

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

ADRIANA SILVA MAILLART

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

F723

Formas consensuais de solução de conflitos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Caio Augusto Souza Lara – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-396-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Formas consensuais. 3. Solução de conflitos.
IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentação

Formas de Solução de Conflitos I

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Formas Consensuais de Solução de Conflitos I durante o IV Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 09 a 13 de novembro de 2021, sob o tema geral “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Trata-se da quarta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos das diversas formas consensuais de solução de conflitos existentes no Brasil e no mundo.

Os temas abordados vão desde a conciliação, a mediação e as práticas de justiça restaurativa, passando também pelo estudo da arbitragem. Em virtude do tempo em que vivemos, os desafios atuais da temática do grupo relacionados à pandemia da COVID-19 também estiveram presentes.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Adriana Silva Maillart

Caio Augusto Souza Lara

A AUTOCOMPOSIÇÃO NA TUTELA COLETIVA THE SELP-COMPOSITION IN COLLECTIVE GUARDIANSHIP

Silvio Henrique Marques Junior ¹

Luiz Alberto Pereira Ribeiro ²

Resumo

A temática é a autocomposição coletiva. Pelo método científico dedutivo, utilizando-se a legislação processual civil, bem como a doutrina, de início, aborda-se que uma das ideias centrais do legislador brasileiro é priorizar a solução consensual de conflitos, não diferindo, neste aspecto, o processo individual do coletivo. Porém, na tutela coletiva, como há uma gama de especificidades, ausentes na individual, a autocomposição pressupõe um controle criterioso da representatividade adequada, à luz da cooperação processual, e a ampla publicidade dos acordos, com vistas à legitimação da construção do consenso.

Palavras-chave: Autocomposição, Tutela coletiva, Representatividade adequada, Cooperação processual, Ampla publicidade

Abstract/Resumen/Résumé

The theme is collective self-composition. Through the scientific deductive method, using the civil procedural law, as well as the doctrine, it is initially addressed that one of the central ideas of the Brazilian legislature is to prioritize the consensual resolution of conflicts, not differentiating, in this respect, the individual process of collective. However, in collective protection, as there is a range of specificities, absent in the individual, the self-composition presupposes a judicious control of the adequate representation, in the light of the procedural cooperation, and the wide publicity of the agreements, in order to legitimize the construction of the consensus.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Self-composition, Collective guardianship, Adequate representativeness, Procedural cooperation, Wide advertising

¹ Mestrando em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina - UEL

² Professor orientador do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL

1. INTRODUÇÃO:

O tema da autocomposição de conflitos, na seara do direito processual, tem cada vez mais ganhado destaque no cenário nacional. Passou-se a permitir e a incentivar a transformação da “cultura da sentença” para a “cultura da pacificação” (WATANABE, 2018).

Com isso, o acesso à justiça sofreu profundas mudanças nas últimas décadas em nosso país, deixando de se restringir à garantia de acesso ao Poder Judiciário para passar a compreender a noção mais ampla de Justiça Multiportas ou *Multi-door Justice* (HILL, 2021).

Corroborando esta afirmação introdutória, é importante observar que, em 2010, foi criada a Resolução nº 125 do CNJ, cujo objetivo era estimular e regulamentar o tratamento de conflitos por vias não adversariais, mediante a implementação de políticas de pacificação social. Esta Resolução sofreu duas emendas em 2013 e 2016, sendo seguidas pela Lei 13.105/2015, o atual Código de Processo Civil, e pela Lei 13.140/2015, Lei do marco inicial da Mediação. Posteriormente, seguiu-se a Resolução nº 174/2016, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que instituiu a Mediação trabalhista. Essas regras normativas instituíram os meios autocompositivos, entre eles a mediação e a conciliação, como políticas públicas voltadas ao tratamento adequado de conflitos, cujo intuito era “*a pacificação social e uma mudança de cultura/paradigma, substituindo o processo/guerra pela consensualidade/pacificação.*” (SPENGLER; SPENGLER, 2018).

Porém, ainda hoje, é necessária a superação de alguns dogmas, preconceitos e obstáculos de ordem cultural, social, educacional ou de formação, e estrutural, para que sejam aplicados, preferencialmente (CHASE, 2014), os meios autocompositivos de resolução de conflitos, com vistas a tão almejada pacificação social entre as partes, por meio do consenso.

Não se pode negar, todavia, que, com o advento do CPC, e de outras leis esparsas, houve avanço no tema, mas existem fortes, contudo injustificadas resistências, principalmente culturais, de alguns que ainda negam abandonar a justiça estatal.

Através do método científico dedutivo, aqui abordaremos, genericamente, a autocomposição na tutela coletiva, e sua possibilidade de aplicação prioritária frente à legislação brasileira, e a necessidade de aferição responsável e efetiva da representatividade adequada, para que a negociação coletiva, amplamente divulgada e publicizada, eventualmente

firmada pelo(s) legitimado(s) coletivo(s), se legitime e possa atingir, de fato, os anseios, objetivos e interesses do(s) grupo(s) representado(s).

2. DESENVOLVIMENTO:

É sabido que o legislador processual civil brasileiro priorizou a solução consensual de conflitos, em contraposição à jurisdição estatal, tanto é que, no art. 3º, do CPC de 2015, contemplou que “*o Estado promoverá, sempre que possível, (...)*” a aplicação dos meios alternativos de resolução de conflitos, dentre eles métodos autocompositivos, tais como a conciliação e a mediação.

Mas será que a autocomposição, desenhada para ser usada em conflitos individuais, pode ser aplicada também em conflitos coletivos? Se, a princípio, a autocomposição só se aplicaria para resolver conflitos individuais, recentemente o seu campo de atuação começou a ser sutilmente alargado.

Sob esse prisma, na tutela coletiva, passou-se a se preocupar, a fomentar e a admitir a obtenção de acordos e de composições entre os próprios envolvidos na lide como via alternativa salutar à jurisdição estatal.

Esse quadro é visto no direito penal e no direito administrativo. No primeiro, através da transação penal e da suspensão condicional do processo, ambos previstos na Lei n.º 9.099/1995, e também do instituto da não persecução penal contida na Lei n.º 13.964/2019, e outras leis que a antecederam, tais como a Lei n.º 12.850/2013 que disciplinou detidamente a colaboração (ou delação) premiada, entre outras leis esparsas. No direito administrativo, com a Lei n.º 12.846/2013, que dispôs a respeito do acordo de leniência, e a Lei n.º 13.140/2015, que, em seu art. 36, § 4º, expressamente admitiu a autocomposição em ações de improbidade administrativa (DIDIER; ZANETI, 2018), e, mais recentemente, com a nova redação dada ao art. 17, § 1º, da Lei n.º 8.429/1992, pela Lei 13.964/2019, quando disciplinou a possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível em conflitos atinentes à improbidade administrativa.

Ainda, é de se ressaltar que o emprego das medidas autocompositivas, inclusive na tutela coletiva, devem ser estimuladas pelos atores processuais (juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público), como está insculpido no § 3º, do art. 3º, do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015). Esta opção legislativa é fruto da superação do antigo

paradigma hermenêutico de que os interesses indisponíveis jamais poderiam ser submetidos à autocomposição, já que mais importante do que a disponibilidade ou não do direito, é enxergar se existe mais de uma solução admissível para a resolução do conflito, ou seja, se é possível e admissível, perante a lei, que a solução se dê por via diversa da mera resposta judicial.

Não há, portanto, *a priori*, nenhum obstáculo à autocomposição em se tratando de interesses difusos e coletivos, embora, excepcionalmente, ela não deva ser admitida quando o acordo entabulado é prejudicial ao interesse sob tutela, ou que resulte benefícios maiores a interesses privados do que ao interesse público.

Acrescente-se, ainda, que não obstante a inexistência de balizas legais para determinar as fronteiras do acordo coletivo viável ou não, fato é que, além dos critérios já mencionados, impõe-se como condição de viabilidade do ajuste coletivo a observância ao disposto no art. 26, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942, e seus acréscimos inseridos pela Lei 13.655/2018), no qual consta que aos celebrantes exige-se “*solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais, que não ofereça desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral e que estabeleça com clareza as obrigações das partes, o prazo para o seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.*” (ARENHART; OSNA, 2021)

Não há dúvidas, portanto, de que cabe a autocomposição em conflitos coletivos, principalmente porque, como ocorre em contendas individuais, viu-se que a morosidade na resposta estatal poderia levar à insegurança jurídica e à inefetividade do processo judicial, além do que a solução negociada poderia gerar uma maior harmonia no seio da sociedade, em um jogo sem derrotados, com o fomento do diálogo e da compreensão (ARENHART; OSNA, 2021).

Exsurge-se, pois, em grande parte das vezes, que a solução judicial não se mostra a mais adequada para a justacomposição do litígio, máxime em se cuidando de conflitos de natureza coletiva. A característica multifacetária e transindividual dos interesses contrapostos acena, com mais intensidade, para a necessidade de efetivação de soluções desjudicializadas e consensuais.

Em muitos casos, a propositura de uma ação civil pública leva consigo um rótulo de uma eficiência aparente, não real, para a solução da contenda, eis que, além de ensejar uma

cultura adversarial, demandista, em que existem vencidos e vencedores, o conflito fático subjacente pode permanecer intacto, não obstante a imutabilidade da decisão advinda da coisa julgada. (CAVACO, 2016)

O caminho, então, seria o “acordo”, já que representaria a melhor saída para se alcançar a proteção do bem jurídico tutelado, sem desgastes às partes e interessados, e mediante o consenso e o re(arranjo) social.

Registre-se, ainda, que, mesmo após a prolação de sentenças, as execuções negociadas, com cronogramas pré-estabelecidos de cumprimento de obrigações e prazos, e a participação cooperativa das partes e envolvidos, principalmente em se tratando de demandas coletivas que envolvem políticas públicas, são os melhores caminhos para se chegar à resolução consensual da lide, uma vez que tais medidas dão novos contornos às execuções, preponderando o consenso, e não a coerção, e, ainda, colocando os interessados num plano horizontal, e não de verticalização por meio da execução forçada. (COSTA, Eduardo José da Fonseca, 2016)

Logo, esses procedimentos alternativos ao juízo estatal, menos formais, e mais eficazes na resolução efetiva dos conflitos, com maior densidade na pacificação social (MUNIZ, 2014), passam a ganhar corpo na tutela coletiva.

Todavia, para que esse ideal se concretize, é necessário que se faça uma abordagem à temática que envolve o princípio da cooperação processual, mormente considerando que os meios autocompositivos podem ser realizados no curso do processo judicial, como preconiza o § 3º, do art. 3º, do CPC.

Pois bem. Etimologicamente, a palavra “cooperar” significa “operar juntamente com alguém; contribuir ajudando, auxiliando outras pessoas.”. Esta palavra possui os seguintes sinônimos: colaborar, auxiliar, ajudar, contribuir etc (Dicionário *on line* de Português).

Partindo do significado linguístico dessa expressão, percebe-se que a intenção do legislador, ao editar o art. 6º, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), foi criar expressamente um dever de cooperação mútua dos sujeitos processuais, a fim de se obter uma prestação jurisdicional ou não, justa, efetiva, e, dentro do razoável, célere.

Além dos modelos tradicionais de organização do processo (dispositivo e inquisitivo), os quais aqui não se pretende analisá-los, a doutrina moderna reconhece a existência de um terceiro modelo processual, qual seja, o modelo cooperativo ou colaborativo.

No modelo cooperativo de processo, os atores ou participantes processuais (juiz e partes) devem agir com lealdade, boa-fé e em cooperação durante todo o desenrolar do processo, com o objetivo de assegurar, dentro de um prazo razoável, um resultado justo para a solução da lide (arts. 4º, 5º e 6º do Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015). Diferentemente dos dois modelos tradicionais, tem-se aqui uma participação ativa de todos os envolvidos no processo, ou seja, todos terão de pôr a “mão na massa” na busca de um resultado jurisdicional ou consensual, justo, efetivo, e, dentro do razoável, célere.

Tal modelo vale para o processo individual, e também para o processo coletivo, e independentemente da divergência existente na doutrina quanto à obrigatoriedade ou não da cooperação processual das partes entre si, o fato é que a busca pelo modelo cooperativo de processo nada tem a ver com o desinteresse das partes pelo direito material que defendem em juízo, mas, certamente, representa uma mudança de posturas, de comportamentos, traduzindo que elas podem buscar seus interesses, porém, para isso, não devem adotar condutas antiéticas e abusivas.

Das partes se espera uma cooperação processual recíproca, não no sentido de abandonarem ou abrirem mão de seus interesses, mas sim no sentido de não praticarem condutas moralmente reprováveis e abusivas, pois só assim haverá contribuição delas no discurso processual, permitindo a formação efetiva e justa do ato jurisdicional decisório, ou até mesmo, e principalmente, do consenso.

O breve estudo, todavia, não se restringe à análise quanto à possibilidade de autocomposição em conflitos coletivos e a necessidade de cooperação entre as partes. Ele vai um pouco além para se buscar algumas respostas ainda perdidas, a saber: a) a ideia que justifica a autocomposição também encontra guarida no campo da tutela coletiva? b) quais os argumentos que podem justificar isso? c) existe legitimidade na concretização da autocomposição na tutela coletiva?

Como no processo coletivo há vários institutos de direito processual que merecem ser relidos e reinterpretados se comparados aos do processo individual, tais como a legitimidade, a representação, a coisa julgada etc, a aplicação da autocomposição na tutela coletiva tem suas particularidades, sobre as quais o intérprete do direito deve se debruçar.

Partindo-se de que existem sociedades mais propensas ao diálogo e ao consenso, a princípio, a autocomposição não poderia substituir, por completo, a decisão adjudicada, uma vez que existem situações nas quais o acordo seria inatingível.

Todavia, tal raciocínio não excluiria a ideia de que ela possa ser um caminho resolutivo a desempenhar um importantíssimo papel no arranjo do sistema justiça, principalmente quando os interessados reconhecem as suas dificuldades e seus potenciais, podendo, assim, alcançar resultados mais viáveis e concretos do que uma solução pela via judicial (ARENHART; OSNA, 2021).

A autocomposição, por pressupor um ambiente negocial, de diálogo e inter-relação entre as partes, faz com que o seu percurso seja mais flexível do que na adjudicação, e isso dá ensejo a uma maior dose de adaptabilidade no procedimento. Tal aspecto, na tutela coletiva, ganha especial destaque, porque se as partes celebram um acordo de longo prazo, passam a se inserir num cenário de maior previsibilidade e segurança jurídica, especialmente contra eventuais intervenções do Judiciário fora dos limites acordados.

Somados a tais fatores, pode-se observar outros tantos relacionados aos processos coletivos que envolvem problemas complexos, tais como políticas públicas. Nestes processos, é comum que deparemos com situações nas quais não há, propriamente, litígio na acepção jurídica do termo, mas multiporalidade de interesses, em oposição à concepção de lide adotada por Carnelutti, na qual o processo pressupõe bilateralidade, ou seja, dois polos bem definidos, sendo que o autor desenvolve uma investida em face do réu, e este uma pretensão resistida diante do ataque (ARENHART, 2017).

É bem comum, em processos coletivos, sobretudo naqueles denominados “processos estruturais”¹, que ocorra o consenso de todos os envolvidos de que a situação apresentada está em desalinho com o Direito. Porém, há dissenso quanto aos caminhos para se buscar o aperfeiçoamento da situação ou para transpor limites concretos que dificultam ou impedem que essa melhora possa ocorrer espontaneamente. Tal característica permite afirmar que a melhor

¹ Segundo o jurista Edilson Vitorelli, “o processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural.” (2021, p. 84). Conceituando o processo estrutural de maneira mais abrangente, uma vez que essa corrente admite a identificação de processos estruturais não só em processos coletivos, mas também em processos individuais, Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira lecionam que “o processo estrutural é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal.” (Revista de Processo, v. 303, ano 2020, p. 46).

via resolutiva é a justaposição dos múltiplos interesses por meio da resposta consensual, já que enseja uma participação ativa da comunidade, e em especial do(s) grupo(s) afetado(s), com manifestos resultados positivos ao regime democrático e à pacificação social. O pressuposto disso é ideia de responsabilidade social (*accountability*) de todos os envolvidos na intervenção complexa da sociedade.

Seguindo essa trilha hermenêutica, num panorama de necessária reconstrução democrática do processo, os colegitimados, mormente o Ministério Público por meio do inquérito civil e outros procedimentos administrativos, e outros interessados, inclusive os *amicus curiae*, devem atuar como agentes catalisadores, possibilitando que os mais diversos interessados no litígio coletivo sejam ouvidos e favoreçam eficazmente para a “*construção dialética do consenso*”, como diz WARAT. (CAVACO, 2016)

Como já há muito tempo sustentado em doutrina², os direitos transindividuais devem ser analisados não sob o prisma de inspiração individualista-liberal, mas sim como imprescindíveis à sobrevivência da sociedade contemporânea. Porém, para tratá-los a processualista atual deve seguir algumas particularidades inexistentes no processo tradicional, dentre elas o tratamento da legitimidade e da representação, os quais desaguam, também, na aplicação da temática da autocomposição de conflitos coletivos.

É nesse palco que tem assumido especial relevância o debate referente à admissibilidade de celebração de acordos ou de convenções coletivas, considerando a impossibilidade de completa participação, na negociação, de todos os interessados envolvidos. Essa abordagem analítica passa a ter importância especialmente após o surgimento da temática da autocomposição no processo civil coletivo (OSNA; VIEIRA, 2021), tendo em vista a adoção de uma “*política pública de estímulo às soluções extraídas do consenso*” (PINHO; VIDAL, 2016).

² Nesse sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth destacaram, com total acerto, que “*a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.*” (Acesso à Justiça, Sérgio A. Fabris editor, 1988, p. 49-50). E, mais adiante, acrescentaram que “*a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundido com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos <<direitos públicos>> relativos a interesses difusos.*” (*op. cit.*, p. 51).

Não se pode ignorar, todavia, as críticas de Owen Fiss sobre a solução consensual coletiva, também ratificadas por Leonardo Nunes no Brasil. Em resumo, afirma essa corrente que o consenso se fundamenta em premissas questionáveis, e assim o transforma em medidas altamente problemáticas (ARENHART e OSNA, 2021). Sustenta que, na tutela coletiva, há vários empecilhos para se alcançar o acordo, quais sejam: a) o consentimento é fruto de uma coerção; b) a negociação, em tese, pode ser realizada por alguém que não possua autoridade; c) a falta de participação do juiz na solução consensual pode tornar sua participação posterior difícil, inviabilizando a aplicação da justiça; d) os mecanismos de solução consensual desconsideram eventuais discrepâncias de poder entre os interessados, tratando-se todos como se fossem, a princípio, iguais; e) as soluções consensuais partem do pressuposto de que todos os envolvidos na negociação possuem condições suficientes para oferecer o consentimento; e) há uma suposição errônea de que as soluções consensuais encerram a participação do juiz no caso; e) as soluções acordadas estão preocupadas, principalmente, com a pacificação social, em prejuízo de outras finalidades também essenciais e próprias da função jurisdicional, esquecendo-se de explicitar e dar força aos valores incorporados na lei e na Constituição.

Entretanto, embora essas observações possam levar ao impedimento na celebração de acordos coletivos, o que, de fato, ocorre é que elas a legitima.

Pois bem. Rebatendo os argumentos acima apresentados pela doutrina estrangeira, inicialmente, não há que se falar que, em regra, o consentimento manifestado em litígios coletivos seja comumente fruto de coerção. A aceitação e a confirmação do acordo coletivo têm de partir de um ato volitivo das partes. Sabe-se que a vontade humana é um elemento essencial para assegurar a validade dos atos e negócios jurídicos, e deve ser livre, espontânea e clara. Se essa vontade não condiz com o desejo do agente, por estar viciada, o ato ou negócio jurídico tornar-se-á suscetível de nulidade ou anulação, nos termos da legislação civil vigente.

Ainda, importa salientar que só estariam autorizados a firmar acordos coletivos os colegitimados previstos em lei, desde que estejam a representar adequadamente os interesses dos atingidos, sob pena de comprometer a própria validade da solução negociada, e todos os interesses metaindividuais protegidos.

Outrossim, é mister destacar que o magistrado, na autocomposição coletiva, não possui um papel de mero espectador e chancelador da vontade das partes. Ele deve atuar atentamente, a fim de controlar os termos do acordo coletivo firmado, identificar a inexistência de

vulnerabilidade na posição dos sujeitos que transacionam, ou, se existente, buscar equilibrá-la, trazendo o ideal de justiça e igualdade, bem como perseguir a proteção suficiente de todos os envolvidos, a preservação do interesse público e a proteção adequada dos interesses metaindividuais ou individuais homogêneos no caso. A presença do juiz, pois, leva a maior credibilidade e maior segurança jurídica ao consenso, atribuindo-se maior legitimidade (ARENHART; OSNA, 2021), e respeito ao modelo de processo cooperativo.

Saliente-se, ademais, que embora, muitas vezes, as desigualdades entre autor e réu em demandas coletivas são ignoradas, não se pode negar que podem ser removidas, ou, no mínimo, atenuadas, com a participação e colaboração efetiva de órgãos públicos, tais como o Ministério Público e a Defensoria Pública, e, também, com a própria intervenção de advogados, públicos e privados. Tal situação faz com que as partes se coloquem em condições de igualdade no processo, e colaborem entre si, possibilitando, inclusive, a realização da autocomposição coletiva.

Nesta quadra, não obstante a possível assimetria de posições das partes na disputa coletiva - *repeat players* (litigantes habituais) vs. *one shooters* (litigantes eventuais) - e seu impacto na autocomposição (FISS, 1984), isso pode ser superável com o efetivo controle da participação e cooperação dos envolvidos e a representação pelos colegitimados coletivos.

Para que haja uma desejável e legítima composição coletiva, seria necessário, no mínimo, assegurar a representatividade adequada aos múltiplos interesses em jogo, com vistas à confirmação de que o(s) grupo(s) a ser representado(s) estaria(m) devidamente assistido(s) por seu(s) representante(s).

A representação adequada, que também deve possuir os adjetivos de responsável e efetiva, mostra-se relevante não só para o processo, mas também para o emprego das técnicas autocompositivas, eis que não basta figurar como colegitimado coletivo para buscar a celebração desses negócios, ou seja, o fato de ser autor coletivo, em decorrência de previsão legal, não é “*uma carta em branco para a transação*”³ (ARENHART; OSNA, 2021). Exige-

³ Nesse diapasão, admitindo o controle judicial da representatividade adequada, com apoio na doutrina norte-americana, inclusive, com afirmações, de que a representação adequada é um corolário do devido processo legal, há vários autores, tais como GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2003, nº 108, p. 61-70; GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2002, nº 361, p. 6. Não obstante, há quem diga, a meu ver equivocadamente, que bastaria o exame do texto legal para se admitir a legitimação coletiva, ou seja, se a lei prevê o legitimado coletivo, dispensa-se a análise de sua representação adequada. Esse pensamento consagra a ideia de que a verificação da *adequacy of*

se mais: os colegitimados só podem conduzir, celebrar e dar cumprimento a acordos no campo dos direitos difusos e coletivos, se aferida corretamente a sua representatividade perante o(s) grupo(s) representado(s), de modo a observar se a solução negociada corresponde ao melhor caminho existente para a tutela do interesse metaindividual em conflito⁴.

É correto afirmar, assim, que a aplicação da autocomposição em processos coletivos, mormente em lides estruturais, exige cuidados e pontos de reflexões e deliberações que não devem coincidir com aqueles empregados no processo individual. Exige-se, portanto, entre outros assuntos, que se faça um exame criterioso da representatividade adequada, de modo a verificar se o acordo coletivo está, verdadeiramente, em sintonia com os interesses do(s) grupo(s) atingido(s), e se ele gera algum proveito aos representados.

Ainda, é mister asseverar que a autocomposição em processos coletivos possui outras características peculiares que a diferencia daquela aplicada aos processos individuais, já que enquanto nestes impera a confidencialidade, como se extrai do art. 166, do CPC e art. 2º, inciso VII, da Lei n.º 13.140/15, naqueles exige-se a ampla publicidade que se deve ter para os atos de negociação coletiva e os respectivos resultados obtidos⁵, lançando-se mãos, inclusive, de ferramentas tecnológicas hoje disponíveis, tais como redes sociais, cadastramento de endereços eletrônicos dos envolvidos e dos interessados, e outras formas de comunicação digital, bem como canais de mídia, como televisão, rádio etc. Isso se deve ao fato de existirem sujeitos diretamente interessados na disputa, cuja condição exige representação responsável e efetiva dos colegitimados coletivos na condução, celebração e cumprimento do “acordo coletivo”.

Porém, embora existam opiniões em contrário, essa análise precisa da representatividade adequada, e da ampla publicidade dos atos de negociação coletiva, ambas temperadas com o modelo de processo cooperativo, podem evitar o que a doutrina chama de problema do “leilão reverso”, que nada mais é do que a possibilidade do réu, nas lides coletivas, *“negociar paralelamente com vários colegitimados, buscando celebrar uma negociação com*

representation é tarefa da lei. A legitimação, portanto, é *ope legis*. Nesse sentido: NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1427, nº 10.

⁴ Assim é a redação do art. 2º, inciso IV, do Projeto de Lei nº 1.641/2021: “... a tutela coletiva rege-se, dentre outros, pelos seguintes princípios: (...) representatividade adequada e informação suficiente sobre os melhores termos para a tutela coletiva.”

⁵ Nesse sentido, é o Projeto de Lei nº 1.641/2021, que, em seu art. 2º, inciso VII, reza que “a tutela coletiva rege-se, dentre outros, pelos seguintes princípios: (...) ampla publicidade dos processos coletivos, mediante adequada informação social a respeito do ajuizamento das ações, das decisões ou acordos de tutela coletiva e de sua exequibilidade.”

aquele que lhe ofereça as melhores condições, ou seja, nos termos menos favoráveis ao grupo prejudicado.” (ARENHART; OSNA, 2021)

A ampla divulgação e publicidade da possibilidade de autocomposição coletiva, através de vários canais de comunicação, e a avaliação criteriosa da representatividade adequada dos interesses coletivos em jogo, somados ao ideal de cooperação processual não só entre as partes que ocupam os polos ativos e passivos, mas também entre os colegitimados, com amplo debate de ideias e resoluções, bem como arena de diálogos, podem levar ao consenso, e evitar o indesejado “leilão reverso”.

Todavia, esse cenário só acontecerá se houver, entre outras exigências, uma atuação conjunta entre os colegitimados coletivos, e uma boa vontade das autoridades e pessoas envolvidas na lide. Ou seja, só se impedirá o “leilão reverso”, se ocorrer o desapego às questões pessoais e de somenos importância, e pensarmos na resolução negocial do problema de maneira institucional e como um todo.

Sendo assim, denota-se que a autocomposição se justifica, também, na seara da tutela coletiva, porém para aplicá-la há de se observar uma gama de especificidades e de peculiaridades não presentes na tutela individual, dentre elas destacam-se a necessidade de um controle criterioso na representatividade adequada e uma ampla publicidade dos atos de negociação coletiva e seus correspondentes resultados.

Os argumentos que justificam a autocomposição coletiva seriam os mesmos trabalhados na tutela individual, ou seja, a prioridade do consenso à decisão adjudicada, sem que as partes fiquem rotuladas como vencidas ou vencedoras, sem demandismo, com vistas à pacificação social.

Derradeiramente, para fins de legitimação da autocomposição coletiva, existem pressupostos que devem ser rigorosamente respeitados, como o controle criterioso da representatividade adequada e a ampla publicidade da negociação, salpicados pela ideia de cooperação processual, sob pena de se tornar inviável o acordo coletivo.

3. CONCLUSÃO

A conclusão a que se chega é a de que, preferencialmente (CHASE, 2014), como ocorre na tutela individual, a autocomposição deve ser empregada em processos coletivos, mormente em litígios estruturais, porém com algumas peculiares e diferenciações em

comparação aos processos individuais. Exemplo disso é que enquanto nestes prevalece a regra da confidencialidade, nos processos coletivos há de se imperar a ampla publicidade e divulgação dos atos de negociação, termos de acordo e seus respectivos cumprimentos, já que potencialmente há múltiplos interesses sendo afetados pelo conflito e a ideia de que há responsabilidade de todos para o restabelecimento da paz social.

Ademais, como há essa gama de especificidades e de peculiaridades na tutela coletiva, a autocomposição pressupõe um controle criterioso da representatividade adequada, à luz da cooperação processual, com vistas à legitimação da construção do consenso.

Também, denota-se que as críticas de Owen Fiss são válidas não como obstáculos intransponíveis à aprovação da autocomposição em processos coletivos, mas como guias orientativos para não se incorrer em irregularidades na aplicação do consenso em conflitos coletivos.

Essas medidas ora apresentadas vão ao encontro dos fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito e do acesso efetivo à justiça, eis que, com a utilização de métodos autocompositivos, os interessados, por meio de seus representantes, podem livremente definir uma solução mais adequada para seus problemas jurídicos, num espaço democrático, envolto ao diálogo, o que propicia a promoção da cidadania e da solidariedade social, bem como a consolidação da dignidade da pessoa humana (MINELLI, 2019).

4. REFERÊNCIAS:

ARENHART, Sérgio Cruz; e, OSNA, Gustavo. **Notas sobre a autocomposição no processo coletivo**. In: Revista dos Tribunais, vol. 316/2021. Jun/2021, p. 239-272.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes**. In: JOBIM, Marco F; ARENHART, Sérgio C. (orgs.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 423-448.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**, Trad. Ellen Gracie Northfleet, Sérgio A. Fabris editor, 1988.

CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. **O Inquérito Civil como Instrumento Efetivo e Resolutivo na Tutela dos Interesses Transindividuais – Desjudicialização, Contraditório e Participação.** Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 59, jan./mar. 2016, p. 81-108.

CHASE, OSCAR G. **Direito, cultura e ritual.** Trad. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **A “Execução Negociada” de Políticas Públicas em Juízo.** Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 59, jan./mar. 2016, p. 109-136

DIDIER Jr., Fredie; e, ZANETI Jr, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro.** Revista de Processo, vol. 303/2020, p. 45-81.

DIDIER Jr., Fredie; e, ZANETI Jr, Hermes. **Justiça Multiportas e tutela adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos.** In: Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. Coord. Geral: DIDIER Jr., Fredie. Coordenadores: ZANETI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. 2ª ed. Salvador; JusPodivm, 2018, p. 37-64.

FISS, Owen. **Against settlement.** The Yale law journal, v. 93, 1984.

GIDI, Antonio. **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta.** Revista de Processo. São Paulo: RT, 2003, nº 108, p. 61-70.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada.** Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2002, nº 361, p. 6.

HILL, Flávia Pereira. **Desjudicialização e Acesso à Justiça além dos Tribunais: Os Quatro Pontos Cardeais do Devido Processo Legal.** In: Fundamentos objetivos e o novo Processo Civil brasileiro. Organiz. JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Caselli, Ed. Thoth, 2021.

MINELLI, Daiane Schwabe; GOMES, Sergio Alves. **A desjudicialização e os meios alternativos de resolução de conflitos sob a égide do pós-positivismo.** Revista do Direito Público, Londrina, v. 14, n. 2, p. 151-167, ago. 2019.

MUNIZ, Tânia Lobo. **O conflito, os modelos de solução, o acesso à justiça e a estrutura oficial de solução de conflitos.** In: MUNIZ, Tânia Lobo; ARAÚJO JR., Miguel Ettinger. (org.). Estudos em direito negocial e os meios contemporâneos de solução de conflitos. Birigui: Boreal Editora, 2014. v. 1, p. 28-68.

NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.** 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1427, nº 10.

NUNES, Leonardo Silva. **Notas sobre a consensualidade nos processos estruturais.** In: REICHELT, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). Coletivização e unidade do direito. v. 2. Londrina: Thoth, 2020.

OSNA, Gustavo; VIEIRA, Isabelle Almeida. **Os Negócios Processuais na Tutela Coletiva.** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, Ano 15. Volume 22, Número 3. Setembro a Dezembro de 2021, p. 410-433.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL; Ludmila Camacho Duarte. **Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no compromisso de ajustamento de conduta.** Revista de Processo, v. 256, p. 371-409, jun. 2016, p. 378.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER, Fernando Augusto Marion. **Na Medicina e no Direito. Como se Rompe um Paradigma?** Direitos Humanos e Democracia, Ano 6, nº 12, Jul./Dez. 2018.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática,** 2ª edição, Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: Intepretação da Lei: Temas para uma reformulação.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, v. I.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesses**. In: *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. Coord. Geral: DIDIER Jr., Fredie. Coordenadores: ZANETI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. 2ª ed. Salvador; JusPodivm, 2018, p. 833-841.