo de investigação administrativa, destinado a colher dados para a propositura da ação civil pública.” (MAZZILLI, Hugo Nigro. Questões controvertidas sobre o inquérito civil. *Funções Institucionais do Ministério Público* ALLVES; RUFINO; SILVA (Org.). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 402-403)

³ O inquérito civil é assim definido pelo Conselho Nacional do Ministério Público na Resolução nº 23/2007: “O inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais.” No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, no art. 11 da Resolução GPGJ 2227/2018, vem assim definido: “O inquérito civil, de natureza inquisitiva, unilateral e facultativa, destina-se à colheita das provas necessárias à atuação do Ministério Público, nos termos da legislação de regência.” A insuficiência e a limitação dessa ideia do inquérito civil como instrumento unilateral e destinado a fornecer provas para o Ministério Público é evidente sob o aspecto da autocomposição e também dos processos estruturais. Confira-se, a propósito, VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 132-134.

⁴ Neste texto não serão discutidos os conceitos e campos de aplicação das formas de autocomposição, já que o objetivo é refletir sobre o campo negocial envolvendo o processo coletivo (a convivência de vários instrumentos autocompositivos, aliás, é plenamente possível, como se extrai do art. 174, III, CPC; cf. ALVIM, Thereza; CUNHA, Igor Martins da. Termo de ajustamento de conduta, mediação e conciliação: uma breve reflexão a respeito do negócio jurídico que previne ou resolve conflito que envolve direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. *Revista de processo*. Vol. 304. São Paulo: RT, junho de 2020, p. 379-405). Para refinamento conceitual envolvendo a autocomposição, a doutrina brasileira vem produzindo muitos estudos e deve ser registrada como referência essencial a uma coletânea bastante ampla e onde se encontrarão referências bibliográficas para os temas específicos relevantes: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018. Ainda: CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): “mediação sem mediador.” *Revista de Processo*. Vol. 259. São Paulo: RT, setembro de 2016, p. 471-489.

útil na tutela coletiva, incluindo o próprio inquérito civil.⁵ É evidente que o inquérito civil possui essa função instrutória, mas não se resume a isso e muito menos possui o destinatário exclusivo um dos legitimados ativos. Pensar o inquérito civil apenas como instrumento administrativo para a obtenção unilateral de provas, com “contraditório mitigado,” é limitar e subaproveitá-lo, além de estacioná-lo no tempo. A produção de provas configura um importante estímulo à autocomposição (e a redação do art. 381, II, CPC, não é ociosa), o que é mais uma razão se conferir maior complexidade no manuseio do inquérito civil.⁶ É interessante observar, nesse movimento de mão e contramão entre o processo civil e penal,⁷ o consenso na seara penal já é trabalhado com mais naturalidade, enquanto que na tutela coletiva permanece esse enfoque inquisitorial mais clássico, o que exigirá maior adaptação por exigência legal diante da possibilidade de acordos de não persecução⁸ na improbidade administrativa⁹ e de solução consensual, e outros institutos negociais, como a colaboração premiada.¹⁰

⁵ PASCHOAL, Thaís Amoroso. *Coletivização da Prova*. São Paulo: RT, 2020.

⁶ No projeto de Lei nº 4441/2020 isso já foi percebido e pode ser aperfeiçoado no processo legislativo: “art. 26 [...] § 4º Para o esclarecimento do fato objeto de investigação, deverão ser colhidas as provas pertinentes, sem prejuízo, se necessário, da instauração de processo jurisdicional de produção antecipada de prova. [...] § 12 No decorrer do inquérito civil poderão ser celebrados negócios jurídicos de direito material ou processual, ainda que não importem arquivamento parcial ou total do procedimento,” com a disciplina da autocomposição coletiva nos arts. 27/42.

⁷ Para utilizar a expressão de conhecido trabalho de Barbosa Moreira: Processo civil e penal: mão e contramão? *Temas de Direito Processual* (Sétima Série). São Paulo: Saraiva, 2001. Sobre o consenso no processo penal, com indicações bibliográficas complementares: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2020, capítulo 1. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 166. São Paulo: RT, abril de 2020, p. 241-271. DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça Negociada e Fundamentos do Direito Penal*: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

⁸ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro. *Revista de Processo*. Vol. 305. São Paulo: RT, julho de 2020, p. 17-44.

⁹ A nova lei de improbidade administrativa modificou profundamente o sistema antes vigente e, entre tantas novidades e diversos retrocessos, previu com alguma minúcia o acordo de não persecução cível. Trata-se de tema complexo e que merece estudo apartado, de modo que neste texto fazemos apenas o registro e deixamos a seguinte referência bibliográfica, em que há vários textos sobre o acordo: *Improbidade Administrativa*: principais alterações promovidas pela lei nº 14.230/2021. CAMBI; GARCIA; ZANETI JÚNIOR (Orgs.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2022. A título de curiosidade, no Superior Tribunal de Justiça foi homologado o primeiro acordo em improbidade administrativa: Acordo no AREsp 1314581/SP, DJe 01/03/2021; julgados interessantes também em Acordo nos REsp n. 1.921.272/SP, EAREsp n. 102.585/RS e AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.787.217/SP.

¹⁰ Sobre o tema, vale conferir julgado restritivo do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1464287/DF, DJe 26/06/2020) e, como contraponto, na doutrina: DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil*: processo coletivo. Vol. 4. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 401-405. Registre-se que a matéria foi afetada como repercussão geral do Supremo Tribunal Federal (tema 1043), ainda pendente de julgamento. Para uma síntese histórica e análise de questões relacionadas ao tema: LANE, Renata. *Acordos na Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. Trata-se de tema específico reservado para lei própria e que está em debate legislativo, de modo que não será tratado neste artigo.

2. Ampliação da autocomposição e mudanças legislativas

Com o movimento doutrinário e legislativo¹¹ ampliando as possibilidades de consenso em domínios clássicos do direito público,¹² especialmente o penal e o administrativo,¹³ formou-se campo amplo para que se estabelecessem discussões sobre a autocomposição na tutela coletiva, passando a ocorrer na prática muitas autocomposições¹⁴ à míngua – e apesar – da quase inexistente de disciplina normativa.

¹¹ Além das previsões legislativas sobre o compromisso de ajustamento de conduta, e também os atos normativos do Conselho Nacional do Ministério Público, especialmente as resoluções nº 118/14 e 179/17, as seguintes leis podem ser indicadas como integrantes de um conjunto normativo robusto autocompositivo: leis dos Juizados Especiais, Lei Anticorrupção, Código de Processo Civil, Lei da Mediação, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (especialmente seu art. 26), lei da transação de créditos da Fazenda Pública, Lei do mal denominado “pacote anticrime” e nova Lei de Licitações, por exemplo.

¹² Cf. ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*: contributo para o estudo da atividade de direito privado na Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009. SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. SOUZA, Luciane Moessa. *Meios Consensuais de Solução de Conflitos Envolvendo Entes Públicos*: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012. SILVA, Eduardo Silva da; DALMAS, Samir Bahls. Câmara de Arbitragem da AGU e modelo arbitral brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, nº 217. São Paulo: RT, março de 2013. Nessa discussão há relevância fundamental da atual conformação do princípio da legalidade: OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. Para uma discussão envolvendo a arbitragem coletiva: NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. *Class Arbitration*: instauração de processo arbitral para a resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual. Tese de doutorado. São Paulo: PUC/SP, 2015. FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração Pública como Litigante Habitual*: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos. Londrina: Thoth, 2021, especialmente para o que interessa ao presente debate, p. 189-203 e 335-343.

¹³ O consenso no campo administrativo já possui histórico legislativo relevante, mas o art. 26 da LINDB possui potencial para ampliação significativa, sobretudo se o cotejarmos com as leis de mediação e de arbitragem. Sobre o tema, com bibliografia complementar, confirmam-se: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Acordos Administrativos no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2020. MACHADO, Gabriel. *Acordos Administrativos*: uma leitura a partir do art. 26 da LINDB. São Paulo: Almedina, 2021.

¹⁴ A bibliografia é extensa e como referência mínima há relevante coletânea coordenada por Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral: *Justiça Multipostas*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018. Em relação aos métodos de resolução de conflitos, fala-se que no Brasil prevalece a “cultura da sentença,” mas talvez seja mais adequado falar em uma cultura burocrática ou cultura da estatalidade, no sentido de provimento de todos os serviços públicos essenciais, como se pode ver nos recentes debates sobre a extrajudicialidade de algumas situações e a “inovadora” solução é atribuir a atividade ao serviço cartorial. Não se pode utilizar como parâmetro, quando se pretende analisar a situação da litigiosidade brasileira, a realidade existente em ilhas de excelência e de exceção, como os centros de mediação existentes em poucas cidades e faculdades e uma assistência jurídica gratuita eficiente. A arbitragem, em um contexto sociocultural como o brasileiro, é uma reserva luxuosa, muitíssimo distante da esmagadora maioria das comarcas brasileiras. Em regra, tendo em conta que a sociedade brasileira é carente de meios e de informações, temos um país continental desprovido de assistência jurídica em um imenso número de municípios, com comarcas cujas sedes são muitíssimo distantes das demais cidades que a compõem, não raro sem juízes, defensores e promotores de justiça titulares, com precárias instalações físicas e frequentemente com horários de funcionamento bastante limitados, com um atendimento ao público ineficiente e precário. Em pesquisa divulgada em março de 2013, por exemplo, a Associação Nacional dos Defensores Públicos e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada constataram que faltam defensores públicos em setenta e dois por cento das comarcas brasileiras, ou seja, apenas um quarto das comarcas conta com a prestação desse serviço (www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria). Não se pode prescindir desses dados e dessa realidade quando se trata de questões processuais, porque, entre outras razões, “*las formas de solución de conflictos son en gran parte un reflejo de la cultura en la cual se integran; no son un sistema autónomo fundamentalmente producto de expertos y especialistas aislados.*” (CHASE. *Derecho, cultura y ritual*: sistemas de resolución de controversias en un

Não deixa de ser curioso observar que diante de uma prática que já era visível o Conselho Nacional do Ministério Público editou em 2014 a resolução nº 118, que instituiu a “política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público,”¹⁵ incluindo a “negociação, mediação, conciliação, convenções processuais, processos restaurativos e outros mecanismos autocompositivos.”¹⁶ Posteriormente, na sequência das várias leis que valorizaram ainda mais a autocomposição, foi editada resolução mais sofisticada sobre o compromisso de ajustamento de conduta,¹⁷ fornecendo um ambiente normativo mais adequado para o tema, ainda que seja discutível o exercício dessa função por um órgão administrativo.¹⁸

contexto intercultural. Fernando Martín Diz (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 21. Sobre a relação entre a cultura e as alternativas para resolução dos conflitos: TARUFFO. Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009). Nesse contexto, não parece adequado demonstrar um entusiasmo abstrato com a ideologia de alternativas em relação ao Judiciário, quando a própria prestação estatal apresenta tais carências que, necessariamente, refletem-se na ausência de profissionais capacitados para o exercício da mediação e da conciliação extrajudiciais. Vivemos em uma realidade na qual a busca pelo Judiciário não é só natural como é quase obrigatória para significativa parcela da população (interessante observação de Taruffo, no trabalho antes citado, p. 115-120, no sentido de que o incentivo à utilização dos meios alternativos revela uma face “dramaticamente negativa,” por apostar na disfuncionalidade da justiça estatal e apontar para uma “fuga da jurisdição.” Essa fuga da jurisdição estatal é bem descrita por Paula Costa e Silva: *A Nova Face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 19-21). Isso não significa, contudo, que deva haver uma postura resignada da academia e, em uma espécie de conformismo sociológico, ignorar as formas alternativas de resolução de conflitos, não só porque se trata de uma exigência contemporânea, como também porque é uma realidade prática, ainda que em escala menor, além do fato de que a relação entre a doutrina e a cultura é de recíproca influência.

¹⁵ De acordo com os dados consolidados pelo Conselho Nacional do Ministério Público, nos últimos dois anos foram celebrados vinte mil termos de ajustamento de conduta em todo o país pelo Ministério Público (<https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/mp-um-retrato-2021>).

¹⁶ Na justificativa da resolução, constam referências legais que indicavam a possibilidade de consenso, como já mencionado: “considerando as várias disposições legais (art. 585, inciso II, do CPC; art. 57, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995; art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, entre outras), que conferem legitimidade ao Ministério Público para a construção de soluções autocompositivas; considerando que o Ministério Público, como instituição permanente, é uma das garantias fundamentais de acesso à justiça da sociedade, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (arts. 127, *caput*, e 129, da CR/1988), funções essenciais à efetiva promoção da justiça; considerando que na área penal também existem amplos espaços para a negociação, sendo exemplo o que preveem os artigos 72 e 89, da Lei nº 9.099/1995 (Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais), a possível composição do dano por parte do infrator, como forma de obtenção de benefícios legais, prevista na Lei nº 9.605/1998 (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), a delação premiada inclusa na Lei nº 8.137/1990, artigo 16, parágrafo único, e Lei nº 8.072/1990, artigo 8º, parágrafo único, e a Lei nº 9.807/1999, e em tantas outras situações, inclusive atinentes à execução penal, em que seja necessária a atuação do Ministério Público.”

¹⁷ Trata-se da resolução CNMP nº 179/2017; todos os atos normativos do Conselho estão disponíveis no respectivo endereço eletrônico institucional. O Conselho Nacional do Ministério Público também regula o inquérito civil por meio da Resolução nº 23/2007 (já alterada algumas vezes), cuja previsão constitucional até hoje não foi acompanhada de disciplina legislativa adequada. Além disso, o referido Conselho, por meio da Resolução nº 174/2017, coonestou a prática do “procedimento administrativo” destinado a “acompanhar o cumprimento das cláusulas de termo de ajustamento de conduta celebrado; acompanhar e fiscalizar, de forma continuada, políticas públicas ou instituições; apurar fato que enseje a tutela de interesses individuais indisponíveis; IV – embasar outras atividades não sujeitas a inquérito civil,” assinalando que o “procedimento administrativo não tem caráter de investigação cível ou criminal de determinada pessoa, em função de um ilícito específico.” Esse procedimento administrativo foi considerado adequado para questões envolvendo litígios estruturais por Edilson Vitorelli (*Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 134-136; nas p. 151-156, o autor tece importantes críticas à referida resolução CNMP nº 179/17).

¹⁸ Há três projetos legislativos que visam a alterar a Lei da Ação Civil Pública e todos cuidam da autocomposição coletiva, como se verá em tópico próprio.

Nesse contexto normativo, assume especial proeminência o Código de Processo Civil, não só por sua aplicabilidade evidente na tutela coletiva (arts. 19 e 21, LACP, e art. 90, CDC, além do fato de ser inerente à própria estrutura codificada sua aplicação expandida às leis especiais), mas sobretudo por suas diversas previsões que significam ou reforçam mudanças legislativas e culturais, notadamente o protagonismo das partes, o estímulo à autocomposição e a possibilidade de negócios processuais atípicos.¹⁹

A flexibilidade procedimental, por exemplo, encontra respaldo normativo no Código de Processo Civil em vários dispositivos (por exemplo: arts. 69, 139, IV e VI, 190, 200, 297, 327, § 2º, 354, par. único, 356, 357, §§ 2º e 3º, 369, 493, 536, § 1º, CPC) e é aplicável perfeitamente aos processos coletivos e necessariamente é utilizada nos denominados processos estruturais.²⁰

Nos denominados processos estruturais, a propósito, o consenso se mostra de especial relevância em diversos momentos, desde a fase extrajudicial até os momentos de efetivação das providências, mas a discussão não pode se localizar apenas em questões processuais ou de adequação ao estabelecido na decisão judicial, mas, sim, nos limites e possibilidades de efetiva autocomposição, ou seja, se realmente existe espaço para acordos envolvendo direitos coletivos.

Além de base normativa para adaptações procedimentais, o Código de Processo Civil e a Lei de Mediação formam um conjunto normativo bastante relevante para a autocomposição em litígios coletivos.²¹ Outro dispositivo com especial importância é o art. 190, CPC, já que os negócios processuais atípicos podem facilitar a autocomposição

¹⁹ A primeira parte do que escrevi como tese de doutorado foi toda dedicada ao debate cultural sobre o protagonismo das partes no processo, com indicação de razoável bibliografia complementar: *Negócios Processuais sobre o ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 25-139.

²⁰ “O processo estrutural se caracteriza por: (i) pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade, ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada; (ii) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada; (iii) desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; (iv) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação; (v) e pela consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC).” (DIDIER JR.; ZANETTI JR.; OLIVEIRA. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Processos Estruturais*. ARENHART; JOBIM (Coord.). 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 430-431). O conceito de processo estrutural é, claro, um tema polêmico, mas, para o fim do presente texto, o trecho transcrito ilustra com exatidão o ponto a ser ressaltado. Há, por exemplo, quem sequer limite os processos estruturais aos processos coletivos. Para toda essa discussão, a coletânea referida nessa nota é um livro fundamental e concentra os estudiosos que mais se dedicam ao tema, resultando em uma leitura incontornável. Acrescente-se, ainda, o já citado livro do Edilson Vitorelli, autor que também integra a referida coletânea.

²¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da Lei de Mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: UERJ, volume 19, maio/agosto de 2018 (www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp). PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da lei de mediação no compromisso de ajustamento de conduta. *Revista de Processo* Vol. 256. São Paulo: RT, junho de 2016, p. 371-411. CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A abrangência objetiva e subjetiva da mediação. *Revista de Processo*. Vol. 287. São Paulo: RT, janeiro de 2019, p. 531-552.

e integrar o respectivo instrumento, facilitando o diálogo e constando, por exemplo, em cláusulas de compromisso de ajustamento de conduta.²² Havendo processo jurisdicional em curso, a fase da organização, nos moldes delineados no art. 357, CPC, é um componente importante na busca da autocomposição, como consta na Recomendação nº 76/20 do Conselho Nacional de Justiça.²³ Independentemente do método de autocomposição, o certo é que deve ser adaptado a peculiaridades do processo coletivo e a primeira que soa evidente é a impossibilidade de confidencialidade, ainda que não se envolva a Fazenda Pública,²⁴ porque é incompatível com a natureza da tutela de direitos transindividuais a existência de sigilo, assim como não se deve incidir automaticamente a designação da audiência de mediação ou conciliação.²⁵

3. O discurso da aceitação da autocomposição e as restrições para sua efetividade

Persiste, porém, o principal problema já sugerido no início deste texto: a ausência de titularidade do direito material pelo legitimado.²⁶ Essa situação ainda recebe acréscimo de dificuldade se se considerar que há indisponibilidade intrínseca às questões veiculadas em ações coletivas.²⁷ Essas duas limitações podem significar, portanto, o esvaziamento da possibilidade de efetiva autocomposição, reservando

²² O tema é tão complexo quanto amplo, merecendo referência e monografia específica, em que se encontram indicações bibliográficas complementares: MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. *Convenção Processual na Tutela Coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2020.

²³ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, 2020.

²⁴ Se presente a Fazenda Pública, ainda que não se trate estritamente de processo coletivo, jamais incidirá o sigilo (cf. FERREIRA, Kaline. A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público: o que mudou depois da lei de mediação? *Revista dos Tribunais*. Vol. 982. São Paulo: RT, p. 323-333, agosto de 2017).

²⁵ Cf. NUNES, Bruno José Silva; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. Da designação de audiências para autocomposição em processos coletivos. *Revista de Processo*. Vol. 283. São Paulo: RT, setembro de 2018, p. 417-431. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Notas sobre a autocomposição no processo coletivo. *Revista de Processo*. Vol. 316. São Paulo, RT, junho de 2021, p. 239-272. Para exame mais amplo dessas questões: PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo poder público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei nº 13.140/2015. *Revista de Processo*. Vol. 261. São Paulo: RT, novembro de 2016, p. 467-497. Ponto muito relevante está no impacto das formas de autocomposição na prescrição: ZANETI JR., Hermes; LINO, Daniela Bermudes; SOBRAL, Mariana Andrade; CAMPOS, Rafael Mello Portella; TRAZZI, Paulo Henrique Camargo. Ações individuais no caso rio doce: interrupção da prescrição, suspensão da prescrição e comportamento contraditório dos litigantes no processo de autocomposição. *Revista de Processo*. Vol. 298. São Paulo: RT, dezembro de 2019, p. 193-217. Entendendo ser aplicável o art. 334, CPC: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil: processo coletivo*. Vol. 4. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 397-399.

²⁶ Para uma abordagem que revela ainda mais complexidade do tema: VITORELLI, Edilson. De quem é o meio ambiente? Parâmetros para um modelo de tutela jurisdicional adequada à luz da teoria dos litígios coletivos. *Revista de Processo Comparado*. Vol. 8. São Paulo: RT, julho/dezembro de 2018, p. 251-297.

²⁷ Mesmo nos casos de direitos individuais homogêneos, o tratamento coletivo levaria a uma indisponibilidade que justificaria até a legitimidade coletiva e que, portanto, seria afetada até a fase de execução, quando, então, haveria o retorno da individualidade e, portanto, da disponibilidade. Evidentemente essa noção aqui simplificada ao máximo é pródiga em controvérsias e para aprofundamento com referências sobre o tema e apreciação crítica: OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: RT, 2014, especialmente capítulo 4. Note-se que, ainda que se considerem os direitos individuais homogêneos em seu aspecto processual, persiste a questão envolvendo a representação adequada para a autocomposição de um legitimado que não é o titular do direito material.

para um discurso sem efetividade. Se nada pode ser cedido, não há espaço para autocomposição, salvo se houver uma aceitação retórica da submissão como acordo.

Em relação à falta de titularidade do direito material – situação que sempre estará presente na tutela coletiva –, se a discussão envolvendo a representação adequada é intensa quando se discute a própria legitimidade ativa, o tema recebe novas cores ao se pensar na possibilidade de acordos, já que a disposição de direitos ortodoxamente se vincula à sua titularidade.

Mesmo que se considere que a autocomposição encontra espaço na indisponibilidade,²⁸ mantém-se no processo coletivo a limitação decorrente da legitimidade, que pode ser sintetizada neste excerto: “a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que os legitimados para o ajuizamento da ação coletiva não são titulares do direito material discutido em juízo, motivo pelo qual não podem renunciar ou dispensar direitos e obrigações, os quais constituem requisitos essenciais para a promoção de concessões mútuas relacionadas à transação. Logo, a disponibilidade que o legitimado coletivo possui e exercita por meio do acordo é restrita ao aspecto processual do procedimento judicial, não alcançando o conteúdo material da causa (princípio da indisponibilidade temperada da demanda coletiva).”²⁹

²⁸ Como diz o art. 3º da Lei de Mediação, o que reservaria o art. 841, CC, para mais reduzido campo de aplicação e não mais como regra que atingiria todos os campos jurídicos, como se fosse conceito absoluto (é evidente a inadequação do art. 844, CC, para o acordo coletivo, razão pela qual pensar o tema a partir da transação privada possui muitos problemas). Ressalve-se, porém, que a nova redação do art. 1º, § 1º, da Lei da Arbitragem contém expressa referência à disponibilidade do direito. Trata-se de questão de direito positivo e não conceitual, portanto, a indisponibilidade do direito é um tema complexo e que não pode mais ser encarado pelos processualistas como se fosse um conceito pré-concebido e ontologicamente perene. Sobre o tema, que será abordado oportunamente com mais vagar, vale conferir: OLIVERO, Luciano. *L'Indisponibilità dei Diritti*: analisi di una categoria. Torino: G. Giappichelli, 2008. DESSI, Ombretta. *L'Indisponibilità dei Diritti del Lavoratore Secondo L'Art. 2113 C.C.* Torino: G. Giappichelli, 2011. GUIDARA, Antonio. *Indisponibilità del Tributo e Accordi in Fase di Riscossione*. Milano: Giuffrè, 2010. MARTEL, Leticia de Campos Velho. Indisponibilidade dos Direitos Fundamentais: conceito lacônico, consequências jurídicas. *Espaço Jurídico*, v. 11, p. 334-373, julho/dezembro de 2010. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: Limites e Padrões do Consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. UERJ: Tese de doutorado, 2010. NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio Corpo* (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra, 2004. SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 61-65. ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. MAC CROIRE, Benedita. *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. Coimbra: Almedina, 2013. A patrimonialidade e a disponibilidade são requisitos tradicionalmente exigidos para a arbitragem, conforme, por exemplo, arts. 851 e 852, CC, mas considera-se que o critério da patrimonialidade é que deve assumir proeminência na arbitragem objetiva, ainda que haja indisponibilidade (cf. NERY, Ana Luíza Barreto de Andrade Fernandes. *Class Arbitration*: instauração de processo arbitral para a resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual. Tese de doutorado. São Paulo: PUC/SP, 2015, p. 113-126). Sobre a indisponibilidade e suas várias dimensões e a impossibilidade de simplificação da categoria, notadamente sua vinculação com a não patrimonialidade: FONSECA, Tiago Soares da. *A Transação Civil na Litigância Extrajudicial e Judicial*. Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 540-561. Com a descrição e análise de várias dimensões da indisponibilidade envolvendo a Fazenda Pública, vale conferir TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*. Vol. 264. São Paulo: RT, p. 83-107, fevereiro de 2017.

²⁹ AgInt no REsp 1724754/SP, DJe 01/12/2020, com expressa referência ao REsp 1656874/SP, DJe 22/11/2018, em cuja ementa já constava que “os legitimados para o ajuizamento da ação coletiva não são titulares do direito material discutido em juízo, razão pela qual não podem dispensar direitos ou obrigações, nem renunciar a direitos, que são requisitos essenciais para a configuração de concessões mútuas, relacionadas à transação. A disponibilidade que o legitimado coletivo possui e exercita por meio do acordo é restrita

Há, portanto, vale reiterar, um acréscimo limitador para a autocomposição no processo coletivo. Além da discussão sobre a indisponibilidade do direito, há o problema da representação,³⁰ que, por sua vez, possui duas dimensões para o que nos interessa: a discussão sobre a representação adequada e a própria falta de coincidência entre a titularidade do direito e a representação, fenômeno que é da essência do processo coletivo,³¹ além da alegada indisponibilidade do direito.³² Note-se, porém, que essa ausência de titularidade está presente igualmente na designação do legitimado ativo,³³ que, por variadas razões, pode ajuizar um processo tão equivocado

ao aspecto processual do procedimento judicial, não alcançando o conteúdo material da lide,” com o acréscimo de que, ainda assim, a homologação judicial do acordo pode lhe conferir a imutabilidade da coisa julgada. A resolução nº 179 do Conselho Nacional do Ministério Público, na mesma linha, dispõe que “não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados.” (art. 1º, § 1º)

³⁰ A representação e a legitimidade das partes talvez sejam o ponto mais complexo e sensível na tutela coletiva, figurando a representação adequada como um tema ainda em busca de um equilíbrio. Pelos limites desse trabalho, não será possível sequer um desenvolvimento mínimo da discussão, que já possui bibliografia interessante no Brasil e as referências a seguir trazem outras várias indicações bibliográficas: GIDI, Antonio. *A Class Action como Instrumento da Tutela Coletiva dos Direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007, p. 99-135. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 74-116. GUEDES, Clarissa Diniz. *Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: GZ, 2012. ARENHART, Sergio Cruz. *Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. Processos Estruturais*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021. ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: RT, 2019, p. 196-218. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil: processo coletivo*. Vol. 4. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, capítulo 6. VITTORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos coletivos aos litígios coletivos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2020. Tema elegante e que acresce complexidade é a possibilidade de legitimidade coletiva negocial, que vem sendo objeto de estudo na Universidade Federal do Pará por Debora Vieira e cuja apresentação pode ser consultada aqui: Um novo heterônimo na legitimidade ativa na tutela coletiva: a legitimidade extraordinária negocial, disponível em: <processualistas.jusbrasil.com.br>.

³¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil: processo coletivo*. Vol. 4. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 385.

³² Cf. importante síntese e apreciação crítica em GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 275-285, com várias referências bibliográficas.

³³ “Por isso, afirmar que a falta de coincidência entre o titular do direito e o legitimado para o acordo impede o recurso a técnicas autocompositivas é, a um só tempo, desconsiderar a realidade vigente e formular exigência impossível, que priva da via adequada de solução da controvérsia, ampla gama de interesses. Ademais, é certo que o suposto obstáculo em questão esconde a manifesta contradição que acaba admitindo. Embora negue a possibilidade de que os legitimados da ação coletiva celebrem acordos coletivos – porque não são os titulares desses direitos – essa orientação não vê qualquer problema em pôr nas mãos desses mesmos legitimados a direção livre e ampla do processo coletivo. Por outras palavras, não se vê qualquer problema em permitir que os legitimados coletivos realizem os pedidos que entendam adequados no processo coletivo, que apresentem as causas de pedir que tomarem por melhores, que eles requeiram as provas que acreditem convenientes ou que tenham a ampla disponibilidade sobre a condução do processo e eventuais recursos de sentenças de improcedência. Tudo isso parece não impressionar a doutrina brasileira, que acredita que essa quase ‘liberdade absoluta’ na condução do processo coletivo seja insita à legitimidade que se dá àqueles entes autorizados a propor as ações coletivas existentes. No entanto, paradoxalmente, essa mesma orientação acredita que a falta de identidade entre o titular do direito e o titular da ação inviabilize a celebração de acordos coletivos, porque isso implicaria a disponibilidade sobre direitos alheios. Parece evidente a contradição, que só revela a necessidade de se cortar as raízes desse pensamento e evoluir na admissão da autocomposição coletiva. Admitir que esses ‘autores coletivos’

quanto prejudicial à tutela coletiva, de modo que o debate deve ser deslocado para a adequação da atuação.

Em decorrência do sintetizado no parágrafo anterior, há que se verificar a possibilidade de no processo coletivo se obter o que pode ser chamado de “acordo coletivo adequado,” isto é, um negócio entre as partes que passa necessariamente pelo controle subjetivo e objetivo,³⁴ ensejando efetiva negociação, com concessões recíprocas.

Caso se conclua que apenas questões periféricas podem ser objeto de negociação, a fim de que se mantenha a “integralidade” do direito do grupo ou da coletividade, essa limitação deve ser assumida claramente e todo o discurso sobre a autocomposição coletiva na verdade será mera expressão da euforia terapêutica que às vezes parece acompanhar a invocação de um sistema de resolução multiportas.

O entendimento majoritário da jurisprudência encontra forte apoio na doutrina brasileira e na realidade não permite efetiva autocomposição, mas, sim, alguma flexibilidade na forma, no tempo ou no modo do cumprimento de obrigação. Note-se que essa situação pode formar um quadro que pode não ser o mais adequado para a tutela dos direitos coletivos, mas é o que decorre de uma apreciação formal e ortodoxa do sistema: há obrigatoriedade na instauração do inquérito civil ou no ajuizamento da ação civil pública, com o Ministério Público funcionando como legitimado por excelência, já que a ele cabe uma atuação supletiva em caso de omissão de legitimados, além de já ser na prática o autor coletivo mais atuante, sem qualquer possibilidade de poder de agenda e também sem controle da adequação de sua atuação, com impossibilidade de autocomposição que não seja o reconhecimento da obrigação (que não é autocomposição no sentido negocial,³⁵ mas reconhecimento do pedido, isto é,

estejam autorizados ao emprego das técnicas de autocomposição, porém, não significa dizer que, pelo simples fato de constarem no rol de legitimados, disponham de uma carta em branco para a transação. Já se observou anteriormente a necessidade de observância de certos critérios para a celebração desses negócios. Mas além desses elementos, parece fundamental também a incidência dos elementos que governam a discussão da representatividade adequada. A permissão para que os legitimados coletivos celebrem acordos no campo dos direitos difusos e coletivos deve estar subordinada, também, à avaliação da representatividade adequada daquele que realiza a autocomposição, especialmente para que se afira se os termos do acordo correspondem à melhor solução existente para o interesse metaindividual em jogo.” (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Notas sobre a autocomposição no processo coletivo. *Revista de Processo*. Vol. 316. São Paulo: RT, junho de 2021, item 4.1)

³⁴ A expressão “acordo coletivo adequado” foi retirada de GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, item 3.14. Há que se registrar, porém, o exato pensamento do referido autor que, após criticar a ideia de que o acordo coletivo não poderia implicar renúncia parcial ou total de direito, afirma que o acordo coletivo adequado é “uma verdadeira e tradicional transação, um negócio jurídico bilateral, comportando concessões mútuas entre as partes, inclusive a renúncia de direito. Trata-se de um instrumento muito mais abrangente, poderoso e perigoso que o ‘compromisso de ajustamento de conduta’ do direito brasileiro” (p. 268), razão pela qual propõe vários mecanismos de controle (p. 266-267).

³⁵ Como observa Elton Venturi, “a ausência de genuína transação (concessões recíprocas), sob a justificativa da indisponibilidade dos direitos ou interesses em disputa, implica a ausência de qualquer real incentivo para que o conflito seja resolvido, pragmaticamente, da melhor forma possível para todos. Afastada *ab initio* qualquer possibilidade de negociação relativamente à essência do conflito coletivo, a mera regulação de ‘prazos e formas’ para o cumprimento da obrigação não é conciliação (muito menos transação), senão retórico reforço a disposições constitucionais, legais ou contratuais consideradas indiscutíveis e imutáveis. Neste sentido, a assinatura de ajustes de conduta, no mais das vezes, revela-se pouco útil e insuficiente para garantir concretamente a melhor ou a possível proteção dos direitos ou interesses em discussão.”

submissão a uma situação absoluta).³⁶ Desenha-se, portanto, um quadro de “sempre” e de “tudo” ou em linguagem mais técnica de obrigatoriedade e de inevitabilidade, como se a tutela coletiva se satisfizesse apenas com isso, quando, entre outros problemas, sequer há garantia da adequação e da efetividade das providências adotadas.

Mesmo nesse contexto de um discurso de absoluta limitação da autocomposição, há problemas evidentes que podem afetar a efetiva garantia dos direitos do grupo ou da coletividade, como a completa dissociação entre a apreciação do legitimado e dos titulares do direito sobre a situação conflituosa, o despreparo técnico do legitimado para a lidar com a situação específica, a ausência de diálogo e de participação do grupo ou da coletividade etc.

A possibilidade de autocomposição, inclusive, pode amenizar algumas dessas questões, na medida em que possibilita, ao menos idealmente, a participação de colegitimados e de demais interessados, já que é sabido que, da forma como se dá a tutela coletiva tradicionalmente, imperam iniciativas individuais ou solipsistas, como se o legitimado ativo, em um misto de paternalismo e autoritarismo, detivesse a solução única para o problema transindividual.

Evidentemente, a autocomposição comporta também outros tantos problemas e pode até mesmo servir para coonestar um trabalho inadequado do legitimado ativo, razão pela qual é fundamental a existência de regras claras que disciplinem sua atuação e possibilitem amplo controle do acordo.

Com efeito, mesmo se considerarmos as limitações hoje majoritariamente existentes como balizadoras de acordos em tutela coletiva, podemos verificar casos em que a manipulação do que é considerado periférico pode afetar a própria tutela

(VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*. Vol. 251. São Paulo: RT, p. 391-426, janeiro de 2016, item 4)

³⁶ “Não se admite, assim, a *transação substancial* (ou *material*). Todavia, é possível a *transação formal* (atípica ou imprópria), que não signifique qualquer renúncia ao direito coletivo em questão. Assim, poderão ser pactuadas a *forma*, o *prazo* de reparação do dano causado ao direito coletivo e o *lugar da reparação*, mas desde que essa *transação formal* e *atípica* não inviabilize, indiretamente, a reparação e a compensação adequadas ao direito coletivo lesionado e não coloque em risco a tutela preventiva do mesmo direito coletivo ou de outros com ele relacionados. Com efeito, no plano da teoria geral do direito, o termo de ajustamento de conduta é espécie de *autocomposição* (solução amigável do litígio) pela *submissão*.” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual de Ações Constitucionais*. Belo Horizonte, 2007, p. 234-235, com o uso de itálico no original) “É, sem dúvida, possível a autocomposição por negociação em tutela coletiva sem que haja disposição sobre direitos coletivos pelos legitimados a defendê-los, isto é, sobre seu conteúdo normativo, residindo o equívoco fundamental na confusão entre essa negociação e a transação do direito civil. Sem dúvida, a negociação em tutela coletiva não comporta, como na transação, concessões sobre o conteúdo dos direitos (renúncias), ao menos não por parte dos legitimados coletivos em relação a direitos coletivos que defendem [...]” (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas*. *Processo Coletivo* (Coleção Repercussões do Novo CPC). ZANETI JR., Hermes (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2016, p. 351) Referido autor, no mesmo texto, reconhece a insuficiência das limitações impostas pelos autores que entendem que somente a especificação do tempo, modo e lugar do cumprimento de obrigações para autocomposição coletiva, mas, diante de seu entendimento antes transcrito, defende que a ampliação com indisponibilidade implica a possibilidade de se negociar a “concretização do direito defendido, isto é, sua interpretação à luz do caso concreto e de todo o sistema jurídico, com a especificação dos elementos necessários à sua efetivação.” (p. 355)

coletiva,³⁷ entre outros problemas envolvendo os acordos e que serão abordados com mais vagar em item próprio deste texto. A patrimonialidade, por exemplo, que tradicionalmente é considerada o núcleo integrante da disponibilidade, pode ser o núcleo da tutela coletiva em determinado caso, como na proteção do erário, de modo que não se pode considerar aqui que o valor seja algo periférico, mas, ao mesmo tempo, também não se pode concluir algum espaço para negociação. Note-se que mesmo questões processuais – e mesmo que sem qualquer negociação entre as partes, mas, sim, por meio de imposição criativa jurisdicional – podem afetar plenamente a adequada tutela coletiva, como no caso de se impossibilitar a utilização de prova pericial.³⁸ Além disso, há questões envolvendo o próprio bem a ser tutelado, cuja aferição pode apresentar dificuldades e permitir que haja margens de negociação, desde que, evidentemente, não se disponha integralmente do que deve ser tutelado. Exemplo: na proteção do erário, o dano pode não ser integralmente dimensionado de forma objetiva,³⁹ não se podendo considerar a possibilidade de “perdão” da dívida, salvo lei autorizadora, mas também devem ser considerados que os valores acessórios podem assumir importante dimensão na restauração do patrimônio público, ou ainda que algum espaço para fixação do valor pode atingido por acordo e a exclusão de algum grau de discricionariedade em situações assim vai de encontro

³⁷ Com base em uma lei estadual, uma empresa pretende parcelar sua dívida de mais de um bilhão de reais com o estado do Rio de Janeiro em dois mil anos, “quitando-a” no ano de 4.015. O caso está sob julgamento no Superior Tribunal de Justiça e não se tratou de autocomposição, mas essa referência apenas mostra que a patrimonialidade e o tempo podem servir para frustrar o essencial que, no caso, é a tutela do erário (trata-se do AREsp 1.723.732, que já conta com decisão liminar em favor da pretensão do que se denominou de forma de parcelamento). Cf., ainda, ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Notas sobre a autocomposição no processo coletivo. *Revista de Processo*. Vol. 316. São Paulo: RT, junho de 2021, item 4.1. VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 153.

³⁸ Por decisões monocráticas, o Supremo Tribunal Federal vem negando aplicação ao art. 18 da Lei da Ação Civil Pública e determinando, contra o Tema nº 510 do Superior Tribunal de Justiça – cujo entendimento foi reafirmado após a vigência do atual CPC e é acompanhado há anos por todos os tribunais, de modo que monocraticamente o STF vai de encontro a todo um sistema de estabilidade decisória, fazendo com que a ideia de sistema de precedentes minimamente sério uma vez mais seja apenas uma realidade distante e isso por meio de decisões judiciais que não raro ignoram julgados do próprio colegiado a que pertencem ou que de inopino modificam questões consolidadas pelos tribunais competentes para a matéria -, o depósito prévio de honorários periciais pelo legitimado ativo, em fundamentação sem qualquer fundamento fático e normativo, baseada apenas em suposições e em superficial uso do que denomina de “consequencialismo” (cf., por exemplo, ACO 1.560 e ARE 1.283.040). Esse tipo de decisão possui potencial para prejudicar o sistema de tutela coletiva sem que aparentemente se disponha de seu núcleo, o que ilustra uma vez mais a ideia que inspira o presente artigo de que a manipulação de conceitos é muito mais prejudicial do que o enfrentamento direto e claro dos problemas, com estabelecimento de regras que minimizem o risco de uma tutela coletiva inadequada. A decisão sobre o custeio da prova pericial, portanto, sem que se fale em qualquer dimensão de disponibilidade, esvazia potencialmente a tutela coletiva a ponto de torná-la mero adereço retórico. O tema é analisado de forma precisa por Edilson Vitorelli, em artigo no prelo e que gentilmente o autor cedeu para esta pesquisa: *Análise Econômica e Comportamental da distribuição do custo da prova no processo coletivo*. Nesse artigo, o autor descreve os diversos julgados sobre o tema e que foram monocraticamente ignorados, além de analisar criticamente a fundamentação utilizada no Supremo Tribunal Federal, demonstrando com base em argumentos com profunda fundamentação os “equivocos fundamentais” desse entendimento por enquanto isolado, mas que já paralisou ações coletivas.

³⁹ Há situações, porém, em que o dano ao patrimônio público será passível de constatação objetiva, seja por meio de prova documental, seja por prova pericial, o que enseja o problema da absoluta vinculação ao valor estabelecido (nesse sentido, importantes considerações em Dano quantificado. MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. *O Ministério Público e o Inquérito Civil: aspectos teóricos e práticos*. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 211-213).

com a realidade. Ou seja, há um quadro muito mais complexo para ser examinado e o desenho tradicional simplifica bastante a possibilidade e o limite da autocomposição.

A indisponibilidade deve ser vista como algo contingencial e relacionado a uma determinada realidade. Conferir perenidade a um conceito essencialmente contingencial pode significar apenas estender amarras jurídicas que impeçam ou retardem uma evolução cultural e a autocomposição passaria ser apenas um recurso retórico, já que não há acordo unidirecional.

4. A autocomposição, as limitações e as possibilidades: entre o discurso e a prática

Esse quadro incompleto e brevemente exposto indica que a autocomposição não é a solução nem a frustração para a tutela coletiva, assim como a impossibilidade de negociação não assegura a adequada tutela dos direitos.

Assim como a autocomposição sobre questões consideradas periféricas podem afetar diretamente o direito do grupo, com o acordo servindo como instrumento escamoteador de desvio de finalidade ou de mera inépcia do legitimado,⁴⁰ também a via judicial pode se mostrar ineficiente pelas mesmas razões e por várias outras não diretamente relacionadas com os problemas inerentes à via jurisdicional (cumprimento de decisões judiciais, por exemplo).⁴¹ Uma equivocada atuação do legitimado ativo, como a má formulação de pedidos e também a inadequada condução processual, pode causar uma frustração absoluta da tutela coletiva, ainda que formal e aparentemente pareça assegurada a integralidade do direito material. Em suma, nem sempre a autocomposição é a alternativa possível, assim como a tutela jurisdicional por si só não assegura a adequação nem a integralidade do direito coletivo.

Além dessa superação de qualquer raciocínio maniqueísta – e também daquelas simplificações que são derivações da equivocada ideia de que um acordo sempre é melhor do que um litígio –, deve-se considerar que há comunhão de problemas entre as soluções consensuais e as resoluções litigiosas, bem como cada uma dessas possui suas próprias particularidades que podem configurar obstáculos para uma adequada tutela coletiva. A questão da representação adequada, por exemplo, atinge a autocomposição como a resolução litigiosa, já que a atuação do legitimado deve ser aferida independentemente do meio pelo qual se solucionará a controvérsia. A falta de controle dos atos do legitimado e também a ausência de participação de integrantes do grupo ou de colegitimados constituem questões sensíveis para qualquer alternativa visando a uma adequada tutela coletiva.

⁴⁰ Um acordo mal redigido, com cláusulas descuidadas e de difícil ou impossível compreensão ou execução, ou ainda estipulando obrigações elementares e desvinculadas do bem jurídico tutelado, quase que premiando o ilícito, enfraquece não só o bem jurídico coletivo como o próprio sistema de autocomposição.

⁴¹ No processo coletivo há ainda dificuldades inerentes a sua própria natureza. A propósito: CABRAL, Antonio; ZANETI Jr., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: *as claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*, nº 287. São Paulo: RT, janeiro de 2019. VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos coletivos aos litígios coletivos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2020.

Na tutela coletiva a autocomposição, evidentemente, pode ser extrajudicial⁴² e há muitos problemas envolvendo os delineamentos do compromisso de ajustamento de conduta, sobretudo diante da ausência de regramento legislativo minimamente satisfatório, como já assinalado.

Há problemas que são comuns também à autocomposição judicial, como aqueles envolvendo o próprio consenso e especialmente a legitimidade das partes, com o acréscimo da eficácia potencial e genérica de questões coletivas,⁴³ mas sem dúvida a autocomposição extrajudicial apresenta algumas questões sensíveis que necessitam de disciplina legislativa,⁴⁴ como a discussão sobre a indisponibilidade do direito,⁴⁵ os acordos sobre direitos individuais homogêneos, a convivência entre os colegitimados, a multiplicidade de acordos envolvendo o mesmo objeto, o controle

⁴² A tutela coletiva extrajudicial possui várias possibilidades e um panorama original foi realizado por Alexandre Amaral Gavronski: *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*. São Paulo: RT, 2010. Confira-se ainda os seguintes livros mais recentes: VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020, capítulo 3. *Casebook de Processo Coletivo: estudos de processo coletivo a partir de casos – técnicas extrajudiciais de tutela coletiva e temas especiais*. ZANETI Jr.; VITORELLI (Coord.). São Paulo: Almedina, 2020. Vol. 2. Registre-se que, fora da jurisdição estatal, a arbitragem coletiva vem sendo objeto de estudos há alguns anos e aqui não será mencionada além dessa brevíssima referência, já que exige uma sistematização própria incompatível com a proposta desse texto. Sobre o tema: LIMA, Bernardo. *A Arbitralidade do Dano Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010. MARIANI, Romulo Greff. *Arbitragens Coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015. NERY, Ana Luiza. *Arbitragem Coletiva*. São Paulo: RT, 2016 (esse trabalho de Ana Nery é a versão comercial de sua tese de doutorado citada no presente artigo e cujo acesso é livre na biblioteca virtual de teses da PUC/SP).

⁴³ Cf. sobre a eficácia subjetiva da coisa julgada coletiva, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese: "I - É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, alterada pela Lei nº 9.494/1997, sendo ripristinada sua redação original. II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas" (RE 1101937, 8 de abril de 2021). Ainda que não seja homologada judicialmente a autocomposição e, portanto, não se possa falar em coisa julgada (abstraindo-se, nesse momento, qualquer discussão envolvendo a interpretação e o alcance do art. 966, par. 4º, CPC), é evidente que, em tese, pode haver autocomposição que transcenda limites territoriais, razão pela qual haverá acréscimo de exigências na aferição da legitimidade e nos contornos dos atos praticados.

⁴⁴ Como já referido, há projetos de lei em curso que buscam colmatar as lacunas ora referidas e que merecem atenta leitura e intenso debate.

⁴⁵ Como já mencionado, a indisponibilidade do direito é um tema complexo e que não pode mais ser encarado pelos processualistas como se fosse um conceito pré-concebido e ontologicamente perene. Sobre o tema, que será abordado oportunamente com mais vagar, vale conferir: OLIVEIRO, Luciano. *L'Indisponibilità dei Diritti*: analisi di una categoria. Torino: G. Giappichelli, 2008. DESSI, Ombretta. *L'Indisponibilità dei Diritti del Lavoratore Secondo L'Art. 2113 C.C.* Torino: G. Giappichelli, 2011. GUIDARA, Antonio. *Indisponibilità del Tributo e Accordi in Fase di Discossione*. Milano: Giuffrè, 2010. MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Indisponibilidade dos Direitos Fundamentais: conceito lacônico, consequências processuais*. *Espaço Jurídico*. V. 11, p. 334-373, julho/dezembro de 2010. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: Limites e Padrões do Consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. UERJ: Tese de doutorado, 2010. NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio Corpo* (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra, 2004. ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. VENTURI, Elton. *Transação de direitos indisponíveis? Revista de Processo*. Vol. 251. São Paulo: RT, p. 391-426, janeiro de 2016. TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, nº 264. São Paulo: RT, fevereiro de 2017. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: JusPodivm, 2017. BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e Solução Consensual de Conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2018. TANNURE, Stela. *Consenso na Advocacia Pública Municipal: pesquisa empírica sobre culturas e práticas*. Londrina, Thoth, 2021.

das cláusulas, a possibilidade de anulação ou rescisão dos acordos, a participação dos interessados, a liquidez, a redação e a concretude das cláusulas,⁴⁶ o papel do Ministério Público diante da multiplicidade de atribuições que podem significar conflitos dentro da própria instituição, entre instituições e entre coletivos, além de outras questões.⁴⁷

Além dessas complexas questões, o próprio consenso se apresenta como uma questão que merece atenção, sob pena de se sacrificarem interesses coletivos em relações assimétricas e as convenções agravem a desigualdade processual e que a abusividade vinha travestida de consenso.⁴⁸ Nesse sentido, a possibilidade de autocomposição não pode eliminar a cautela para evitar o efeito perverso de favorecer o litigante habitual⁴⁹ e aumentar a desigualdade e a vulnerabilidade no processo. Há que se evitar que a autonomia privada constitua uma espécie de “modernização das

⁴⁶ A necessidade de preparo técnico e o cuidado na redação das cláusulas, sobretudo diante da possibilidade de previsão de garantias que reforcem a tutela coletiva, devem ser considerados pelos legitimados ativos, já que a autocomposição não significa apenas boa vontade ou modo de encerrar formalmente uma situação complexa, mas, sim, tem que ser considerada dentro de uma estratégia de litigância.

⁴⁷ Cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil: processo coletivo*. Vol. 4. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, capítulo 10.

⁴⁸ Sobre essa face dos acordos, vale conferir as reflexões de FISS, Owen. *Contra o acordo. Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Daniel Silva e Melina Mós (Trad.). São Paulo: RT, 2004. Uma epígrafe utilizada por Neil Andrews ao abrir o capítulo 10 de seu já citado livro, que trata precisamente do acordo, é bastante eloquente: “Acordo é tipicamente o auge de um processo desgastante durante o qual representantes de uma das partes terão enfraquecido, com sucesso, a outra,” Simon Roberts (*O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Teresa Arruda Alvim Wambier (orientação e revisão da tradução). 2ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 343, com importantes ressalvas na p. 355). Como observa Neil Andrews, ao falar da “cultura do acordo” existente na Inglaterra, diversos problemas podem ocorrer na formação de um negócio jurídico: a) as partes podem não compreender completamente suas posições; b) pode haver desigualdades em diversos aspectos; c) há possibilidade de uso de procedimento desleal; d) o acordo pode “neutralizar” a parte que tem direito; e) a dificuldade de se mensurar dimensão exata do acordo, que, por isso, deve ser “comedido, preciso e exato.” (ob. cit., p. 355) Na realidade, o que se pretende com a indisponibilidade transacional é não permitir que se mascare eficazmente um resultado proibido: “O juízo de que as partes transigiram sobre direitos de que lhes não é permitido dispor não deverá ser feito *a priori*, tomando por referência o objeto do litígio, mas *a posteriori*, tomando em consideração a controvérsia e as concessões recíprocas. Com efeito, a transação até poderá ter por objeto um direito indisponível, mas a composição do litígio não se traduzir num ato de disposição desse direito.” (FONSECA, Tiago Soares da. *A Transação Civil na Litigância Extrajudicial e Judicial*. Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 572 – *sic*) Na doutrina brasileira: DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil: processo coletivo*. Vol. 4. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 411-413.

⁴⁹ O litigante habitual ou frequente é definido não só pelo tipo de litígio em que se envolve, mas sobretudo por sua dimensão e pelos recursos disponíveis; ele “programa e estrutura as suas relações contratuais de forma a garantir a sua defesa em eventual conflito, sendo muitas vezes ele próprio a escrever o contrato; tem um acesso fácil a especialistas; beneficia de economia de escala, sendo baixo o investimento inicial para cada litígio; tem oportunidades para estabelecer relações informais com os responsáveis das instituições nos diferentes níveis hierárquicos – mesmo que isso não implique situações de favorecimento sempre facilitará o relacionamento; tem uma reputação como litigante que se esforça por manter como meio para tornar mais críveis as suas posições; pode arriscar-se a litigar em ações onde não são claros os seus direitos, na medida em que o facto de litigar com frequência o leva a calcular as suas vantagens relativamente ao conjunto das situações, minimizando os elevados riscos que possam existir em um caso ou em outro; pode e tem interesse em influenciar, não só o próprio conteúdo das leis, substantivas ou processuais, mas também a sua interpretação, para que ambas lhe sejam favoráveis.” (SANTOS, Sousa; MARQUES, Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Lopes. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o caso português*. 2ª ed. Porto: Afrontamento, 1996, p. 71-72)

ordálias,” onde a astúcia e a estratégia substituam o processo justo.⁵⁰ O acordo, como qualquer outro instituto, não pode ser visto como uma panaceia. O reconhecimento dos problemas e limites é uma das formas de moldar corretamente a aplicação de um expediente importante para a tutela coletiva.

Ainda se mostra atual a indagação formulada por Vittorio Denti: “*cabe preguntarse hasta donde el predominio de este ‘paternalismo judicial’ es solamente consecuencia de una certa política procesal, o si es más bien, todavia antes, un hecho de costumbre, conexo con la decadencia en la sociedad de una autónoma y responsable iniciativa individual.*”⁵¹

Em relação aos métodos de resolução de conflitos, fala-se que no Brasil prevalece a “cultura da sentença,”⁵² mas talvez seja mais adequado falar em uma cultura burocrática ou cultura da estatalidade, no sentido de Estado provedor de todos os serviços públicos essenciais. Não se pode prescindir desses dados e dessa realidade quando se trata de questões processuais, porque, entre outras razões, “*las formas de solución de conflictos son en gran parte un reflejo de la cultura en la cual se integran; no son un sistema autónomo fundamentalmente producto de expertos y especialistas aislados.*”⁵³ Nesse contexto, não parece adequado demonstrar um entusiasmo abstrato com a ideologia de alternativas em relação ao Judiciário, quando a própria prestação estatal apresenta tais carências que, necessariamente, refletem-se na ausência de profissionais capacitados para o exercício da mediação e da conciliação extrajudiciais. Vivemos em uma realidade na qual a busca pelo Judiciário não é só natural como é quase obrigatória para significativa parcela da população.⁵⁴

Isso não significa, contudo, que deva haver uma postura resignada da academia e, em uma espécie de conformismo sociológico, ignorar as formas alternativas de resolução de conflitos, não só porque se trata de uma exigência contemporânea,⁵⁵ como também porque é uma realidade prática, ainda que em escala menor, além do fato de que a relação entre a doutrina e a cultura é de recíproca influência.⁵⁶

⁵⁰ Cf. CHIARLONI, Sergio. Relaciones entre partes, jueces y abogados. Monroy Palacios (Trad.). *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Vol. VIII. Lima: Palestra, 2005, p. 82-83.

⁵¹ La evolución del derecho de las pruebas en los procesos civiles contemporáneos. *Estudios de Derecho Probatorio*. Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf (Trad.). Buenos Aires: EJE, 1974, p. 152.

⁵² Expressão utilizada por Kazuo Watanabe e muitíssimo reproduzida: Cultura da sentença e cultura da pacificação. *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). São Paulo, 2005.

⁵³ CHASE, ob. cit. p. 21. Sobre a relação entre a cultura e as alternativas para resolução dos conflitos: TARUFFO. Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009.

⁵⁴ Interessante observação de Taruffo no sentido de que o incentivo à utilização dos meios alternativos revela uma face “dramaticamente negativa,” por apostar na disfuncionalidade da justiça estatal e apontar para uma “fuga da jurisdição.” (Una alternativa... cit., p. 115-116 e 120) Essa fuga da jurisdição estatal é bem descrita por Paula Costa e Silva: *A Nova Face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra, 2009, p. 19-21.

⁵⁵ Cf., SILVA, Paula Costa e. *A Nova Face... cit.*

⁵⁶ CHASE, ob. cit., p. 25 e 185-188. E nem há exclusivamente influência cultural na formação dos modelos de prova, mas também incidem outras tantas influências, como o modo com que se administra a atividade judicial, cabendo registrar que, na evolução histórico-cultural, o que se mostra ultrapassado em dado momento foi uma verdadeira evolução no passado. Nesse sentido, por exemplo, o sistema de provas

Evidentemente a penúria estrutural pode afetar toda e qualquer forma de consenso,⁵⁷ mas essa limitação convive com as demais e apenas revela que a autocomposição deve ser vista como uma possibilidade técnica e não uma panaceia em que tudo cabe. Entre o discurso e a prática, há espaço para esse equilíbrio de a formulação de acordos coletivos adequados⁵⁸ que se mostrem mais vantajosos do que todo o caminho processual litigioso.

legais foi uma relevante iniciativa para superar os modelos de provas irracionais. (DENTI, Vittorio. *La evolucion...* cit., p. 81)

⁵⁷ Especificamente sobre a mediação, é esclarecedor o estudo de Fernanda Tartuce: *Mediação nos Conflitos Civil*. São Paulo: Método, 2008. Confira-se, ainda, a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, bem como o estudo que a contextualiza: LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagastra. *Mediação Judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Registre-se, porém, que, como qualquer método de resolução de conflitos, a mediação e a conciliação não são alternativas neutras ou essencialmente benevolentes e podem tornar-se espaço para amplificar a desigualdade entre as partes, com a sobreposição do “mais forte” sobre o “mais débil.” (TARUFFO. *Uma alternativa...* cit., p. 117) Acerca de um absoluto ceticismo em relação a qualquer modalidade de acordo, incluindo a mediação: FISS, Owen. *Contra o acordo. Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Daniel Silva e Melina Mós (Trad.). São Paulo: RT, 2004, *passim*, sendo que especificamente sobre o “desequilíbrio de poder” nas p. 124-128 (o mesmo texto recebeu nova tradução de Carlos Alberto de Salles: FISS, Owen. *Direito como Razão Pública: processo, jurisdição e sociedade*. 2ª ed. Curitiba, Juruá, 2017, p. 133-150).

⁵⁸ A Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais buscou a sistematização de critérios para a aferição de um acordo adequado, por meio do Ato CGMP nº 2/21: “art. 100. Em atenção ao disposto nos §§ 2º e 3º do art. 3º do CPC, o órgão de execução priorizará, sempre que possível, a resolução consensual dos conflitos em todas as suas áreas de atuação judicial ou extrajudicial, atentando, quando cabível, para o disposto na Resolução CNMP n.º 118/2014. § 1º Para fins do disposto no *caput* deste artigo, o órgão de execução analisará, diante do caso concreto, se a resolução consensual apresenta vantagens sobre a tutela por adjudicação judicial (liminar e/ou sentença ou acórdão), por demonstrar ser a mais adequada, justa e razoável. § 2º A aferição da adequação, da justiça e da razoabilidade da resolução consensual, nos termos do § 1º deste artigo, ocorrerá por intermédio da aplicabilidade de testes de fatores e/ou indicadores de resultado, amparados nas regras de experiência comum decorrentes da observação do que ordinariamente acontece nas atuações dos órgãos institucionais do Ministério Público. § 3º Para avaliar se uma proposta de acordo é justa, razoável e adequada, é recomendável ainda, entre outras diretrizes que podem ser aplicadas, aferir: I - se, na proposta, não há discriminação negativa entre os interessados envolvidos na resolução consensual ou entre os membros do grupo ou da comunidade em situação similar quando se tratar de tutela coletiva; II - se está contemplada, na proposta de acordo, sempre que possível, a dimensão dos direitos fundamentais envolvidos no litígio, na controvérsia ou no problema; III - se a proposta de acordo é produto de negociação com a participação de representantes adequados e legítimos; IV - se a proposta de acordo proporciona, em magnitude, 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 a proposta de acordo está racionalmente relacionada com o prejuízo alegado e sofrido e se nela estão inseridas as medidas preventivas, ressarcitórias e repressivas necessárias; VI - se a proposta de acordo considerou, quando possível, prognósticos sobre prováveis efeitos fáticos e jurídicos, a curto, médio e longo prazo. § 4º A aferição da adequação, da justiça e da razoabilidade da resolução consensual, nos termos deste artigo, ocorrerá também por intermédio da aplicabilidade de testes de fatores e/ou indicadores de resultado, recomendando-se que sejam levados em consideração, entre outros, os seguintes fatores: I - os argumentos favoráveis e contrários à proposta; II - as questões de fato e de direito envolvidas no litígio; III - a probabilidade de procedência da pretensão caso fosse levada à adjudicação judicial; IV - 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; V - os riscos envolvidos no litígio, inclusive as dificuldades para se estabelecer judicialmente a responsabilidade e de se apurarem os danos sofridos e os possíveis prejuízos a terceiros; VI - a ausência, na proposta, de colusão ou de qualquer espécie de fraude; VII - a complexidade, o custo e a provável duração do processo; VIII - o comportamento das partes envolvidas, o seu comprometimento e a sua capacidade para o cumprimento do que for acordado; IX - a possibilidade de o acordo abranger os diversos grupos atingidos e/ou afetados; X - a possibilidade de se trazerem para a negociação representantes adequados dos grupos ou das comunidades afetadas. § 5º Se o conflito, a controvérsia ou o problema envolverem a atuação de mais de

Nesse sentido, é fundamental evitar que as convenções sirvam para a imposição de situações que dificultem excessivamente o exercício do direito, ou seja, que as convenções agravem a desigualdade processual e que a abusividade vinha travestida de consenso. Como observa Neil Andrews, ao falar da “cultura do acordo” existente na Inglaterra, diversos problemas podem ocorrer na formação de um negócio jurídico: a) as partes podem não compreender completamente suas posições; b) pode haver desigualdades em diversos aspectos; c) há possibilidade de uso de procedimento desleal; d) o acordo pode “neutralizar” a parte que tem direito e e) a dificuldade de se mensurar dimensão exata do acordo.⁵⁹ Tais possibilidades não são suficientes para inviabilizar abstratamente os acordos, mas, claro, servem para recomendar o preciso controle sobre seus termos, especialmente em casos de contratos envolvendo partes reconhecidamente desiguais e em uma sociedade que aprofunda desigualdades que já existem autonomamente.

Nesse sentido, essa consciência da limitação das convenções visa a evitar o efeito perverso de favorecer o litigante habitual e aumentar a desigualdade e a vulnerabilidade no processo.

O litigante habitual ou frequente é definido não só pelo tipo de litígio em que se envolve, mas sobretudo por sua dimensão e pelos recursos disponíveis; ele “programa e estrutura as suas relações contratuais de forma a garantir a sua defesa em eventual conflito, sendo muitas vezes ele próprio a escrever o contrato; tem um acesso fácil a especialistas; beneficia de economia de escala, sendo baixo o investimento inicial para cada litígio; tem oportunidades para estabelecer relações informais com os responsáveis das instituições nos diferentes níveis hierárquicos – mesmo que isso não implique situações de favorecimento sempre facilitará o relacionamento; tem uma reputação como litigante que se esforça por manter como meio para tornar mais credíveis as suas posições; pode arriscar-se a litigar em ações onde não são claros os seus direitos, na medida em que o facto de litigar com frequência o leva a calcular as suas vantagens relativamente ao conjunto das situações, minimizando os elevados riscos que possam existir num caso ou noutro; pode e tem interesse em influenciar, não só o próprio conteúdo das leis, substantivas ou processuais, mas também a sua interpretação, para que ambas lhe sejam favoráveis.”⁶⁰ Essas características revelam que as desigualdades e vulnerabilidades são criadas ou mantidas também pelo processo estatal, mas isso não invalida o necessário controle que deve recair sobre os pactos privados, sob pena de se instalar a barbárie processual. Nesse sentido, há

um órgão de execução, é recomendável a atuação articulada e integrada para a formulação ou a aceitação de propostas de acordos que abranjam a mais adequada proteção conjunta dos bens jurídicos envolvidos, nos âmbitos cível, criminal e administrativo. § 6º O rol dos métodos de resolução consensual dos conflitos, previsto no § 3º do art. 3º do CPC, é meramente exemplificativo.” (Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/files/diariooficial/DO-20210416.PDF>)

⁵⁹ *O Moderno... cit.*, p. 355.

⁶⁰ SANTOS, Sousa; MARQUES, Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Lopes. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o caso português*. 2ª ed. Porto: Afrontamento, 1996, p. 71-72.

que se evitar que a autonomia privada constitua uma espécie de “modernização das ordálias,” onde a astúcia e a estratégia substituam o processo justo.⁶¹

Autocomposição sem negociação é mero discurso sem efetividade; já a autocomposição que enfraquece a tutela coletiva é o uso do discurso para impedir a efetividade. Entre esses extremos, há espaço para o estabelecimento de autocomposição coletiva adequada.⁶²

5. Encerramento: o regramento da autocomposição coletiva no PL nº 1641/21⁶³

Ainda que permaneçam incertezas e controvérsias sobre os limites da autocomposição no processo coletivo, nenhum projeto de lei sério sobre o tema pode deixar de estabelecer regras que avancem em sua disciplina.

O quadro normativo atual descrito no início deste texto e também a realidade do cotidiano da prática do processo coletivo indicam a autocomposição como inerente ao sistema do processo coletivo, com milhares de termos de ajustamento de conduta celebrados anualmente.

Evidentemente, há muitas questões que permanecem polêmicas e algumas delas não podem ser resolvidas abstratamente e necessitam da análise do caso concreto, mas o certo é que o regramento mínimo hoje existente é incompatível com a relevância e a complexidade do tema, já que, basicamente, há apenas a previsão da possibilidade de um “ajustamento” de conduta às exigências legais, fixando-se a legitimidade e nada mais. Não há dúvida de que a autocomposição coletiva se submete ao regramento comum dos negócios jurídicos, já que se trata de tema da teoria geral do direito, mas ainda assim há peculiaridades que exigem regulamentação própria

⁶¹ Cf. CHIARLONI, Sergio. Relaciones entre partes, jueces y abogados. Monroy Palacios (Trad.). *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Vol. VIII. Lima: Palestra, 2005, p. 82-83.

⁶² Como milhares de acordos coletivos são firmados anualmente, temos três possibilidades: 1) os acordos na verdade são submissão às exigências legais e funcionam como submissão ou “reconhecimento do pedido,” ou seja, na análise do legitimado passivo, é melhor abreviar a controvérsia, 2) os acordos são mal formulados e funcionam como peça retórica e não tutela adequadamente à situação coletiva, 3) há efetiva negociação bilateral, ainda que isso não seja explicitado, passando uma aparência de indisponibilidade.

⁶³ Diversos projetos de lei visando à alteração do processo coletivo foram propostos, mas recentemente houve a proposição quase simultânea dos PLs 4441/20 e 4778/20, ambos pretendendo a regulação completa do tema, mas com concepções e disposições bastante diferentes. Diante desse quadro, como uma espécie de proposta consensual, foi elaborado o PL 1641/21, a partir de comissão organizada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, que sem dúvida obteve uma sistematização muito boa para o debate legislativo. Os três projetos estão apensados e tudo indica, apesar da imprevisibilidade do processo legislativo, que o debate terá como parâmetro o PL 1641/21, até por ter sido redigido para aproveitar o que de positivo havia nos dois anteriores, além de apresentar novidades positivas, lamentando-se, apenas, a inexistência de debate prévio com estudiosos e entidades interessadas em relação a todos os projetos. Por essa razão, será examinado apenas o PL 1641/21, sem prejuízo de as sintéticas considerações aqui declinadas se aplicarem a todos eles. Entre os três projetos, sem nenhuma dúvida aquele que apresenta os maiores problemas de forma e de conteúdo é o nº 4778/20 e espera-se que suas proposições não sejam acolhidas (sobre o tema: GIDI, O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública. *Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil*. *Civil Procedure Review*. V. 12, n. 1, jan./abr. 2021 (www.civilprocedurereview.com), já que o que nele se apresenta de útil está inserido PL nº 1641/21.

e essa hipossuficiência legislativa abre espaço para criações judiciais ou edição de normas administrativas, quando há espaço legislativo a se ocupar.

Nesse contexto, a sistemática proposta no referido projeto de lei abre espaço para o debate e permite a evolução da disciplina legislativa da matéria, que, nesses mais de trinta anos, já recebeu material prático e teórico que permitem uma discussão profunda e madura, a fim de que não se sobrevenha legislação que amesquinhe a tutela coletiva, como se ensaia também há muitos anos,⁶⁴ o que recomenda extrema vigilância no trâmite do processo legislativo.

O projeto de lei segue, portanto, a ideia de que a possibilidade de autocomposição é ínsita ao processo coletivo e desde o início trabalha com sua inclusão procedimental, caso, evidentemente, não seja estabelecida extrajudicialmente.

Prevê-se, então, que, antes de se oferecer a defesa, poderá ser designada audiência especial para a “identificação do conflito” e tentativa de autocomposição (art. 14, II), constando no artigo seguinte que, “inexistindo autocomposição e estando em ordem a petição inicial, o juiz determinará a citação do réu.” A ideia parece ser semelhante ao disposto nos arts. 334 e 335, CPC, mas com pior técnica redacional, sobretudo porque a audiência será facultativa, o que me parece correto, e não fica clara a relação entre o prazo, o ato de comunicação e a designação ou não da audiência, o que recomenda melhor disciplina, já que se sabe que nunca se peca pelo excesso de didatismo quando se trata de marcos temporais para a prática de atos processuais essenciais. Em relação à autocomposição, a ideia está de acordo em essência com o disposto no Código de Processo Civil e como reforço poderia ser reproduzida a regra do art. 139, V, assim como deveriam ser incorporados o art. 3º, §§ 2º e 3º,⁶⁵ e o art. 381, II, todos do CPC.

Outra regra relevante no tema está na previsão de fase de organização e saneamento do processo (art. 22 do projeto), com preferência para a designação de audiência de saneamento compartilhado, constando que, antes, durante ou depois da audiência de saneamento o juiz deverá estimular a autocomposição, que poderá envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo, sendo que poderá ser designada audiência para tentativa de solução consensual do conflito coletivo, a ser realizada pelos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos ou por entidade extrajudicial ou por profissional

⁶⁴ Basta ilustrar com a referência ao problema dos limites da coisa julgada coletiva, cuja mudança legislativa demorou anos para ser afastada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento com repercussão geral que resultou no tema nº 1075.

⁶⁵ No referido projeto, constam no art. 2º como “princípios” a “III - prevenção e resolução consensual e integral dos conflitos coletivos, judicial ou extrajudicialmente, mediante o emprego de métodos de solução tais como os da conciliação, da mediação, da negociação e outros meios considerados adequados nessa via consensual” e a “XI - flexibilidade do processo e pragmatismo, devendo ser consideradas por todos as consequências práticas e jurídicas das decisões judiciais e das soluções consensuais.” Não me parece que sejam efetivamente princípios e muito menos que seja necessária a referência a um inusitado “princípio do pragmatismo,” que, além de não se saber bem do que se trata, ainda já se pode antever que será utilizado para enfraquecer a tutela coletiva, se pudermos exercer um prognóstico a partir do que se encontra na jurisprudência atual.

qualificado, reputados adequados pelas partes (§§ 2º, 3º e 4º). Essa última regra acerca da designação a qualquer tempo de audiência para autocomposição está deslocada dentro do artigo e deveria constar na parte inicial do projeto, mas se trata apenas de sugestão de técnica legislativa, já que seu conteúdo veicula ideia relevante e coerente com um sistema que pretende levar a sério a possibilidade de acordo. Já a previsão de organização do processo coletivo é muito relevante e oportuna, constando da Recomendação nº 76/20 do Conselho Nacional de Justiça.⁶⁶ Quanto à possibilidade de a autocomposição envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo, parece que essa regra deve ser excluída do projeto, por ser desnecessária no que tem de correto e possuir potencial de desvirtuar a tutela coletiva naquilo que possui de caráter retórico. Por ser possível a autocomposição extrajudicial, é ínsita ao processo de negociação a inclusão de interessados e também de outras situações jurídicas, desde que sejam atendidos os requisitos e pressupostos específicos do caso. Nesse ponto, portanto, a disposição é supérflua, já que diz o óbvio. O problema está na força simbólica ou retórica da disposição, porque o óbvio normativo possui força e o dispositivo pode servir como entrada para ampliações indevidas, desvios de foco e alterações de outras regras, formando um tortuoso processo de autocomposição que pode inclusive obnubilar a causa primária que deu ensejo à controvérsia. O processo coletivo não pode se tornar um ato ecumênico em que afluem interessados em geral para resolverem as questões em ampla negociação. Algo assim poderia tumultuar e enfraquecer a tutela coletiva adequada. Além disso, não podem outras questões serem incluídas em prejuízo à questão original, como se outros elementos objetivos pudessem ser considerados em substituição ao problema que deu causa ao processo.⁶⁷ Há também questões relacionadas à atribuição do legitimado ativo, em se tratando do Ministério Público, por exemplo, já que a carreira é compartimentada e não necessariamente uma situação pode ser conduzida pelo mesmo membro. De modo semelhante, há a questão envolvendo o juiz natural, dirigindo-se à autocomposição para um juiz predeterminado.⁶⁸ Por fim, um ponto

⁶⁶ Na doutrina: TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, 2020.

⁶⁷ Pode-se argumentar que isso seria um problema de quem participa do acordo, agindo de má-fé ou sendo apenas inepto, mas a permissão para a cumulação superveniente de objetos e sujeitos para autocomposição pode dificultar o controle do acordo. Em um caso concreto de que tive conhecimento, um membro do Ministério Público, talvez entusiasmado pelo caso ou amedrontado por questões sofisticadas, considerou satisfeito um processo coletivo por autocomposição em que nada do que era discutido foi contemplado, inclusive com cláusulas que foram suportadas por pessoa jurídica que não integrava o processo (mas integrou o acordo, claro) e que não cuidavam de responsabilizações das pessoas físicas que eram efetivamente rés e não se foram efetivamente atingidas pelas cláusulas.

⁶⁸ O projeto de lei trata da competência para o processo coletivo de forma mais sofisticada do que o regimento atual, mas escapa de nosso propósito qualquer análise a esse respeito que não a mera referência a um potencial problema decorrente de uma autocomposição ecumênica. Registre-se apenas que o tema hoje não prescinde da cooperação entre juízes (e também membros do Ministério Público), como dispõe o próprio projeto no art. 8º, § 4º, e há sofisticada discussão doutrinária sobre o juiz natural e a eficiência processual, como consta no título da obra de referência: CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz Natural e Eficiência Processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2021. Acrescente-se que, no caso do processo coletivo, a proximidade com o local do dano pode assumir especial relevância e esse é outro ponto a se considerar quando se examina esse chamamento ao ecumenismo autocompositivo.

notadamente sensível na autocomposição coletiva está não só na representação adequada, prevista nos arts. 7º e 37 do projeto, mas sobretudo na possibilidade de participação de interessados (o art. 37 do projeto é bastante didático), o que pode ser mal tutelado se permitida indevida ampliação temática e subjetiva. Obviamente nenhum dispositivo legal possui eficácia isolada e essa autorização do art. 22, § 4º, necessariamente deverá ser compatível sistematicamente com as demais regras cujos delineamentos essenciais são resumidos no já citado art. 37, mas a experiência com as tentativas de amesquinhar a tutela coletiva não recomenda entusiasmo com qualquer abertura para manobras que possam afastar sua efetividade e não é novidade que um dos artifícios mais utilizados para enfraquecer ou desprestigiar um instituto é exatamente lhe conferir uma roupagem que permita um discurso de eficiência e robustecimento.

O já citado art. 37 enumera o que denomina de princípios e sintetiza didaticamente as opções legislativas constantes do projeto:

I – melhor tutela do interesse público, difuso, coletivo ou individual homogêneo; II – transparência e publicidade; III – participação, sempre que possível, do grupo social titular da pretensão coletiva e dos demais legitimados processuais; IV – representatividade adequada e informação suficiente sobre os melhores termos para a tutela coletiva; V – preservação de todos os interesses envolvidos, permitindo-se, se for o caso, a segmentação do grupo em subgrupos com representantes adequados que possam tutelar de modo adequado os respectivos interesses; VI – boa-fé objetiva na previsão dos termos do acordo e na sua implementação; VII – a observância à ordem pública, aos bons costumes e aos direitos fundamentais; VIII – preservação da justiça, imparcialidade, proporcionalidade e razoabilidade na resolução da controvérsia por autocomposição; IX – a isonomia e a segurança jurídica.

Em que pese a utilização de algumas referências genéricas e da desnecessária reprodução do art. 122, CC,⁶⁹ não há como discordar de seus propósitos, incluindo o que está em seu § 1º, que prevê “o uso de qualquer técnica, tais como consultas públicas, reuniões e audiências públicas, inclusive com o uso de meios eletrônicos.” Já seu § 2º dispõe que cabe aos “órgãos superiores dos legitimados públicos para a tutela coletiva o estabelecimento de requisitos, padrões e critérios para a autocomposição de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, atendidos os princípios estabelecidos no inciso VIII do *caput*.” Nesse ponto cabem duas observações: 1) não se entende o

⁶⁹ Todo negócio jurídico se submete à sua teoria geral e as regras do Código Civil, nesse particular, aplicam-se a todos os negócios exatamente porque não se prendem ao direito civil, mas à teoria geral do direito.

porquê da referência expressa apenas ao inciso VIII, já que todos os incisos devem ser considerados, 2) a edição de normas administrativas internas podem ser úteis para alguma peculiaridade local, mas deve ser considerada a função absolutamente secundária desse tipo de poder normativo, a fim de que não se incentivem edições de regramentos assimétricos nas diversas unidades do país e com inovações indevidas.⁷⁰

Em seguida o art. 38 deixa claro que:

[o]s conflitos envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos poderão ser objeto de autocomposição parcial ou total, definitiva ou temporária, judicial ou extrajudicial, por meio de todo e qualquer mecanismo adequado de solução consensual que viabilize acordos coletivos, tais como a conciliação, a mediação, a negociação, o compromisso de ajustamento de conduta e quaisquer outros meios consensuais adequados, dependendo das peculiaridades de cada tipo de conflito.

É um dispositivo didático e, ainda que confunda método e meio, estabelece um quadro mínimo sobre o tema e o prepara para as regras posteriores. Em seu § 1º, mantém-se a legitimidade dos entes públicos para a autocomposição em direitos difusos e coletivos é dos entes públicos, isolados ou conjuntamente, e admite a “participação de associação civil, sindicatos, entes ou grupos representativos ou interessados.” O dispositivo parece dizer que a participação não significa uma colegitimidade, mas, sim, ampliação subjetiva visando à adequada tutela coletiva, ou seja, amplia-se apenas a participação no debate, o que autoriza duas observações: 1) essa participação não deve ser dirigida de antemão pelo legitimado, sob pena de violar a transparência e a publicidade, de modo que a convocação deve se dar de forma ampla e acessível e esse é um tema importante a ser regulamentado administrativamente, 2) caso o participante privado subscreva o instrumento de autocomposição, inexistirá vício relevante, já que o essencial é a presença de um dos legitimados públicos. O § 2º é dedicado aos direitos individuais homogêneos, que antes se submetiam à genérica previsão do compromisso de ajustamento de conduta, sem que fossem consideradas suas peculiaridades,⁷¹ como a necessidade de incluir os demais legitimados coletivos,

⁷⁰ Em relação ao Ministério Público, há a possibilidade de regramento administrativo minimamente unificado por ato do respectivo Conselho Nacional. Entretanto, diante da lacuna legislativa existente acerca da disciplina do inquérito civil e do termo de ajustamento de conduta, aquele órgão assumiu amplo poder normativo primário, o que é no mínimo indesejável. O fato de haver produzido atos normativos de reconhecida qualidade não prejudica essa observação que se relaciona com norma de competência.

⁷¹ A absoluta ausência de regramento sobre acordos envolvendo direitos individuais homogêneos ensejou um emblemático caso no Supremo Tribunal Federal que recebeu relevante apreciação crítica de Edilson Vitorelli: Representatividade (in)Adequada: o acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado. *Jota Notícias Jurídicas*. p. 1-11, 16 jan. 2018 (disponível em: www.jota.info). Sobre a utilização de acordos como estratégia de litigantes habituais, vale conferir o estudo de ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *A Mediação e a Conciliação de Demandas Repetitivas*. Belo Horizonte: Forum, 2020. Outro ponto que merece registro e preocupação está na possibilidade de acordos serem firmados em incidente

já que os entes públicos podem não se interessar ou não vislumbrar interesse social em sua proteção. Agora essa legitimidade é ampliada nesse parágrafo e no seguinte se permite a “adesão dos titulares de direitos individuais,” o que vinculará a esfera subjetiva do aderente. Além disso, no § 4º, “admite-se a celebração de programas e projetos para atendimento das pretensões dos titulares dos direitos individuais por prestação pecuniária ou de obrigação de fazer, mediante o estabelecimento de procedimentos a serem utilizados no atendimento e satisfação dos interessados diretos.” Por fim, há a regra de encerramento do § 5º sobre o controle da representação adequada para toda autocomposição na forma estabelecida no próprio projeto.

O art. 39 se assemelha ao disposto no art. 3º, § 2º, da Lei da Mediação⁷² e prevê que “os acordos coletivos que tenham por objeto direitos indisponíveis passíveis de autocomposição deverão ser homologados judicialmente, exigida a intervenção do Ministério Público.” É um dispositivo complexo, mas, como dito, encontra já paralelo no ordenamento e a possibilidade de autocomposição envolvendo direito indisponível é fundamental no processo coletivo. Entretanto, há aqui questões essenciais: 1) se o direito é indisponível, há que se definir o limite da autocomposição, que, em princípio, não poderá dispor sobre o direito, salvo se se admitir o oxímoro; 2) outro ponto sensível é a natureza dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos,⁷³ já que boa parte da doutrina defende que sempre são indisponíveis, o que significa dizer que inexistirá autocomposição coletiva sobre direito disponível; logo, essa regra se aplicaria a toda autocomposição coletiva, porque sempre haverá indisponibilidade; 3) se há direitos disponíveis, haverá que fixar critérios para identificá-los, já que terá que se definir se há direitos difusos disponíveis ou coletivos disponíveis e individuais homogêneos, enquanto tratado coletivamente, também disponíveis e, nesse caso, se haverá situações em que seria indisponíveis; 4) se todos os direitos coletivos em sentido amplo forem indisponíveis, isso significa que não haverá rigorosamente

de resolução de demandas repetitivas e afetarem situações coletivas, sem que haja garantia de participação devida da coletividade e, com isso, seja utilizado estrategicamente por litigantes habituais para a formação de precedentes e também para disciplinarem temas discutidos em ações coletivas. Ainda que não haja identidade entre ações coletivas e tais incidentes, pode haver evidente relação entre eles (sobre o debate envolvendo a natureza do IRDR e o processo coletivo: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. Revista de Processo. Vol. 256. São Paulo: RT, junho de 2016, p. 209-218. TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, item 3.4). Como se trata de incidente para fixação de tese abstrata sobre questão de direito, em tese o acordo não seria possível. Mas, ainda em tese, vem sendo cada vez mais admitido consenso para questões de direito (cf. art. 357, IV e § 2º, CPC, e arts. 23 e 26, LINDB, além da tese sobre pactuação da “concretização do direito” defendida por Alexandre Gavronski e citada neste texto) e não é impossível que, com o argumento de ampliação do debate e a proeminência que a autocomposição vem assumindo, também em sua dimensão retórica, comece a se estabelecerem audiências públicas com essa finalidade.*

⁷² Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. § 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

⁷³ Sobre os direitos individuais homogêneos e a autocomposição, confira-se ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Notas sobre a autocomposição no processo coletivo. *Revista de Processo*. Vol. 316. São Paulo, RT, junho de 2021, item 4.2.

autocomposição extrajudicial, mas apenas esboço⁷⁴ de autocomposição, já que a judicialização será obrigatória, assim como será imprescindível a participação do Ministério Público, obviamente quando já não for ele o próprio legitimado; 5) de acordo com essa regra, portanto, pressupõe-se uma definição conceitual inexistente e, diante da absoluta insegurança jurídica em que vivemos, será recomendável que todas as autocomposições sejam submetidas à homologação judicial, o que infelizmente desestimulará a formação de título executivo extrajudicial; 6) essa regra terá também o potencial de afetar todas as autocomposições envolvendo direitos indisponíveis, incluindo os estritamente individuais, como aqueles que envolvem crianças e adolescentes; 7) por se submeter à homologação judicial, poderá ser admitida a retratação unilateral;⁷⁵ 8) em relação ao Ministério Público, poderá ser necessária a prévia homologação do órgão colegiado interno responsável pelo controle do arquivamento do inquérito civil, antes de se submeter à homologação judicial, que deverá examinar essa particularidade, caso tenha havido prévio arquivamento de inquérito civil, a fim de evitar problemas futuros;⁷⁶ 9) como a intervenção do Ministério Público será obrigatória, caso não seja ele o legitimado que participou da autocomposição, o juiz deverá ouvi-lo antes de qualquer providência, aplicando-se o regramento da atuação como fiscal da ordem jurídica; 10) será discutível essa atuação quando se tratar de direito individual homogêneo sem interesse social, mas a intimação do Ministério Público será obrigatória, cabendo ao membro o exame da necessidade de sua intervenção, que, em minha opinião, sempre deverá ocorrer, já que a função de fiscal da ordem jurídica não coincide necessariamente com o fundamento da legitimidade

⁷⁴ Note-se que esse vem sendo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em relação a acordo extrajudicial sobre alimentos de incapaz e o projeto aplica a mesma lógica para acordos transindividuais: “[...] o acordo estabelecido e subscrito pelos cônjuges no tocante ao regime de guarda, de visita e de alimentos em relação ao filho menor do casal assume o viés de mera proposição submetida ao Poder Judiciário, que haverá de sopesar outros interesses, em especial, o preponderante direito da criança, podendo, ao final, homologar ou não os seus termos. Em se tratando, pois, de mera proposição ao Poder Judiciário, qualquer das partes, caso anteveja alguma razão para se afastar das disposições inicialmente postas, pode, unilateralmente, se retratar [...]” (REsp 1756100/DF, DJe 11/10/2018) “[...] Acordo de alimentos firmado em sede extrajudicial, cujo direito a eles é de caráter indisponível, demanda a necessária intervenção do órgão do Ministério Público para resguardar os direitos da criança, ainda que a alimentada estivesse representada por sua genitora. No mister de tutelar e de proteger os interesses indisponíveis da criança e do adolescente, cabe ao Ministério Público alertar o Juiz na causa que diz respeito a alimentos, que antes de homologar eventual acordo, deve verificar se o valor acordado entre os genitores prejudica a subsistência do menor envolvido, considerando sempre o binômio necessidade/possibilidade, de modo a impedir e velar para que o processo não acarrete perdas desvantajosas ao menor.” (REsp 1609701/MG, DJe 20/05/2021)

⁷⁵ Cf. REsp 1609701/MG, DJe 20/05/2021, com transcrição na nota anterior.

⁷⁶ Essa integração de ato do órgão colegiado como condição de eficácia gera controvérsia desde sempre, com forte entendimento de que somente lei federal poderia impor esse requisito (cf. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 186). Entretanto, a Lei Complementar nº 75/93 e a Lei nº 8625/93 conferem tal atribuição ao órgão colegiado revisor, já que se tratará de fundamento para arquivamento de inquérito civil (cf. art. 6º da Res. nº 179/17 do Conselho Nacional do Ministério Público), de modo que não parece que a solução do problema esteja nessa questão de competência legislativa. O que pode ser considerado é a plena eficácia desde a celebração, salvo posterior decisão do colegiado (cf., ainda RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 201-203). Evidentemente isso se aplica a ajustes extrajudiciais, já que os pactos incidentais à ação judicial não se submetem a controle administrativo e a participação do colegiado se dá na fase de análise de arquivamento de inquérito civil.

ativa; 11) como a autocomposição pode se dar em qualquer momento e grau de jurisdição – e temos casos de acordos homologados no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal –, em regra atuará como fiscal da ordem jurídica o órgão do Ministério Público com atribuição junto ao respectivo tribunal, o que poderá significar uma grande distância dos fatos e da matéria sob exame, recomendando a cooperação entre membros, inclusive de ramos diversos, como já se extrai da relevante e pouco citada Recomendação nº 57/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, e 12) a profundidade da cognição judicial na atividade de homologação não é uniforme na legislação e, quando relacionada a negócios jurídicos, comumente se entende que se trata de um requisito legal formal, isto é, sem exame do mérito ou conteúdo do pactuado;⁷⁷ entretanto, além de condição de eficácia, a homologação implica controle de validade,⁷⁸ já que o que é submetido à atividade jurisdicional enseja algum grau de controle; no caso da autocomposição coletiva envolvendo direitos indisponíveis, porém, parece que o controle do mérito das cláusulas não está inserido na redação da regra, que tentou dizer que o controle será apenas de legalidade, como um paralelo com processos administrativos, mas na prática e para manter a coerência do sistema, não há como escapar da análise do conteúdo das cláusulas,⁷⁹ sobretudo porque a participação do Ministério Público é obrigatória e não faria sentido a participação de um legitimado apenas para análise de critérios procedimentais; em todo caso, esses limites são um tema em aberto e a exigência de homologação traz necessariamente o problema dos limites dessa atividade.⁸⁰ O § 1º dispõe que “nas demais hipóteses de solução consensual, a homologação judicial dos acordos coletivos é facultativa, caso em que valerá como título executivo judicial, adquirindo presunção de legitimidade

⁷⁷ Cf. enunciado nº 260 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio.” Evidentemente, a homologação judicial de negócios jurídicos é acidental e somente quando a lei determinar é que esse ato se fará necessário, mas, como aqui estamos diante de uma proposição clara, no caso da autocomposição coletiva será a regra.

⁷⁸ Com o problema adicional do disposto no art. 848, CC, cuja aplicação em sede de autocomposição coletiva pode ser afastada se se utilizar a manipulação conceitual de que não se trata de transação, mas, tecnicamente, parece que somente será afastada essa regra se possível a manutenção de integridade de autocomposição parcial, como se os temas e cláusulas fossem agrupáveis em capítulos.

⁷⁹ Nesse sentido ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Notas sobre a autocomposição no processo coletivo. *Revista de Processo*. Vol. 316. São Paulo: RT, junho de 2021, item 3. DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil: processo coletivo*. Vol. 4. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 406-410.

⁸⁰ Insista-se na referência feita nas notas 73 e 74. Para ilustrar a discussão, note-se que o mesmo Superior Tribunal de Justiça, em exame de acordo de não persecução penal, decidiu que ao Judiciário só cabe o exame de aspectos formais: “O controle do Poder Judiciário quanto à remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público deve se limitar a questões relacionadas aos requisitos objetivos, não sendo legítimo o exame do mérito a fim de impedir a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público. Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente que não se tratando de hipótese que manifesta inadmissibilidade do ANPP, a defesa pode requerer o reexame de sua negativa, nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal (CPP) (2), não sendo legítimo, em regra, que o Judiciário controle o ato de recusa, quanto ao mérito, a fim de impedir a remessa ao órgão superior no MP. (HC n. 194.677/SP, julgado em 11 de maio de 2021. Informativo n. 1017).” (HC 668.520/SP, DJe 16/08/2021) Nesse debate deve entrar também a questão da imparcialidade do julgador, já que, em regra, no processo civil não há impedimento expresso para o juiz participar da autocomposição judicial e no processo penal há regra explícita na colaboração premiada. Sobre o tema na seara penal: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 113-123.

e de ciência geral,” o que significa duas coisas: 1) há direitos coletivos disponíveis, porque só isso pode significar “demais hipóteses” (na verdade é só uma outra hipótese); 2) todo o parágrafo, a rigor, é supérfluo, já que a facultatividade da homologação e suas consequências decorrem do sistema. Se haverá homologação, necessariamente surge o problema dos limites da atividade judicial, como já mencionado no item 12 em linhas anteriores, e disso trata o § 2º, dispondo que “envolverá a avaliação do respeito ao devido processo legal do procedimento utilizado, assim como da observância dos princípios estabelecidos no artigo 2º desta Lei, sob pena de devolução às partes para rediscussão, indicando-se expressamente na decisão judicial os motivos da rejeição da proposta e as cláusulas que devem ser reavaliadas ou o procedimento a ser observado.” Isso significa que se pressupõe a existência de um processo administrativo para a formação do acordo, o que é facilitado no caso de ter havido inquérito civil, mas esse tipo de instrumento é privativo de um dos legitimados e, mesmo assim, facultativo. Além disso, o acordo pode decorrer de procedimento judicial de produção antecipada de prova ou simplesmente de proposta levada diretamente a um dos legitimados. Ou seja: não é necessário um procedimento prévio, mas cabe ao juiz o exame da ampla publicidade e da oportunidade de participação no acordo, que é o que importa entre os princípios elencados no art. 2º para fins de autocomposição coletiva. A propósito, os princípios previstos no art. 2º, incluindo o inacreditável “princípio do pragmatismo,” não são os únicos pontos obrigatórios a serem observados, já que a representação adequada, a competência e as cláusulas do acordo devem ser controladas, com prévia oitiva do Ministério Público, caso não seja ele um dos proponentes do compromisso para homologação. A determinação para que haja indicação específica dos problemas identificados pelo juiz é relevante e segue o parâmetro do art. 321, parte final, CPC. De todo modo, reitere-se que esse parágrafo acaba com a autocomposição extrajudicial, já que, na dúvida sobre a disponibilidade de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, os interessados não devem criar mais um espaço da já precária segurança jurídica e, por natural cautela, submeterão para homologação toda autocomposição que obtiverem. Em suma, se mantida essa proposta, será o fim desse tipo de título executivo extrajudicial, afetando, claro, entre outras questões, a incidência do art. 785, CPC, já que se estará diante de título executivo judicial.

No art. 40 há uma regra que mais se aproxima de uma recomendação, dispondo que “os legitimados coletivos, ao participarem da autocomposição, poderão solicitar, aos órgãos e entidades públicas com reconhecida capacidade técnica, manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em autocomposição coletiva.” Ou seja: prevê-se a possibilidade de o caso exigir conhecimentos técnicos para prognoses e planejamentos⁸¹ e, quando não se tratar de processo jurisdicional, não se tratará de caso de prova pericial em sentido estrito, o que significa que não incidirão as causas de suspeição e impedimento e poderá haver participação técnica de profissionais vinculados aos próprios legitimados. A perícia no processo coletivo se tornou um ponto de extrema vulnerabilidade no momento, com

⁸¹ Em alguma medida, o projeto dá seguimento ao disposto nos arts. 20 e 21 da LINDB.

as isoladas, mas catastróficas decisões monocráticas tomadas no Supremo Tribunal Federal e o projeto resolve a questão de forma satisfatória,⁸² de modo que a regra ora mencionada pode ser útil, mas é uma questão sob responsabilidade dos legitimados, parecendo descabido esse tipo de exortação. Um acordo sério, em caso que necessite desse tipo de prognóstico e de descrição, necessariamente incluirá exposição nesses moldes e tal providência poderá ser determinada pelo juiz na fase de homologação.

Homologada a autocomposição, surge o problema da sua estabilidade, já que o pior estímulo para qualquer pactuação é a existência de prognóstico de precariedade do pactuado. Em razão da falta de disciplina legislativa por todos esses mais de trinta anos, os posicionamentos doutrinários são variados e o projeto adota um posicionamento claro, que, mesmo sujeito a críticas, ao menos é um posicionamento explícito que permite o debate parlamentar. De acordo com o art. 41, a “autocomposição coletiva pode ser: I - impugnada por ação rescisória, caso tenha sido homologada por decisão transitada em julgado, nos termos do art. 966 do Código de Processo Civil, inclusive para discutir vício de consentimento, vício social, simulação, fraude à lei ou falta de adequada legitimação para sua celebração; II - por ação autônoma de invalidação, nos termos da lei civil, com intervenção obrigatória do Ministério Público, nos demais casos. Parágrafo único. Os legitimados que não tenham participado do compromisso ou do acordo coletivo não poderão desconsiderar seus termos, enquanto não desconstituídos por decisão judicial.” Como a homologação será a regra, para não dizer que será a unanimidade dos casos, a autocomposição somente poderá ser rescindida e, pela natureza da legitimidade coletiva, qualquer coletivado poderá ajuizar a ação,⁸³ não se limitando àqueles que participaram do

⁸² Art. 25. Nas ações coletivas de que trata esta lei não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas pelo autor coletivo. § 1º Não haverá condenação do autor nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas salvo em caso de litigância de má-fé, hipótese em que o autor, por decisão fundamentada, será condenado em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos. § 2º Diante da necessidade de produzir a prova e de peculiaridades concretas da causa relacionadas, entre outras, à verossimilhança das alegações, à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir os encargos financeiros por parte da Fazenda Pública, à produção da prova técnica em prazo razoável, ou à maior facilidade de financiamento da prova do fato contrário, desde que ouvida a parte contrária, o juiz poderá: I - solicitar a colaboração, inclusive por protocolos institucionais, para fins de realização de perícia, de órgãos públicos, como universidades e entidades de pesquisa; II - valer-se, quando houver, do financiamento por recursos advindos de fundos públicos municipais, estaduais ou federais que possuam entre seu objeto ou sua atribuição o custeio de perícias em processos coletivos; III - excepcionalmente, em decisão devidamente fundamentada, imputar ao réu o dever de custear as despesas com a antecipação da prova técnica, quando entender demasiada a inversão do ônus da prova. § 3º É facultada às partes a celebração de convenção processual tendo por objeto a distribuição da antecipação dos custos da prova técnica e de demais despesas processuais ligadas à sua antecipação.

⁸³ Assim como o coletivado poderá interpor recurso contra a homologação do acordo de que discordar, na forma do art. 996, parágrafo único, CPC. (cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil: processo coletivo*. Vol. 4. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 415)

pacto.⁸⁴ Com efeito, já que o decidido vinculará todos os legitimados,⁸⁵ a coisa julgada poderá ser impugnada também por quem dela não participou. Se se entender que não haveria essa legitimidade para a ação rescisória, necessariamente poderia se entender que outro legitimado coletivo poderia ajuizar ação “idêntica,” o que seria absoluto desestímulo à autocomposição, já que nada asseguraria para o eventual réu e não faria sentido como coisa julgada coletiva.⁸⁶ As hipóteses de rescindibilidade são as mesmas do CPC, explicitando que, em síntese, a autocomposição deve decorrer da boa-fé,⁸⁷ além de acrescentar a legitimidade adequada, já que o projeto consagra essa aptidão para a atuação na tutela coletiva. Se não houver homologação judicial ou subsistir hipótese que não se enquadre como caso de rescindibilidade, prevê-se a ação autônoma de invalidação, com intervenção obrigatória do Ministério Público, o que diz mais e diz menos ao mesmo tempo. Diz mais, porque desnecessária a previsão de uma intervenção que sempre ocorrerá em ação coletiva e essa impugnação será

⁸⁴ Antonio Gidi tece duras críticas sobre a participação de mais de um legitimado na autocomposição coletiva: “o acordo coletivo não é celebrado por “qualquer legitimado,” mas somente por aquele legitimado que é o representante adequado que está promovendo a ação coletiva específica. Se uma ação coletiva foi proposta pela associação A, nenhum outro legitimado coletivo poderá celebrar acordo nesta ação coletiva, sem que A seja destituída da sua posição de representante do grupo. Caso contrário, o réu poderia escolher o legitimado mais dócil para celebrar o acordo e ignorar o autor da ação coletiva. Isso se chama *reverse auction*, um leilão invertido em que o réu fará o acordo com aquele que exigir menos. Somente uma entidade pode estar encarregada de negociar com a parte contrária: isso faz parte de qualquer teoria de negociação.” O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública. Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil. *Civil Procedure Review*. Vol. 12, n. 1, jan./abr. 2021. (www.civilprocedurereview.com). É precisa sua preocupação com a escolha do legitimado mais despreparado, razão pela qual a adequação da representação afigura-se fundamental, como o próprio autor deixa claro no referido texto e em tantos outros trabalhos de sua autoria. No entanto, em tese não se enxerga óbice para a participação de mais de um legitimado na autocomposição, já que a adequação pode ser compartilhada e a ampliação subjetiva pode fortalecer a tutela coletiva e aumentar a participação no debate. Em abstrato, ou seja, desvinculada de qualquer caso concreto, essa objeção não me parece absoluta, mas fica o registro dessa observação contrária. Confira-se, ainda, ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Notas sobre a autocomposição no processo coletivo. *Revista de Processo*. Vol. 316. São Paulo: RT, junho de 2021, item 5.

⁸⁵ Há julgado do Superior Tribunal de Justiça que possui visão bastante restrita dessa eficácia subjetiva, exigindo a anuência dos litisconsortes, com fundamentação do acórdão com potencial para futuras limitações: REsp 1563135/SP, DJe 07/08/2020.

⁸⁶ Incide aqui também o problema de se considerar o pactuado como garantia mínima (cf. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 188), isto é, patamar a partir do qual seria possível o acréscimo de obrigações, o que também geraria insegurança e desestímulo para a autocomposição. Imagine-se que uma empresa concorde em pagar determinada quantia como danos morais pela participação em violação de direitos humanos (pode-se utilizar o eloquente exemplo do compromisso de ajustamento de conduta de três ramos do Ministério Público com a Volkswagen, conforme descrito no documento publicado em www.conjur.com.br/dl/volkswagen-pagar-36-milhoes-colaborar.pdf e www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/mpf-mpsp-e-mppt-divulgam-relatorio-final-sobre-participacao-da-volkswagen-na-repressao-durante-regime-militar); posteriormente, se algum legitimado considerasse o valor inferior, bem como a possibilidade de imposição de novas obrigações, e pudesse propor novo pacto (salvo, claro, se a empresa voluntariamente quiser ampliar sua obrigação dentro da disponibilidade de seu patrimônio) e, em caso de recusa, ajuizar ação judicial sobre os mesmos fatos, considerando o compromisso anterior como mero piso para discussão, a instabilidade seria imensa e o desestímulo para qualquer acordo seria igualmente amplo (também discorrendo dessa ideia do ajustamento de conduta como garantia mínima, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual de Ações Constitucionais*. Belo Horizonte, 2007, p. 241). Sobre a incerteza como desestímulo ao acordo, imprescindível a análise de VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 145-151.

⁸⁷ Sobre o impacto da boa-fé na ação rescisória: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 595-598.

uma ação coletiva. E diz menos porque a intervenção do Ministério Público será igualmente obrigatória na ação rescisória e não só na ação de invalidação. Somente quando o Ministério Público figurar como parte é que sua intervenção como fiscal da ordem jurídica simultânea e por meio de outro membro será desnecessária. Por fim, a vinculação subjetiva da autocomposição coletiva segue a lógica da coisa julgada coletiva, por isso a legitimidade para a rescisão e a invalidação se estende para todos os colegitimados e também é essa a razão que reforça a necessidade de ampla publicidade e transparência das negociações em curso. Essa vinculação subjetiva pode prejudicar integrantes do grupo, já que os termos da autocomposição podem ser divorciados das peculiaridades do caso concreto, mas ao mesmo tempo a inexistência de vinculação faz com que a autocomposição seja esvaziada. É, portanto, uma questão delicada de política legislativa, sobretudo em se tratando da relação com as demandas individuais e certamente será um dos temas mais sensíveis no debate parlamentar. Outro ponto essencial e que não é tratado no projeto se liga ao aspecto temporal e não na contagem de prazo para as ações mencionadas nesse artigo, já que essa lacuna pode ser resolvida por aplicação legislativa subsidiária, mas, sim, na parte da prescrição, já que deve haver clara disciplina a esse respeito, como no art. 17, parágrafo único, da Lei da Mediação.

O art. 42 prevê a possibilidade de qualquer colegitimado promover a execução da autocomposição coletiva, mesmo que celebrado por outro e desde que observado o controle da adequação da legitimidade. Tal previsão é decorrência lógica da legitimação concorrente e também da observância da adequação prevista no próprio projeto. No parágrafo único do mesmo artigo consta que “o Ministério Público poderá adotar outras providências de natureza civil ou criminal que se mostrarem pertinentes, inclusive em face da inércia do órgão público compromitente,” a fim de reforçar e estimular a efetivação da autocomposição coletiva.

Não seria possível pensar em um sistema de autocomposição sem considerar as convenções processuais, sobretudo após a vigência do art. 190, CPC.⁸⁸ Como não se pode confundir o instrumento com seu conteúdo, o termo de ajustamento de conduta, assim como qualquer outro instrumento negocial, pode conter cláusulas de direito material e de direito processual e na tutela coletiva, especialmente em questões que se protraem no tempo, como as políticas públicas, a adaptação artesanal de processo atual ou futuro apresenta muitas vantagens, incluindo soluções para a efetivação do título executivo judicial.⁸⁹ O projeto prevê expressamente os negócios processuais nos

⁸⁸ Vale registrar que mesmo antes do atual CPC o Conselho Nacional do Ministério Público tratou das convenções processuais na tutela coletiva, como bem analisado por Antonio do Passo Cabral que já no título de seu artigo indica o respectivo ato normativo: A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. *Negócios Processuais*. NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 721-737. Vol. 1.

⁸⁹ A bibliografia sobre convenções processuais é bastante variada, mas como referência as seguintes indicações devem ser reiteradas: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018 (o autor já publicou a terceira edição de seu livro, em 2020, onde acrescenta conteúdo e indicações bibliográficas; cito no presente texto a 2ª edição porque foi a que efetivamente utilizei para a pesquisa, mas o registro de atualização é relevante por se tratar de livro fundamental). Sobre os

arts. 25, § 3º, 34, § 4º, e 43, §§ 1º e 2º, sendo que esse último artigo está no capítulo da autocomposição coletiva e merece transcrição: “43. As partes poderão celebrar convenções processuais antes ou durante o processo, inclusive no cumprimento de sentença e na execução. § 1º A autocomposição coletiva pode conter convenções processuais. § 2º As convenções processuais poderão ser celebradas na forma de protocolos coletivos para gestão de acervos processuais de litigantes habituais.” O artigo está bem redigido e pode ser relevante para a adequada tutela coletiva.

Por fim, é fundamental que se estabeleçam e se reúnam informações e dados sobre a tutela coletiva e uma consolidação nacional dos “compromissos de ajustamento de conduta e demais autocomposições coletivas” é prevista no art. 62, que prevê a divulgação de relatório anual a ser elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. Trata-se de iniciativa importante, mas tímida, já que o projeto não confere maior proeminência ao Conselho Nacional do Ministério Público (no próprio art. 62 a referência a esse colegiado é secundária) e também não é prevista uma forma de divulgação das autocomposições em andamento, a fim de atender à necessária transparência e conferir a fundamental publicidade.

A sistematização legislativa do tema é fundamental para que a autocomposição coletiva não seja mero discurso e realmente contribua para a efetividade da tutela coletiva.

Bibliografia

ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual de Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVIM, Thereza; CUNHA, Ígor Martins da. Termo de ajustamento de conduta, mediação e conciliação: uma breve reflexão a respeito do negócio jurídico que previne ou resolve conflito que envolve direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. *Revista de Processo*. Vol. 304. São Paulo: RT, junho de 2020.

ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orientação e revisão da tradução). 2ª ed. São Paulo: RT, 2012.

negócios processuais especificamente no processo coletivo: MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de. *Convenção Processual na Tutela Coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2020. VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020, capítulo 6. COSTA, Eduardo da Fonseca. *A “execução negociada” de políticas públicas em juízo*. Disponível em: www.abdpro.com.br/wp/doutrina/. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais* (DIDIER Jr., Fredie). Salvador: JusPodivm, 2018. CABRAL, Antonio; ZANETTI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*, nº 287. São Paulo: RT, janeiro de 2019 (também disponível na plataforma “academia.edu” dos autores). PEÇANHA, Catharina; LAMEGO, Guilherme; ARGOLLO, Isaac; SÉ, Jairo; ROSSI, Thais. O desastre de Mariana e a tipologia dos conflitos: bases para uma adequada regulação dos processos coletivos. *Revista de Processo*, nº 278. São Paulo: RT, abril de 2018 (também disponível na plataforma “academia.edu” dos autores).

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *Processos Estruturais*. JOBIM, Marco; ARENHART, Sergio (Org.). 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

_____. Notas sobre a autocomposição no processo coletivo. *Revista de Processo*. Vol. 316. São Paulo: RT, junho de 2021.

_____; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: RT, 2019.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Processo civil e penal: mão e contramão? *Temas de Direito Processual (Sétima Série)*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. Pactum de non petendo: a promessa de não processar no Direito brasileiro. *Revista de Processo*. Vol. 305. São Paulo: RT, julho de 2020.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): "mediação sem mediador". *Revista de Processo*. Vol. 259. São Paulo: RT, setembro de 2016.

_____; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: *as claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*, nº 287. São Paulo: RT, janeiro de 2019.

CHASE. *Derecho, cultura y ritual: sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Fernando Martín Diz (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2011.

COSTA, Eduardo da Fonseca. A "execução negociada" de políticas públicas em juízo. Disponível em: www.abdpro.com.br/wp/doutrina2021/.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A abrangência objetiva e subjetiva da mediação. *Revista de Processo*. Vol. 287. São Paulo: RT, janeiro de 2019.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça Negociada e Fundamentos do Direito Penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *Ensaios sobre os Negócios Jurídicos Processuais* (DIDIER Jr., Fredie). Salvador: JusPodivm, 2018.

_____; CABRAL, Antonio. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Ensaios sobre os Negócios Jurídicos Processuais* (DIDIER Jr., Fredie). Salvador: JusPodivm, 2018.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

_____; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil: processo coletivo*. Vol. 4. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

_____; _____. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao Processo Civil brasileiro. *Processos Estruturais*. ARENHART; JOBIM (Coord.). 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

FERRARESI, Eurico. O Ministério Público e o princípio da não obrigatoriedade da ação coletiva. *Temas Atuais do Ministério Público*. FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

FERREIRA, Kaline. A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público: o que mudou depois da lei de mediação? *Revista dos Tribunais*. Vol. 982. São Paulo: RT, agosto de 2017.

FISS, Owen. Contra o acordo. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Daniel Silva e Melina Mós (Trad.). São Paulo: RT, 2004.

FONSECA, Tiago Soares da. *A Transação Civil na Litigância Extrajudicial e Judicial*. Coimbra: Gestlegal, 2018.

FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração Pública como Litigante Habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos*. Londrina: Thoth, 2021.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*. São Paulo: RT, 2010.

_____. Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas. *Processo Coletivo* (Coleção Repercussões do Novo CPC). ZANETI JR., Hermes (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2016.

GIDI, Antonio. *A Class Action como Instrumento da Tutela Coletiva dos Direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública. Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil. *Civil Procedure Review*. V. 12, n. 1, jan./abr. 2021 (www.civilprocedurereview.com).

GODINHO, Robson. *Negócios Processuais sobre o ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

LANE, Renata. *Acordos na Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

MAC CROIRE, Benedita. *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. Coimbra: Almedina, 2013.

MACÉDO, Marcus Paulo Queiroz. *O Ministério Público e o Inquérito Civil: aspectos teóricos e práticos*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

MACHADO, Gabriel. *Acordos Administrativos: uma leitura a partir do art. 26 da LINDB*. São Paulo: Almedina, 2021.

MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de. *Convenção Processual na Tutela Coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2020.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade dos Direitos Fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. *Espaço Jurídico*. V. 11, julho/dezembro de 2010.

_____. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: Limites e Padrões do Consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. UERJ: Tese de doutorado, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Questões controvertidas sobre o inquérito civil. *Funções Institucionais do Ministério Público*. ALVES; RUFINO; SILVA (Org.). São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Class Arbitration: instauração de processo arbitral para a resolução de conflitos envolvendo direitos de natureza transindividual*. Tese de doutorado. São Paulo: PUC/SP, 2015.

NUNES, Bruno José Silva; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. Da designação de audiências para autocomposição em processos coletivos. *Revista de Processo*. Vol. 283. São Paulo: RT, setembro de 2018.

OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: RT, 2014.

PASCHOAL, Thais Amoroso. *Coletivização da Prova*. São Paulo: RT, 2020.

PEÇANHA, Catharina; LAMEGO, Guilherme; ARGOLO, Isaac; SÉ, Jairo; ROSSI, Thais. O desastre de Mariana e a tipologia dos conflitos: bases para uma adequada regulação dos processos coletivos. *Revista de Processo*, nº 278. São Paulo: RT, abril de 2018.

PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo poder público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei nº 13.140/2015. *Revista de Processo*. Vol. 261. São Paulo: RT, novembro de 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da Lei de Mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Volume 19. Rio de Janeiro: UERJ, maio/agosto de 2018 (www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp).

_____; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da lei de mediação no compromisso de ajustamento de conduta. *Revista de Processo*. Vol. 256. São Paulo: RT, junho de 2016.

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

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. A contribuição do STJ para a consolidação da prática do compromisso de ajustamento de conduta: desafios pretéritos e atuais. *Temas do Ministério Público: acordos no sistema de justiça e liberdade de expressão* (livro coletivo). Brasília: ANPR, 2019, p. 92-131 (disponível em: https://anpr.org.br/images/Livros/temas_do_ministerio_publico_2019.pdf).

SILVA, Paula Costa e. *A Nova Face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Coimbra: Coimbra, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Motauri Ciochetti de. *Ministério Público e o Princípio da Obrigatoriedade: ação civil pública – ação penal pública*. São Paulo: Método, 2007.

_____. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*. Vol. 264. São Paulo: RT, fevereiro de 2017.

TARUFFO. Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2020, capítulo 1.

_____. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 166. São Paulo: RT, abril de 2020.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*. Vol. 251. São Paulo: RT, janeiro de 2016.

VITORELLI, Edilson. De quem é o meio ambiente? Parâmetros para um modelo de tutela jurisdicional adequada à luz da teoria dos litígios coletivos. *Revista de Processo Comparado*. Vol. 8. São Paulo: RT, julho/dezembro de 2018.

_____. Representatividade (in)Adequada: o acordo coletivo dos planos econômicos e porque ele não deveria ser homologado. *Jota Notícias Jurídicas*. 16 jan. 2018 (disponível em: www.jota.info).

_____. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020.

_____. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos coletivos aos litígios coletivos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2020.

_____. Análise Econômica e Comportamental da distribuição do custo da prova no processo coletivo (*artigo no prelo*, gentilmente cedido pelo autor).

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____; LINO, Daniela Bermudes; SOBRAL, Mariana Andrade; CAMPOS, Rafael Mello Portella; TRAZZI, Paulo Henrique Camargo. Ações individuais no caso rio doce: interrupção da prescrição, suspensão da prescrição e comportamento contraditório dos litigantes no processo de autocomposição. *Revista de Processo*. Vol. 298. São Paulo: RT, dezembro de 2019.