

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: A LIBERDADE DE NEGOCIAÇÃO E OS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

Luiz Fernando Bellinetti¹

Flávia Osmarin Tosti Menegon²

Vanessa Magnaro de Araújo Almeron³

Resumo: Tendo em vista a maior integração da mediação, da conciliação, da arbitragem e da negociação como meios de solução de conflitos no Brasil, foi acrescentado, à legislação e à sistemática processual, o espaço necessário ao acordo de vontade das partes e aos rumos da cooperação. Ao que parece, o desafio não está apenas relacionado ao uso dos meios alternativos de resolução de conflitos no âmbito da tutela coletiva, mas, sobretudo, ao antagonismo envolvendo, de um lado, a liberdade de negociação e, de outra banda, a chamada indisponibilidade dos interesses transindividuais. O objetivo, a ser alcançado por meio deste trabalho, concentra-se em discorrer sobre o compromisso de ajustamento de conduta como meio adequado de solução de litígios coletivos em casos tais. Este estudo foi dividido em três partes. Na primeira parte, foi analisada a autonomia privada e os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Na segunda parte, foi examinada a questão da indisponibilidade dos interesses transindividuais. Na terceira e última parte, foi

¹ Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Programa de Mestrado e de Doutorado em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina, Paraná, Brasil.

² Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, Paraná, Brasil.

³ Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, Paraná, Brasil.

indicada a solução negociada aos litígios coletivos por intermédio do ajustamento de conduta versando sobre interesses transindividuais. Para tanto, o método adotado será o dedutivo com base em análise de legislação e doutrina.

Palavras-Chave: Liberdade de negociação; Autonomia privada; Termo de ajustamento de conduta; Interesses transindividuais.

CONDUCT ADJUSTMENT TERM: FREEDOM OF NEGOTIATION AND TRANS-INDIVIDUAL INTERESTS

Abstract: Considering a recent mediation, conciliation, arbitration, and negotiation integration as solution means of litigation in Brazil, was added, to legislation and to procedural systematic, a necessary gap to parts' will accordance and to cooperation. It seems the challenge is not related to use of alternative dispute resolution within the scope of collective protection, but, above all, to the antagonism involving, on the one hand, freedom of negotiation and, on the other hand, the unavailability of trans-individual rights. The purpose, to be achieved with this work, focuses on discussing the conduct adjustment term as an adequate means of resolving collective disputes of such cases. This study was divided in three parts. In the first one, it was analyzed the private autonomy and established limits by the Brazilian legal system. In the second one, it was examined unavailability of trans-individual interests. In the third and last one, it was indicated negotiated solution to collective disputes through conduct adjustment term dealing with the solution of trans-individual interests. Therefore, the used method will be the deductive one based on analyzed legislation and doctrine.

Keywords: Freedom of negotiation; Private autonomy; Conduct adjustment term; Trans-individual interests.

INTRODUÇÃO



Em um diálogo necessário entre o direito público e o direito privado, o presente estudo analisou os principais contornos e limitações do conceito de autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro, além de outros princípios do direito privado e sua incidência no termo de ajustamento de conduta, ao lado dos princípios de direito público aplicados, de maneira praticamente uníssona, pela doutrina brasileira ao referido compromisso.

Seguidamente, analisou o uso do ajuste como meio alternativo, ou adequado, de resolução de conflitos coletivos. Nesse panorama, a identificação da natureza jurídica como negócio jurídico transacional revelou, como sua característica fundamental, a disposição das partes em negociar os direitos e obrigações a pautar seus atos e atividades, com respeito a principiologia de direito público e de direito privado, o que, de conseguinte, atribui característica híbrida à transação (NERY, 2017, p. 135), tendo como principal finalidade, portanto, alcançar maior efetividade de tutela dos interesses transindividuais, como será visto em minúcias a seguir.

A fim de atingir o objetivo almejado, portanto, o trabalho apontou a negociação da melhor solução por meio do compromisso de ajustamento de conduta em casos tais. Vale ressaltar que, o posicionamento no sentido da indisponibilidade dos referidos interesses, encontra-se, pois, mitigado, uma vez que constatada, na contemporaneidade, a negociabilidade dos interesses ditos indisponíveis na construção de procedimentos mais adequados à resolução de conflitos sociais ou coletivos. O necessário desenvolvimento dessa perspectiva é o que se pretende realizar com o presente trabalho.

Nos itens seguintes serão feitas considerações aos aspectos que circundam o princípio da autonomia privada, o termo de

ajustamento de conduta como meio adequado de solução de litígios coletivos e a indisponibilidade dos interesses transindividuais (patrimônio público, meio-ambiente, moralidade administrativa, saúde, educação etc.). Para tanto, o método adotado será o dedutivo, baseando-se em pesquisa legislativa e doutrinária.

1 AUTONOMIA PRIVADA COMO PRINCÍPIO EXTENSÍVEL AO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Sabe-se que a atitude volitiva do agente é objeto de amplo estudo pelo Direito. A vontade, no entanto, remonta um questionamento muito mais antigo. S. Agostinho (2019), na antiguidade, já elucidava sobre a capacidade de o sujeito exercer a liberdade de vontade, também chamada de livre-arbítrio da vontade, ou mesmo, de livre-arbítrio. Nesse sentido, o livre-arbítrio nos atos humanos conferiria responsabilidade ao indivíduo tanto por suas ações como por suas decisões. A vontade decorreria, portanto, da noção de liberdade do indivíduo.

Em salto histórico, é possível perceber que a liberdade consubstancia um dos principais e mais antigos direitos fundamentais (art. 5º, *caput*, Constituição Federal de 1988). No entanto, tendo em vista o sentido complexo dessa locução, verifica-se que, no atual estágio da dogmática jurídica, o direito ao autorregramento se encontra no conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade. Isso equivale a dizer que a autonomia privada ou o autorregramento da vontade traduz um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana (DIDIER JR., 2016, p. 133).

Nada obstante, cabe uma advertência quanto ao termo, conforme propugna Pontes de Miranda (2012, p. 111):

Evite-se, outrossim, chamá-la autonomia privada, no sentido de auto-regramento de direito privado, porque, com isso, se elidiria, desde a base, qualquer auto-regramento da vontade, em direito público, - o que seria falsíssimo. O que caracteriza o auto-regramento da vontade é poder-se, com êle, compor o

suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade. Não importa em que ramo do direito.

É nesse cenário que a liberdade, enquanto valor jurídico, também atua na seara publicista. Em suma, o direito processual civil, conquanto ramo do direito público, também é informado por esse princípio, ora denominado de princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo. No entanto, não tem, na seara processual civil, o mesmo arquétipo com que se apresenta no contexto privatista, como, por exemplo, no campo do direito civil (DIDIER, 2016, p. 133).

Nesse panorama, Barbosa Moreira anunciava, em 1984, que “não se poderia reconhecer a autonomia da vontade, no campo processual, atuação tão ampla como a que se lhe abre no terreno privatístico”. Nada obstante, é preciso ter em mente que o chamado princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo se revela, atualmente, como um dos princípios estruturantes do processo civil brasileiro, além de norma fundamental no Código de Processo Civil de 2015 (DIDIER JR., 2016, p. 133).

No mesmo diapasão, trilha Pietro Perlingieri (2002, p. 54) quando este esclarece que:

Técnicas e institutos nascidos no campo do direito privado tradicional são utilizados naquele do direito público e vice-versa, de maneira que a distinção, neste contexto, não é mais qualitativa, mas quantitativa. Existem institutos em que é predominante o interesse dos indivíduos, mas é, também, sempre presente o interesse dito da coletividade e público; e institutos em que, ao contrário, prevalece, em termos quantitativos, o interesse da coletividade, que é sempre funcionalizado, na sua íntima essência, à realização de interesses individuais e existenciais dos cidadãos.

Trata-se, pois, da “autonomia das partes não mais no sentido privatístico clássico, mas, sim, dentro de uma perspectiva constitucional e de uma teoria dos direitos fundamentais que autoriza e ao mesmo tempo impõe limites às manifestações de vontade” (GODINHO, 2016, p. 344). Em outras palavras, essa

ressistematização do diploma processual civil erigiu-se como consequência da visão constitucional do processo. Nesse sentido, Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2017, p. 172), propugnam que, “as características da Constituição de 88 – tanto em seu caráter analítico, como a sua riqueza axiológica, propiciam o desenvolvimento do fenômeno da constitucionalização do Direito”.

De outra banda, verifica-se que a tendência é “no sentido de uma equilibrada extensão da autonomia privada na conformação do processo” (CAPONI, 2014, p. 736). Há, pois, “um verdadeiro microsistema de proteção do exercício livre da vontade no processo”, como, por exemplo, o incentivo à solução do conflito por autocomposição (art. 3º, §§ 2º e 3º do CPC); a consagração do princípio da cooperação (art. 6º do CPC); a previsão da cláusula geral de negociação processual (art. 190 do CPC)⁴; etc. (DIDIER, 2016, p. 134-135).

Nesse contexto, Leonardo Carneiro da Cunha (2020, p. 929) obtempera que:

Com efeito, o CPC contém diversas normas que prestigiam a autonomia da vontade das partes, permitindo que elas negociem sobre o processo, de modo mais evidente do que no CPC/1973. O autorregramento da vontade no processo é permitido, assegurado e respeitado. O Código de 2015 é estruturado de maneira a estimular a solução do conflito pela via que parecer mais adequada a cada caso, não erigindo a jurisdição como necessariamente a melhor opção para eliminar a disputa de interesses.

Vale lembrar, ainda, que a autonomia privada não se confunde com a autonomia da vontade. Em verdade, a autonomia privada é “o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam,

⁴ Enunciados de nº 135, 253, 255 e 256 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), que dispõem, respectivamente, o seguinte: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”; “O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte”; “É admissível a celebração de convenção processual coletiva”; e, por fim, “A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”.

estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”. Noutro flanco, a autonomia da vontade possui “uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto aquela exprime o poder da vontade no direito, de modo objetivo, concreto e real” (AMARAL, 2018, E-book).

Nesse panorama, a autonomia da vontade, sob a ótica do Estado Liberal, assegurava ampla liberdade contratual, ao passo que, a autonomia privada, estruturada no Estado Social, restou limitada pela boa-fé e função social (AMARAL; HATOUM; HORITA, 2017, p. 255). Esse segundo momento é fruto da “maior necessidade de intervenção do Estado na relação entre os particulares” (COSTA; NAGASHIMA; AMARAL, 2019, p. 203).

Como se observa, portanto, o elemento volitivo deve observar “as normas de ordem pública, notadamente constitucionais, por força da proteção destinada à pessoa humana, realçando sua necessária dignidade”, na forma do art. 1º, inc. III, da CF/88 (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 65). Nada obstante, é de se ressaltar que, a evolução da compreensão do conceito de vontade se relaciona, na contemporaneidade, “ao exercício de autonomia privada existencial ou autodeterminação” (AMARAL; HATOUM; HORITA, 2017, p. 295).

Tal entendimento é compartilhado por Ana Luiza Nery (2017, p. 50):

A garantia de liberdade de agir do sujeito, a partir da autonomia privada, lhe confere os mais amplos poderes na esfera civil, podendo negociar para se obrigar e criar direitos, como melhor lhe aprouver, consubstanciando-se manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto visa ao desenvolvimento integral do homem.

É nesse contexto de valorização da vontade dos sujeitos processuais que exsurge o enfrentamento de litígios coletivos por via da autocomposição. Nesse sentido, a autonomia privada, conquanto princípio de direito privado, “deve ser observada pelas partes do termo de ajustamento de conduta, uma vez que

constitucionalmente tutelado como poder geral de autodeterminação e autovinculação do sujeito de direitos” (NERY, 2017, p. 50).

Colocado de outra forma, “a autonomia privada é garantia fundamental a ser respeitada e viabiliza o estabelecimento de cláusulas obrigacionais verdadeiramente negociadas entre as partes com o termo de ajustamento de conduta, dando azo ao exercício pleno de sua liberdade de agir” (NERY, 2017, p. 50).

Com efeito, é preciso ter em mente que outros princípios do direito privado também são extensíveis ao termo de ajustamento de conduta (TAC), como, por exemplo, a função social⁵, que deve ser observada pelas partes ao celebrar o TAC com vistas à justiça, à equidade, à paz e ao equilíbrio social (NERY, 2017, p. 64). No mesmo sentido, o princípio da boa-fé objetiva⁶, reafirmado pelo CPC/2015, deve ser observado tanto por compromitentes como por compromissários na celebração do ajuste, notadamente ao agir com honestidade, probidade e lealdade, durante toda a negociação, frise-se (NERY, 2017, p. 69).

Nesse compasso, verifica-se que, a hipótese de violação aos princípios informadores do ajuste, pode ensejar nulidade, ou mesmo, anulabilidade, a depender da possibilidade ou não de convalidação da ofensa respectiva, conforme as circunstâncias do caso concreto (NERY, 2017, p. 91). Impende mencionar, outrossim, a relevância da análise dos elementos de existência e validade do termo de ajustamento de conduta implica na concretezade eficaz do negócio entabulado (NERY, 2017, p. 193).

De forma resumida, portanto, é possível concluir pela incidência dos princípios de direito privado, tais como a

⁵ Enunciado n.º 23 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF): “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

⁶ Enunciado n.º 374 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): “O artigo 5º prevê a boa-fé objetiva”.

autonomia privada, a função social, a boa-fé objetiva etc., além dos princípios de direito público, quando da celebração do termo de ajustamento de conduta (TAC), versando sobre interesses transindividuais, ante a natureza híbrida que identifica o referido instituto jurídico, o que, de conseguinte, torna o ajuste diferente da transação prevista no art. 840 do Código Civil de 2002 (NERY, 2017, p. 135), conforme adiante alinhavado.

2 TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO MEIO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS SOCIAIS OU COLETIVOS

Como é cediço, o chamado “Projeto Florença” identificou os principais obstáculos que envolvem o acesso à justiça, com o intuito de superá-los. Conforme a metáfora de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), a primeira onda renovatória visava propiciar a assistência judiciária aos necessitados; a segunda onda renovatória, por sua vez, proteger os direitos e interesses coletivos; e, por fim, a terceira onda renovatória, promover o acesso efetivo à justiça, a partir dos meios alternativos, ou adequados, de resolução de conflitos.

Nesse sentido, o advento do atual Código de Processo Civil inaugurou novos paradigmas, para além de uma solução adjudicada. É consabido que, o CPC/2015, incorporou a solução consensual do litígio, ao estabelecer, prontamente em seu art. 3º e parágrafos, que o acesso à justiça é alcançado pela busca de métodos alternativos, ou adequados, à resolução de conflitos. Em outros termos, o diploma processual firmou o “compromisso de promover a solução consensual do litígio” (MARINONI, ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 149), além do espaço necessário para um modelo cooperativo de processo (art. 6º do CPC).

Essa novidade não é ignorada na órbita do microssistema processual de tutela coletiva, “cujo arcabouço teórico e prático

têm buscado meios consensuais para a solução dos litígios que envolvam os direitos denominados difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos” (VITORELLI; ZANETI JR., 2020, p. 139-140).

Colocado de outra forma, portanto, o sistema processual inaugurado junto do CPC/2015 também estabelece um ambiente dialógico com o microsistema brasileiro de tutela coletiva. Em abono desse entendimento, o “princípio da promoção pelo Estado da solução plural por autocomposição” outrora mencionado (art. 3º, §§ 2º e 3º) deve ser aplicado ao processo coletivo (DI-DIER JR., 2016, p. 133). Assim, diferentemente do *Códex* anterior, datado de 1973, o atual CPC brasileiro pressupõe um processo coletivo, reconhece-o e com ele dialoga.

Como se viu, a concepção dessa ideia, que permite que interesses transindividuais se beneficiem dos meios consensuais, amplia o acesso à justiça, porquanto representa uma tutela mais adequada desses direitos (RODRIGUES, 2011, p. 167). O caso mais conhecido de alternativa ao processo judicial de litígios coletivos é, pois, a negociação da melhor solução por meio do TAC.

Perfilha desse mesmo entendimento Geisa Rodrigues (2011, p. 166):

O compromisso de ajustamento de conduta surgiu no contexto de se procurar meios alternativos de proteção de direitos transindividuais, de forma a contribuir para uma tutela mais adequada desses direitos. Podemos dizer que integra a terceira onda de acesso à justiça.

Nesse panorama, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio da Resolução n.º 179, de 26 de julho de 2017, considera o compromisso de ajustamento de conduta como “instrumento de redução da litigiosidade, visto que evita a judicialização por meio da autocomposição dos conflitos e controvérsias envolvendo os direitos de cuja defesa é incumbido o Ministério Público”, o que, de conseguinte, “contribui decisivamente para o acesso à justiça em sua visão contemporânea”.

É preciso lembrar que o compromisso de ajustamento de conduta não se constitui de mero fato jurídico, compreendendo-se este como qualquer acontecimento que o ordenamento jurídico admite como capaz de gerar o nascimento, a modificação ou a extinção de direitos (AMARAL, 2008, p. 379). A existência da vontade do interessado em ajustar suas condutas às exigências legais deve estar presente, assim como a vontade do tomador do ajuste, que busca persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em respeito aos interesses transindividuais ofendidos, com o propósito de prevenir responsabilidades ou corrigir de condutas (PINHO, 2018).

Também não se vislumbra a possibilidade de amoldar o termo de ajustamento de conduta como ato jurídico em sentido estrito, uma vez que estes são desprovidos de liberdade de negociação estando seus efeitos determinados pela lei (SILVA, 2006, p. 73). No ato jurídico em sentido estrito a atuação das partes teria efeitos preestabelecidos e inalterados pela vontade dos interessados (MELLO, 2010, p. 155).

Reputa-se, portanto, como mais adequado o posicionamento que entende o termo de ajustamento de conduta como um negócio jurídico bilateral, de natureza *sui generis*, equiparado à transação (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 87), outorgando-se liberdade aos interessados para regular seus interesses, permitindo-lhes estruturar o conteúdo eficaz das relações jurídicas (MELLO, 2010, p. 191). Como se viu, portanto, o termo de ajustamento de conduta “possui natureza jurídica de transação híbrida, porque deve respeitar a principiologia do direito público e do direito privado para cumprir os requisitos de validade do negócio jurídico” (NERY, 2017, p. 135).

Na trilha desse raciocínio, e tendo em vista o “caráter bilateral do compromisso, sujeita-se às mesmas condições de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos em geral” (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2020, p. 272). No mesmo sentido, a Resolução-CNMP n.º 179/2017, outrora mencionada,

que regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta, define-o como negócio jurídico (art. 1º).

Em suma, o compromisso consubstancia o instrumento de resolução de litígios coletivos que tenciona, mediante consenso, ajustar a conduta do compromitente aos ditames do ordenamento jurídico brasileiro, garantindo-se a efetiva solução dos conflitos, dentro da lógica de adequação, economia, celeridade e pacificação de interesses transindividuais, bem assim do modelo processual colaborativo, cooperativo ou participativo.

Repise-se que, a “solução alternativa de litígios torna-se cada vez mais relevante e necessária” (HATOUM; BELLINETTI, 2016, p. 14). Nada obstante, é preciso ter em mente que a incorporação “de meios alternativos para a obtenção de solução consensuais, passa também a depender de uma realista e pragmática reavaliação do sentido e do alcance da indisponibilidade” dos interesses transindividuais (VENTURI, 2016).

Dentro da ordem de ideias aqui exposta, portanto, é possível observar que, em geral, a legislação brasileira incentiva a solução negociada dos litígios coletivos, como será visto a seguir. Nesse compasso, o referido termo visa ajustar a conduta do compromitente às exigências constitucionais e legais, tendo por objeto, até mesmo, os interesses sociais indisponíveis.

3 INDISPONIBILIDADE (MITIGADA) DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS EM LITÍGIOS SOCIAIS OU COLETIVOS

Tradicionalmente, o entendimento é no sentido de que os interesses disponíveis são os passíveis de negociação, ao passo que, os denominados indisponíveis não são negociáveis. Nesse panorama, a automática inegociabilidade desses interesses indisponíveis ensejaria a exclusividade de solução adjudicada das

controvérsias jurídicas em casos tais. A conclusão, no entanto, não parece razoável.

Registre-se, ainda, a dificuldade de se “classificar quais os direitos de interesse público impassíveis de transação, que, por justificação, restringem o uso da autonomia da vontade” (VITORELLI; ZANETI JR., 2020, p. 94).

Nesse contexto, Elton Venturi (2016) obtempera que:

É preciso compreender que muito embora os direitos indisponíveis, em regra, não comportem alienação (e, portanto, transação), não se pode afastar aprioristicamente a possibilidade de, por via de um juízo de ponderação a respeito de proporcionalidade e de razoabilidade, admitir processos de negociação nos conflitos a seu respeito, na medida em que isto se revele, concretamente, mais vantajoso à sua própria proteção ou concretização.

Na mesma direção, Edilson Vitorelli e Hermes Zaneti Jr. (2020, p. 99), propugnam que:

[...] deve-se considerar quatro vetores: necessidade (no sentido de transacionar direitos como forma justa de composição), adequação (no sentido de se ter o apropriado foro, legitimidade adequada do representante e o bem tutelado e valorado pelo interesse público), proibição do excesso (no sentido de impor limite a autonomia da vontade) e vedação da proteção insuficiente (no sentido de limitar a invasão estatal na liberdade).

É de se ressaltar, para bem salientar isto que, já se verificam, no ordenamento jurídico, outras “formas de composição amigável, por meio da negociação do próprio direito pelos envolvidos para se resolver o conflito, como alternativa de se promover uma justiça célere, incluindo os direitos metaindividuais” (VITORELLI; ZANETI JR., 2020, p. 79). Logo, a afirmação de indisponibilidade comporta gradações.

A título de exemplo, o Comitê de Resolução de Disputas (CRD), previsto na Lei n.º 14.133/2021, possui significativo potencial para a solução alternativa dos conflitos de interesse em licitações e contratos administrativos, o qual favorece a rápida solução das controvérsias, reduz os custos dos litígios e obsta

eventuais atrasos no decorrer do contrato.⁷ Vale ressaltar que, a legislação brasileira também tem admitido a arbitragem como forma de solução de controvérsias contratuais no âmbito do direito administrativo, como, por exemplo, o art. 23-A da Lei n.º 8.987/1995 e art. 11, inc. III, da Lei n.º 11.079/2004 (OLIVEIRA, 2021, p. 518).

Outro exemplo está no âmbito da improbidade administrativa, a qual, além da possibilidade de mediação (art. 36, § 4º, da Lei n.º 13.140/2015), passou a prever expressamente a celebração de acordo de não persecução cível (ANPC), conforme a dicção do art. 17-B da Lei n.º 8.429/1992, na forma da Lei n.º 14.230/2021. Em palavras mais simples, exsurge o paradigma da consensualidade como mecanismo adequado ao desfecho do conflito no âmbito da defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, de modo célere, efetivo e econômico, consoante as circunstâncias do caso concreto.

No mesmo sentido, o ambiente da consensualidade e da participação também se desenvolveu em outras disciplinas jurídicas, como, por exemplo, “a colaboração premiada, a transação penal e a suspensão condicional do processo, os acordos de leniência” etc. (CUNHA, 2020, p. 894-895). Ainda no campo do direito penal, têm-se admitido os acordos de não persecução penal (ANPP), na forma do art. 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei Anticrime, para a negociação da liberdade ambulatorial, em harmonia com a Resolução-CNMP n.º 181, de 07 de agosto de 2017, como forma de composição efetiva do litígio criminal (VITORELLI; ZANETI JR., 2020, p. 101).

Colocado de outra forma, portanto, é possível concluir que, se a negociação da solução de conflitos restou autorizada até mesmo na área penal, com maior razão jurídica, deve ser admitida uma margem de liberdade para a resolução consensual de

⁷ Enunciado 49 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal (CJF): “Os Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) são métodos de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro”.

litígios na esfera dos interesses transindividuais. Assim, a indisponibilidade de tais interesses não equivale a impossibilidade de negociação, notadamente em vista da institucionalização dos meios alternativos de resolução de conflitos sob o viés contemporâneo de acesso à justiça, como visto alhures. Não há, portanto, necessidade de intervenção judicial em casos tais.

Converge desse raciocínio Fábio Caldas de Araújo (2016, p. 283), que arremata de forma singular:

O monopólio estatal na atividade jurisdicional não significa que os conflitos somente possam ser resolvidos pela atividade do juiz. O monopólio revela que a solução definitiva sempre há de possuir a chancela estatal, ou seja, a atividade deve ser disciplinada pelo Estado, ainda que não conte com a participação direta do juiz (ARAÚJO, 2016, p. 283).

Noutro flanco, em que pese o argumento apresentado pela doutrina quanto à impossibilidade de transacionar com os direitos metaindividuais, no sentido de que o termo de ajustamento de conduta se constitui de um acordo que explicitaria uma concordância (consenso) sem margem para negociação (NERY, 2017, p. 120), reputa-se superado tal paradigma em razão da mitigação estabelecida contemporaneamente.

Em verdade, o art. 841 do CC/02 dispõe que somente direitos patrimoniais estão sujeitos à transação, todavia, os direitos transindividuais não podem imiscuir-se, de forma absoluta, a tal preceito legal. Isso porque o alcance da norma deve ser visto com moderação, de modo a permitir que o legitimado possa negociar a defesa do interesse coletivo tutelado (PINHO; CABRAL, 2011).

Não se pode perder de vista que tais direitos consubstanciam-se em outra categoria, diversa daquela com enfoque individual, com ampla repercussão subjetiva, mas diferente do interesse público devido à maior conflituosidade. Muito embora os interesses metaindividuais tenham como base o interesse social, tratam-se, em verdade, de direitos subjetivos em sua essência (NERY, 2017, p. 121). Assim, não se mostra mais acertada a

justificativa de que a indisponibilidade de negociação estaria calcada unicamente no interesse público.

Na mesma direção, em relação à indisponibilidade relativa dos direitos transindividuais e da possibilidade de transação (NERY, 2017, p. 126), o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 253.885/MG, em 04 de junho de 2002, de relatoria da Ministra Ellen Grace, reconheceu a atenuação do princípio da indisponibilidade do interesse público. No mesmo sentido, o recente enunciado n.º 717 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis esclareceu que a indisponibilidade do direito material, em especial, quanto aos interesses transindividuais, por si só, não impede a celebração de auto-composição.

Assim, a autorização para a celebração do ajuste, na forma do art. 5º, § 6º, da Lei n.º 7.347/1985, em conformidade com a CF/88, bem assim com o modelo cooperativo de processo, viabiliza aos entes colegitimados para a defesa dos interesses transindividuais, com fundamento na autonomia privada, a possibilidade de negociação como meio adequado para a solução de controvérsias (NERY, 2017, p. 124).

Em suma, somente haverá justificativa para a composição amigável, tanto judicial como extrajudicial, sob o prisma da proporcionalidade e razoabilidade, por intermédio de um juízo de ponderação, quando bem realizada e abalizada, para estabelecer uma melhor forma de resolver a contenda, o que deve ser analisado, em vista disso, caso a caso (VITORELLI; ZANETTI JR., 2020, p. 113).

Como se viu, a doutrina e a jurisprudência moderna vêm construindo o entendimento de que é possível, portanto, relativizar a indisponibilidade dos interesses transindividuais. Atualmente, portanto, a indisponibilidade é mitigada. Há quem denomine essa mitigação de disponibilidade motivada. Em resumo, muito embora indisponíveis os interesses metaindividuais veiculados, é possível observar que, em determinadas situações

concretas, a adoção da solução consensual ao litígio social ou coletivo seja a mais adequada.

CONCLUSÃO

Como dito alhures, para atender aos anseios das sociedades contemporâneas, em que o exemplo tradicional não encontrava solução, foi possível observar o surgimento de novas tendências, métodos e movimentos, como o uso dos meios alternativos de resolução de conflitos. Com efeito, ao lado da solução mediante sentença, colocam-se, segundo o atual CPC, os meios alternativos, ou adequados, de resolução de conflitos, como instrumento de democratização e forma de ampliação do acesso à justiça.

Em que pese a divergência doutrinária sobre a natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, mostra-se como mais acertada a visão de que se constitui de negócio jurídico bilateral *sui generis* (NERY, 2017, p. 130), por possibilitar a transação de direitos, ainda que indisponíveis. Para mais, a Lei de Ação Civil Pública conferiu uma margem de liberdade para a celebração do negócio jurídico, em sintonia com os meios alternativos de solução e com um novo modelo constitucional de processo.

O ajuste, contudo, deve se revelar o meio mais adequado para a composição do litígio social ou coletivo, conforme as circunstâncias do caso concreto, avaliadas em juízo de ponderação, na forma da lei. Nada obstante, também é preciso repensar o viés da indisponibilidade absoluta dos interesses transindividuais frente à vontade, à liberdade e à autonomia privada, para que se busque, tanto quanto possível, a negociação da melhor solução mediante o compromisso de ajustamento de conduta a respeito dos conflitos que os envolvem, tema cujos estudos, contudo, ainda merecem maior aprofundamento.



REFERÊNCIAS

- Agostinho, S., Bispo de Hipona, 354-430. *Sobre o livre-arbítrio*. Trad. Everton Toresim. São Paulo: Ecclesiae, 2019.
- AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O paradigma pós-moderno do negócio jurídico e a necessidade de uma nova concepção na contemporaneidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p262. ISSN: 2178-8189.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 10. ed. rev. e mod. São Paulo: Saraiva, 2018.
- ANDRADE, Adriano. MASSON, Cleber. ANDRADE, Lando- lfo. *Interesses Difusos e Coletivos*. 10. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.
- ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de Processo Civil: Parte Geral*. São Paulo: Malheiros, 2016, t. 1.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciados das Jornadas de Direito Civil*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf> Acesso em: 26 out 2022.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciados das Jornadas de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios->

- 1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios Acesso em: 26 out 2022.
- BRASIL. Fórum Permanente de Processualistas Civis. *Enunciados*. Disponível em: <https://frediedidier.academia.edu/research#fppcf%C3%B3rumpermanentedeprocessualistascivis> Acesso em: 26 out 2022.
- BRASIL. Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VE-TADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm Acesso em: 26 out 2022.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 26 out 2022.
- BRASIL. Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm Acesso em: 26 out 2022.
- BRASIL. Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm Acesso em: 26 out 2022.
- BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 26 out 2022.

- BRASIL. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm Acesso em: 26 out 2022.
- BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 26 out 2022.
- BRASIL. Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015. Lei de Mediação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm Acesso em: 26 out 2022.
- BRASIL. Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm Acesso em: 26 out 2022.
- BRASIL. Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm Acesso em: 26 out 2022.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. Trad. Pedro Gomes de Queiroz. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 8, v. 12, n. 13, p. 733-749, jan./jun. 2014.
- COSTA, Izabella Affonso; NAGASHIMA, Rafael Kenji Freiberger; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Negócios jurídicos existenciais frente à nova lei da

- liberdade econômica. *I Encontro Virtual do CONPEDI. Direito Civil Contemporâneo*. Florianópolis, 2019, p. 189-207.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2016.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: teoria geral e contratos em espécie*. 6. ed. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2016.
- GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral). *Coleção NCPC. Doutrina selecionada. Provas*. 2. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 3.
- HATOUM, Nida Saleh; BELLINETTE, Luiz Fernando. Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 260, p. 12-16, out. 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 33, p. 182-191, Jan/Mar. 1984.
- NERY, Ana Luiza. *Teoria geral do Termo de Ajustamento de Conduta*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro:

- Forense; São Paulo: Método, 2021.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- 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, ano 12, v. 19, n. 2, p. 118/148, mai/ago de 2018.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Compromisso de Ajustamento de Conduta: atualidades e perspectivas de acordo com o projeto do novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. VII, p. 73-114, 2011.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 3.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. 15. reimpr. (2020). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- VENTURI, Elton. Transação em direito indisponível? *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 251, p. 391-426, Jan/2016.
- VITORELLI, Edilson; ZANETI JR., Hermes. *Casebook de processo coletivo: estudos de processo a partir de casos*. São Paulo: Almedina, 2020, v. 2 (técnicas extrajudiciais de tutela coletiva e temas especiais).