

**OS LIMITES NEGOCIAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS TACS
(ou da interpretação do §1º do art. 1º da Res CNMP n. 179)**

*THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE'S NEGOTIATING LIMITS IN TACS
(or the interpretation of §1 of art. 1 of Res CNMP n. 179)*

Alexandre Amaral Gavronski³³

RESUMO: O artigo aprofunda a interpretação da disciplina dada pelo CNMP aos limites negociais do Ministério Público na celebração de TACs, constante do art. 1º, §1º, da Res. 179 do CNMP, enfocando aspectos fundamentais para a adequada compreensão da proibição de renúncia aos direitos ou interesses coletivos e da limitação da negociação “à interpretação do caso concreto”. Dentre esses aspectos, as razões que justificam a proibição, ligadas à ausência de titularidade dos direitos objeto da composição e à natureza e peculiaridades da legitimidade para atuar na defesa desses direitos e interesses tal qual prevista em nosso ordenamento jurídico; as diferenças entre renúncia de direito material (vedada) e do direito processual de ação (permitida, visto que inerente à legitimidade concorrente disjuntiva) e entre renúncia e ausência de composição consensual envolvendo toda a lesão ou ameaça, bem como o perfeito alinhamento da disciplina estudada às mais avançadas teorias da interpretação. O artigo ainda dialoga com as principais críticas destinadas pela doutrina à disciplina regulamentar analisada para demonstrar que a maioria delas são infundadas por decorrerem de leitura equivocada, que extrai dela limites que ela não impõe, e que as demais se justificam para assegurar adequada proteção aos direitos coletivos, considerando a amplitude da legitimação coletiva para autocomposição em tutela coletiva em nosso ordenamento jurídico, conferida a todos os órgãos públicos legitimados à ação civil pública, sem um controle efetivo da “representatividade adequada”. Do artigo se conclui que os limites negociais impostos pela disciplina editada pelo CNMP ao Ministério Público na celebração de TACs, além de plenamente adequados à disciplina legal e constitucional aplicável à construção de soluções consensuais em tutela coletiva no Brasil, estão longe de criar empecilhos insuperáveis para essa construção, estratégica para o incremento da resolutividade da atuação do Ministério Público, antes fornecendo parâmetros seguros para orientar a atuação negocial dos membros.

1 INTRODUÇÃO

Consolidou-se no meio jurídico o reconhecimento da importância das soluções consensuais para assegurar efetividade aos direitos, mormente pelos ganhos por elas trazidos de tempo e para a implementabilidade prática das medidas necessárias. Consagrando ideias difundidas há décadas acerca do enorme potencial dos meios alternativos de solução de conflitos para se alcançar acesso integral

³³ Procurador Regional da República na 4ª Região. Mestre em Direito pela PUCSP e Doutorando em Direito pela UFRGS. Autor do livro *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva* (RT, 2010) e coautor do *Manual de Negociação e Mediação para membros do Ministério Público* (CNMP, 2. ed. 2015) e do *Manual do Procurador da República* (JusPodivm, 4. ed. 2022). Membro titular do CONAFAR-CNMP.

à justiça³⁴, que já vinham sendo prestigiadas pelo sistema de justiça nacional³⁵, o legislador brasileiro incluiu entre as normas fundamentais do processo civil definidas pelo código de 2015 os deveres do Estado de promover a solução consensual dos conflitos e de todos os agentes do sistema de justiça de estimularem os métodos adequados a essa promoção (art. 3º, §§2º e 3º do Código). Esses avanços estão indissociavelmente ligados a uma preocupação atual de todo o sistema de justiça com a resolutividade de sua atuação³⁶, isto é, com sua capacidade de entregar resultados, de assegurar efetividade aos direitos na realidade concreta, pois há muito se difundiu a consciência que de nada valem direitos que são assegurados em lei, mas não se efetivam.

No âmbito da tutela coletiva, as soluções consensuais são autorizadas desde 1990, ano em que o Código de Defesa do Consumidor incluiu na Lei da Ação Civil Pública o §6º ao art. 5º, para dispor que “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”. Essa é a base legal do compromisso de ajustamento de conduta, mais conhecido como TAC, sendo o “t” do termo em que o legitimado toma o compromisso. Ele é, sem dúvida, o principal instrumento extrajudicial de solução consensual dos conflitos, controvérsias e problemas³⁷ no âmbito da tutela coletiva.

Todo esse enorme potencial do TAC traz desafios e responsabilidades de grandeza correspondente, e, com eles, inúmeras dúvidas e incertezas sobre aspectos centrais para o uso do instrumento. Atento ao acentuado descompasso entre a importância do TAC e sua singela e já antiga disciplina legal, o Conselho Nacional do Ministério Público editou, em 2017, a mais completa e detalhada disciplina regulamentar do instrumento: a Resolução n. 179.³⁸ Embora seja de observância

³⁴ A defesa de métodos alternativos para soluções dos conflitos foi incluída por Mauro Cappelletti desde a década de 70 do século passado no contexto da denominada terceira onda do movimento do acesso à justiça, que propugnava um novo enfoque, mais amplo, desse acesso. Cf. a tradução de Ellen Gracie Northfleet do ensaio que serviu de introdução geral à publicação original de 1975 da série *Access to Justice* do “Projeto Florença”, coordenada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, publicado no Brasil pela Editora Fabris (CAPPELLETTI e GARTH, *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, em especial nas p. 67-73 e 81-90).

³⁵ Cf., por exemplo, as resoluções n. 125/2010 do CNJ e 118/2014 do CNMP. Também, a publicação *Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público*, publicada pelo CNMP em 2014, atualmente na 2. ed. (2015).

³⁶ No âmbito do Ministério Público, ver, a propósito, a Recomendação n. 54, de 2017.

³⁷ Os três termos são usados na Res. CNMP 118/2014 e aparecem com frequência em normas e nas publicações do CNMP. Resumidamente, “conflito” se caracteriza por um antagonismo de posições ou interesses com relevância jurídica onde há resistência por parte de um dos envolvidos, a qual não se apresenta na “controvérsia”. Já “problema” é expressão que se destina a albergar as situações em que não há, propriamente, um antagonismo, mas uma situação de inefetividade concreta ou potencial dos direitos ou interesses. As três situações podem ser equacionadas por TACs.

³⁸ Essa resolução resultou da aprovação no Colegiado do CNMP, com poucas alterações, de um projeto apresentado por um Grupo de Trabalho nomeado pela Portaria CNMP-Pres. N. 23/2014 e composto por vários membros estudiosos do instrumento, de todos os ramos do Ministério Público brasileiro, que tivemos a honra de integrar ao lado de expoentes no assunto, como Geisa de Assis Rodrigues (MPF), Gregório Assagra de Almeida (MPMG) e Fernando Akaoui (MPS). O histórico desse projeto e da tramitação da proposta de resolução consta da Proposição n. 0.00.000.000659/2014-70.

necessária apenas pelos membros da Instituição, é natural que, pelo destacado protagonismo do Ministério Público na tutela coletiva brasileira e, em particular, no uso desse instrumento, e pela qualidade intrínseca da norma e a escassez de disciplina normativa específica, essa regulamentação sirva de referencial para interpretação do regime jurídico do instrumento.

Neste artigo, nos dedicaremos a aprofundar a interpretação de uma das mais relevantes disposições da Res. 179, o §1º do art. 1º, que estabelece os limites negociais do Ministério Público na celebração dos TACs nestes termos:

§ 1º 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.

Num contexto de crescente estímulo às soluções consensuais, interessa cada vez mais conhecer e, principalmente, compreender os limites para a atuação dos legitimados coletivos na construção de soluções autocompositivas. Bem compreendê-los propicia mais confiança para aqueles que são cada vez mais estimulados a ampliar sua atuação negocial, ao tempo em que fornece parâmetros mais seguros para a correção de eventuais excessos na atuação negocial do Ministério Público e dos demais legitimados coletivos, tanto pelos órgãos revisores internos de cada instituição legitimada como pelo Poder Judiciário. A difusão dessa compreensão também interessa aos titulares dos direitos tutelados, principais destinatários da norma limitadora, e aos interessados em celebrar TACs para evitar ou resolver demandas judiciais, que podem, conhecendo esses limites, orientar de forma mais eficiente a negociação destinada à autocomposição possibilitada por esse instrumento.

Desenvolveremos a análise da disposição regulamentar transcrita em três partes. A primeira, dedicada à exata compreensão da proibição de “renúncia aos direitos” objeto da tutela pactuada no instrumento. Outra, à das outras limitações estabelecidas no dispositivo para a negociação, com especial atenção à “interpretação do direito para o caso concreto”, ainda pouco compreendida. Dedicamos a terceira parte a responder as críticas doutrinárias mais importantes dirigidas ao dispositivo, com o intuito específico de fomentar e qualificar um debate que interessa a todos que estudam o tema da negociação em tutela coletiva.

2 PROIBIÇÃO DE RENÚNCIA AOS DIREITOS E INTERESSES: RAZÃO DE SER E ALCANCE

O §1º do art. 1º da Res. 179 inicia por uma frase cuja compreensão é essencial à correta definição dos limites negociais do Ministério Público e, por analogia, dos demais legitimados coletivos: “*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”.

Essa limitação é inerente à posição ocupada pelo Ministério Público na relação de direito material que envolve o direito ou interesse tutelado pela solução consensual: ele não é o titular desse direito ou interesse, mas apenas o legitimado por lei a sua *defesa*.³⁹ Essa situação é a regra entre os legitimados coletivos.⁴⁰ A diferença entre titularidade dos direitos que viabilizam a defesa coletiva (difusos, coletivos e individuais homogêneos) e a legitimidade para a correspondente defesa decorre das peculiaridades próprias desses direitos e dos termos em que nosso ordenamento jurídico disciplina essa tutela, em especial os arts. 81 e 82 do CDC e os arts. 5º e 21 da LACP. A finalidade da legitimidade coletiva – *defesa* dos direitos coletivos – decorre dos mesmos dispositivos e, no caso do Ministério Público, também do art. 129, III, que usa o termo *proteção* dos interesses difusos e coletivos. É da ausência de titularidade do direito ou interesse tutelado e da finalidade de *defesa* da legitimidade coletiva que decorre a *indisponibilidade* do direito ou interesse *pelo* legitimado coletivo, e não de uma característica inerente a este direito.

Essa razão é importante para equacionar algumas questões pertinentes aos limites negociais. Naqueles casos raros em que há coincidência entre legitimidade coletiva e titularidade do bem ou quando a coletividade titular do direito puder ser identificada e validamente expressar sua vontade (por exemplo, numa audiência pública) pode-se admitir validamente alguma renúncia aos (ou disposição dos) direitos. Mesmo nesses casos, essa possibilidade só se apresenta para os direitos de natureza patrimonial, parâmetro geral para transação do direito civil (art. 841, CC). Nessas hipóteses, contudo, não será o legitimado coletivo, enquanto tal, que estará dispondo do direito, mas os próprios titulares do direito.

Explicitada a razão de ser da proibição, há outra distinção relevante a se fazer. Não se deve confundir *renúncia ao direito ou interesse* – vedada pela norma regulamentar - *com a ausência ou até mesmo negativa de tutela coletiva* pelo Ministério Público ou outro legitimado coletivo em relação a determinado direito ou interesse. Por variados motivos legítimos, relacionados normalmente à complexidade da negociação coletiva, poderá o membro do Ministério Público viabilizar uma autocomposição parcial.⁴¹ ou deixar de construir solução consensual

³⁹ Em linhas gerais, sustentamos as mesmas posições que serão apresentadas neste artigo desde o nosso *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva* (RT, 2010, p. 160-168 e 399-403). Também no nosso *Manual do Procurador da República (Jus Podivm)*, desde a primeira edição, de 2014. Na edição atual, 4ª, de 2021, v. p. 1098-1104.

⁴⁰ Há situações, raras, em que o legitimado coletivo é também o titular dos direitos materiais objeto da proteção coletiva, como nos casos de mineração irregular objeto de ações civis públicas ajuizadas pela União.

⁴¹ Essa possibilidade é expressamente autorizada no art. 2º da Res. CNMP n. 179: Art. 2º No exercício de suas atribuições, poderá o órgão do Ministério Público tomar compromisso de ajustamento de conduta para a adoção de medidas provisórias ou definitivas, parciais ou totais. Parágrafo único. Na hipótese de adoção de medida provisória ou parcial, a investigação deverá continuar em relação aos demais aspectos da questão, ressalvada situação excepcional que enseje arquivamento fundamentado.

coletiva para assegurar determinado direito. Pense-se, por exemplo, nos danos ambientais de grande dimensão em que só for possível viabilizar a autocomposição para a tutela específica (despoluição, por exemplo), remanescendo a tutela indenizatória. Esta poderá ser discutida em ação própria ou, em casos excepcionais, até mesmo dispensado fundamentadamente o ajuizamento. Nessas situações, não há, propriamente, renúncia ou disposição do direito ou interesse material, nem se pode negar, *a priori*, que a autocomposição parcial seja a melhor atuação possível do legitimado coletivo no caso. Nelas, o que há, de fato, é uma *renúncia ao direito de ação*, de natureza *processual*. Essa possibilidade, desde que devidamente fundamentada, deve ser reconhecida como possível num regime de legitimidade concorrente disjuntiva que tem base constitucional (art. 129, §1º).⁴² Outro coletivado poderá agir para suprir a “renúncia” ao direito processual ou omissão de um legitimado, não havendo, portanto, renúncia absoluta à tutela do direito.

A propósito da distinção entre renúncia do direito material e do processual, importa ter presente que o TAC, como título executivo *extrajudicial* por expressa previsão legal, é uma solução construída fora da via judicial e destinada primordialmente a evitar essa via ou a solução heterocompositiva que lhe é própria, portanto, sem fiscalização do Poder Judiciário.⁴³ A Res. n. 179 é uma norma elaborada para disciplinar essa atuação do Ministério Público e sua interpretação precisa considerar essa peculiaridade. No curso de um processo judicial, em uma conciliação acompanhada diretamente pelo juiz, relator ou magistrado com competência específica para esse fim, pode-se admitir limites mais largos para a autocomposição. Como esta dependerá necessariamente de homologação judicial e se constituirá em um título executivo judicial (art. 515, III, CPC), essa fiscalização do Poder Judiciário – que dispensa a fiscalização interna dos órgãos superiores da Instituição nos expressos termos do §1º do art. 6º da Res. 179 – aproxima a solução construída de uma resolução judicial e a negativa de tutela a um determinado direito a uma improcedência parcial de ação. Do mesmo modo que é permitido ao legitimado coletivo deixar de recorrer nesses casos, deve-se reconhecer o direito de, sob a fiscalização do Poder Judiciário, deixar de tutelar, fundamentadamente, algum direito coletivo ou toda a extensão de determinado direito.

⁴² Sob uma perspectiva um pouco diversa – centrada na mitigação do princípio da obrigatoriedade do Ministério Público em relação ao ajuizamento de ação civil pública – mas que adota as mesmas premissas de raciocínio v. o nosso *Manual do Procurador da República*, 4. ed. p. 1105-1111. Na 3. ed. (2017), nas p. 885-891.

⁴³ É certo, e expressamente reconhecido pela disciplina regulamentar (art. 3º da Res. 179), que o TAC pode ser firmado no curso de uma ação judicial. Há, contudo, que se distinguir a situação em que o compromisso é firmado fora do processo e a ele levado com o pedido de extinção da ação sem resolução de mérito por ausência superveniente de interesse processual decorrente da construção de uma solução extrajudicial com eficácia de título executivo para o mesmo objeto litigioso, daquela situação em que o TAC é levado à homologação judicial e resulta na extinção da ação com resolução de mérito por meio de um título executivo judicial, a sentença que homologa a autocomposição consubstanciada no TAC (art. 515, III, CPC c/c art. 487, III, b). Na primeira solução, inexistente fiscalização do Poder Judiciário sobre a solução, aplicando-se integralmente os limites referidos no texto principal. Na segunda, o TAC se desconfigura em sua natureza legal de título executivo extrajudicial e assume a natureza de acordo judicial. A diferença entre as duas situações é relevante e precisa ser considerada na análise dos limites negociais do instrumento.

Um outro exemplo completará a exata compreensão desse limite. O parágrafo único do art. 42 do CDC estatui o direito do(s) consumidor(s) cobrado(s) em quantia indevida à repetição do indébito por valor igual ao *dobro* do que pagou em excesso. Esse é um direito titularizado pelos consumidores, individualmente, e o membro do Ministério Público com atribuição para atuar no caso sob a perspectiva coletiva – que nas ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos age indubitavelmente numa hipótese de legitimidade extraordinária – não pode a ele renunciar ou dele dispor no âmbito de uma negociação coletiva com a fornecedora de serviços que fez a cobrança indevida (pensemos, para ilustrar com os casos mais frequentes, nos serviços bancários ou telefônicos). Em razão da limitação analisada, não se pode fazer constar num TAC que o fornecedor compromissário fica dispensado da repetição em dobro, mesmo nos casos em que a negociação coletiva assegurar, além da repetição do valor cobrado indevidamente outras obrigações para os compromissários úteis a prevenir a repetição do ocorrido. Em outras palavras, as concessões negociais do Ministério Público não podem incluir a expressa dispensa do compromissário ao pagamento em dobro. Nada impede, de outra parte, que no TAC essa repetição em dobro deixe de ser pactuada, mormente se sobre ela se instalou um impasse insuperável e outros aspectos da solução negociada, como a definição de obrigações específicas capazes de evitar a repetição da cobrança indevida, justificam sua celebração. Nessa hipótese, é recomendável, para evitar discussões futuras ou mesmo alegação de indução a erro pelo compromissário, que se ressalve expressamente no acordo a possibilidade de os consumidores lesados pleitearem, individualmente, a outra cota da repetição para alcançar o dobro assegurado na lei. Entretanto, ainda que a ressalva não conste do acordo, no silêncio sobre o ponto ela se extrai da indisponibilidade do direito em referência pelo Ministério Público e da disciplina regulamentar em análise. A previsão expressa de renúncia, se houver, deve ser reconhecida como inválida.

3 DAS OUTRAS LIMITAÇÕES EXPRESSAS NA RESOLUÇÃO PARA A NEGOCIAÇÃO E DA CORRETA COMPREENSÃO DO SIGNIFICADO DE “INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PARA O CASO CONCRETO”

Para a exata compreensão dos limites negociais em sede de tutela coletiva, impõe-se analisar agora a segunda parte da norma regulamentar transcrita. Nela se lê que a negociação deve “cingir-se”: “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.”

O primeiro aspecto a destacar é que as limitações são autônomas, porque separadas por vírgulas em uma sequência sem hierarquia no texto. Não se deve, portanto, entender que a “interpretação do direito para o caso concreto” está limitada à “especificação das obrigações para adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar do cumprimento” nem à “mitigação, compensação e indenização dos danos que não possam ser recuperados”. Esclarecido esse aspecto, facilmente se identificam na norma três hipóteses distintas que cingem (delimitam)

a negociação: a) a interpretação do direito para o caso concreto; b) a especificação das obrigações *adequadas e necessárias*, em especial o modo, tempo e lugar do cumprimento, e b) mitigação, compensação e indenização *dos danos que não passam ser recuperados*.

Dessas três limitações, a primeira é a que merece maior atenção por ser aquela que pode ocasionar as maiores dúvidas se não for lida, como deve ser, à luz da teoria contemporânea da interpretação.

Por um lado, cumpre anotar que essa condicionante decorre diretamente da previsão legal que autoriza soluções consensuais no âmbito da tutela coletiva, o §6º do art. 5º da LACP, que condiciona o ajuste (acordo) às “exigências legais”. Num sistema jurídico de matriz romano-germânica como é o brasileiro, a legitimidade coletiva, seja ela reconhecida como autônoma ou extraordinária⁴⁴, depende de previsão legal e se exerce nos limites dela. Mesmo antiga (é de 1990) essa disciplina ainda está em vigor e não pode ser desconsiderada na análise dos limites existentes à negociação dos legitimados coletivos. Por essas razões, a lei que prevê os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos cuja ameaça ou lesão servem de objeto para a negociação é o principal parâmetro para a solução consensual a ser construída. Os limites para sua interpretação são os limites das concessões que pode fazer o Ministério Público e os demais legitimados durante a negociação para celebrar um TAC.

Por outro lado, a lei pode – e deve – ser interpretada segundo as teorias contemporâneas de interpretação jurídica. E a norma regulamentar em análise teve o cuidado de alinhar a disciplina jurídica do TAC a essas teorias, ao especificar como limitadora da negociação a “interpretação *do direito* (e não apenas da lei) para o *caso concreto*”. “Interpretar o direito para o caso concreto” impõe considerar, na construção da solução consensual, todos os parâmetros normativos aplicáveis ao caso, em especial a disciplina constitucional, os princípios e regras normativas aplicáveis à hipótese, interpretando-os segundo a leitura que lhes dá a jurisprudência (em especial os precedentes vinculantes) e a doutrina especializada, ao mesmo tempo em que considera adequadamente todos os elementos da realidade concreta sobre a qual os parâmetros normativos devem incidir. É o que parcela da doutrina contemporânea denomina de “concretização do direito” ou “interpretação-concretização”⁴⁵, uma

⁴⁴ A grande maioria da doutrina reconhece a legitimidade coletiva como extraordinária, uma hipótese de substituição processual. Nesse sentido, v., por exemplo, DIDIER Jr, Fredie e ZANETI Jr, Hermes, *Curso de Direito Processual Coletivo* (Salvador: Jus Podivm, 10. ed. p. 180-184). NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 16. ed., 2016, p. 720 (comentário ao art. 177, CPC) afirmam tratar-se de legitimidade autônoma para a condução do processo a legitimidade de agir do Ministério Público em defesa dos direitos difusos e coletivos (porque os titulares de regra não são identificáveis) e de extraordinária para a defesa dos direitos individuais homogêneos.

⁴⁵ Em nosso *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*, *op. cit.*, p. 116-184, nos dedicamos detidamente à análise desse conceito, com ampla incursão pela doutrina específica, nacional e estrangeira, e um enfoque direcionado para seus reflexos sobre a legitimidade e limites da atuação extraprocessual dos legitimados em tutela coletiva. Com a mesma compreensão sobre o tema, ZANETI Jr assevera que: “ao firmar um compromisso de ajustamento de conduta, o órgão legitimado não tem o poder de dispor do direito material coletivo; por isso, o órgão vincula-se aos precedentes nos casos análogos e aos detalhes próprios do caso concreto e aos padrões da Dogmática Jurídica, para concretizar o

interpretação que faz emergir uma norma para o caso concreto, e que há muito superou a chamada interpretação-subsunção, que partia da equivocada premissa de que para cada disposição legal há uma única interpretação correta, prévia à respectiva incidência no caso concreto e que deve ser meramente declarada (ou revelada) pelo intérprete. O TAC é, assim, o instrumento que consubstancia a concretização do direito para o caso por ele equacionado, a norma ajustada para o caso concreto. Durante a negociação que precede sua celebração, os legitimados coletivos e os compromissários, autorizados que foram pelo legislador para “ajustar a conduta à lei”, acordam sobre a interpretação da direito para o caso concreto, como prevê a norma regulamentadora numa muito oportuna e correta atualização da disciplina legal à luz da teoria da interpretação contemporânea.

Esclarecida essa limitação da disciplina regulamentar, facilmente se conclui que a amplitude negocial será maior quando a disciplina jurídica aplicável contiver conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas abertas, ou quando houver controvérsia relevante na jurisprudência e na doutrina sobre a interpretação da norma. Se, ao contrário, a norma jurídica aplicável for muito objetiva e detalhada e estiver consolidada sua interpretação na jurisprudência (especialmente se for vinculante), o espaço negocial será bastante restrito.

Todavia, por mais restrito que seja, sempre haverá algum espaço negocial sobre o tempo (prazos), modo (como) e, muitas vezes, também o lugar das obrigações pactuadas, como há muito reconhece a doutrina especializada⁴⁶. Em relação a essa limitação, o CNMP teve o oportuno e apropriado cuidado de especificar que as obrigações deverão ser “adequadas e necessárias”. Trata-se da incorporação dos dois principais e mais objetivos parâmetros de razoabilidade reconhecidos em nosso direito e que reduzem o risco de soluções consensuais que não sejam apropriadas às peculiaridades do caso concreto (adequadas) nem suficientes à respectiva proteção, vale dizer, aquém do que seria necessário. A falta de referência expressa à proporcionalidade em sentido estrito, o outro parâmetro de razoabilidade, não impede seja também considerada na construção da solução; na verdade, a tendência é que assim seja. Desse modo, prazos injustificadamente longos, ou especificação de obrigações que não sejam idôneas a proteger efetivamente os direitos, ou a definição de lugares para cumprimento das obrigações que não guardam relação alguma com o bem ou direito lesado são hipóteses que justificam a revisão do TAC, seja pelos mecanismos internos da Instituição, seja em juízo.⁴⁷

A última das limitações também reproduz regra há muito consolidada na tutela coletiva e prevista na legislação desde o advento do Código de Defesa do Consumidor

direito coletivo. Isso porque, nos modelos abertos de aplicação do direito, a dogmática se amplia para além da lei, incluindo os precedentes e trabalho da doutrina, em uma compreensão hermenêutica do problema jurídico enfrentado” (*O Ministério Público e o Processo Civil Contemporâneo*, Salvador: Jus Podivm, 2. ed. 2021, p. 318).

⁴⁶ Cf., por exemplo, RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 176, e NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta: teoria e análise de casos práticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 188-189.

⁴⁷ Para aprofundar o cabimento e critérios norteadores da revisão judicial do TAC, cf. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*, op. cit., p. 168-176.

(art. 84): a adoção de medidas mitigatórias, compensatórias ou indenizatórias para os danos que não possam ser recuperados. Sempre que for possível, a tutela específica deve ser preferida. Quando não for, o compromissário deve ser responsabilizado de algum modo, inclusive como forma de prevenir a repetição.

4 DAS CRÍTICAS

A aceitação da disposição em análise na doutrina não é unânime. Um dos mais importantes doutrinadores de processo coletivo da atualidade, Edilson Vitorelli, que alia sólida formação acadêmica com extensa experiência prática como membro do Ministério Público e como magistrado, é bastante crítico quanto à regulamentação dada pelo CNMP no art. 1º, §1º. Para o eminente jurista, a norma é resultado da “forte restrição” da doutrina brasileira em “aceitar o TAC como um negócio jurídico, que implica em concessões recíprocas” e de um “ímpeto de negar a realidade” por “apego à ideia de que o direito é indisponível e inegociável”. Na sequência a essas críticas, aponta o autor o que considera serem três equívocos da disposição regulamentar. O primeiro, a proibição de renúncia ao direito material, em abstrato, pois, segundo sustenta, o que importa é identificar a necessidade do direito no caso concreto. O segundo equívoco se dirige contra as duas últimas limitações descritas no tópico anterior, por identificar nelas grande potencial para afetar significativamente o direito material litigioso, visto que “o diabo está, exatamente, nesses detalhes” e que “negociar um prazo de cumprimento é, com toda a certeza, negociar o grau de efetividade de um direito material”. O terceiro equívoco apontado é a Resolução 179 “autorizar acordos quando houver necessidade de interpretação do direito para o caso concreto”, anotando que o “direito sempre exige interpretação para ser aplicado” e que “supor o direito como um dado, que pode ser aplicado diretamente ao caso, é aderir a concepções ultrapassadas de interpretação jurídica”.⁴⁸

Na base de suas críticas, percebem-se dois pilares: sua firme objeção ao que define como “rótulo da indisponibilidade do direito material” e a compreensão dos legitimados coletivos como “representantes adequados” para a tutela desses direitos. A partir deles, sustenta haver ampla liberdade dos legitimados coletivos para negociar as soluções adequadas e necessárias à luz do caso, considerando de modo especial as possibilidades concretas de êxito na via judicial e as inevitáveis perdas na utilidade e no valor do direito advindas da demora na prestação da tutela nos moldes tradicionais.

A relevância da doutrina desse jurista, aliada à sua admirável e extensa prática na área e à seriedade e fundamentação com que apresenta suas críticas recomendam que sejam respondidas neste artigo, no mínimo para o fim de aprofundar o debate sobre o inescapável tema da limitação negocial em tutela coletiva.

Várias das críticas do autor foram respondidas nos dois tópicos anteriores.

Aquelas dirigidas à limitação da negociação à “interpretação do direito ao caso concreto” são desautorizadas por uma leitura mais atenta do regulamento, que não permite seja compreendida sob a perspectiva da interpretação-subsunção,

⁴⁸ Cf. VITORELLI, Edison. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*, Salvador: Jus Podivm, 2020, p. 151-156.

criticada com razão por Vitorelli mas que não corresponde àquela de que trata a norma. Há, sim, limites para a interpretação e eles não podem ser desconsiderados pelo legitimado coletivo, como antes destacado, mas eles não decorrem de uma leitura formalista da lei, antes dependendo de uma análise criteriosa do caso concreto à luz de todo o direito aplicável à situação. As críticas à segunda limitação, sobre a definição de modo, tempo e lugar, também não se sustentam na redação da norma regulamentar, que teve o cuidado de especificar que essas especificações devem resultar em “obrigações *adequadas e necessárias*”.

A proibição de renúncia ao direito material, diversamente, precisa ser lida com todas as ressalvas feitas antes, que não estão, mesmo, explícitas no regulamento, embora decorram logicamente das razões que a determinam, corroborando a utilidade da abordagem que desenvolvemos. O exemplo trazido pelo autor para ilustrar o equívoco, de situação envolvendo o desnecessário cumprimento de sentença que determinara a contratação de cinquenta funcionários irregularmente terceirizados, poderia ser bem equacionado sob a perspectiva da distinção antes apresentada entre renúncia do direito material e do processual. Segundo entendemos, a decisão do membro do Ministério Público de não promover o cumprimento de direito reconhecido em sentença porque não é mais “necessário”, na leitura de Vitorelli, se dá no âmbito processual e pode ser suprida por colegitimado que eventualmente discorde do membro com atribuição para o caso, valendo aqui lembrar que, por se tratar de título executivo coletivo, quem o tomou não é o único legitimado a executá-lo.⁴⁹ Se feita por outro legitimado, o Ministério Público, atuando como fiscal da ordem jurídica na fase de cumprimento, titular da mesma legitimidade coletiva, pode a ela fundamentadamente se opor. Essas alternativas são suficientes para descaracterizar a solução sustentada pelo autor como autêntica renúncia a direito material e encontra alternativas e tratamento adequado no sistema. Por outro lado, a possibilidade de alteração do conteúdo da sentença transitada em julgado não poderia prescindir de uma direta fiscalização do Poder Judiciário o que, como destacamos, amplia o campo da negociação. Se o direito não é “necessário” no caso concreto, como sustenta o autor, pode deixar de ser tutelado processualmente, desde que a decisão se ampare em sólida fundamentação submetida à apreciação do Poder Judiciário. A regra prevista no art. 15 da LACP (dever do Ministério Público promover a execução se não o faz a associação autora) precisa ser interpretada à luz da disciplina constitucional que a sucedeu e que prevê a legitimidade concorrente disjuntiva. O que não pode o legitimado coletivo é dispor do direito, expressamente a ele renunciando como uma concessão negocial que impeça ou dificulte os titulares de buscarem solução melhor quando as circunstâncias do caso assim permitirem. Essa disposição, se expressa num TAC, pode ser invalidada.

5 QUANTO ÀS CRÍTICAS BASILARES DO AUTOR, IMPORTA DESTACAR DOIS PONTOS

Primeiro, não é correto afirmar que a regulamentação dada pela Res. 179 nega ao TAC a natureza de negócio jurídico ou a possibilidade de se fazer

⁴⁹ Sobre o ponto, v. o nosso *Manual do Procurador da República*, 4. ed., *op. cit.*, p. 1400-1401.

concessões. Pelo contrário, ela afirma expressamente a natureza jurídica de negócio jurídico do instrumento desde o art. 1º.⁵⁰ Na sequência, trata de definir, nos demais dispositivos, as características que lhe dão uma configuração adequada às suas peculiaridades, incluindo algumas limitações que, de fato, inexistem para os negócios jurídicos privados, como a transação disciplinada nos arts. 840 a 850 do Código Civil.⁵¹ As principais limitações, explicadas nos tópicos anteriores, entretanto, não descaracterizam a natureza de negócio jurídico do instrumento, marcado que é pela bilateralidade e pela voluntariedade. Por outro lado, apenas as concessões que importem renúncia ao direito material estão proibidas, remanescendo um vasto campo para concessões por parte do legitimado em todos os outros aspectos da concretização do direito permitidos pela abertura interpretativa da(s) norma(s) aplicável(is), bem como pela definição das obrigações de modo, tempo e lugar e, quando for o caso, também dos parâmetros da indenização ou das medidas mitigatórias ou compensatórias.

O segundo ponto é, dentre as críticas basilares do autor, o que mais distancia a posição sustentada neste artigo daquela adotada por ele. Percebe-se da sua doutrina a relevância dada à premissa de que o legitimado coletivo é um “representante adequado” para a tutela dos direitos coletivos, dela decorrendo ampla autorização para fazer todas as concessões que concluir serem adequadas e necessárias à tutela jurídica da situação concreta. Essa é a realidade da *common law*, que dispensa especial regulamentação à representação adequada da classe, sujeitando-a à criteriosa aferição judicial. Não é a brasileira, em que a legitimidade coletiva é definida na lei por critérios objetivos muito genéricos.⁵² A rigor, no direito brasileiro apenas em relação às associações civis pode-se reconhecer a exigência de alguns critérios legais relacionados ao conceito de representação adequada, como a finalidade estatutária alinhada ao objeto da ação e a constituição anterior a um ano do ajuizamento (alíneas do inciso V do art. 5º da LACP). Para os demais legitimados, a representação adequada é conceito desenvolvido pela doutrina e que encontra pouca acolhida na jurisprudência, especialmente para o fim de negar legitimidade coletiva, exceto, em alguns casos, em relação ao que se convencionou definir como pertinência temática. Na prática, é quase impossível afastar a legitimidade coletiva a qualquer ente público que atue judicialmente no âmbito da sua competência administrativa, pouco importando o grau de representatividade adequada real dos interesses da coletividade titular dos direitos objeto de negociação. Para o Ministério Público e a Defensoria Pública, o único requisito legal é a atribuição do membro que atua no caso. Essa ampla legitimidade é potencializada pelas regras da legitimidade concorrente disjuntiva, que permite a quaisquer legitimados a celebrar TAC fazê-lo de modo independente dos demais, inclusive sob a perspectiva negocial.

⁵⁰ Nesse sentido, cf. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, p. 141-159, que faz aprofundada análise acerca dessa natureza negocial, cotejando os vários entendimentos existentes na doutrina, concluindo por negar ao compromisso de ajustamento de conduta a natureza de *transação*, justamente em razão da indisponibilidade de seu objeto para os legitimados coletivos.

⁵¹ Para aprofundar as distinções entre negociação em tutela coletiva e transação, v. o nosso *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*, *op. cit.*, p. 382-384.

⁵² V. a propósito, DIDIER Jr e ZANETI Jr, *op. cit.* p. 180-182.

Sendo tantas as diferenças entre os sistemas que adotam a lógica da representação adequada e o brasileiro, não nos parece apropriado sustentar por aqui a mesma liberdade negocial reconhecida aos autênticos representantes adequados de outros sistemas. Importa, ao contrário, ter presente que a amplitude negocial reconhecida para um legitimado para celebrar TACs deve necessariamente se estender aos demais que possuem a mesma legitimidade. O Ministério Público, tanto por sua condição de legitimado coletivo universal, quanto em razão de sua obrigatória intervenção em todas as ações coletivas nas quais não figurar como autor, precisa dedicar especial atenção a esses aspectos da questão, zelando para que o TAC não seja desvirtuado, deixando de se viabilizar como eficiente instrumento estratégico de defesa, para se transformar em um que a prejudique ou dificulte.

6 CONCLUSÃO

De tudo quanto visto antes, nos autorizamos a concluir que, mesmo passível de críticas e aprimoramentos, como qualquer norma, a disciplina regulamentar sobre os limites negociais para celebração do TAC estabelecida pelo §1º do art. 1º da Res. CNMP 179 guarda total conformidade com a disciplina constitucional e legal aplicável ao TAC, além de conter disposições alinhadas à necessidade dos tempos presentes e à realidade brasileira. Possibilita, desse modo, que também na tutela coletiva sejam observados os deveres de prestígio às soluções consensuais estabelecidos como normas fundamentais do processo civil no art. 3º, §§1º e 2º do CPC15 assegurando-se a devida atenção às várias peculiaridades dessa área da tutela jurídica.

A qualidade dessa disciplina, por certo, não desonera os seus intérpretes, em especial aqueles que fazem mais uso do instrumento (os membros do Ministério Público), da responsabilidade de bem utilizá-lo atentando às variadas peculiaridades dos casos concretos, missão para a qual esperamos ter contribuído com este artigo. Ela também não faz a disciplina imune a críticas destinadas a aprimorá-la, quando a necessidade se apresentar. Como esperamos ter demonstrado neste artigo, não nos parece ser caso.