

## TRANSAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS?

NEGOTIATING UNAVAILABLE RIGHTS?

Revista de Processo | vol. 251/2016 | p. 391 - 426 | Jan / 2016

DTR\2016\63

---

Elton Venturi

Professor da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Tuiuti do Paraná (Curitiba - Brasil). Procurador Regional da República. Visiting Scholar na Universidade da Califórnia - U.C. Berkeley Law School. Visiting Scholar na Universidade de Columbia - Columbia Law School. - eventuri@uol.com.br

Área do Direito: Civil; Processual

Resumo: A inegociabilidade dos direitos indisponíveis constitui premissa histórica no sistema de Justiça brasileiro, construída a partir de uma política protecionista que enxerga na pura e simples retirada de qualquer poder de deliberação a seu respeito por parte dos seus titulares, a melhor forma de garanti-los. Este ensaio busca demonstrar como o conceitualismo dogmático em torno da indisponibilidade obscurece a disponibilidade *prima facie* dos direitos fundamentais lastreada na liberdade e na autonomia das vontades. O aperfeiçoamento de estruturas institucionais democráticas e independentes (tais como o Poder Judiciário, o Ministério Público a imprensa e as organizações sociais), bem como de procedimentos participativos de adequada representatividade e manifestação das vontades individual e coletiva dos cidadãos (tal como as audiências públicas), impõem a desmistificação da inegociabilidade dos direitos indisponíveis e a transformação do modelo adjudicatório. A constatação de que direitos indisponíveis já são de fato negociados ao redor do mundo desafia o sistema de Justiça brasileiro à construção de novos procedimentos coordenados entre jurisdição e mecanismos extrajudiciais para a mais adequada resolução dos conflitos e proteção dos direitos.

Resumo: The prohibition of negotiating unavailable rights is a historical premise in the Brazilian justice system, built from a protectionist policy that sees the pure and simple withdrawal of any power of decision about it by their own owners, the best way to protect them. This essay tries to demonstrate how the dogmatic conceptualism around the unavailability obscures the availability "prima facie" of the fundamental rights, grounded in the freedom and autonomy of wills. The improvement of the democratic and independent institutional structures (such as the judiciary, public prosecutors, the press and social organizations), as well as participatory procedures for the proper representation and manifestation of individual and collective will of citizens (as public hearings), require the demystification about the prohibition of negotiating unavailable rights and the transformation of the traditional public adjudicative model. The recognition that unavailable rights are already object of transaction procedures around the world challenges the Brazilian justice system to seriously re-evaluate its applicability, as well as the construction of new procedures harmonizing public adjudication and alternative dispute resolution in order to ensure to them more adequate protection.

Palavras-chave: Direitos fundamentais - Direitos indisponíveis - Adjudicação - Transação - Negociação - Mediação - Meios alternativos de solução de conflitos.

Keywords: Fundamental rights - Unavailable rights - Adjudication - Transaction - Negotiation - Mediation - Alternative dispute resolution.

Sumário:

1O enigma dos direitos indisponíveis - 2Autotutela e direitos indisponíveis - 3Direitos indisponíveis, adjudicação pública e meios alternativos de resolução de conflitos - 4Transação e direitos indisponíveis - 5O controle sobre a livre manifestação das vontades dos titulares dos direitos indisponíveis e a ponderação sobre a razoabilidade do procedimento negocial - 6Disponibilidade dos direitos indisponíveis?

### 1 O enigma dos direitos indisponíveis

Apesar de inexistir expressa conceituação legal no ordenamento brasileiro a respeito da locução "direitos indisponíveis", pode-se dizer que existe uma compreensão generalizada no sentido de se tratar de uma especial categoria de direitos cujo interesse público de efetiva proteção torna irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis por parte de seus próprios titulares.<sup>1</sup>

A marca da indisponibilidade, assim, revelaria uma legítima opção intervencionista do Estado no campo das liberdades individuais e sociais no sentido de, paradoxalmente, por via de vedações ou restrições do exercício de certos direitos ou interesses, protegê-los contra lesões ou ameaças provenientes de seus próprios titulares ou de terceiros.

Em que pese a indefinição conceitual,<sup>2</sup> a qualificação de indisponibilidade historicamente tem servido como ferramenta técnico-jurídica que objetivaria, em tese, a melhor proteção de determinados interesses ou direitos considerados fundamentais, tanto a título individual como coletivo.

Por vezes confundida com a própria fundamentalidade e inalienabilidade dos direitos de personalidade (vida, liberdade, dignidade, honra)<sup>3</sup> ou dos direitos sociais transindividuais (patrimônio público, meio-ambiente, moralidade administrativa, saúde, educação, bem-estar social), a indisponibilidade parece ter se tornado no sistema de Justiça brasileiro expressão emblemática e autoexplicativa, cuja mera menção bastaria por si mesma para justificar tanto a hiperproteção como a ultra restrição do exercício de direitos fundamentais.

É evidente que uma compreensão mais ou menos liberal que se possa adotar a respeito do significado dos direitos indisponíveis depende de uma multiplicidade de fatores econômicos, sociais, político-ideológicos e, é claro, jurídicos. Entretanto, se não parece possível apontar para um estático e correto conceito a respeito da indisponibilidade dos direitos, direcionar-se sua interpretação pragmaticamente, no objetivo de projetar melhores resultados quanto à sua efetiva proteção, certamente é tarefa que desafia a prestação da Justiça no século XXI.

A marca da indisponibilidade dos direitos gera relevantes efeitos materiais, com consequentes afetações no campo do direito processual. Somente a partir da definição da natureza jurídica dos direitos torna-se possível determinar-se os possíveis fóruns resolutivos de conflitos (judicial ou extrajudicial), bem como o cabimento e os limites mais ou menos abrangente de eventuais soluções consensuais (dentre as quais, a transação).

Daí a necessidade de se avaliar o sentido e o alcance que a indisponibilidade deve assumir nos diversos sistemas de Justiça.

Tradicionalmente tem se entendido que apenas conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis seriam passíveis de solução por via da adjudicação privada (arbitragem) ou de mecanismos resolutórios consensuais (conciliação, mediação ou transação), na medida em que nenhum óbice seria oponível quanto às prerrogativas de gozo e de exercício pelos respectivos titulares. A admissibilidade dos meios alternativos de resolução de conflitos, aliás, sempre foi condicionada e reservada às disputas concernentes aos direitos patrimoniais disponíveis.<sup>4</sup>

Por tal razão, a tarja do interesse público tem direcionado toda e qualquer disputa envolvendo os direitos indisponíveis à necessária adjudicação pelo Poder Judiciário quando, ainda assim, generalizam-se orientações doutrinárias e jurisprudenciais no sentido da inviabilidade de que, mesmo no âmbito de processos judiciais, pudessem os direitos indisponíveis ser objeto de soluções consensuais - sobretudo quando envolvessem negociações que tipificassem autênticas transações.

De fato, para além da histórica aversão do sistema de Justiça brasileiro à utilização de

mecanismos extrajudiciais para a resolução consensual de conflitos envolvendo direitos considerados indisponíveis, sequer se tem admitido acordos judiciais que tenham como objeto conflitos relacionados a tais interesses ou direitos, considerados tão especiais que sequer a própria vontade dos seus titulares (indivíduos, grupos sociais ou toda a sociedade) seria suficiente ou mesmo relevante para substituir ou influir na vontade do Estado (representado pelo magistrado), considerado o único e melhor garantidor dos mesmos.<sup>5</sup>

O desafio do presente ensaio tem a ver com ao menos dois tabus criados em torno da misteriosa figura dos direitos indisponíveis, e que parecem estar acarretando a frustração de sua adequada proteção: a sua inegociabilidade e a exclusividade da solução puramente adjudicatória do Estado a respeito dos conflitos que os envolvem.

Daí a proposta de investigação, que parte da crítica ao conceitualismo pelo qual os direitos indisponíveis são compreendidos para explorar a oportunidade para uma possível reinvenção da adjudicação pública e gradativo emprego de outros métodos resolutivos, tais como a autotutela e os chamados meios alternativos de solução de conflitos (conciliação, mediação, negociação e arbitragem).

### 2 Autotutela e direitos indisponíveis

Previamente à análise de como podem funcionar os meios resolutivos consensuais e adjudicatórios para a proteção dos direitos indisponíveis, cabe uma singela digressão ao tema da autotutela, considerada pela doutrina processual como equivalente jurisdicional, no intuito de provocar uma reflexão a respeito de sua possível admissibilidade (legalidade e legitimidade) para a mesma finalidade.

O modo como os sistemas de justiça encaram a autotutela diz muito a respeito do grau de pragmatismo em que estão inseridos. Assim, uma maior tolerância ao emprego da autodefesa indica um sistema mais liberal, que não apenas garante a autonomia privada como a prioriza. Ao contrário, quanto maiores as restrições ao seu uso, mais evidente a intenção intervencionista do WelfareState, fundada na confiança de que deve e pode substituir-se aos cidadãos para garantir adequada segurança aos seus direitos.

Um bom exemplo para comparação, aqui utilizado apenas a título de ilustração, pode ser extraído a respeito do direito à manutenção e posse de armas de fogo pela sociedade civil, tema que evidentemente liga-se ao da segurança pública.

Enquanto a própria Constituição dos Estados Unidos da América garante expressamente a todo cidadão a manutenção e o porte de armas,<sup>6</sup> o Brasil os proíbe, ressalvando casos excepcionalmente autorizados pela autoridade competente.<sup>7</sup>

Até que ponto a absoluta liberdade ou a total proibição neste campo redundam em maior proteção dos direitos ou o dilaceramento da vida social é questão extremamente controversa em ambos os países. Por outro lado, parece bem revelar o realismo e a ilusão pelos quais, respectivamente, o sistema norte-americano e o brasileiro conclamam os cidadãos a auxiliar o Estado na garantia da segurança pública.

No sistema de justiça brasileiro, a autotutela pode ser empregada apenas em específicas hipóteses autorizadas *numerus clausus* pelo legislador, fora das quais é passível de qualificação como "exercício arbitrário das próprias razões", sendo tipificada criminalmente.<sup>8</sup>

As clássicas autorizações para o emprego da autotutela defluem do direito penal, de onde se destacam a previsão da legítima defesa<sup>9</sup>, do estado de necessidade<sup>10</sup> e do estrito cumprimento do dever legal (exercício regular do direito).<sup>11</sup> Entretanto, outras hipóteses podem ser destacadas no âmbito do direito administrativo (direito de revogação dos atos administrativos por parte da própria Administração Pública), do direito do trabalho (direito de greve) e do direito civil (desforço imediato para a defesa da posse).<sup>12</sup>

Os limites da autotutela, contudo, comportariam séria e despreconceituosa reavaliação na medida em que, inserida dentre as garantias fundamentais de todo ser humano,<sup>13</sup> suas finalidades pragmáticas mereceriam atualização dentro dos diversos sistemas de Justiça.

Neste sentido, parece possível afirmar que, ao menos no campo dos fundamentais direitos de personalidade, a garantia do emprego da autotutela reflete a existência de um especial regime jurídico protetivo integrado pela Constituição Federal e pelo Código Civil, conforme sustenta Thaís Goveia Pascoaloto Venturi em razões aqui reproduzidas:

"Assim sendo, para além de a literalidade da redação do referido dispositivo (art. 12 do CC) abrir margem para que se conclua tratar-se de autorização ordinária para o exercício da autotutela na defesa dos direitos de personalidade (sobretudo se combinado com os parágrafos únicos dos arts. 249 e 251 do mesmo Código Civil), pode-se afirmar que o direito à autodefesa possui assento diretamente constitucional no Brasil, mais especificamente, para a proteção do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Com efeito, ao inaugurar o título II, atinente aos "Direitos e garantias fundamentais", a Constituição Federal brasileira, em seu art. 5.º, caput, estabelece que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)". Ora, se o que se objetiva assegurar primordialmente, como direito fundamental, é a "inviolabilidade" e não a "reparação dos danos causados" à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, parece claro que, em relação a tais direitos, antes mesmo de o Estado prestar as mais eficientes formas de tutela imagináveis, abre-se ao próprio titular do direito a autorização, intuitiva até, de que atue, sempre que necessário e urgente, para autotutelar-se contra qualquer ameaça razoável da sua violação. Dessa forma, em que pese todo o preconceito ideológico contra o emprego da autotutela nos sistemas jurídicos atuais, parece certo que o tema merece ser cuidadosamente revisitado, no intuito de se verificar um possível redimensionamento e refundamentação do exercício da autodefesa, sobretudo no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais. A toda evidência, não se deseja defender a volta do emprego da "vingança privada", da "força bruta" ou da "lei do mais forte" para justificar, indevidamente, a autodefesa dos direitos. Muito ao contrário, apenas se suscita a viabilidade de, sem descurar do possível e necessário controle jurisdicional a posteriori, referentemente ao uso arbitrário das próprias razões e ao abuso do direito (a serem viabilizados por via da aplicação de princípios tais como o da razoabilidade, o da proporcionalidade e o da boa-fé), abrir-se definitivamente o caminho para a aceitação de uma renovada forma de autotutela que, consentânea com os valores e as necessidades da vida social do século XXI, demonstre-se apta a se antecipar ou a complementar a tutela estatal, nem sempre presente, nem sempre acessível, nem sempre célere, nem sempre efetiva".<sup>14</sup>

A possível identificação de um regime jurídico especial de proteção aos direitos fundamentais indisponíveis traz consigo, portanto, uma primeira e interessante provocação relativamente à funcionalidade dos modelos protetivos diante da ameaça ou lesão àqueles.

Neste caminho, a reavaliação do emprego da autotutela é apenas um primeiro passo.

3 Direitos indisponíveis, adjudicação pública e meios alternativos de resolução de conflitos

A imprescindibilidade da adjudicação pública de todo e qualquer conflito envolvendo direitos indisponíveis sempre foi a tônica do sistema de Justiça brasileiro.

Para além de negar ostensivamente soluções conciliatórias no âmbito de referidas disputas, o sistema jurisdicional nacional ainda cuida de introduzir relevantes alterações nos processos pelos quais se pretende a adjudicação de tais causas, na medida em que se presume a existência de interesse público. Dentre as alterações procedimentais

endereçadas à garantia dos interesses indisponíveis e públicos, talvez a mais ilustrativa diga respeito à intervenção obrigatória do Ministério Público, chamado então a exercer concretamente suas funções constitucionais (art. 127 da CF) pertinentes à fiscalização e proteção da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis.<sup>15</sup>

Desta forma, sempre perseverou a ideia segundo a qual conflitos envolvendo direitos individuais fundamentais (tais como a vida e a liberdade) ou direitos relativos a incapazes seriam considerados impassíveis de transação e, portanto, de solução acordada por qualquer mecanismo extrajudicial ou judicial que se resumisse à mera homologação. Pela mesma lógica, conflitos relativos a direitos transindividuais difusos (tais como a moralidade administrativa, a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado e o patrimônio público, dentre outros) não poderiam ser resolvidos consensualmente por via de transações, persistente a ideologia e a política da adjudicação pública como o único caminho.

A histórica formatação garantista do modelo processual, assim, pode ser apontada como uma das principais causas da exclusividade da adjudicação pública dos conflitos referentes aos direitos indisponíveis.

Entretanto, há algo de novo no sistema de Justiça nacional, capaz de provocar profundas reavaliações da filosofia e da prática da solução de conflitos, inclusive quando correlacionados aos direitos indisponíveis.

É possível afirmar que o Brasil vive um histórico momento no qual se procura criar um novo sistema de Justiça multiportas, por via da institucionalização dos chamados meios alternativos de resolução de conflitos. Tal como ocorrido nos Estados Unidos da América a partir da década de 1970, quando o colapso do sistema jurisdicional levou à idealização e implementação de um "sistema multiportas" baseado em programas de alternative dispute resolution anexos aos tribunais, o Brasil agora aposta na instauração de modelo similar.<sup>16</sup>

A arbitragem, regulada pela Lei 9.307/1996, foi recentemente reformada (Lei 13.129/2015) para, dentre outras inovações, autorizar o emprego do procedimento arbitral envolvendo o Poder Público. Por força do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e da recente Lei da Mediação (Lei 13.140/2015), o emprego de procedimentos conciliatórios e mediatórios passaram a ser incentivados tanto em juízo como fora dele.

Muito embora a reforma noticiada continue a parametrizar como alvo de atuação dos mecanismos consensuais os conflitos envolvendo direitos disponíveis, ao menos alguma abertura aparece na medida em que a Lei de Mediação alude ao cabimento do procedimento mediatório para a solução de conflitos que envolvam direitos indisponíveis passíveis de transação.

Em que pese o ainda obscuro significado a que a expressão remete, a nova previsão legislativa pode ser considerada um importante marco na busca pela maior adequação dos procedimentos resolutórios no Brasil, apta a influenciar uma gradativa relativização da nebulosa e paternalista concepção que tem marcado o debate a respeito da inegociabilidade e da exclusividade da solução adjudicatória referentemente aos conflitos de direitos indisponíveis no país.

Ao que tudo indica, a aposta nas soluções consensuais para as disputas - a envolver técnicas e procedimentos diversos - pode implicar a reinvenção do sistema de Justiça brasileiro, fundamentada na coordenação entre os chamados "meios alternativos de solução de conflitos" e o indispensável controle jurisdicional.

Para tanto, cabe distinguir as técnicas de autocomposição possivelmente utilizáveis em procedimentos resolutórios consensuais (que podem corresponder a negócios jurídicos

processuais ou materiais), assim como esclarecer o que exatamente significam "direitos disponíveis", "direitos indisponíveis" e "direitos indisponíveis transacionáveis".

A confusão entre tais categorias acarreta profundas inconsistências no sistema resolutivo, inviabilizando indevidamente soluções consensuais não apenas legítimas (do ponto de vista social) como válidas (do ponto de vista constitucional).

A conciliação, a negociação e a mediação são os principais mecanismos que, empregados judicial ou extrajudicialmente, objetivam conquistar soluções consensuais para a controvérsia. Tais soluções consensuais podem assumir as mais variadas formas, incidindo sobre as próprias pretensões materiais em disputa ou tão somente sobre as pretensões processuais.

Tanto a conciliação (em sentido amplo) como a transação (em sentido estrito) podem ser compreendidas seja como procedimento, seja como possível resultado de soluções consensuais.

Assim, v.g., a conciliação pode versar especificamente sobre o exercício do direito de ação, o que ocorre quando as partes, de comum acordo, solicitam ao juiz a extinção da ação sem resolução de mérito. Outras vezes, ainda, a conciliação pode incidir sobre as próprias pretensões materiais, tal como ocorre nas clássicas hipóteses de reconhecimento jurídico do pedido ou de renúncia ao direito em que se funda a ação.

Na verdade, transação constitui espécie do gênero conciliação (acordo), qualificada pela existência de recíprocas concessões de pretensões de direito material, tal como expressamente dispõe o art. 840 do CC, segundo o qual "É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas".

A transação tem sido regulada e tratada sob uma clássica ótica patrimonial privada (dentro das relações contratuais), qualificando-se como autêntico negócio jurídico bilateral que gera direitos e obrigações. A feição contratualista da transação, portanto, parece explicar (sem justificar) a automática repulsa gerada quando se discute sua admissibilidade envolvendo interesses ou direitos considerados indisponíveis, tais como o patrimônio público, a improbidade administrativa, o meio-ambiente, a liberdade, a vida, enfim, os direitos fundamentais individuais e coletivos.<sup>17</sup>

Contudo, como nunca é o suficiente destacar, as categorias jurídicas só tem razão de ser se funcionalmente puderem gerar proteção eficiente aos direitos. Daí a relevância e atualidade da reavaliação tanto do significado da transação enquanto negócio jurídico como, também, do significado da indisponibilidade.

#### 4 Transação e direitos indisponíveis

A inapropriada e automática correlação entre indisponibilidade e inalienabilidade (donde se extrairia, portanto, a inegociabilidade)<sup>18</sup> corresponde a sofisma presente na cultura de diversos países, como ocorre no Brasil. Justificada no interesse público à mais adequada proteção dos direitos indisponíveis (mesmo que contra a vontade de seus titulares), a proibição de qualquer negociação que os envolva muitas vezes tem implicado a absoluta ausência de sua proteção adequada.

Essa realidade é tão mais aparente e especialmente grave nos países cujos sistemas de justiça não garantem prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável.<sup>19</sup>

Paradoxalmente, assim, a extrema essencialidade desta categoria de direitos ou interesses parece funcionar contra a sua própria existência e proteção.

O tema, portanto, merece ser rediscutido ampla e profundamente, ponderando-se razões lógico-jurídicas e pragmáticas no intuito de se alcançar soluções razoáveis para a máxima efetividade dos direitos fundamentais.<sup>20</sup>

O mero fato de um interesse ou direito ser considerado "indisponível", insista-se, não pode implicar sua automática inegociabilidade.<sup>21</sup>

Evidentemente, não se desconsideram as "razões de interesse público" fundantes da noção de indisponibilidade dos direitos, muito menos os supremos e humanistas valores que conduziram à teoria constitucional da proteção estatal dos direitos fundamentais essenciais, até mesmo contra ou apesar da vontade dos seus titulares (Grundrechtsschutz gegen sich selbst).

Contudo, não se pode olvidar a especial dinâmica destes temas, que impõe constantes reavaliações sob contextos históricos, espaciais e sociais diversos. E se isso é verdade, seria então ainda correto negar-se sistematicamente e aprioristicamente a negociabilidade (transação) do interesse público e dos demais direitos considerados indisponíveis, ainda que isto pudesse significar sua melhor proteção e concretização?

Um caminho para a compreensão a respeito da viabilidade da transação de direitos indisponíveis pode ser trilhado a partir da assunção de uma teoria liberal dos direitos fundamentais, como provocativamente sustenta Virgílio Afonso da Silva:

"É comum que se faça referência à irrenunciabilidade ou à e à inegociabilidade dos direitos fundamentais. Mas por que seriam os direitos fundamentais irrenunciáveis e inegociáveis? Essas características decorrem da estrutura desses direitos? São alguma consequência lógica? São uma convenção? Ou são um mero lugar comum generalizante contra o qual, dada sua consolidação, ninguém se atreve a argumentar? Uma análise um pouco mais profunda poderia, de início, suscitar algumas contradições entre a história e a função primordial dos direitos fundamentais, de um lado, e características como a irrenunciabilidade e a inalienabilidade, de outro. Os direitos fundamentais, junto com a separação de poderes, são conquistas essencialmente liberais e sempre serviram - não somente na sua origem, mas também nos dias atuais - como forma de evitar a ingerência estatal em esferas estritamente individuais. Ora, se os direitos fundamentais são essencialmente direitos de liberdade do cidadão, nada mais coerente que aceitar a liberdade de não exercitá-los, de deles dispor ou de a eles renunciar. Renunciar a direitos fundamentais seria um exercício do direito geral de liberdade, imanente à essência dos direitos fundamentais. Essa é uma posição que, embora aceite algumas ressalvas e limitações e ainda que possa causar desconforto em alguns autores, é perfeitamente compatível com uma teoril liberal acerca dos direitos fundamentais".<sup>22</sup>

Admitindo-se não apenas a validade e legitimidade da teoria liberal dos direitos fundamentais, mas sobretudo as relevantes pragmáticas perspectivas que abre para a resolução de conflitos sociais, então a indisponibilidade - mesmo que idealizada como decorrência da inalienabilidade e da irrenunciabilidade dos direitos assim qualificados -, não pode implicar presunção de inegociabilidade, ao menos por três motivos:

A transação não importa necessariamente renúncia ou alienação dos direitos. Há diferentes modelos negociais que redundam, evidentemente, consequências distintas relativamente à cessão de direito material que caracteriza os processos de transação;

i) Ao contrário do que se poderia pensar, a titularidade dos direitos indisponíveis não é afastada - senão reafirmada - por conta do respeito à autonomia das vontades direcionadas à realização de eventuais transações sobre os mesmos;

Ainda que assim não fosse, não parece mais razoável que o Estado simplesmente restrinja ou impeça o pleno exercício das titularidades sobre os direitos indisponíveis - e, portanto, de eventualmente se negociá-los - sob abstratas presunções de que estaria tutelando toda a sociedade ou os seus titulares contra si mesmos, na medida da sua incapacidade de livre manifestação de vontades.

Como adiante se destaca, a diversidade e a legitimidade de fóruns administrativos, jurisdicionais e até mesmo privados de fiscalização a respeito da manifestação de

vontades dos titulares dos direitos considerados indisponíveis (diretamente ou por via de sistemas de adequada representatividade, como ocorre com os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil por parte do Ministério Público), não apenas viabiliza como compele o Estado a submeter pretensões de restrição ou de vedação do pleno exercício dos direitos a concretos testes de ponderação.

Por óbvio, isto tem direta implicação quanto à possibilidade de transação envolvendo os direitos indisponíveis.

Se o verdadeiro sentido de interesse público residente no conceito dos direitos indisponíveis parece depender da coordenação entre o respeito da autonomia privada e, ao mesmo tempo, dos interesses sociais, então, no mais das vezes, a única maneira de se afirmá-los e tutelá-los adequadamente será uma análise cuidadosa, caso a caso, a respeito da validade e da legitimidade da manifestação volitiva dos seus titulares, ainda que contraposta a interesses considerados coletivos ou públicos.

Até porque, como adiante se destaca, negociar os direitos - inclusive os indisponíveis - pode se revelar a melhor ou a única opção para sua efetiva proteção.

A incompreensão do sistema de Justiça brasileiro quanto à necessidade e real possibilidade de soluções verdadeiramente conciliadas envolvendo direitos indisponíveis pode ser medida pela já antiga prática do mecanismo do Compromisso de ajustamento de condutas, previsto originariamente na Lei da Ação Civil Pública<sup>23</sup> e agora também inserido no novo Código de Processo Civil.<sup>24</sup>

Trata-se de um bom exemplo de importante mecanismo resolutório extrajudicial de conflitos coletivos cuja utilização, todavia, muitas vezes tem sido absolutamente deturpada justamente por conta da falsa premissa de que não poderia instrumentalizar autêntica negociação, diante da "indisponibilidade" dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Segundo preponderante orientação doutrinária e jurisprudencial, o objetivo do compromisso de ajustamento de condutas seria restrito à regulação de comportamentos e ou previsões sancionatórias para a parte à qual se imputa a prática ilegal e ou lesiva, "conciliando-se" apenas aspectos relacionados a prazos e formas de cumprimento de obrigações ou de deveres inerentes à preservação integral dos direitos transindividuais, mas que em hipótese alguma afetassem sua essência indisponível.<sup>25</sup>

Não é difícil concluir, assim, que ao se negar um sentido verdadeiramente comercial para o Compromisso de ajustamento de condutas, desvirtua-se completamente a sua natureza, e com ela, também a sua finalidade compositiva. Tais desvirtuamentos dão origem a pelo menos dois sérios problemas, relacionados à efetividade (pragmática) e à validade (legalidade) do instrumento.

Em primeiro lugar, a ausência de genuína transação (concessões recíprocas), sob a justificativa da indisponibilidade dos direitos ou interesses em disputa, implica a ausência de qualquer real incentivo para que o conflito seja resolvido, pragmaticamente, da melhor forma possível para todos. Afastada ab initio qualquer possibilidade de negociação relativamente à essência do conflito coletivo, a mera regulação de "prazos e formas" para o cumprimento da obrigação não é conciliação (muito menos transação), senão retórico reforço a disposições constitucionais, legais ou contratuais consideradas indiscutíveis e imutáveis. Neste sentido, a assinatura de ajustes de conduta, no mais das vezes, revela-se pouco útil e insuficiente para garantir concretamente a melhor ou a possível proteção dos direitos ou interesses em discussão.<sup>26</sup>

Pior, sob a ótica da validade, transfigurados muitas vezes em mecanismos de imposição de condutas, os compromissos de ajustamento correm sério risco de ser considerados ilegais por não obedecerem a típicas condições de validade contratual. É curioso reparar, neste particular, como a jurisprudência começa a encará-los sob uma ótica

eminentemente contratual (transação) apontando, conseqüentemente, para sua negociabilidade.<sup>27</sup>

Por tais razões, é preciso ir além. A desmistificação de algumas premissas havidas como absolutas a respeito do interesse público e da indisponibilidade dos direitos deve assumir papel provocativo.

A polêmica gerada em torno do assunto revela e suscita conflitos político-ideológicos de difícil coordenação, mas de necessário enfrentamento para que se possa evoluir no caminho da implementação de um novo sistema de justiça colaborativa no Brasil, compreendido mediante a integração dos meios alternativos de resolução de conflitos e a jurisdição.

5 O controle sobre a livre manifestação das vontades dos titulares dos direitos indisponíveis e a ponderação sobre a razoabilidade do procedimento negocial

Neste sentido, talvez a mais importante das premissas que necessita ser reavaliada, na medida em que deveria importar decisivamente para a verificação da negociabilidade concreta dos direitos (ainda que qualificados como indisponíveis), diz respeito a apuração da liberdade de manifestação da vontade de seus titulares e da adequação e legitimação do procedimento negocial.

De fato, se é possível encontrar alguma conexão que ligue tanto a orientação doutrinária como a da jurisprudência dos tribunais superiores em torno do tema "direitos indisponíveis", tal ligação estaria atrelada à possibilidade ou não de sua abdicação parcial ou total por força da manifestação de vontade de seus próprios titulares.<sup>28</sup>

Assim, por exemplo, a partir da constatação (ou, mais comumente, da presunção) de que indivíduos absolutamente hipossuficientes e desassistidos encontrar-se-iam desprovidos de liberdade para manifestarem suas vontades referentes a atos de disposição de seus próprios direitos fundamentais, parece mais do que justificável e necessária a intervenção protetiva que o Estado deve conferir ao cidadão que atenta contra sua própria fundamentalidade.<sup>29</sup>

Coisa totalmente diversa, contudo, ocorre em situações nas quais se consegue inferir claramente que a intenção de disposição do direito fundamental por seu próprio titular é livre e consciente. Nestas hipóteses, a intromissão regulatória do Estado ou de outros particulares, travestida pela expressão "indisponibilidade" e muitas vezes guiada por razões religiosas ou meramente paternalistas, viola desproporcionalmente o também fundamental direito constitucional de respeito à autonomia das vontades.<sup>30</sup>

De igual forma, em um Estado no qual existam e funcionem estruturas institucionais democráticas e independentes (tais como o Poder Judiciário, o Ministério Público, a imprensa, e as organizações sociais, dentre outras), bem como procedimentos de representatividade social que permitam a adequada manifestação da vontade dos cidadãos (tal como as audiências públicas), não parece razoável que o interesse público e os direitos difusos e coletivos sejam considerados inegociáveis ou intransacionáveis, pela mera e abstrata rotulagem da indisponibilidade.

Para além disto, resta indagar: é ainda a melhor opção para o sistema de Justiça nacional que os conflitos relacionados com os direitos indisponíveis sejam sempre "resolvidos" por via da tradicional fórmula da adjudicação estatal, realizada, em regra de forma solitária e impositiva? Não seria mais adequado, legítimo e democrático que tais conflitos passassem a ser cada vez mais suscetíveis a francas negociações que, para além de necessariamente envolverem o Ministério Público, a Advocacia Pública, as demais entidades colegitimadas para a proteção dos interesses ou direitos em disputa e até mesmo diretamente a população envolvida, ainda contaria sempre com a supervisão do Poder Judiciário?

A resposta parece óbvia, inevitável.

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.<sup>31</sup>

No intuito de provocar melhor reflexão a respeito da viabilidade e da justificação da negociação dos direitos indisponíveis, destacamos alguns exemplos retirados da experiência empírica dos sistemas de Justiça nacional e internacional.

### 5.1 O meio-ambiente é negociável?

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é garantido constitucionalmente no Brasil,<sup>32</sup> e ninguém pode negar sua natureza difusa, fundamentalíssima e, portanto, indisponível.

Mas, por conta dessa qualificação hiperprotetiva, seriam os conflitos ambientais insuscetíveis de verdadeira transação?

A resposta positiva, comum entre os juristas e operadores do sistema de Justiça brasileiro, revela muito como a abstração e a dogmatização conceitualista é irreal ou surreal na sociedade do século XXI, que assiste, muitas vezes sem perceber, a verdadeiras negociações envolvendo o próprio meio-ambiente.

De fato, já há muitos anos o mundo inteiro negocia a respeito do chamado "direito de poluir", sendo o Brasil, inclusive, um dos seus maiores beneficiários.<sup>33</sup>

Apesar de toda a repugnância que a mera referência a tal realidade acarrete, sobretudo na academia da civil law, ela é um fato incontestável. Na última década, os chamados "créditos de carbono" tornaram-se uma commodity, mercadoria negociada com preços estabelecidos pelo mercado internacional a valores entre U\$ 5,00 (cinco dólares) e U\$ 17,00 (dezessete dólares).<sup>34</sup>

Mas, por que de fato se negocia (transaciona) um direito tão indisponível, inalienável e inegociável, segundo sua clássica definição jurídico-conceitual?

A resposta é simples. Negocia-se o direito de poluir precisamente porque se chegou à conclusão (empírica) de que talvez seja esse um caminho mais eficiente, por paradoxal que possa parecer, para uma melhor preservação do meio ambiente.<sup>35</sup>

Na medida em que os países investem em tecnologias de geração de energia limpa e diminuem a emissão de CO<sub>2</sub>, creditam-se por via deste mercado. Assim, a negociação dos créditos de carbono representa importante instrumento de incentivo à progressiva introdução de políticas ecológicas e desincentivo à poluição. Só no ano de 2014, esse modelo gerou transações de aproximadamente US\$ 90 bilhões de dólares ao redor do mundo.<sup>36</sup>

Enquanto isso, alheio à realidade e ao pragmatismo, o sistema de Justiça brasileiro insiste em cultivar o dogma da inegociabilidade dos conflitos ambientais, apegando-se ao conceitualismo inerente à indisponibilidade dos direitos fundamentais.

Apesar de encarregado constitucionalmente da efetiva proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis, o Ministério Público Federal possui orientação normativa no sentido da insubmissão de conflitos envolvendo questões ambientais a tentativas de soluções consensuais, mesmo por via do instrumento do compromisso de ajustamento de condutas.<sup>37</sup> Os tribunais, seguindo a mesma lógica, sequer admitem designar audiências de tentativa de conciliação para tais conflitos por se tratar de "perda de tempo".<sup>38</sup>

A mera referência à indisponibilidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não comporta mais a simples e fácil negação de procedimentos verdadeiramente negociais a respeito dos conflitos que cotidianamente o envolvem.

Nada impede que, submetidas ao devido gerenciamento institucional (a envolver a integração das diversas instâncias internas do Ministério Público), ao necessário debate social (viabilizado pelo instrumento das audiências públicas) e à devida fiscalização jurisdicional (ainda que meramente homologatória), possíveis negociações travadas por via de compromissos de ajustamento de condutas ou outros mecanismos judiciais ou extrajudiciais (como a mediação)<sup>39</sup> passem a representar modelo social muito mais legítimo e efetivo para a solução eficiente de difíceis e por vezes antigos conflitos, pragmaticamente irresolúveis pela tradicional técnica da sentença adjudicatória.

Como bem se sabe, por mais "perfeita" revele-se a sentença que adjudica conflitos difusos (sob o ponto de vista de sua fundamentação fático-jurídica), a experiência das costumeiramente malsucedidas tentativas de execução forçada aponta não apenas para a insuficiência, mas para a verdadeira inadequação do modelo adjudicatório.

É mais do que hora de se reconhecer que o adequado enfrentamento das mais importantes e conflituosas pretensões relacionadas aos direitos transindividuais não pode mais prescindir dos processos negociais e consensuais.

### 5.2 A probidade administrativa é negociável?

A moralidade administrativa foi expressamente inserida no texto constitucional brasileiro de 1988 (art. 37, caput), constituindo, ao lado da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, princípio reitor da Administração Pública.

Desta forma, a probidade no exercício da função pública passou a ser reconhecida como autêntico interesse difuso, cuja indisponibilidade foi reafirmada por força da previsão infraconstitucional do art. 17, § 1.º, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), que veda qualquer espécie de solução consensual (acordo, conciliação ou transação) no âmbito das ações que objetivam sancionar as práticas de improbidade.

A absoluta inegociabilidade da propositura da demanda de improbidade pelas entidades legitimadas (Ministério Público e pessoa jurídica de direito público interessada), assim como da aplicação do conjunto de sanções previstas pelo art. 12 da Lei 8.429/1992, segundo entendeu o legislador nacional, constituiria mecanismo protetivo do fundamental e indisponível direito difuso à moralidade administrativa.

Contudo, terá sido este efetivamente o melhor caminho para orientar o sistema de justiça nacional a perseguir e punir os atos de improbidade, assim como a garantir a integral ou a mais completa indenização ou compensação dos danos deles decorrentes?

Trata-se de assunto de extrema relevância que merece melhor debate e enfrentamento, no intuito de viabilizar a maior eficácia possível no combate à corrupção e à impunidade, assim como na pretensão de integral compensação pelos possíveis danos patrimoniais e extrapatrimoniais causados pela prática do ato de improbidade.

Neste sentido, e na linha de sustentação do presente ensaio, o preciosismo da regra disposta no art. 17, § 1.º, da LIA ilustra com perfeição de que forma o dogmatismo e o conceitualismo que gravitam em torno dos direitos indisponíveis são capazes de enfraquecer ou inviabilizar sua efetiva proteção.

Muito embora os princípios da obrigatoriedade e da inegociabilidade das punições legalmente estabelecidas para os atos de improbidade administrativa sejam perfeitamente justificáveis em valores éticos, morais e jurídicos, fato é que, pragmática e paradoxalmente, de tão ótima (teoricamente) a regra depõe contra a efetividade da punição dos responsáveis e pela reparação dos prejuízos causados ao patrimônio público e à sociedade.

Pela evolução do sistema de justiça brasileiro, sobretudo no que diz respeito aos mecanismos utilizados para investigação, retribuição e reparação de danos causados pela prática de atos ilícitos, tanto na esfera penal, civil e administrativa, parece cada vez mais claro não haver mais espaço para que perseverem proibições legislativas absolutas à busca de soluções consensuais que se revelem, a um só tempo, razoáveis e eficientes. Tanto mais autorizadas e aplicadas tais soluções devem ser quanto maiores o controle de todas as autoridades públicas competentes (jurisdicionais e administrativas) e a transparência pela qual sejam esclarecidas para a sociedade civil.<sup>40</sup>

Apenas a título de exemplo, não parece haver justificativa razoável para se negar a extensão do regime jurídico da chamada delação premiada (adiante analisado) às ações de improbidade administrativa. As convenções materiais e processuais livremente negociáveis entre as partes, expressamente previstas para aplicação no âmbito de ações penais no art. 4.º da Lei 12.850/2013, têm se revelado importante mecanismo para a efetividade do desbaratamento de organizações criminosas e o ressarcimento de lesões ao erário e à sociedade.

Ora, se há expressa autorização legislativa para o mais, vale dizer, para a negociabilidade sobre aspectos da pretensão punitiva penal estatal (interesse ou direito difuso igualmente indisponível), com maior razão deve se entender aplicável o mesmo regime jurídico, quando for o caso, à pretensão sancionatória cível relativa à punição por atos de improbidade administrativa.

Apesar da verificação de uma inicial reação jurisprudencial contrária à extensão do regime da delação premiada às ações de improbidade,<sup>41</sup> a aplicação da analogia em tal hipótese parece ainda mais consistente e relevante na medida em que, muitas vezes, a mesma conduta pode ser qualificada a um só tempo como crime e como de improbidade administrativa, suscitando a aplicação de ambos os regimes punitivos. Nestes casos, a restrição da negociação entre acusação e defesa a respeito exclusivamente da punibilidade criminal, mantendo-se inegociáveis aspectos sancionatórios afeitos à improbidade, pode implicar o total fracasso dos objetivos de eficiência das respostas repressivas e preventivas devidas pelo Estado.

Interessante novidade sobre a possibilidade de negociação a respeito das sanções de improbidade administrativa, contudo, surge agora com a previsão constante na nova lei de mediação brasileira (Lei 13.140/2015).

Ao regular os procedimentos de mediação para solução consensual de conflitos envolvendo a Administração Pública federal, a nova legislação (art. 36, § 4.º) autoriza que, "Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro relator".

Ou seja, ao que parece, passa-se a oportunizar ajustes consensuais a respeito da forma ou do modo da aplicação das sanções previstas pela Lei 8.429/1992 aos acusados de quaisquer das práticas qualificadas como de improbidade.

Muito embora não se definam expressamente quaisquer limites para referida transação, nada impede que, respeitada a indispensável fiscalização jurisdicional com a prévia intervenção do Ministério Público,<sup>42</sup> possa ela versar sobre o quantum sancionatório entendido razoável e efetivo para a resolução da disputa.

Desta forma, quer parecer que se trata de regra que revoga tacitamente o disposto pelo art. 17, § 1.º, da LIA, abrindo espaço para acordos nas ações de improbidade administrativa. Se passa a ser possível solução conciliada no âmbito administrativo, ainda que o acordo verse sobre controvérsia em relação à qual pende investigação de improbidade, com muito maior razão parece ser possível sustentar o cabimento de acordos no âmbito da própria ação de improbidade administrativa.

### 5.3 A liberdade é negociável?

O direito de liberdade, um dos pilares da garantia do devido processo legal, da revolução francesa e de todas as demais declarações de direitos do mundo moderno, é intuitivamente considerado indisponível e, portanto, absolutamente inegociável.

Direito individual fundamental,<sup>43</sup> a liberdade dos cidadãos também constitui objetivo constitucional da República Federativa do Brasil.<sup>44</sup>

A proteção da indisponibilidade incidente sobre o direito de liberdade no país ainda pode ser medida pela existência de diversos mecanismos de sua tutela que incluem o habeas-corpus, a absoluta excepcionalidade das prisões cautelares e a garantia de que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma decisão condenatória criminal.

Mas, ainda que considerado todo o protecionismo constitucional do direito de liberdade, mesmo assim seria possível afirmar ser ele impassível de mecanismos conciliatórios, e mais especificamente, de transação?

Na verdade não é difícil encontrar-se exemplos capazes de abalar a firmeza da afirmação, acrescentando novos ingredientes à discussão.

A negociação sobre aspectos ligados direta ou indiretamente ao direito de liberdade é realidade em diversos sistemas de justiça, na medida em que determinados mecanismos ou procedimentos negociais oferecem evidentes vantagens tanto para os titulares do direito de liberdade como para a sociedade em geral.

Talvez o exemplo mais contundente e excepcional de procedimento negocial que implica direta transação do direito de liberdade seja extraível da figura norte-americana da plea bargain.<sup>45</sup>

Trata-se de verdadeiro acordo travado entre o acusado e o Estado, representado pela promotoria (federal ou estadual), por via do qual aquele compromete-se a confessar (reconhecer sua culpabilidade) ou, ainda, apesar de não reconhecer a culpa, concordar em não contestar a imputação do cometimento do crime no intuito de evitar o desenrolar do processo e o conseqüente julgamento pelo tribunal do júri. Para além disso, o acusado ainda pode ser instado a cooperar na investigação criminal, ou testemunhar contra demais acusados pelo mesmo crime.

Em troca, o acusado pode se beneficiar seja pela redução da gravidade das imputações criminais (ou seja, sofrer imputações menos severas), pela abdicação de algumas das acusações por parte da promotoria e, claro, pela redução muitas vezes significativa das sanções privativas de liberdade.<sup>46</sup>

Apesar de a 6.<sup>a</sup> Emenda à Constituição norte-americana garantir que em todos os processos criminais os acusados têm direito a assistência jurídica capaz de contrariar as provas da acusação, a julgamentos céleres e públicos, efetuados por tribunais de jurados imparciais - só autorizados a condenar os acusados por unanimidade de votos a respeito da culpabilidade sem qualquer dúvida razoável -, os acordos realizados pelos acusados diretamente com os promotores têm notabilizado o sistema de Justiça criminal.

Em que pese a grande discussão atualmente travada no sistema de Justiça norte-americano sobre a razoabilidade e a constitucionalidade deste tipo de acordo a versar sobre a liberdade, só no ano de 2013, na Justiça federal dos EUA, excluídos os processos criminais extintos sem julgamento de mérito (8% da totalidade), 97% dos processos remanescentes foram encerrados por acordos entre os acusados e os federal prosecutors por via do instrumento da plea bargain, sendo que apenas 3% dos processos criminais restantes foi a efetivo julgamento de mérito.<sup>47</sup>

Muito se questiona a respeito da razoabilidade do procedimento do sistema do plea

bargain, inicialmente em virtude da evidente pressão (verdadeira coação, segundo alguns) incidente sobre os acusados que, muitas vezes, dispõem de poucas horas ou dias para aceitar ou não os termos do acordo proposto. Para além disso, ao menos no âmbito federal, os acordos são realizados diretamente entre a promotoria e os acusados, sem a efetiva intervenção dos juízes que, no mais das vezes, apenas se restringem a homologá-los, sem qualquer avaliação sobre a legalidade do procedimento negocial ou mesmo a respeito da Justiça do seu mérito.

O liberalismo, o pragmatismo e o excepcionalismo do direito norte-americano explicam em muito a impressionante e absoluta preponderância dos acordos como forma de solução dos conflitos, sejam criminais, sejam cíveis, quando os índices de adjudicação estatal não passam de 2% de todos os processos iniciados.

Não se trata, por agora, de aplaudir ou desprezar o modelo norte-americano da plea bargain, responsável aliás, em grande parte, pela maior população carcerária mundial - aproximadamente 2,2 milhões de pessoas.<sup>48</sup> Trata-se tão somente de constatar que, certo ou errado, bem ou mal, a transação envolvendo diretamente o indisponível direito de liberdade ocorre todos os dias no sistema criminal dos EUA, lá sendo apontada como imprescindível para evitar o colapso do sistema jurisdicional criminal.

Mas não é apenas o exemplo drástico e emblemático da plea bargain norte-americana que pode ilustrar a negociabilidade do direito de liberdade.

No Brasil isso também ocorre, em hipóteses e proporções evidentemente diversas.

Assim, por exemplo, o chamado sursis processual,<sup>49</sup> a transação penal<sup>50</sup> e a composição dos danos civis,<sup>51</sup> previstas na Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995), apesar de aplicáveis tão somente para contravenções penais ou crimes considerados de menor potencial ofensivo,<sup>52</sup> não deixam de constituir mecanismos consensuais resolutivos já em pleno funcionamento no sistema de Justiça criminal brasileiro e que, segundo gradativamente vem se entendendo, poderiam suscitar a implementação da chamada "justiça restaurativa" no país.<sup>53</sup>

Contra o argumento de que não seriam exatamente instrumentos de negociação sobre a liberdade, é bom lembrar que, incidindo em processos criminais cuja pretensão condenatória inclui a privação da liberdade, à toda evidência tanto a suspensão condicional do processo penal como a transação penal devem ser consideradas modalidades compositivas que, mesmo indireta ou reflexamente, dizem respeito ao exercício do direito de liberdade.

Outro relevante e intrigante instituto que deve ser investigado enquanto instrumento compositivo consensual diz respeito à delação premiada.

Previstos sucessivamente em diversas legislações criminais,<sup>54</sup> os mecanismos da delação premiada e dos acordos de leniência constituem o mais moderno instrumento de combate ao crime organizado no Brasil, tendo especial serventia para os crimes de corrupção.

Da análise do procedimento recentemente inaugurado por via da Lei 12.850/2013, infere-se tratar de mecanismo consensual pelo qual "O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (art. 4.º)".

Parece evidente que a delação premiada e o acordo de leniência constituem verdadeiras técnicas compositivas transacionais que, se não aptas a definir exatamente as sanções criminais a serem aplicadas pelo magistrado, implicam importantes consequências quanto ao direito de liberdade dos réus colaboradores, reduzindo significativamente o tempo de emprisonamento e o próprio regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

A constatação de que o direito de liberdade já vem sendo negociado, ao menos em hipóteses nas quais o procedimento negocial revela-se apto a garanti-lo de alguma forma pragmaticamente útil ao seu titular e, ao mesmo tempo, implementar maior eficiência ao sistema de Justiça, mais do que despertar a curiosidade dos juristas nacionais, pode impulsionar a adoção de novas técnicas e procedimentos que almejem similares objetivos.

### 6 Disponibilidade dos direitos indisponíveis?

Se, como visto, gradativamente os mais clássicos direitos fundamentais qualificáveis como indisponíveis vêm sendo objeto de autênticas negociações ao redor do mundo e no Brasil, com crescente respaldo dos diversos sistemas de Justiça, não seria esta então a demonstração empírica da necessidade de uma redefinição ou readaptação conceitual a respeito da indisponibilidade?

Neste sentido, uma intrigante provocação pode ser resumida na indagação: seriam os direitos indisponíveis, paradoxalmente, disponíveis?

Endossando a conclusão sustentada por Robert Alexy a respeito de serem os direitos fundamentais disponíveis *prima facie*, Letícia de Campos Velho Martel aponta possível caminho para uma mais adequada e contemporânea compreensão do fenômeno da indisponibilidade:

"A restrição de direitos fundamentais é, no molde de Alexy, heterônoma. Já a disposição é autônoma. Isso justifica plenamente diferenciá-las. Para relações tão diferentes, métodos diferentes de análise. Exigir de um indivíduo que somente disponha de posições jurídicas subjetivas de direito fundamental que titulariza se seu ato atender à necessidade, à adequação e à proporcionalidade em sentido estrito significa igualá-lo à figura do Estado, que, de regra, não é titular do direito geral de liberdade e de outros direitos fundamentais do modo como são os particulares. Poder-se-ia exigir do sujeito que seus fins, com a disposição, fossem constitucionalmente determinados? Claro que não. (...) Disto se conclui que a disposição de posição jurídica subjetiva de direito fundamental não é sinônimo de restrição de posições jurídicas subjetivas de direito fundamental. Seguindo as conclusões expressas linhas acima, tem-se que a proibição da disposição, por ato estatal, é que deve ser tratada como restrição ou violação de direitos fundamentais, em especial o direito geral de liberdade. O enunciado normativo estatal que proibir a disposição ou que a regular haverá de ser apreciado segundo o método de exame das restrições. Com isso não se quer dizer, sobremaneira, que todo e qualquer ato de disposição de posições jurídicas de direito fundamental deve ser permitido. Haverá inúmeros casos nos quais a proibição se mostrará uma restrição e, portanto, acorde à Constituição. Haverá inúmeros casos nos quais a exigência de condições e requisitos, por vezes bastante fortes, mostrar-se-á uma restrição e, portanto, constitucional. Todavia, haverá inúmeros casos nos quais a proibição de dispor poderá ser uma violação de direitos e, portanto, inconstitucional".<sup>55</sup>

A identificação dos direitos fundamentais como disponíveis *prima facie*, apesar de evidentemente controversa, revela-se libertadora, lógica e eficiente para fundamentar a relativização de um exacerbado e persistente paternalismo perceptível no sistema de Justiça brasileiro, que em muitos casos escraviza bem mais do que liberta, retrocede bem mais do que avança a verdadeira proteção dos direitos fundamentais.

Por outro lado, ainda que não se reconhecesse uma plena disponibilidade *prima facie* dos

direitos fundamentais, parece cada vez mais evidente a necessidade de se reconhecer o relativismo conceitual que reveste o tema da indisponibilidade dos direitos.<sup>56</sup>

Tanto para os legisladores como para os operadores do sistema de Justiça, não podem mais bastar para justificar a restrição da disposição dos direitos considerados "indisponíveis" abstratas e retóricas presunções a respeito da hipossuficiência e da incapacidade de manifestação volitiva dos seus titulares - que historicamente têm justificado academicamente sua absoluta inegociabilidade.

A viabilidade cada vez mais evidente de apuração da real e livre intenção dos titulares dos direitos individuais e transindividuais indisponíveis em exercê-los, abdicá-los ou negociá-los, passa a exigir do Estado justificativas bem mais sólidas e empíricas todas as vezes em que pretender intervir a título de proteção do interesse público.

Tais novas exigências, por outro lado, também incidem para a determinação dos fóruns e mecanismos resolutórios de conflitos sobre os direitos indisponíveis. A reconstrução do sistema de Justiça brasileiro, que começa tardiamente a apostar na institucionalização dos meios alternativos para a obtenção de soluções consensuais, passa a também depender de uma realista e pragmática reavaliação do sentido e do alcance da indisponibilidade dos direitos.<sup>57</sup>

Andrews, Neil. *Controversie collettive, transazione e conciliazione in Inghilterra*. RePro, vol. 169. São Paulo: Ed. RT, mar. 2009.

Bueno, Cássio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. RePro, vol. 82. São Paulo: Ed. RT, abr. 1996.

Feeley, Malcolm M. *Legal Complexity and the Transformation of the Criminal Process: The Origins of Plea Bargaining*, 31 *Isr. L. Rev.* 183 (1997). Disponível em: [<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/743>].

Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2001.

Godoy, Gabriel. *Acordo e mediação na ação de improbidade administrativa*. Revista eletrônica Jota. Publ. 03.08.2015. Disponível em: [<http://jota.info/acordo-e-mediacao-na-acao-de-improbidade-administrativa>].

Martel, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida*. Tese de Doutorado. Uerj, 2010. Disponível em: [[http://works.bepress.com/leticia\\_martel/](http://works.bepress.com/leticia_martel/)].

Mcdonald, William F. *Plea bargaining: critical issues and common practices*. 1943- Washington, D.C. U.S. Dept. of Justice, National Institute of Justice: 1985, c1982. Disponível em: <http://hdl.handle.net/2027/mdp.39015014884863>].

Nery, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta - teoria e análise de casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

Novais, Jorge Reis. *Renúncia a direitos fundamentais*. In: Miranda, Jorge (org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. vol. I

Rakoff, Jed S. *Why innocent people plead guilty?* *The New York Review of Books*. Disponível em: [[www.nybooks.com/articles/archives/2014/nov/20/why-innocent-people-plead-guilty](http://www.nybooks.com/articles/archives/2014/nov/20/why-innocent-people-plead-guilty)].

Rothenburg, Walter Claudius. *Direitos fundamentais e suas características*. Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas - n. 29 - out.-dez. 1999.

Sacio, Juan Manuel Sosa. Sobre el carácter "indisponible" de los derechos fundamentales. Gaceta Constitucional n. 9. Disponível em: [www.academia.edu/3827685].

Sander, Frank. The Pound conference: perspectives on justice in the future: proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice / sponsored by the American Bar Association, the Conference of Chief Justices, the Judicial Conference of the United States. Edited by A. Leo Levin and Russell R. Wheeler, St. Paul, Minn. West Pub. Co., 1979.

Santos, Patrícia Maria Rodrigues dos. Créditos de carbono: aspectos jurídicos e ambientais. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br].

Silva, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Tese de Livre Docência. São Paulo: USP, 2004.

Swartz, Robert and Baylson, Michael M. Plea Bargains & Prosecutors: An Exchange. The New York Review of Books. December 18, 2014. Disponível em: [www.nybooks.com/articles/archives/2014/dec/18/plea-bargains-prosecutors-exchange].

Talamini, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). Disponível em: [www.academia.edu/231461].

Venturi, Elton. A voz e a vez do interesse público em juízo: (re)tomando a sério a intervenção custos legis do Ministério Público no novo processo civil brasileiro. RePro, 246. São Paulo: Ed. RT, ago. 2015.

Venturi, Thaís Goveia Pascoaloto. Responsabilidade civil preventiva. São Paulo: Malheiros, 2014.

---

1 Ferrajoli, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madri: Editorial Trotta, 2001. p. 32.

2 Segundo, Letícia de Campos Velho Martel, "A doutrina publicista brasileira refere, com poucas exceções, que os direitos fundamentais são indisponíveis. Na mesma esteira, os privatistas soem afirmar que os direitos da personalidade são indisponíveis e os internacionalistas que os direitos humanos o são. Ainda, no âmbito do direito penal, é forte a ideia de que o consentimento da vítima (ou ofendido) não produz efeitos jurídicos, quando se tratar (o que é normalmente o caso) da proteção de 'bens' ou de 'direitos indisponíveis'. Também na ambiência dos direitos sociais, assevera-se que são indisponíveis. É assim que ocorre no ramo trabalhista e previdenciário e, também, quanto aos direitos à saúde e à educação. Apesar de, em um primeiro olhar, juristas de vários ramos do direito adotarem a premissa da indisponibilidade dos direitos fundamentais, não se pode inferir a inexistência de um problema quanto ao assunto. De um lado, a Constituição não expressa a indisponibilidade dos direitos fundamentais. De outro, questões práticas recebem respostas que se distanciam da premissa de indisponibilidade. A afirmação geral da indisponibilidade dos direitos fundamentais torna-se fluída, seja em face de elementos teóricos, seja em face da realidade que cotidianamente a desafia, mediante múltiplos exemplos de disposição e das consequências previstas em lei a respeito da consideração de um determinado direito como indisponível. O que se percebe, então, é que muitos juristas seguem referindo, de modo laudatório, que os direitos fundamentais são indisponíveis. Apresentam os casos de disposição de direitos fundamentais (ou da personalidade) como anomalias incapazes de afetar o epíteto indisponíveis. É pouco comum que se elabore a definição do que se compreende por 'direito fundamental', para que se possa ter claro exatamente o que é indisponível. Por vezes, a ideia é de que o bem protegido pelo direito é que não pode ser

afetado pelo próprio titular; noutras, tem-se a noção de que terceiros não podem interferir em direito alheio, mesmo com o consentimento do titular" (Direitos fundamentais indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida. Tese de Doutorado, Uerj, 2010. Disponível em: [http://works.bepress.com/leticia\_martel/]. p. 18-19.

3 Novais, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: Miranda, Jorge (org.). Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. vol. I, p. 292.

4 Sob tal lógica, aliás, foi construído o modelo arbitral brasileiro, que define como possível objeto do procedimento arbitral os "litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis" (art. 1.º da Lei 9.307/1996). De igual forma orienta a recente Lei de Mediação (Lei 13.149/2015), cujo art. 3.º determina que "Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. § 1.º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. § 2.º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público".

5 Segundo o art. 841 do CC brasileiro, "Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação".

6 Conforme a 2.ª Emenda à Constituição Norte-Americana, aprovada em 1791, "A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed". Apesar da interpretação restritiva dada por alguns Estados, para os quais a Emenda apenas garantiria a posse de armas por parte das forças armadas nacionais, a Suprema Corte Norte-Americana, no caso Distrito de Columbia versus Heller (2008) afirmou expressamente que a 2.ª Emenda garante o direito individual de possuir e portar armas de fogo, ao declarar inconstitucional a lei do Distrito de Columbia que vetava a posse de armamento aos residentes.

7 A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica como crime a posse ilegal de armas, punindo-a com detenção de 1 a 3 anos. Já em caso de porte ilegal, a sanção prevista é a reclusão de 2 a 4 anos.

8 "Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência."

9 "Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem."

10 "Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se."

11 "Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito."

12 "Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. § 1.º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse."

13 Conforme extrai-se do art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, "Ninguém deverá ser submetido a interferências arbitrárias na sua vida privada, família,

domicílio ou correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques todas as pessoas têm o direito à proteção da lei".

14 Venturi, Thaís Goveia Pascoaloto. Responsabilidade civil preventiva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 294-295.

15 Sobre a intervenção do Ministério público no processo civil brasileiro, Venturi, Elton. A voz e a vez do interesse público em juízo: (re)tomando a sério a intervenção custos legis do Ministério Público no novo processo civil brasileiro. RePro, n. 246, São Paulo: Ed. RT, ago. 2015.

16 A instauração de um novo sistema multiportas de solução de conflitos (Multi-door Courthouse) foi sustentada em histórica conferência proferida em 1976, pelo professor emérito da Harvard Law School, Frank Sander (The Pound conference: perspectives on justice in the future: proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice/sponsored by the American Bar Association, the Conference of Chief Justices, the Judicial Conference of the United States. Edited by A. Leo Levin and Russell R. Wheeler, St. Paul, Minn. West Pub. Co., 1979).

Na ocasião, para além de sugerir alterações na legislação de direito material no intuito de conter a litigiosidade - inclusive por via de uma atuação legislativa preventiva (preventive laws) - Frank Sander destacou a necessidade de se conjugar o tradicional mas combatido sistema jurisdicional de disputas com os demais meios alternativos de solução de conflitos (alternative dispute resolution).

Assim, a depender de variados critérios tais como a natureza do conflito, o tipo de relacionamento existente entre as partes disputantes, o valor econômico do conflito, os custos envolvidos no procedimento escolhido para sua resolução e o tempo estimado para a resolução, os diferentes mecanismos (mediação, negociação, conciliação e arbitragem) deveriam ser empregados prévia ou concomitantemente ao processo judicial, com flexibilidade procedimental a permitir a utilização conjugada dos mesmos.

Frank Sander defendeu que o Poder Judiciário deveria ser reorganizado para garantir um adequado gerenciamento dos diversos procedimentos, criando programas alternativos de resolução, chegando inclusive a sugerir que em cada foro judicial fossem destacados espaços próprios para a sua realização, transformando as estruturas judiciais em verdadeiros centros de resolução de conflitos (Court Resolution Centers).

O impacto da Pound Conference foi avassalador. A partir das ideias nela expressadas iniciou-se um intenso debate acadêmico e um maior interesse dos advogados em explorar as ADR's, o que acabou culminando, já na década dos anos 1990, na institucionalização dos meios alternativos de resolução de conflitos. Em 1998 foi editado o Alternative Dispute Resolution Act, pelo qual se determinou que todas as Cortes Federais dos EUA deveriam criar programas próprios de ADR (Court - Connected programs), modelo este que acabou sendo replicado pelas cortes estaduais. Diante da diversidade de regulamentações dos procedimentos de mediação pelas Cortes americanas, em 2001 foi editado o Uniforme Mediation Act, cujo principal objetivo foi criar uma uniformidade regulatória.

17 Neste sentido, anote-se precedente do STJ: "Segundo o disposto nos arts. 840 e 841 do novo CC, a transação que previne ou põe fim ao litígio tem como características (i) a existência de concessões recíprocas entre as partes, o que pressupõe se tratar de direito disponível e alienável; (ii) ter por objeto direitos patrimoniais de caráter privado, e não público. Assim, in casu, por se tratar de direito indisponível, referente a dinheiro público, é manifestamente ilegítima a transação pecuniária homologada em primeiro grau" (REsp 1.198.424/PR, 2.ª T., j. 12.04.2012, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 18.04.2012).

18 Neste sentido, Jorge Reis Novais insiste em destacar a respeito da distinção entre titularidade e capacidade de exercício de direitos fundamentais: "parece evidente que, no plano dos conceitos, uma coisa é ter a titularidade de uma posição jurídica de direito fundamental e outra, perfeitamente distinta, é ter a capacidade, fáctica ou jurídica, de concretamente invocar essa posição no exercício concreto das faculdades ou poderes que a integram" (Renúncia a direitos fundamentais. In: Miranda, Jorge (org.). Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996. vol. I, p. 282).

19 Sensível em relação aos óbices opostos tradicionalmente contra soluções conciliadas envolvendo interesses coletivos, conclui Neil Andrews: "Non è forse meglio che vi sia una qualche forma di giustizia consensuale, dotata dei caratteri della flessibilità e della pubblicità, piuttosto che il diritto formale ad un processo, in pratica però inibito da costi elevatissimi e dall'estremo tecnicismo richiesto per trattare controversie complesse che coinvolgono centinaia o perfino migliaia di persone? Si prendano in seria considerazione le riflessioni di Lord Brougham, un Lord Chancellor del diciannovesimo Secolo, pronunciate in Parlamento nel 1830 durante l'approvazione della legge istitutiva delle County Courts: 'better something of justice than nothing - it may be slovenly justice, but as precious a thing is justice (...) I should rather even slovenly justice than the absolute, peremptory, and inflexible denial of all justice'" (Controversie collettive, transazione e conciliazione in Inghilterra. RePro 169/62, mar. 2009).

20 Conforme Walter Claudius Rothenburg, "Deve-se sempre procurar extrair dos direitos fundamentais o máximo de conteúdo e realização que possam oferecer, de onde uma maximização ou otimização, não apenas em termos teóricos - que devem ultrapassar a linguagem genérica e adotar disposições específicas -, mas igualmente de repercussão prática, assim que se busque uma real implementação dos direitos fundamentais (efetividade dos direitos fundamentais), a despeito das vicissitudes - como a ausência de regulamentação suficiente ou a não inclusão entre as prioridades políticas de governo. Há de se ter em vista que a elaboração teórica dos direitos fundamentais encontra-se bastante apurada mas, infelizmente, não se faz acompanhar de uma prática efetiva" (Direitos fundamentais e suas características. RT 29, out.-dez. 1999).

21 Neste sentido, como sustenta Eduardo Talamini, "Já em outros casos, embora o bem jurídico seja indisponível, outros valores constitucionais podem justificar que, mediante lei, o Estado renuncie a determinadas decorrências ou derivações do bem indisponível. Assim, a potestade tributária é indisponível, mas é possível lei autorizando a remissão, a anistia, do crédito fiscal". A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). Disponível em: [www.academia.edu/231461].

22 Silva, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Tese de Livre Docência. São Paulo: USP, 2004. p.163-167.

23 "Art. 6.º, § 6.º: 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."

24 O art. 784, IV, do CPC qualifica como título executivo extrajudicial "o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal".

25 Assim constou da redação conferida ao art. 50 do PL 5.139/2009, que objetivava implementar no Brasil um código de processos coletivos: "O compromisso de ajustamento de conduta terá eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de sua homologação judicial, hipótese em que terá eficácia de título

executivo judicial. Parágrafo único. Quando o compromisso de ajustamento de conduta versar sobre bem indisponível, poderão ser estipuladas regras quanto ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas".

26 Conforme sustenta Cássio Scarpinella Bueno a respeito dos limites do compromisso de ajustamento de condutas, "Esse compromisso tem o valor de garantia mínima em prol do grupo, classe ou categoria de pessoas atingidas, não pode ser garantia máxima de responsabilidade do causador do dano, sob pena de admitirmos que lesados fiquem sem acesso jurisdicional. Entender-se o contrário seria dar ao compromisso extrajudicial que versa interesses difusos ou coletivos a mesma concepção privatista que tem a transação no direito civil, campo em que a disponibilidade é a característica principal. Graves prejuízos decorreriam para a defesa social, a admitir esse entendimento. Não sendo os órgãos públicos referidos no dispositivo os verdadeiros titulares do interesse material lesado, o compromisso de ajustamento que tomam passa a ter o valor de determinação de responsabilidade mínima; não constitui limite máximo para a reparação de uma lesão ao meio ambiente ou a qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo" (As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. RePro 82/92, abr. 1996).

27 "Administrativo. Dano ambiental. Inquérito civil. Termo de ajuste de conduta. Art. 5.º, § 6.º, da Lei 7.347/1985. Título executivo extrajudicial. Imposição pelo Ministério Público. Cerceamento de defesa. Coação moral. Violação do contraditório e da ampla defesa. Excesso de cobrança. Multa moratória. Homologação de termo de ajustamento pelo Conselho Superior do Ministério Público. Art. 9.º, §§ 2.º e 3.º da Lei 7.347/1985. O Termo de Ajustamento, por força de lei, encerra transação para cuja validade é imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia à caracterização deste negócio jurídico. (...) Consectariamente, é nulo o título subjacente ao termo de ajustamento de conduta cujas obrigações não foram livremente pactuadas, consoante adverte a doutrina, verbis: '(...) Para ser celebrado, o TAC exige uma negociação prévia entre as partes interessadas com o intuito de definir o conteúdo do compromisso, não podendo o Ministério Público ou qualquer outro ente ou órgão público legitimado impor sua aceitação. Caso a negociação não chegue a termo, a matéria certamente passará a ser discutida no âmbito judicial' (Farias, Talden. Termo de Ajustamento e Conduta e acesso à Justiça. Revista Dialética de Direito Processual LII/121, São Paulo). (...) 5. O Tribunal a quo à luz do contexto fático-probatório encartado nos autos, insindicável pelo E. STJ, consignou que: (a) o Termo de Ajustamento de Conduta in foco não transpõe a linde da existência no mundo jurídico, em razão de o mesmo não refletir o pleno acordo de vontade das partes, mas, ao revés, imposição do membro do Parquet estadual, o qual oficiara no inquérito; (b) a prova constante dos autos revela de forma inequívoca que a notificação da parte, ora recorrida, para comparecer à Promotoria de Defesa Comunitária de Estrela/RS, para 'negociar' o Termo de Ajustamento de Conduta, se deu à guisa de incursão em crime de desobediência; (c) a requerida, naquela ocasião desprovida de representação por advogado, firmou o Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público estadual no sentido de apresentar projeto de reflorestamento e doar um microcomputador à Agência Florestal de Lajeado, órgão subordinado ao Executivo Estadual do Rio Grande do Sul; (e) posteriormente, a parte, ora recorrida, sob patrocínio de advogado, manifestou sua inconformidade quanto aos termos da avença celebrada com o Parquet estadual, requerendo a revogação da mesma, consoante se infere do excerto do voto condutor dos embargos infringentes à f." (STJ, REsp 802.060/RS, 1.ª T., j. 17.12.2009, rel. Min. Luiz Fux, DJe 22.02.2010).

28 Conforme conclui Letícia de Campos Velho Martel, "Dentre todos os sentidos, quer os doutrinários, quer os legislativos e jurisprudenciais, opera-se a prevalência da conexão do conceito de indisponibilidade com a manifestação do titular para abdicar o direito. Então, ainda que haja certo descompasso, é possível delinear uma tendência. No entanto, a tendência é obscura, pois não há coerência e aprofundamento na delimitação de qual é o objeto de abdicção, quais os casos e formas nos quais ela pode ser

admitida, quais são seus limites; tampouco há congruência quanto a ser a indisponibilidade uma característica intrínseca a alguns direitos ou uma opção normativa que grava certos direitos. Tudo isso conduz à inexorável afirmação de que efetivamente existe um problema conceitual por detrás da ideia de indisponibilidade dos direitos fundamentais. E o problema não reside apenas na conceituação de indisponível, mas também na de direito, e, mais especificamente, de direito fundamental. Quando um conceito é confuso, pode ser usado como um brinquedo na argumentação jurídica e facilitar demasiadamente a perda da coerência interna da interpretação. A análise ora realizada demonstra que não há, mesmo sob a melhor luz, um fio de integridade, uma teia inconsútil que permita reconhecer, com clareza e utilidade, o que são, quais são e, especialmente, quais os efeitos jurídicos dos chamados direitos fundamentais indisponíveis" (Direitos fundamentais indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida. Tese de Doutorado. Uerj, 2010. Disponível em: [http://works.bepress.com/leticia\_martel/]. p. 35-36).

29 Daí a razão pela qual os tribunais brasileiros, exemplificativa e genericamente, têm negado transações a respeito de direitos trabalhistas ou a imposição de convenções arbitrais em contratos consumeristas de adesão. Presumido o déficit informacional, conclui-se pelo vício da manifestação das vontades de trabalhadores e consumidores, que assim não estariam aptos a negociar legítima e validamente.

30 Sobre o conceito de indisponibilidade e o direito fundamental à autonomia das vontades, Juan Manuel Sosa Sacio, Sobre el carácter "indisponible" de los derechos fundamentales. Gaceta Constitucional, n. 9. Disponível em: [www.academia.edu/3827685].

31 Sin embargo, queda aún sin responder por la jurisprudencia cómo deben tratarse aquellas enajenaciones de derechos fundamentales en caso de que exista plena autonomía; esto es, si aplicará la ponderación de derechos, o si, desde una posición decididamente paternalista (y hasta perfeccionista), presumirá siempre que la disposición de un derecho implica una situación de heteronomía y, por lo tanto, que el negocio jurídico deviene en nulo por inconstitucional. Con lo anotado hasta el momento, consideramos que hay una sola respuesta adecuada al ordenamiento constitucional para estos casos: la ponderación de bienes. (Sosa Sacio, Juan Manuel. Sobre el carácter "indisponible" de los derechos fundamentales. Gaceta Constitucional, n. 9. Disponível em: [www.academia.edu/3827685]).

32 "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

33 Informação disponível em:

[www.brasil-economia-governo.org.br/2012/08/13/o-que-e-o-mercado-de-carbono-e-como-ele-opera-r

34 Segundo dados divulgados em reportagem do Jornal New York Times (edição de 24.06.2014, disponível em:

[www1.folha.uol.com.br/fsp/newyorktimes/172558-cresce-mercado-para-quoto-direito-de-poluirquot.sh Ainda segundo a mesma reportagem, especialistas que apoiam o 'cap and trade' - (limite e negociação), que surgiu como uma arma básica contra o aquecimento global - afirmam que "um mecanismo de mercado pode atingir mais profundamente a economia do que qualquer outra abordagem, modificando o comportamento até de pessoas e empresas que poderiam não se importar com o aquecimento global".

35 Como explica Patrícia Maria Rodrigues dos Santos, a negociação internacional dos créditos de carbono tem por objetivo a redução da emissão dos gases do chamado efeito estufa, o que acabou gerando um valor monetário à poluição "já que tais créditos são certificados emitidos quando ocorre a redução de emissão de GEE. Por convenção, uma

tonelada de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) corresponde a um crédito de carbono" (Créditos de carbono: Aspectos jurídicos e ambientais. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br]).

36 Segundo dados divulgados em reportagem do Jornal New York Times (edição de 24.06.2014, disponível em:

[www1.folha.uol.com.br/fsp/newyorktimes/172558-cresce-mercado-para-quotodireito-de-poluirquot.sh

37 É o que determina o Enunciado 1/2005, da 4.<sup>a</sup> Câ. de Coordenação e Revisão: "Ementa: Intervenções em áreas de preservação permanente. Termo de Ajustamento de Conduta. Impossibilidade de homologação. Enunciado: Termos de Ajustamento de Conduta que violem dispositivo legal não são passíveis de homologação, a exemplo dos que visam a regularizar intervenções em área de preservação permanente".

38 "Ementa:Agravo de instrumento. Ação civil pública. Ambiental. Edificações em área de preservação permanente. Direito à preservação do meio ambiente (art. 225 da CF). Cejuscon. Insuficiente combate aos fundamentos decisórios - Improvimento do recurso. 1. Diante da manifestação do Ministério Público Federal atuante em Laguna/SC, autor da ação civil pública, entendo que não merece reparos a r. decisão do MM. Juiz Coordenador do Cejuscon - Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Subseção de Florianópolis/SC, que determinou a devolução dos autos ao juízo de origem (Laguna), 'tendo em vista a manifestação do Ministério Público Federal, que rejeitou qualquer possibilidade de acordo judicial, porque 'A inclusão dessas ações na pauta do Cejuscon, apenas prejudicará o êxito dessa iniciativa e o bom andamento dos trabalhos desse Centro, com audiências de conciliação frustradas, pois como é sabido, ao Ministério Público Federal é vedado transacionar sobre direitos indisponíveis, no caso, direito à preservação do meio ambiente (art. 225, da CRFB), direito fundamental difuso'. 2. Agravo de instrumento desprovido" (TRF-4.<sup>a</sup> Reg., Ag 5020599-66.2013.404.0000, 3.<sup>a</sup> T., rel. p/ acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 28.11.2013).

39 O art. 33, parágrafo único da nova Lei de Mediação brasileira expressamente alude à possibilidade de instauração de mediações coletivas para a solução consensual de conflitos relacionados aos usuários de serviços públicos: "A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos".

40 Sobre a possibilidade de homologação judicial de transações envolvendo condutas de improbidade administrativa, Godoy, Gabriel. Acordo e mediação na ação de improbidade administrativa. Revista eletrônica Jota. Publ. 03.08.2015. Disponível em: [http://jota.info/acordo-e-mediacao-na-acao-de-improbidade-administrativa].

41 Neste sentido: "Não se afigura juridicamente possível a extensão dos benefícios da delação premiada aos requeridos em ação de improbidade, uma vez que se trata de benefício penal e a legislação não prevê qualquer extensão dos benefícios à esfera cível, como fez o julgador. De fato, diferentemente do que ocorre na ação civil pública regida pela Lei 7.347/1985, em se tratando de ação civil por ato de improbidade administrativa, não há que cogitar na mitigação do princípio da indisponibilidade do interesse público, por aplicação, na espécie, do estabelecido no art. 17, § 1.<sup>o</sup>, da Lei 8.429/1992" (TRF-1.<sup>a</sup> Reg., AC 1741520044014200, 4.<sup>a</sup> T., j. 08.04.2014, Rel. Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (conv.), publ. 02.06.2014). Na mesma linha: TJDF, Ap c/ Reexame necessário APO 20050110533584/DF, publ. 15.04.2014; TJSP, Ap 00137418020028260053, publ. 29.07.2015; TJPR, Ap 12433100/PR 1243310-0 (Acórdão) (TJPR), publ. 30.04.2015.

42 Neste sentido, parece inócua a previsão da nova Lei de Mediação segundo a qual a mera "autorização" do Ministro relator de procedimentos fiscalizatórios no âmbito do Tribunal de Contas bastaria à efetivação da transação administrativa. Por óbvio, nenhum acordo travado meramente na seara administrativa (tal como o é a dos Tribunais de

Contas) pode ser oposto contra a fiscalização jurisdicional e a intervenção do Ministério Público, sempre que se detectar a existência de interesse público. Se assim é, versando o acordo administrativo sobre questão relativa a atos de improbidade administrativa, a única possibilidade dele implicar solução definitiva para o conflito de interesses é a homologação judicial.

43 "Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes."

44 "Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária."

45 Sobre o tema: Mcdonald, William F. Plea bargaining: critical issues and common practices. 1943. Washington, D.C. U.S. Dept. of Justice, National Institute of Justice: 1985, c1982. Disponível em: <http://hdl.handle.net/2027/mdp.39015014884863> Feeley, Malcolm M. Legal Complexity and the Transformation of the Criminal Process: The Origins of Plea Bargaining, 31 Isr. L. Rev. 183 (1997). Disponível em: [<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/743>].

46 Em defesa do instituto, Plea Bargains & Prosecutors: An Exchange. Robert Swartz and Michael M. B aylson, reply by Jed S. Rakoff. The New York Review of Books. December 18, 2014. Disponível em: [[www.nybooks.com/articles/archives/2014/dec/18/plea-bargains-prosecutors-exchange](http://www.nybooks.com/articles/archives/2014/dec/18/plea-bargains-prosecutors-exchange)].

47 Criticando o instituto, Why innocent people plead guilty? Jed S. Rakoff. The New York Review of Books. Disponível em: [[www.nybooks.com/articles/archives/2014/nov/20/why-innocent-people-plead-guilty](http://www.nybooks.com/articles/archives/2014/nov/20/why-innocent-people-plead-guilty)].

48 Conforme informe do International Centre for Prison Studies (ICPS). Disponível em: [[www.prisonstudies.org/country/united-states-america](http://www.prisonstudies.org/country/united-states-america)].

49 "Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena."

50 "Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta."

51 "Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação."

52 "Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa."

53 Conforme a Res. 12, do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas - ONU, datada de 24.07.2002, "Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução

das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles)". No Brasil, o art. 7.º da Res. 125/2010, do CNJ (que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário), determina que os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos deverão "centralizar e estimular programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Res. 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e a participação do titular da ação penal em todos os atos".

54 Inicialmente a delação premiada foi prevista pelo art. 8.º, parágrafo único, da Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), favorecendo com redução de um a dois terços da pena os delatores partícipes ou associados a quadrilhas voltadas à prática de crimes de tortura, tráfico de drogas e terrorismo, desde que auxiliassem a persecução penal e o desmantelamento do grupo criminoso. Subsequentemente, a delação premiada passou a ser prevista nos crimes de extorsão mediante sequestro, desde que facilitada a libertação da vítima (art. 159, § 4.º, do CP); nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra a ordem tributária (art. 16, parágrafo único, da Lei 8.137/1990, incluído pela Lei 9.080/1995); e nos crimes praticados por organização criminosa (art. 6.º da Lei 9.034/1995). Com a edição da Lei 9.613/1998 (combate à lavagem de dinheiro e evasão de divisas) e da Lei 9.807/1999 (proteção de testemunhas), a delação premiada ganhou renovado impulso e efetiva aplicação prática, na medida em que, para além da promessa de redução significativa das penas aos delatores, também incluíram-se outros incentivos aos colaboradores, tais como a condenação a regime prisional menos gravoso (aberto ou semiaberto), a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou até mesmo o perdão judicial (art. 1.º, § 5.º, da Lei 9.613/1998). Em 2011, a colaboração premiada foi incluída na nova Lei de Drogas (art. 41 da Lei 11.343/2006), sendo sua aplicação estendida pela Lei 12.529/2011 aos crimes contra a ordem econômica, regulando-se também a partir daí os chamados "acordos de leniência", cabíveis nas hipóteses nas quais inexistam ainda provas suficientes para assegurar a condenação do colaborador que, mediante confissão de sua participação no ilícito, deve cooperar plena e permanentemente com as investigações. Finalmente, a Lei 12.850/2013 (Lei de combate às organizações criminosas) regulamentou o procedimento para a realização da delação premiada e dos acordos de leniência.

55 Martel, Letícia de Campos Velho. Direitos fundamentais indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida. Tese de Doutorado, Uerj, 2010. Disponível em: [[http://works.bepress.com/leticia\\_martel/](http://works.bepress.com/leticia_martel/)], p. 81-83.

56 Defendendo a relativização do conceito dos direitos indisponíveis, Ana Luiza de Andrade Nery. Compromisso de ajustamento de conduta - teoria e análise de casos práticos. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 142-156.

57 O STF já teve a oportunidade de decidir a respeito da viabilidade de se admitir, ainda que em caráter excepcional, acordos judiciais envolvendo direitos considerados indisponíveis, em importante precedente assim ementado: "Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súmula 279 do STF). Recurso extraordinário não conhecido" (STF, RE 253.885/MG, 1.ª T., j. 04.06.2002, Rel. Ellen Gracie, DJ 21.06.2002, p. 118). No mesmo sentido, ilustre-se

## TRANSAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS?

precedente do STJ: "Processo civil - Ação civil pública por dano ambiental - Ajustamento de conduta - Transação do Ministério Público - Possibilidade. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra. 4. Recurso especial improvido" (REsp 299.400/RJ, 2.<sup>a</sup> T., j. 01.06.2006, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, DJ 02.08.2006, p. 229).