

MARCIO ROBERTO CHAVES

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

**CURITIBA
2006**

MARCIO ROBERTO CHAVES

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Monografia apresentada para obtenção do título de Bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

**CURITIBA
2006**

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCIO ROBERTO CHAVES

TEMA DA MONOGRAFIA: TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Curitiba, 25 de outubro de 2006.

Orientador: Prof. Sérgio Cruz Arenhart

Prof. Alcides Alberto Munhoz da Cunha

Prof. Elton Venturi

Dedico este trabalho a minha mãe, senhora Glarci, e ao meu querido irmão, que sempre me apoiaram. Também aos amigos Liana, Gileine, Elaine, Beto, Dra. Luciane, Dr. Marcelo e Dr. Marco Antonio, bem como os outros colegas de trabalho, que sempre me auxiliaram nessa jornada.

Agradeço as valiosas contribuições de Ada Pellegrini Grinover, Hugo Nigro Mazzilli, bem como, especialmente, do professor e orientador Sérgio Cruz Arenhart.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	V
RESUMO	VII
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA	2
1.1 - Conceituação.....	2
1.2 - Natureza Jurídica.....	3
1.2.1 - Acordo.....	3
1.2.1.1 - <i>Transação</i>	3
1.2.1.2 - <i>Acordo em sentido estrito</i>	5
1.2.2 - Ato administrativo.....	5
1.2.3 - Natureza sincrética	6
1.3 - Regime Jurídico Aplicável	7
1.3.1 – Princípios aplicáveis ao termo de ajustamento de conduta.....	8
1.3.1.1 - <i>Princípio da supremacia do interesse público</i>	8
1.3.1.2 - <i>Princípio da indisponibilidade do interesse público</i>	9
1.3.1.3 - <i>Princípio da legalidade</i>	10
1.3.1.4 - <i>Princípio da finalidade</i>	11
1.3.1.5 - <i>Princípio da razoabilidade</i>	11
1.3.1.6 - <i>Princípio da proporcionalidade</i>	12
1.3.1.7 - <i>Princípio da eficiência</i>	13
1.3.2 - Textos normativos.....	14
1.3.2.1 – <i>Lei</i>	14
1.3.2.2 - <i>Regulamento, portarias, resoluções e atos administrativos semelhantes</i>	15
1.3.3 - Sistemática do regime jurídico	16
CAPÍTULO 2 – OBJETO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA	17
2.1 – Considerações Iniciais	17
2.1.1 - Lesão, ameaça de lesão e o não reconhecimento de culpa	17
2.1.2 - Exigências legais	18
2.2 – Interesses Tutelados.....	19
2.2.1 - Difusos	19
2.2.2 - Coletivos	20
2.2.3 - Individuais homogêneos	21
2.2.4 – Individuais indisponíveis.....	21
2.3 – Formas de Tutela.....	22
2.4 – Conteúdo Mínimo.....	23
2.4.1 Preâmbulo.....	24
2.4.2 Identificação dos fatos, suas circunstâncias e interesses tutelados.....	24
2.4.3 Prazos	25
2.4.4 Cláusulas penais.....	26
2.4.5 - Data, local, assinatura, testemunhas e anuentes.....	26
CAPÍTULO 3 – LEGITIMADOS A PROPOREM O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E OS COMPROMISSADOS	27
3.1 – Legitimados a serem tomadores.....	27
3.1.1 – Os “Órgãos Públicos” legitimados	27

3.1.2 - O Ministério Público como legitimado	28
3.1.3 - União, Estados, Municípios e o Distrito Federal.....	29
3.1.4 - Autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas.....	30
3.1.5 - Associações e fundações privadas	30
3.2 – Os legitimados e o termo de ajustamento proposto por outro “órgão público”	31
3.2.1 - A questão da publicidade.....	31
3.2.2 - As conseqüências processuais com relação aos legitimados a Ação Civil Pública quando já há um compromisso firmado com outro legitimado.....	33
3.3 - Compromissados no Termo de Ajustamento de Conduta	34
3.3.1 - Possíveis compromissados.....	34
3.3.2 - Os anuentes e a amplitude de suas obrigações	35
CAPÍTULO 4 – CONTROLE DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.....	37
4.1 - Dos Controles Necessários	37
4.1.1 - Da necessidade do controle.....	37
4.1.2 - Do controle do conteúdo do termo de ajustamento de conduta.....	38
4.2 – Tipos de Controle.....	39
4.2.1 - Controle jurisdicional.....	39
4.2.2 - Controle administrativo	40
4.2.3 - Controle político	41
4.2.4 - Controle social	41
CAPÍTULO 5 – SANÇÕES PELO SEU DESCUMPRIMENTO	43
5.1 - Diferença entre o objeto do termo de ajustamento de conduta e da sanção pelo descumprimento.....	43
5.2 - Cominações e Sanções pelo descumprimento.....	43
5.2.1 - Da cominação	44
5.2.2 – Espécies de cominação	45
CAPÍTULO 6 - EXECUTIVIDADE DO ACORDO E DA SANÇÃO.....	47
6.1- Processo de Execução.....	47
6.1.1- Requisitos do título executivo.....	48
6.1.2 - Obrigações exigíveis no compromisso de ajustamento de conduta.....	49
6.1.3 – Extinção da execução	49
6.2 - Obrigação de Fazer e de Não Fazer	50
6.2.1 - Obrigação de fazer.....	50
6.2.2 - Obrigação de não fazer.....	51
6.3 – Obrigação Pecuniária	51
CAPÍTULO 7 – O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E O ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO COLETIVO	52
7.1- Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos.....	52
7.2 – Legitimados	53
7.3 - Objetos	53
7.4 – Aplicação Subsidiária do Anteprojeto do Código de Processo Civil.....	54
BIBLIOGRAFIA	57

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade apresentar uma visão geral acerca do instituto denominado compromisso de ajustamento de conduta. Primeiramente, tratar-se-á da conceituação, natureza jurídica e regime aplicado ao mesmo. Logo em seguida, salientam-se os objetos, sujeitos, controles, sanções pelo descumprimento, executividade e, por fim, faz-se uma comparação com o anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo. Destarte, duas premissas são ressaltadas, especialmente tendo em vista uma interpretação principiológica do mesmo: participação democrática e maior abrangência dos legitimados. Assim, pode-se afirmar que o instrumento cumpre sua finalidade: maior tutela dos direitos metaindividuais e individuais indisponíveis.

INTRODUÇÃO

O compromisso de ajustamento de conduta foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro com o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como ratificado e ampliado com o Código de Defesa do Consumidor, sendo uma forma ao menos interessante e moderna de lidar com as lesões e ameaças de lesões à interesses metaindividuais e individuais indisponíveis. Ademais, cabe ressaltar que a nomenclatura do instituto não se apresenta de forma uniforme na doutrina, pode-se encontrar, inclusive neste trabalho, a terminologia de termo de ajustamento de conduta.

No primeiro capítulo, doravante denominado “considerações iniciais acerca do termo de ajustamento de conduta”, tratar-se-á acerca do conceito, natureza jurídica e regime aplicável ao instrumento. Ademais, apresenta-se como embasamento para as idéias arroladas posteriormente.

O segundo capítulo refere-se ao objeto do compromisso, entendido como direito tutelado, bem como no viés de forma e obrigações que podem ser assumidas para proteção dos interesses.

A questão dos legitimados a proporem o termo de ajuste, bem como os compromissados no bojo do mesmo, serão objeto de análise no terceiro capítulo, inclusive as conseqüências processuais da propositura do mesmo.

No quarto capítulo será desenvolvida a questão do controle dos ajustamentos firmados: jurisdicional, administrativo, político e social, ressaltando-se, principalmente, a importância da forma de participação do cidadão no processo.

O quinto e o sexto capítulo tratam, respectivamente, sobre a sanção pelo descumprimento e executividade do acordo. Aliás, salientando-se que tratam de situações distintas.

Por fim, o sétimo e último capítulo faz uma comparação entre a atual sistemática e o anteprojeto do código de processo civil coletivo, demonstrando-se o que tende a mudar caso o mesmo venha a vingar.

Portanto, busca-se demonstrar uma visão geral acerca do instituto, especialmente ressaltando-se a necessidade da participação popular, corroborando decisões o mais democráticas possíveis.

CAPÍTULO 1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

1.1 - CONCEITUAÇÃO

Segundo Aurélio Buarque de Holanda FERREIRA, conceituar trata-se de uma tarefa de formular “uma representação dum objeto pelo pensamento, por meio de suas características gerais.”¹

Neste item será conceituado o instituto previsto no artigo 5º, § 6º, da Lei Federal n.º 7.347: “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”.

Primeiramente, é importante ressaltar que a doutrina brasileira apresenta várias concepções acerca do compromisso de ajustamento de conduta, podendo-se citar como as mais completas as de Max ZUFFO e Hugo Nigro MAZZILLI.

Max ZUFFO, Promotor de Justiça de Santa Catarina, qualifica-o como:

“instrumento que os órgãos públicos legitimados para a propositura da ação civil pública dispõem para celebrar um acordo com o autor de um dano aos interesses tutelados por esta ação, visando à integral reparação do status quo ante o evento danoso, ou a prevenção da ocorrência deste, através da imposição de obrigações de fazer, não fazer ou de dar coisa certa, mediante aplicação de preceitos cominatórios que garantam eficácia para essa modalidade de autocomposição de um litígio envolvendo direitos e interesses metaindividuais.”²

Hugo Nigro MAZZILLI traz a seguinte conceituação:

“o compromisso de ajustamento de conduta é lavrado em termo, e nele se contém uma obrigação de fazer ou não fazer; é ele tomado por um dos órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública ou coletiva, e mediante esse instrumento, o causador do dano a interesses transindividuais(meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, ordem urbanística, etc.) se obriga a adequar sua conduta às exigências da lei, sob pena de cominações já pactuadas no próprio instrumento, o qual terá força de título executivo extrajudicial.”³

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, p. 445.

² ZUFFO, Max. *Propostas para Incremento na Eficácia dos Termos de Ajustamento de Condutas*. In: *Atuação - Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*. v.3. n. 7. set./dez. 2005. Florianópolis: p. 30.

³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Compromisso de Ajustamento de Conduta: Evolução e Fragilidades – Atuação do Ministério Público*. In: *Revista Jurídica*. n. 342. abril de 2006. p. 12.

Embora as representações acima citadas sejam de grande valia, torna-se importante advertir que não se aplica somente o instituto a interesses metaindividuais, pois pode ser aplicado a interesses individuais indisponíveis.

Diante do exposto, pode-se formular uma representação mais abrangente e universal do que seja um termo de ajustamento de conduta: trata-se de um instrumento, tomado pelos órgãos públicos legitimados, constituindo título executivo extrajudicial, contendo obrigações, tendo por fito reparar a lesão ou ameaça de lesão a interesses transindividuais e individuais indisponíveis, buscando a adequação da conduta dos causadores de tais situações à lei, sob sanções cominatórias, visando evitar o descumprimento do compromisso.

1.2 - NATUREZA JURÍDICA

A importância em indagar a natureza jurídica consiste primordialmente em definir o regime jurídico aplicável ao instituto. Nos compromissos de ajustamento de conduta é grande a polêmica na doutrina. A grande maioria da doutrina afirma ser uma transação, contudo, não se pode deixar de observar que se trata de um ato administrativo, visto que somente os órgãos públicos podem propô-lo.

Tendo em vista uma melhor elucidação do assunto, pode-se dividir em dois grandes grupos os posicionamentos na doutrina: os autores que tratam o mesmo como sendo um acordo (transação ou acordo em sentido estrito) e a corrente que entende o mesmo como sendo um ato administrativo.

1.2.1 - Acordo

1.2.1.1 - Transação

Segundo Daniel Roberto FINK, um dos autores do Código de Defesa do Consumidor:

“a maioria da doutrina que se ocupa dos estudos em direito ambiental tem afirmado que o compromisso de ajustamento de conduta configura transação conforme os moldes tradicionais do direito civil, importando, entretanto, em peculiaridades próprias.(...)apesar de sua natureza peculiar por envolver interesses não patrimoniais e não privados, o regime

jurídico do ajustamento de conduta deve obedecer, no que couber, o regime da transação tal como previsto pelo direito civil.”⁴

Ada Pellegrini GRINOVER, coordenadora do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, que ratificou o compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro foi indagada sobre qual a natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta, sendo que a mesma afirma: “Já sustentei, nos pareceres anteriormente dados(...), que o TAC – assim como o TCP – tem natureza jurídica de transação. E citei, para corroborar a tese, a doutrina que tomo a liberdade de reproduzir nesta sede.”⁵

A jurista apresenta várias doutrinas: “Daniel Roberto Fink asseverou, quanto ao termo de ajustamento de conduta, que ele se constitui em verdadeira transação, aplicando-se-lhe as normas referentes a esta. Ainda, pela sua bilateralidade, se constitui em contrato, aplicando-se-lhe, também, todas as normas aplicáveis aos contratos”. Além deste, reproduz Octavio Augusto da Silva Orzari: “o compromisso de ajustamento de conduta tem o escopo de obrigar o compromissado a voltar a cumprir a lei e, assim, resolver o litígio sem se valer do instrumento processual de conhecimento ou da homologação do órgão jurisdicional. Segundo o Autor, é na perspectiva extrajudicial e preventiva que se pode enquadrar o compromisso de ajustamento de conduta”. Por fim, ratifica a natureza jurídica do instituto: “Tanto o CCP como o TAC – que agora nos interessa – são, portanto, modalidades de transação, sujeita, como sustentei em parecer anterior, a condição resolutiva”.

Assim, de acordo com dois dos principais autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, isto é, Ada Pellegrini GRINOVER e Daniel Roberto FINK, trata-se o instituto do compromisso de ajustamento de uma transação, incidindo-se as regras do Código Civil.

Embora seja considerado uma transação, o interesse objeto é indisponível, sendo que há concessões recíprocas na forma de tutela, assim, ratificando o entendimento de sua natureza jurídica.

⁴ FINK, Daniel Roberto. *Alternativa à Ação Civil Pública Ambiental (Reflexões sobre as vantagens do Termo de Ajustamento de Conduta)*. In: MILARÉ, Édis. *Ação Civil Pública: lei 7347/1985-15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002, p. 119.

⁵GRINOVER, Ada Pellegrini.[mensagem pessoal]. Mensagem recebida por m_chaves_1982@yahoo.com.br em: 27 ago. 2006.

1.2.1.2 - Acordo em sentido estrito

Fernando Reverendo Vidal AKAOUI explicita: “(...)os acordos nada mais são do que a composição dos litígios pelas partes nele envolvidas, sendo certo que esta composição pode ou não implicar em concessões mútuas”. Ocorrendo este fato, estar-se-á diante do instituto da transação. Em caso negativo, assevera o autor: “posto que indisponível o seu objeto, então estaremos diante do que convencionamos denominar de acordo em sentido estrito.”⁶

Outrossim, defende que: “não se trata esta figura de uma transação(que impõe necessariamente concessões bilaterais), mas sim, mero acordo, em que a liberdade do órgão público fica restrita apenas à forma pela qual se darão as medidas corretivas e o tempo, porém sempre após análise criteriosa da melhor forma, bem como do tempo mais exíguo possível.”

Tal posicionamento apenas muda o enfoque da questão, pois têm-se ciência de que o objeto é indisponível, mas o que se transaciona é a forma de tutela, não o interesse ou o direito. Logo, inviabiliza-se o posicionamento acerca de ser um acordo em sentido estrito.

1.2.2 - Ato administrativo

Geisa Ribeiro aponta posicionamento contrário ao entendimento da natureza jurídica de transação:

“Não haveria uma verdadeira transação, ainda, porque o conteúdo do direito em questão não pode ser reduzido ou limitado, aliás ponto em que praticamente toda a doutrina é concorde. Essa indisponibilidade objetiva dos direitos transindividuais é agravada pelo problema da legitimação subjetiva do exercício desses direitos, o que toma ainda mais inadequada a compreensão do ajustamento de conduta como transação. Por outro lado, em regra os direitos transindividuais têm natureza extrapatrimonial, o que os retiraria da esfera de abrangência da transação.”⁷

Encontra-se na doutrina o posicionamento acerca da natureza jurídica do compromisso de ajustamento que a trata como um ato administrativo negocial,

⁶ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. São Paulo: RT, 2003, p. 71.

⁷ RODRIGUES. Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 141.

conforme defendido por Hugo Nigro MAZZILLI. Entretanto, a princípio, pareceria contraditório tal posicionamento visto que o Ministério Público realizando suas investigações não estaria praticando atos administrativos, todavia questionado sobre o assunto o mesmo autor afirmou:

“Embora o Ministério Público esteja colocado em Capítulo próprio na Constituição, fora da estrutura orgânica do Poder Executivo (Administração), isso não significa negar a natureza administrativa dos atos praticados pelo Ministério Público: é o que busco demonstrar em meus livros ‘Regime jurídico do Ministério Público’ (Saraiva, 5a. ed., 2001); ‘Introdução ao Ministério Público’ (Saraiva, 5a. ed, 2005) e no artigo ‘A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no processo penal’, RT 805/464.

Assim, nada tem de irregular que o Ministério Público pratique atos administrativos, como quando fiscaliza fundações privadas (p. ex., aprovando seus estatutos), ou como quando fiscaliza as habilitações de casamento (autorizando o matrimônio, à vista da ausência de impedimentos), ou quando homologa acordos extrajudiciais, para dar-lhes eficácia de título executivo. No fundo, é o Estado que, por um de seus órgãos, aprova ou homologa atos dos particulares para dar-lhes eficácia (a chamada ‘jurisdição voluntária’, que não é ato de jurisdição verdadeira e própria)”⁸.

Portanto, chega-se a uma conclusão que o compromisso de ajustamento de conduta, que é proposto por órgão público legitimado, trata-se de um ato administrativo, visto a natureza jurídica de seus proponentes, isto é, desde o Ministério Público até a prefeitura de qualquer Município do País que se utilizarem desse instrumento estarão realizando um ato administrativo.

1.2.3 - Natureza sincrética

Os direitos transindividuais e os individuais indisponíveis não são negociáveis. Então, tratando-se do compromisso de ajustamento de conduta, sendo que se buscando universalidade das idéias aqui arroladas, não pode transigir acerca do direito, mas, apenas na forma de cumprimento.

No que diz respeito à natureza jurídica, pode-se afirmar que o mesmo é uma transação, conforme apontado pela coordenadora do hoje Código de Defesa do Consumidor, bem como por Daniel Roberto FINK, que, outrossim, também fez parte dessa comissão. Entretanto, tendo em vista que os proponentes serem somente órgãos públicos, é indiscutível a natureza de ato administrativo do instituto.

⁸MAZZILLI, Hugo Nigro. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por mr_chaves@terra.com.br em: 25 jul. 2006.

É importante ressaltar que, muito embora a doutrina em geral afirme somente ser possível transação com relação a direitos patrimoniais, visivelmente fulcrada no artigo 841 do Código Civil, tal não subsiste no regime jurídico aplicado ao compromisso, uma vez que se afasta o dispositivo supra citado.

Portanto, conclui-se que a natureza jurídica é de ato administrativo, consistindo transação na forma de tutela do interesse indisponível, sendo que existem variados modos de inserir o instituto em uma categoria (transação, acordo em sentido estrito, até mesmo contrato), causando inclusive eventuais conflitos na doutrina, mas, utilizando-se de uma interpretação principiológica, resolvem-se as eventuais confusões.

1.3 - REGIME JURÍDICO APLICÁVEL

Como o compromisso de ajustamento se trata de um ato administrativo, aplica-se ao mesmo o regime jurídico administrativo.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO afirma que o tratamento reproduz o regime de Direito Público, com características específicas que os diferenciam. Além disso, apresenta consagração de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares individualmente.⁹

Romeu Felipe BACELLAR apresenta uma idéia mais apurada acerca do assunto: "em uma primeira aproximação, pode-se afirmar que o regime jurídico administrativo é o conjunto dos princípios, de matriz constitucional, que determinam e orientam a compreensão de todo o direito administrativo"¹⁰. Torna-se, assim, pertinente o estudo visto que o Termo de Ajustamento de Conduta é um ato administrativo.

Assim, neste item tratar-se-á do regime jurídico administrativo, especificamente sobre os princípios aplicados ao mesmo, entendendo-os como

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 44-45.

¹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 35.

mandados de otimização do sistema, algo que deve ser aplicado na máxima medida possível às situações, restringido pelas condições de fato e de direito.¹¹

Observa-se que, tratando-se de um ato administrativo, mesmo sendo interesse individual indisponível ou metaindividual, rege-se pelo referidos princípios. Ademais, é importante ressaltar que, conforme citado, podem haver limitações fáticas ou jurídicas, isto é, leis em sentido amplo, que restringem aplicação universal dos princípios a todas as hipóteses.

É importante ressaltar que os princípios a seguir enunciados não aplicam-se somente à administração pública em sentido estrito, mas, ao menos, a todos os legitimados a proporem o compromisso de ajustamento de conduta.

1.3.1 – Princípios aplicáveis ao termo de ajustamento de conduta

Segundo a Constituição Federal no seu artigo 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência(...)”(grifo nosso).

Assim sendo, tais premissas se aplicam aos compromissos de ajustamento de conduta, tendo em vista que o mesmo é um ato administrativo. Ademais, neste trabalho serão enunciados os mais pertinentes à composição.

1.3.1.1 - Princípio da supremacia do interesse público

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: “O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência.(...)Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo Direito posto, e só por este ângulo é que pode ser considerado e invocado”¹².

¹¹ ALEXY, R. *Teoria de los derechosfundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

¹² BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 85-86.

Alexandre de Moraes o considera como sendo princípio da finalidade pública, consubstanciado no direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum.¹³

Afirma Maria Sylvia Zanella DI PIETRO: “esse princípio, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.”¹⁴

Entende-se como princípio da supremacia do interesse público, a premissa que orienta tanto o Legislativo, como Executivo e outros entes públicos, vinculando suas atuações, tendo por base a busca do bem comum, sendo que, para tanto, necessita-se reconhecer a supremacia do interesse da coletividade sobre o privado, de acordo com a dimensão dada pelo próprio Estado.

No que diz respeito aos compromissos de ajustamento de conduta, tal princípio deve-se aplicar de forma ampla, visto que o interesse da coletividade deve ter prevalência sobre interesses privados, especialmente que, não raro, ocorrem conflitos que colocam essa premissa em cheque, mas se deve, sobretudo, proteger os interesses individuais indisponíveis e transindividuais, independentemente da situação.

1.3.1.2 - Princípio da indisponibilidade do interesse público

De acordo com Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO:

“A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público-, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*.”¹⁵

O interesse público não é disponível à mera conveniência do administrador público, visto que este atua como apenas um curador.

¹³ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 805.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 62.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 62.

Portanto, este princípio incide no compromisso de ajustamento ao determinar que os interesses tutelados, sejam individuais indisponíveis, sejam transindividuais, não podem ser dispostos, ou seja, a negociação ocorre sobre a forma de tutela do direito, não sobre concessões do Direito em si.

1.3.1.3 - Princípio da legalidade

Para Alexandre de Moraes: “aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na administração pública só é possível fazer o que a lei autoriza”.¹⁶ Entretanto, chama atenção o ilustre constitucionalista para a existência do Poder discricionário, sem o qual haveria um problema para o Estado, que necessita de uma esfera de liberdade para atuação.

Segundo Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO:

“o princípio da legalidade é o específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o direito administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.”¹⁷

A premissa de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;” apresenta-se de forma diversa do privado, sendo que o regime jurídico de direito administrativo atua de acordo com a lei, uma vez que os entes públicos, via da mesma, mas se reconhece uma esfera de atuação sem a qual tornaria infrutífera a atuação estatal, isto é, o poder discricionário.

Portanto, aplica-se ao compromisso de ajustamento de conduta o referido princípio, visto que o mesmo deve ser de acordo com a lei em sentido amplo, tanto pela parte do tomador que deve respeito aos atos normativos institucionais

¹⁶ MORAES, A. Obra citada, p. 793.

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 89.

pertinentes, bem como ao acordo em si que deve concordância ao ordenamento jurídico.

1.3.1.4 - Princípio da finalidade

Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO afirma que:

“o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais do que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é, ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de um ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursos neste vício – denominado 'desvio de poder' ou 'desvio de finalidade' – são nulos. Quem desatende ao fim legal desatende à própria lei.”¹⁸

José Afonso da SILVA reforça o entendimento do princípio da finalidade, através de Hely Lopes Meirelles: “impõe que o administrador público só pratique o ato só para seu fim legal”. Ademais, ressalta: “que a finalidade é inafastável do interesse público, de sorte que o administrador tem que praticar o ato com finalidade pública.”¹⁹

Assim sendo, o princípio da finalidade pública é inerente ao princípio da legalidade, sendo que a aplicação deste deve ser voltada para a finalidade da lei, tendo o administrador público voltado sua atuação para o interesse público, especialmente ao propor e verificar o cumprimento do ajustamento de conduta.

1.3.1.5 - Princípio da razoabilidade

Para Alexandre de Moraes, o princípio da razoabilidade pode ser definido como “aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas atividades – administrativas ou legislativas-, e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes.”²⁰

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 95.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.647.

²⁰ MORAES, A. Obra citada, p. 369.

Segundo Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO:

“Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que a presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.”²¹

Portanto, a atuação pública deve estar pautada pela sensatez, proporcionalidade, justiça, em sintonia com o senso normal das pessoas equilibradas, respeitando-se as finalidades públicas dos poderes outorgados, repelindo-se condutas bizarras para com as circunstâncias de fato, mesmo de acordo com a letra da lei, mas em desacordo com seu fim. Tal premissa é de suma importância para aplicação do termo de ajustamento de conduta, uma vez que é um dos pilares que sustenta a existência do mesmo.

1.3.1.6 - Princípio da proporcionalidade

Segundo Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO:

“Este princípio enuncia a idéia-singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhe corresponderiam(...)É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.”²²

De acordo com Alexandre de Moraes: “A proporcionalidade, portanto, deve ser utilizada como parâmetro para se evitarem tratamentos excessivos, inadequados, buscando-se sempre no caso concreto o tratamento necessariamente exigível, como corolário ao princípio da igualdade”.²³

Assim sendo, não se pode submeter às respectivas pessoas mais do que o necessário para o objetivo visado, inclusive tendo em vista, que é necessário,

²¹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 97.

²² BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 99.

²³ MORAES. A. Obra citada, p. 370.

quando possível, observar as peculiaridades dos administrados, mas respeitando-se o interesse público.

Portanto, na estipulação das obrigações de um termo de ajustamento de conduta, bem como ao cominar a multa pelo seu descumprimento, devem-se observar critérios de proporcionalidade.

1.3.1.7 - Princípio da eficiência

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: “Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluído e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao artigo 37(...).”²⁴

Segundo José Afonso da SILVA, contudo, traz contornos mais salientes ao princípio: “A própria Constituição, pela EC-19/98, introduziu alguns mecanismos tendentes a promover o cumprimento do princípio da eficiência, como o da participação do usuário na Administração Pública e a possibilidade de aumentar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira de órgãos e entidades da Administração direta e indireta.”²⁵

Alexandre de Moraes aponta com maior precisão, “O princípio da eficiência compõe-se, portanto, das seguintes características básicas: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade.”²⁶

O princípio da eficiência aponta premissas muito concretas, especialmente com relação à eficácia da atuação do Poder Público, maior participação democrática e, sem dúvida, busca de qualidade.

Portanto, o princípio da eficiência deve incidir nos compromissos de ajustamento de conduta, sendo necessário à busca da maior participação popular possível no mesmo, corroborando-se em decisões mais democráticas, com idéias diferenciadas, conseqüentemente maior tutela dos direitos e transparência dos fatos

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 109-110.

²⁵ SILVA, J. A. Obra citada, p. 652.

²⁶ MORAES, A. Obra citada, p. 802.

que ocorrem. Ademais, ocorre, em tese, aumento da eficácia e qualidade, através do Poder que emana do povo.

1.3.2 - Textos normativos

Observam-se alguns textos normativos que regulam a questão do termo de ajustamento de conduta, sendo que na lei em sentido estrito há apenas menção feita na Lei da Ação Civil Pública, bem como no Estatuto da Criança do Adolescente, ou outras leis correlatas. Entretanto, não consta uma regulação mais detalhada na referida seara normativa.

Uma regulação maior, contudo, não em todos os chamados órgãos públicos, encontram-se em portarias, resoluções e outros atos normativos correlatos.

1.3.2.1 – Lei

No ordenamento jurídico brasileiro não existe lei em sentido estrito que regule detalhadamente o compromisso de ajustamento de conduta. Encontra-se de modo disperso, apenas, menções acerca da existência do instituto.

Primeiramente ocorreu no Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 211: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Além disso, encontra-se a principal menção que deu grande amplitude ao instrumento, o artigo 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública: “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”.

No anteprojeto do Código de Processo Civil Coletivo, tal instituto não apresenta um maior detalhamento, recebendo tratamento semelhante à Lei da Ação Civil Pública ou ao Estatuto da Criança e do Adolescente, prevendo-o em apenas um parágrafo.

Portanto, são essas as principais referências expressas ao compromisso de ajustamento de conduta na lei, isto é, a regulação é praticamente inexistente nessa seara, inclusive tal situação não tende a mudar tão cedo, visto que não tramita no Congresso Nacional nenhuma proposição legislativa de regulação expressa do instituto.

1.3.2.2 - Regulamento, portarias, resoluções e atos administrativos semelhantes

Segundo Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, o regulamento é “ato geral e(de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei”²⁷. Continua afirmando que a legalidade no Brasil “impõem ao regulamento o caráter que se lhe assinalou, qual seja, o de ato estritamente subordinado, isto é, meramente subalterno e, ademais, depende da lei”.

Com relação a resoluções, instruções e portarias, Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO afirma: “Assim, toda a dependência e subordinação do regulamento à lei, bem como os limites em que se há de conter, manifestam-se revigoradamente no caso de instruções, portarias, resoluções, regimentos ou normas quejandas. Desatendê-los implica inconstitucionalidade”.²⁸ Contudo, como não há um detalhamento mais específico, deve-se haver obediência aos atos infralegais, tendo-os como a limitação dos princípios, bastando apenas não contrariarem a lei.

Grande parte dos textos normativos que regulam o termo de ajustamento de conduta são regulamentos, portarias, resoluções. São exemplos: a recente Resolução n.º 87 do Conselho Superior do Ministério Público Federal e o Ato n.º 03/03 CGMP/SP do Ministério Público do Estado de São Paulo. Entretanto, tal fato não ocorre em todos os chamados órgãos públicos legitimados, demonstrando-se a importância dos princípios em tal instituto.

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 317.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 343-344.

1.3.3 - Sistemática do regime jurídico

Observados os princípios, bem como as regras que incidem sobre o termo de ajustamento, torna-se pertinente analisar como convivem no sistema jurídico brasileiro.

Primeiramente, cabe salientar que, de acordo com a natureza de transação, aplicar-se-ia o regime jurídico civilista da mesma, conforme dispõe os artigos 840 e seguintes do Código Civil. Contudo, como são os órgãos públicos os legitimados, tratam-se de atos administrativos, ou seja, sujeitos ao regime jurídico administrativo.

Assim sendo, com relação a direitos transindividuais e individuais indisponíveis, devem se respeitar, primeiramente, as normas referentes ao regime jurídico administrativo, isto é, seus princípios e regras.

No que diz respeito às regras de transação, aplica-se somente o que for compatível com o regime jurídico do ato administrativo, sendo que se afasta a incidência das regras pertinentes do Código Civil que forem contrários à seara publicista.

CAPÍTULO 2 – OBJETO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

2.1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

2.1.1 - Lesão, ameaça de lesão e o não reconhecimento de culpa

O termo de ajustamento de conduta poderá ser proposto para afastar perigo próximo de acontecer a interesses transindividuais ou individuais indisponíveis, bem como reparar tais direitos tutelados eventualmente lesionados.

Primeiramente, cabe ressaltar que o compromissado não reconhece culpa, nem proclama sua inocência acerca dos fatos, mas, eliminam-se as dúvidas com relação ao que ocorre. Assim proclama a melhor doutrina que segue.

Segundo Hindemburgo CHATEAUBRIAND FILHO: "Como o interessado se compromete a adequar a sua conduta ao que supõe corresponder às exigências da lei, é correto deduzir que o negócio se dirige à eliminação de todas as dúvidas relativas à situação jurídica preexistente."²⁹

Ada Pellegrini GRINOVER assevera: "Mas o verdadeiro espírito da transação inspira-se no instituto do *nolo contendere*, também do direito norte-americano: ou seja, uma forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência. Simplesmente, o interessado exprime sua intenção de não litigar, preferindo aceitar concessões recíprocas,(...)". Continuando, "É neste instituto, e com esta visão, que o processo penal brasileiro alicerça a transação penal, prevista na lei n. 9.099, de 28 de setembro de 1995: não há admissão de culpa na transação dos artigos 76 e 89 da lei". Por fim, faz referência expressa ao compromisso: "Quid inde do Termo de Ajustamento de Conduta da lei n. 7.347/85? É certo que o § 6º do art. 5º da lei silencia sobre o assunto. Mas, pela analogia existente entre o TAC e o TCP, tudo indica que o mesmo tratamento deve ser dado aos dois institutos."³⁰

²⁹ CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. *Compromisso de Ajustamento de Conduta*. In: Revista dos Tribunais. v. 781. nov. 2000. São Paulo: RT, p. 735.

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por m_chaves_1982@yahoo.com.br em: 27 ago. 2006.

Portanto, um compromisso de ajustamento de conduta tende a eximir dúvidas quanto aos fatos correntes, tendo um compromissado que não admite culpa, nem proclama inocência, mas compromete-se a praticar os atos estipulados, visando afastar a lesão ou ameaça de lesão, evitando, assim, desgastantes conflitos no Judiciário.

2.1.2 - Exigências legais

Segundo o artigo 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública: “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.”

Fernando Grella VIEIRA acerca da adequação das condutas às exigências legais afirma: “se vislumbra nessa tarefa exercício de atividade vinculada: contrasta o fato apurado às normas legais, extraindo-se, motivadamente, as exigências legais a serem atendidas, ou seja, as obrigações que tocam ao agente causador da ofensa, necessárias à efetiva reparação do interesse protegido.”³¹

Hindemburgo CHATEAUBRIAND FILHO traz melhor elucidação acerca do assunto:

“O significado do ajustamento da conduta do interessado às exigências da lei passa a ter, assim, maior amplitude, alcançando, a partir da fixação da situação jurídica preexistente, todos os efeitos decorrentes do ato, entre os quais se inclui o dever de reparação.(...)Sempre haverá, no caso concreto, inúmeras possibilidades de reparação e nenhum critério seguro para avaliar a superioridade de alguma das propostas.(...)A pergunta que se deve fazer é se diante de um caso concreto as medidas de reparação atendem ao interesse lesado. A resposta positiva confirma o ajustamento da conduta do interessado às exigências da lei(...)”³²

Portanto, tendo em vista a infinidade de obrigações que podem ser assumidas, alguns critérios são pertinentes a fim de constatar se foi atingido o mandamento referente às “exigências legais”: a) que as reparações a serem atendidas, no caso concreto, atendam ao interesse lesado; b) que a forma de

³¹ VIEIRA, Fernando Grella. *A Transação na Esfera da Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos: Compromisso de Ajustamento de Conduta*. In: MILARÉ, Édis. *Ação Civil Pública: lei 7347/1985-15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002, p. 280.

³² CHATEAUBRIAND FILHO, H. *Obra citada*. p. 735.

cumprimento esteja de acordo com o sistema jurídico, especialmente quanto a sua finalidade.

2.2 – INTERESSES TUTELADOS

2.2.1 - Difusos

Primeiramente, torna-se pertinente citar a definição dada pelo texto legal, isto é, o Código de Defesa do Consumidor: “Art. 81.(...)I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;”.

Segundo Hugo Nigro MAZZILLI:

“Os interesses difusos compreendem grupos menos determinados de pessoas(melhor do que pessoas indeterminadas, são antes pessoas indetermináveis), entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexos.”³³

Continuando, “Não são, pois, os interesses difusos mera subespécie de interesse público. Embora em muitos casos possa até coincidir o interesse de um grupo indeterminável de pessoas com o interesse do Estado ou o interesse da sociedade como um todo(...), a verdade é que nem todos os interesses difusos são compartilhados pela coletividade ou comungados pelo Estado”.

José Marcelo Menezes VIGLIAR afirma acerca dos interesses difusos:

“pode-se afirmar que difusos são os interesses em que os titulares não são passíveis de ser determinados ou determináveis e se encontram ligados por meras circunstâncias de fato, ainda que não muito precisas. São interesses indivisíveis e, embora comuns a uma categoria mais ou menos abrangente de pessoas, não se pode afirmar, com precisão, a quem pertençam, tampouco a parcela destinada a cada um dos integrantes desse grupo indeterminado.”³⁴

Rodolfo Camargo MANCUSO assim os define:

³³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 50-51.

³⁴ VIGLIAR, José Marcelo Menezes Vigliar. *Ação Civil Pública*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2001, p. 47.

"São interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v. g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v. g., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço."³⁵

Portanto, são interesses de natureza indivisível, compreendendo um número indeterminado de pessoas, coincidindo muitas vezes com o interesse público ou da sociedade como um todo, mas que com eles nem sempre coincidem, sendo que são unidos por circunstâncias de fato e de direito, mas encontram-se dispersos pela sociedade como um todo.

2.2.2 - Coletivos

De acordo com a definição dada pelo Código de Defesa do Consumidor: "Art. 81.(...) II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;"

Para Hugo Nigro MAZZILLI:

"Embora o CDC se refira a ser uma relação jurídica básica o elo comum entre os lesados que comunguem o mesmo interesse coletivo(tomado em seu sentido estrito), ainda aqui é preciso admitir que essa relação jurídica disciplinará inevitavelmente uma hipótese fática concreta; entretanto, no caso de interesses coletivos, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática subjacente, e sim, da própria relação jurídica viciada que une o grupo."³⁶

Rodolfo Camargo MANCUSO assim os define:

"se deve entender aquele concernente a uma realidade coletiva (v. g., a profissão, a categoria, a família), ou seja, o exercício coletivo de interesses coletivos; e não, simplesmente, aqueles interesses que apenas são coletivos na forma, permanecendo individuais quanto à finalidade perseguida, o que configuraria um exercício coletivo de interesses individuais."³⁷

³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores:(Lei 7347/85 e legislação complementar)*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 114-115.

³⁶ MAZZILLI, H. N. Obra citada, p. 52.

³⁷ MANCUSO, R. C. Obra citada. p. 65.

Portanto, os direitos ou interesses coletivos são de natureza indivisível, de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica, na qual é titular um grupo mais determinável, sendo que daquela provém à lesão ao grupo.

2.2.3 - Individuais homogêneos

Define o Código de Defesa do Consumidor: “Art. 81.(...)III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

Hugo MAZZILLI assim os define: “já nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis, e o objeto da pretensão é divisível,(...) há uma relação jurídica subjacente que une o respectivo grupo.”³⁸

Para José Marcelo Menezes VIGLIAR, “os interesses individuais homogêneos, como o próprio nome sugere, são individuais na essência, ou seja, essa é a sua natureza jurídica. Contudo, são tratados de forma coletiva, para fins de defesa em juízo, desde que portadores das características ressaltadas e desde que decorram de origem comum, como prefere a Lei nº 8.078/90, que os criou.”³⁹

Portanto, interesses individuais homogêneos são aqueles de origem comum, de natureza divisível, com sujeitos determinados ou determináveis, que são tratados de forma coletiva para fins de defesa em juízo.

2.2.4 – Individuais indisponíveis

Pode o compromisso de ajustamento de conduta tutelar direitos individuais indisponíveis, visto que os mesmos podem ser tutelados “coletivamente”. Assim, de acordo com a premissa de “quem pode o mais pode o menos” pode-se afirmar que os órgãos públicos legitimados poderão tomar ajustamento de conduta tendo em vista tais direitos singulares.

Ademais, trata-se de uma questão de ordem pública, com contornos bem definidos de interesses metaindividuais. Assim, pode-se tutelar o interesse das

³⁸ MAZZILLI, H. N. Obra citada, p. 54.

³⁹ VIGLIAR, J. M. M. Obra citada, p. 56.

crianças de um orfanato, do mesmo modo que pode ser tutelado um direito indisponível de uma criança unicamente.

Portanto, pode-se utilizar o compromisso de ajustamento de conduta para tutelar interesses individuais indisponíveis.

2.3 – FORMAS DE TUTELA

Segundo o artigo 3º da Lei da Ação Civil Pública: “A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. Logo, o compromisso de ajustamento de conduta também terá tais condutas como forma de tutela.

Entretanto, não se pode restringir a tais comportamentos, como assevera José Marcelo Menezes VIGLIAR:

“Demais, três argumentos cabem para sustentar a possibilidade de obtenção de outros provimentos jurisdicionais, além daqueles mencionados pelo dispositivo referido: o primeiro (que é um argumento decorrente da própria Lei) está baseado no próprio art. 19 da Lei nº 7.347/85, que, corretamente, prevê a utilização do Código de Processo Civil de forma subsidiária; assim, se tal diploma prevê a possibilidade de vários tipos de provimentos jurisdicionais, (...) O segundo argumento (...) por que o legislador preveria apenas um tipo de provimento, se a razão de ser da Lei nº 7.347/85 é justamente possibilitar a tutela dos interesses transindividuais em juízo, de forma efetiva e plena? (...) Não bastassem tais argumentos, lembremos o teor do art. 83 da Lei nº 8.078/90 (...) Como se vê, patente é a possibilidade de obtenção de todos e quaisquer provimentos.”⁴⁰

Assim sendo, é importante ressaltar que há possibilidades de obter outros provimentos jurisdicionais além daqueles previstos no artigo 3º da Lei da Ação Civil Pública, podendo-se afirmar que os mesmos se estendem às cláusulas do compromisso de ajustamento de conduta. Destarte, as obrigações previstas no mesmo não se restringem em fazer, não fazer ou dar quantia em dinheiro, podendo-se admitir, por exemplo, a entrega de coisa certa. Aliás, existe a plena possibilidade de cumularem várias obrigações.

No que diz respeito às lesões ambientais, Daniel Roberto FINK afirma:

“Não se deve buscar em primeiro lugar a condenação em dinheiro, posto que não é do interesse da sociedade trocar ecossistemas por somas em dinheiro, por maior que elas sejam. Deve-se, então, obter em primeiro lugar a obrigação de não fazer, consistente na

⁴⁰ VIGLIAR, J. M. M. Obra citada, p. 71.

paralisação imediata de toda e qualquer ação ou atividade que ponha em risco a higidez ambiental.”⁴¹

É pertinente afirmar que não somente na seara ambiental que deve prevalecer esse raciocínio, uma vez que vários outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis se revestem da mesma importância e devem obter uma tutela específica, não buscando a mera reparação em pecúnia e, por conseguinte, apenas eventualmente corretiva.

O mesmo autor continua reforçando a idéia: “Verifica-se, assim, que a ordem lógica que melhor consulta o interesse público é a ordem exatamente inversa do art. 3.º: obrigação de não fazer em primeiro lugar; a seguir, obrigação de fazer, consistente na recuperação do meio ambiente; e, por fim, se constatado que o meio ambiente tornou-se irrecuperável, pagamento de indenização em dinheiro”.

Portanto, sempre é melhor a tutela específica, visto que o dinheiro nem tudo repara, isto não apenas em contendas ambientais, além disso é lícito propor-se condutas mais ampliadas no acordo, não se restringindo apenas ao artigo 3º da Lei da Ação Civil Pública, sendo que um compromisso firmado com a cumulação dos mesmos pode ser mais eficiente na proteção dos direitos.

2.4 – CONTEÚDO MÍNIMO

Daniel Roberto FINK afirma, acerca do compromisso de ajustamento de conduta: “é preciso identificar seu conteúdo mínimo, a fim de que cumpra sua finalidade de, como transação, pôr fim à litigiosidade e, como forma de composição pré processual de conflitos, efetivamente promover a recomposição do meio ambiente.”⁴²

Evidentemente, o termo de ajustamento de conduta deve ter uma forma, ou seja, para constituir um título executivo extrajudicial, o mesmo deve atender a certos requisitos para configurar mesmo um termo de ajustamento de conduta e, por conseguinte, ter a eficácia prevista em lei.

⁴¹ FINK, Daniel Roberto. *Alternativa à Ação Civil Pública Ambiental (Reflexões sobre as vantagens do Termo de Ajustamento de Conduta)*. In: MILARÉ, Édis. *Ação Civil Pública: lei 7347/1985-15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002, p. 122.

⁴² FINK, D. R. *Obra citada*. p. 122.

O autor supra citado realiza com primazia esse trabalho de identificar o conteúdo mínimo do termo de ajustamento de conduta.⁴³ Entretanto, far-se-ão alguns comentários complementares a esse trabalho.

No que diz respeito às características para ter eficácia executiva, tal desenvolvimento será efetuado mais adiante.

2.4.1 Preâmbulo

Daniel Roberto FINK tem um enfoque ambiental com relação a sua abordagem sobre compromissos de ajustamento de conduta, mas, aplica-se com pertinência ao instituto em geral, mesmo sendo uma tarefa mais ampla e universal.

O autor afirma que o preâmbulo deve se ocupar de qualificar as partes – compromitente e compromissário, identificar o procedimento administrativo no qual é celebrado e, além disso, mencionar expressamente que se trata de termo de ajustamento de conduta, a fim de que se apliquem todas as regras e princípios a ele inerentes.

Portanto, é a parte introdutória, informa quem são os compromissados no termo, além de identificar no instrumento o fato como compromisso de ajustamento de conduta.

2.4.2 Identificação dos fatos, suas circunstâncias e interesses tutelados

Primeiramente, tais são importantes para cumprir o mandamento do princípio da motivação, ou seja, indicar as razões de fato e de direito para a prática de tal ato administrativo. Assim, aplicam-se as descrições de fatos mais detalhadas possíveis, bem como os direitos em que estão fundadas as obrigações do compromisso, com a maior transparência possível.

Portanto, ao indicar as circunstâncias de fato, também se deve indicar os direitos pertinentes e, logicamente, a correlação entre eles, visto que se trata, ao menos, de resguardar o direito a informação e da publicidade, entretanto, o compromissário não reconhece sua culpa, mas admite os fatos e os direitos, tendo

⁴³ FINK, D. R. Obra citada. p. 122-126.

em vista uma certeza acerca do que ocorre, especialmente evitando uma eventual e posterior alegação de vício de consentimento. Aliás, para evitar percalços, nunca é demais reduzir a termo, mesmo sendo repetitivo, tudo de forma transparente, incluindo a ciência dos compromissados e dos anuentes sobre o que está acontecendo.

2.4.3 Prazos

Daniel Roberto FINK chama atenção para a importância do prazo, tendo em vista que serve para a exigibilidade da prestação. Segundo o mesmo: “Em não sendo fixado prazo, o vencimento presume-se à vista. No caso de obrigações de não fazer ou fazer, sua execução será imediata”.

O referido autor continua:

“Nesse ponto é preciso alertar para a necessidade de serem fixados no termo de ajustamento dois prazos. Um para o cumprimento da obrigação espontaneamente pelo devedor - que, pela natureza da obrigação, poderá ser longo -, e outro para o caso de cumprimento no processo de execução - que deverá ser curto. (...)E, caso o juiz determine a citação do devedor(...)o prazo será aquele estabelecido para o cumprimento da obrigação, ou seja, prazo longo novamente.”⁴⁴

É importante ressaltar que, caso haja um indicativo, baseado em provas, que o compromissário está cumprindo as condutas, dependendo do caso, seria mais razoável haver uma nova negociação do que executar quem está fazendo possível para adequar suas condutas às exigências legais.

Nota-se que seria interessante ao menos, em certos casos, um temperamento acerca do cumprimento do instituto, contudo, o que se propõe não é uma moratória, mas sim um aditamento de quem demonstre efetivamente estar se empenhando em cumprir com suas obrigações. Contudo, é importante ressaltar que pode ser utilizado tal procedimento em certas situações, mas algumas mais perecíveis torna-se o mais correto aplicar a execução forçada. Seria importante a observância do princípio da razoabilidade e, se possível, do modo mais democrático possível.

⁴⁴ FINK, D. R. Obra citada. p. 127-128.

Portanto, torna-se importante aplicar o instituto com prudência, visto que, não raro, existem conflitos de interesses importantes para o Estado, podendo uma execução forçada causar maior gravame do que uma concessão de prazo.

2.4.4 Cláusulas penais

De acordo com o artigo 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública: "Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terão eficácia de título executivo extrajudicial".

Para Daniel Roberto FINK: "É sabido que as cláusulas penais têm dupla finalidade: meio intimidativo capaz de levar o devedor ao cumprimento da obrigação; e fixação antecipada de perdas e danos a serem suportados pela parte inadimplente, em favor do credor."

Adiante será melhor detalhado o assunto.

2.4.5 - Data, local, assinatura, testemunhas e anuentes

Para Daniel Roberto FINK: "Esse o conteúdo mínimo do termo, que deverá ser acrescido, naturalmente, da data em que foi celebrado e da assinatura das partes. Não há necessidade de testemunhas instrumentárias, pois a lei não as exige para emprestar ao título eficácia executiva."

Embora o ilustre autor saliente que não há necessidade de testemunhas, pode-se afirmar, como já foi apontado, que o tomador do compromisso não detém todos os conhecimentos técnicos e possibilidades materiais de verificar o efetivo cumprimento das obrigações. Assim sendo, pode ser necessária a presença de anuentes, que podem servir de testemunha também, corroborando em uma maior autenticidade do acordo, caso haja futura eventual discussão judicial.

Portanto, pode ser necessária, além da data e assinatura das partes, a presença de anuentes, que podem verificar com maior precisão se os interesses estão sendo tutelados de acordo com a finalidade proposta do instituto.

CAPÍTULO 3 – LEGITIMADOS A PROPOREM O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDOTA E OS COMPROMISSADOS

3.1 – LEGITIMADOS A SEREM TOMADORES

3.1.1 – Os “Órgãos Públicos” legitimados

A Lei Federal n.º 7347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, estabelece os legitimados a propor esta demanda: “Art. 5º A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:(...)”

No que diz respeito aos legitimados a proporem o termo de ajustamento de conduta, o legislador definiu no artigo 5º, §6º, do supra citado ato normativo: “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.”

Segundo Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, órgãos públicos “são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado(...)não passam de simples repartições de atribuições(...)não tem personalidade jurídica”.⁴⁵ Todavia, Geisa de Assis RODRIGUES acompanhada de toda a doutrina, defende a idéia de que a lei adotou um significado mais amplo para a expressão, visando “dar uma ênfase às atribuições públicas de quem poderá promover a tutela extrajudicial” dos direitos tutelados.⁴⁶

Ademais, mostra-se imprescindível à discussão acerca do alcance da expressão órgãos públicos, especialmente salientando que não é sinônimo de pessoa jurídica de Direito Público.

⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 128.

⁴⁶ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 160.

Delimitar-se-á o enfoque da questão, visando evitar uma infundável discussão sobre o que seriam órgãos públicos, que não é objeto deste trabalho, classificando os legitimados a proporem Ação Civil Pública em terem ou não essa prerrogativa, uma vez que somente os que ostentam essa característica é que podem propor o termo.

O critério utilizado consiste em ampliar ao máximo o rol de legitimados a proporem o termo de ajustamento, visto poder evitar maior número de lesões aos interesses transindividuais e individuais indisponíveis, contudo, sem desrespeitar o previsto na lei.

Assim, são legitimados a proporem a Ação Civil Pública: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista e as associações, nos termos da referida lei. Então, serão classificados os referidos entes se são abrangidos ou não pela amplitude de órgãos públicos.

3.1.2 - O Ministério Público como legitimado

Primeiramente, no que diz respeito ao Ministério Público, a grande maioria da doutrina nem discute muito a respeito e, sumariamente, reconhece a legitimidade do mesmo propor o compromisso, entretanto, torna-se pertinente uma análise mais aprofundada.

Segundo o artigo 128 da Constituição Federal: “O Ministério Público abrange: I - o Ministério Público da União, que compreende: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; II - os Ministérios Públicos dos Estados”. Além destes, pode-se citar a existência do Ministério junto ao Tribunal de Contas. Assim sendo, torna-se pertinente à análise dos vários Ministérios Públicos, uma vez que, mesmo sendo considerados órgãos públicos, nem todos são legitimados para proporem um termo de ajustamento.

Segundo Geisa de Assis RODRIGUES:

“o Ministério Público Militar, que só tem atribuições na esfera penal, e o órgão do Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas, uma vez que existe vedação legal à celebração de ajuste em caso de improbidade administrativa, não estão legitimados a celebrar o ajustamento de conduta. O Ministério Público Eleitoral, à primeira vista, pode celebrar ajustes (...). Mas o dinamismo da fiscalização eleitoral, a imperatividade de

determinadas normas eleitorais que não admitem nenhum tipo de composição, e a exigüidade dos prazos para o exercício dos remédios judiciais eleitorais não contribuem para a criação de um ambiente propício para a celebração do ajuste. (...). Os demais integrantes da carreira, tanto no âmbito federal, quanto no estadual estão legitimados a celebrar ajuste de conduta, desde que a responsabilização do dano esteja na esfera de suas atribuições.”⁴⁷

Entretanto, idéia parcialmente contrária à posição da doutrinadora acima citada, seria do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, pois a atuação desse não se restringe apenas à improbidade administrativa. Além disso, existem muitas situações de lesão e ameaça de lesão que o mesmo pode tutelar como tomador.

Portanto, pode-se afirmar que o Ministério Público tem legitimidade para propor o Termo de Ajustamento de Conduta nos seguintes segmentos: Estadual, Federal, Trabalhista e, inclusive, o que atua junto ao Tribunal de Contas.

3.1.3 - União, Estados, Municípios e o Distrito Federal

No concernente a União, Estados e Municípios, pode-se afirmar que é incontroversa a possibilidade dos mesmos proporem o compromisso, contudo, merece uma abordagem mais explicitada acerca de quem pode propor os acordos, visto que são vários entes, mesmo sem personalidade jurídica, que fazem parte das citadas unidades federativas.

Quanto aos órgãos do Executivo, trata-se de uma certeza que podem propor, inclusive Ministérios, Secretarias Estaduais e Municipais. Com relação às autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas serão analisadas posteriormente.

Partindo-se para uma análise acerca do Legislativo, que está presente na União, Estados e Municípios, não é lícito ao Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais proporem um compromisso de ajustamento, visto que não compete aos mesmos tais competências por várias questões éticas, práticas e inclusive constitucionais. Embora, nos últimos anos, através de proposições tramitantes no Congresso Nacional, tenha-se tentado atribuir legitimação, a princípio sem sucesso, à Comissões Legislativas e deputados para

⁴⁷ RODRIGUES. G.A. Obra citada. p. 165.

proporem Ação Civil Pública e, por conseguinte, ao compromisso de ajustamento de conduta.

Com relação ao Judiciário que, outrossim, também está presente no bojo da União, Estados e Municípios, totalmente incabível a possibilidade de propor o instituto, especialmente pela imparcialidade que o Magistrado deve ter.

3.1.4 - Autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas

No que diz respeito aos órgãos da Administração Pública Indireta encontramos as autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas.

As autarquias têm expressamente na doutrina a possibilidade de proporem o termo de ajustamento de conduta, visto que são pessoas jurídicas de Direito Público.

Com relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, encontram-se diversas opiniões sobre a legitimidade das mesmas proporem o compromisso. Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO divide-as em prestadoras de serviço público e exploradoras de atividades econômicas. Geisa de Assis RODRIGUES defende a tese de que não podem em nenhuma das duas formas as referidas entidades proporem o Termo de Ajuste.⁴⁸ Hugo Nigro MAZZILLI⁴⁹ e Fernando AKAOUI⁵⁰ afirmam que as prestadoras de serviço público poderiam.

No concernente as Fundações Públicas, as mesmas podem propor o referido compromisso, tendo em vista disposição expressa em lei

3.1.5 - Associações e fundações privadas

As associações e fundações privadas não são órgãos públicos, tendo a doutrina posição pacífica a respeito da impossibilidade das mesmas proporem o termo de ajuste. Tal opção se justifica pela capacidade técnica e moral de algumas

⁴⁸ RODRIGUES. G.A. Obra citada. p. 161-162.

⁴⁹ MAZZILLI, H. N. Obra citada. p. 21.

⁵⁰ AKAOUI, F. R. V. Obra citada. p. 76-78.

dessas entidades que, com tal legitimidade, poderiam causar gravames maiores ao tutelar os interesses em jogo.

Entretanto, caso tais órgãos observem, ou mesmo qualquer pessoa, uma lesão ou ameaça de lesão a interesses metaindividuais, podem fazer uma representação ao Ministério Público pertinente ou qualquer co-legitimado, que não são poucos. Todavia tem de se verificar as atribuições de tais órgãos públicos para tanto. Assim, nunca é demais salientar a garantia prevista no artigo 5º da Constituição Federal: "XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;". Tal atuação dessas entidades pode contribuir como uma pressão popular essencial à tutela dos órgãos públicos legitimados para tanto.

Ademais, torna-se pertinente solicitar a presença de tais entidades (associações e fundações privadas), quando da celebração de um compromisso de ajustamento, visto que podem contribuir para o respeito ao princípio da eficiência, que deve ser um dos norteadores do acordo, uma vez que contém uma vertente de aproximar mais o Poder Público e a população.

Portanto, fundações privadas e associações não podem propor o ajuste, contudo, podem peticionar aos legitimados informando as lesões ou os perigos ocasionados, sendo que detém um papel importante para a tutela desses direitos, visto que foram criadas para tanto e possuem esses direitos constitucionalmente assegurados, além de serem pertinentes à participação das mesmas na elaboração da tutela extrajudicial desses interesses, reforçando, ainda, o ideal democrático.

3.2 – OS LEGITIMADOS E O TERMO DE AJUSTAMENTO PROPOSTO POR OUTRO “ÓRGÃO PÚBLICO”

3.2.1 - A questão da publicidade

O compromisso de ajustamento é um ato administrativo e, por conseguinte, deve guardar coerência com o regime jurídico de direito administrativo, respeitando regras e princípios atinentes ao respectivo ramo do direito.

Não somente por ser um ato administrativo que deve haver a publicidade do termo de ajustamento, mas principalmente, como sugere Fernando Reverendo Vidal AKAOUI, porque através da divulgação que a sociedade poderá tomar conhecimento de como estão sendo tutelado seus interesses, pelo referido compromisso, e, se for o caso, “se insurgir contra seus termos, caso não estejam de acordo com a necessidade e a expectativa de resguardo dos bens tutelados.”⁵¹

Além disso, o supra citado doutrinador chama atenção para o fato dos co-detentores do direito tutelado pelo compromisso desconhecerem o mesmo, pela falta de publicidade, para não proporem lides temerárias. Ademais, chega à conclusão de que: “Tratando-se de princípio da Administração Pública encartado na CF (art. 37, caput), a sua não observância gera a ocorrência de ato de improbidade administrativa por parte do agente que possuía o dever de dar cumprimento àquele escopo e não o fez, como se depreende do art. 11, inc. IV, da LF 8.429/1992.”

Max ZUFFO, acerca da publicidade dada pelo termo de ajustamento de conduta pelo *parquet*, afirma, além de ressaltar a dificuldade de se ter acesso às informações: “Essa situação poderia ser evitada com a indicação clara de um link para os termos de ajustamentos de conduta na página inicial dos sites dos ministérios públicos, aliada à divulgação de todos os termos firmados, medida que aumentaria de forma sensível o grau de eficácia do princípio da publicidade.”⁵²

Torna-se pertinente à colocação do referido Membro do *parquet* catarinense: “devendo ser franqueado acesso ao inteiro teor dos termos de ajustamento de condutas a todos os titulares dos interesses difusos abrangidos por esses contratos, possibilitando assim que a sociedade auxilie o Ministério Público e as demais partes legitimadas na fiscalização do cumprimento destas obrigações.”⁵³

Assim, percebe-se a importância e a obrigação por parte dos legitimados de divulgarem os compromissos de ajustamento, exceto os que importem sigilo, visto o direito à informação por parte dos potenciais lesados de saberem como estão sendo tutelados seus direitos, bem como para evitar lides desnecessárias movimentando a máquina judiciária. Ademais, pode-se dizer que deve haver razoabilidade com

⁵¹ AKAOUI, F. R. V. Obra citada. p. 100-101.

⁵² ZUFFO, M. Obra citada, p. 43

⁵³ ZUFFO, M. Obra citada, p. 41

relação à publicidade dos compromissos firmados com relação a interesses individuais indisponíveis.

Entretanto, a solução de tais impasses não reside na divulgação no diário oficial, mas sim em oficiar às entidades correlacionadas aos interesses em jogo (associações, conselhos, organizações não governamentais), se possível para auxiliar na formulação do termo, quando menos para informá-las acerca da existência do mesmo.

Aumenta a complexidade da questão quando são interesses que envolvem danos nacionais, inclusive em face da extensão territorial e, atualmente, nada constar a respeito para um controle nessa esfera, sendo necessário, quem sabe, a criação legislativa de um banco nacional de termos de ajustamento. Contudo, conforme já salientado, pouco se tem feito no Congresso Nacional à respeito.

Portanto, é necessária a questão da publicidade pelos legitimados, sendo inclusive um dever, especialmente para dar mais efetividade e resolutividade a questão dos interesses tutelados, entretanto, deve-se utilizar um critério de razoabilidade, quando o instrumento tutelar direitos individuais indisponíveis.

3.2.2 - As conseqüências processuais com relação aos legitimados a Ação Civil Pública quando já há um compromisso firmado com outro legitimado

Geisa de Assis RODRIGUES aponta para uma situação óbvia e pertinente acerca dos compromissos. Existem repercussões judiciais da prática do ajuste.⁵⁴

A autora indaga acerca das influências da composição em relação aos outros co-legitimados que não participaram de sua formação, bem como com relação aos não legitimados a proporem o termo, mas que têm legitimidade processual para defesa de direitos transindividuais. Considera que a existência do compromisso é um óbice à propositura da ação civil pública, impedindo o legítimo exercício do direito de ação, com base na carência da ação por falta de interesse processual, desde que o compromisso seja válido, com a adequada garantia dos interesses tutelados .

⁵⁴ RODRIGUES. G.A. Obra citada. p. 161-162.

Fernando Grella VIEIRA adverte sobre a possibilidade de exigências não observadas pelo termo, visando-se um fim supletivo a ação.⁵⁵

Assim, observa-se uma premissa como sendo necessária à condição da ação e ao entendimento dos casos em tela: o interesse processual. Caso o autor a demonstre, via de regra, ocorrerá o regular deslinde da demanda. Entretanto, caso negativo, deverá ocorrer a carência da ação, visto que sua pretensão já estaria sendo assistida pelo compromisso firmado.

Geisa de Assis RODRIGUES quanto aos direitos individuais ressalta: “As medidas de proteção coletiva não podem jamais importar em restrição de acesso à justiça na tutela de direitos individuais. Ora, se é assim no caso das ações coletivas, imagine em se tratando de uma composição extrajudicial.”⁵⁶

Portanto, de modo algum se pode cercear o controle jurisdicional acerca do compromisso firmado, sendo que se deve ter em mente que a presença de composição interfere ou não no interesse processual deduzido na demanda, uma vez que não pode deixar de ser observado pelo magistrado a existência ou não de alguma exigência complementar a ser suprida ou irregularidade a ser combatida, quando proposta uma demanda coletiva por um legitimado à Ação Civil Pública. Todavia, nada poderá impedir o deslinde à tutela individual de direitos.

3.3 - COMPROMISSADOS NO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

No que diz respeito aos compromissados no termo de ajustamento de conduta, não se compromete somente o causador da lesão ou ameaça, mas também os anuentes que, não raro, também assumem obrigações no termo.

Assim, podemos definir duas ordens de compromissados: o causador da lesão ou da ameaça e os anuentes.

3.3.1 - Possíveis compromissados

⁵⁵ VIEIRA, Fernando Grella. *A Transação na Esfera da Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos: Compromisso de Ajustamento de Conduta*. In: MILARÉ, Édis. *Ação Civil Pública: lei 7347/1985-15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002, p 287.

⁵⁶ RODRIGUES. G.A. *Obra citada*. p. 224.

Geisa de Assis RODRIGUES observa:

“Não há no nosso sistema a possibilidade de ser proposta uma ação coletiva contra um réu que represente toda uma classe(...) todos que estejam violando ou ameaçando um direito transindividual devem ser nominados na ação judicial(...), dessa forma, só terá eficácia para aqueles que celebrarem o ajuste, manifestando expressamente seu intuito de cumprir as obrigações assumidas.”⁵⁷

Assim, afirma que “todos têm legitimidade para figurar como obrigado no ajustamento de conduta: as pessoas naturais, as pessoas jurídicas de direito privado e as de direito público, bem como os órgãos públicos sem personalidade jurídica, e as pessoas morais, como o condomínio e a massa falida podem ter sua conduta ajustada às prescrições legais”, inclusive da administração do Judiciário e Legislativo.

Geisa ainda afirma que “Devem ser observadas as regras gerais de capacidade de se obrigar. Portanto, as pessoas naturais têm que ter plena capacidade de fato para assumirem pessoalmente as obrigações, ou para constituírem mandatários que as possam representar adequadamente no ato da celebração do termo.”⁵⁸

Adotando um critério pragmático, pode-se chegar a uma conclusão lógica no sistema jurídico brasileiro: podem ser compromissados para celebrar o compromisso quem puder ser executado, visto que se tal característica não for um atributo do compromissado, nada adiantará propor o termo ao mesmo, uma vez que nem a execução da obrigação, muito menos a da multa poderá ser exigida em juízo.

3.3.2 - Os anuentes e a amplitude de suas obrigações

Não raro, ao propor um termo de ajustamento de conduta a um lesionador ou potencial ameaçador, o ente público legitimado não detém todos os recursos técnicos e humanos para constatar o cumprimento do mesmo, ou até mesmo formular adequadamente o compromisso.

Assim sendo, torna-se necessário o apoio de vários organismos públicos ou privados da sociedade. Entretanto, pertinente torna-se discutir qual a dimensão da

⁵⁷ RODRIGUES. G.A. Obra citada. p. 173.

⁵⁸ RODRIGUES. G.A. Obra citada. p. 173-174

obrigação desses anuentes na pactuação e fiscalização do cumprimento do termo de ajustamento.

Pode-se, primeiramente, classificá-los em órgãos com ou sem personalidade jurídica. Aqueles são os de direito público ou de direito privado.

Com relação aos sem personalidade jurídica, depende-se das atribuições desses organismos que, muitas vezes, são sujeitos a regimes jurídicos de direito público, tendo suas obrigações a amplitude correlata à competência administrativa da mesma. É o caso, por exemplo, de uma Secretaria ou Conselho Municipal de Saúde. São obrigações que devem ser cumpridas, em última análise, pelos agentes públicos atrelados ao mesmo. Assim sendo, pode ser exigida a fiscalização do cumprimento, sob as respectivas sanções aos agentes que não a cumprirem.

No que diz respeito aos com personalidade jurídica, tem-se as pessoas de direito privado e de direito público. Nestas há de figurar nas suas atribuições a obrigação para poderem ser exigidos, enquanto que naquelas não se pode exigir.

Portanto, como não se pode exigir do particular uma atuação como anuente, deve-se buscar pelos entes que sejam órgãos públicos para se poder exigir a sua parte na tutela dos interesses, sendo que haveria uma verdadeira obrigação, que podem causar sanções administrativas, cíveis e até criminais, caso não sejam cumpridos os referidos deveres assumidos.

CAPÍTULO 4 – CONTROLE DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

4.1 - DOS CONTROLES NECESSÁRIOS

4.1.1 - Da necessidade do controle

A realidade atual demonstra a incessante necessidade de controle dos atos praticados pelos representantes dos interesses da população, especialmente pelos fatos que se vinculam na imprensa: corrupção, abusos de poder, violações de direitos fundamentais, incompetência, entre outros.

Os interesses que são objetos de tutela por meio do compromisso de ajustamento de conduta também necessitam de controle, uma vez que a composição extrajudicial da lesão ou ameaça de lesão também podem ser influenciada pelos fatores acima elencados.

Em última análise, como afirma Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, “Órgãos (...). Por se tratar, tal como o próprio Estado, de entidades reais, porém abstratas (seres de razão), não tem vontade nem ação, no sentido de vida psíquica ou anímica próprias, que estas, só seres biológicos podem possuí-las”.⁵⁹ Continua afirmando que as atribuições do Estado para terem efeito no mundo material dependem do concurso de agentes, sendo que o querer e agir destes são recebidos como os dos órgãos competentes do Estado.

Destarte, visto a relevância dos interesses tutelados pelos compromissos de ajustamento de conduta, que são celebrados por entidades que apenas defendem o interesse da coletividade, mas que concretamente são ações realizadas por agentes com querer e agir próprios, deve, logicamente, haver um controle acerca dessa materialização, visto que os seres humanos são por natureza imperfeitos.

Assim sendo, os termos de ajustamento devem estar sujeitos a diversos tipos de controle, especialmente quanto ao seu conteúdo e sua execução, visto que são os aspectos mais concretos para uma fiscalização e, quando menos, para garantir a efetiva proteção dos interesses defendidos pelos legitimados.

⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Obra citada, p. 128.

Além disso, torna-se pertinente as afirmações do promotor de justiça catarinense Max ZUFFO: “observa-se que ainda prepondera uma visão romantizada a respeito de sua aplicação, no sentido de que a simples formalização do ajustamento de conduta, (...), se basta para garantir uma tutela eficaz dos interesses metaindividuais, circunstância essa que pode levar aos efeitos deletérios do uso indiscriminado desse importante instrumento de tutela coletiva”. Continuando: “perpetuação desta ótica sob a qual o termo de ajustamento conduta é visto por seus operadores pode fazer com que o importante instituto adquira um grau de ineficácia tão alto que acabe por desvirtuá-lo.”⁶⁰

Portanto, não basta apenas a celebração do ajustamento de conduta, deve haver um controle rigoroso para o instituto não cair em descrédito, bem como para verificar a eficácia do compromisso.

4.1.2 - Do controle do conteúdo do termo de ajustamento de conduta

Quando presente uma lesão ou ameaça de lesão a interesses metaindividuais ou individuais indisponíveis, de acordo com um critério de oportunidade e conveniência, torna-se pertinente propor um termo de ajustamento de conduta.

Podem visar à proteção do meio ambiente, à saúde, ao consumo seguro de produtos no supermercado, enfim, almeja tutelar uma infinita gama de interesses dos mais variados tipos de indivíduos da sociedade, contudo, como já dito, são tomados, em última análise, por agentes sujeitos aos mais diversos tipos de influências e, alguns, com conhecimentos limitados.

Há situações que reclamem um conhecimento mais técnico acerca de certos assuntos desconhecidos pelo profissional do direito, ou até mesmo pelo gestor máximo da entidade que detém a legitimidade para propor o compromisso. Assim, a celebração de um ajuste pode vir a agravar a situação do que obter uma tutela razoável, sendo que se torna presente a necessidade de peritos no assunto. Ademais, o maior número de organismos correlacionados devem ser oficiados para

⁶⁰ ZUFFO, M. Obra citada, p. 37-38

participar da discussão do conteúdo, visando um processo mais democrático. Aliás, torna-se interessante, em algumas situações, realizar audiências públicas.

Portanto, o controle do conteúdo torna-se importante por ser ele que define as ações a serem realizadas e, por conseguinte, como vai ser adequada a conduta do causador ou ameaçador de dano à lei, sendo que tais devem ser debatidas o mais democraticamente possível.

4.2 – TIPOS DE CONTROLE

Segundo Romeu Felipe BACELLAR “Ora, se por um lado a doutrina é uníssona quanto à importância dos mecanismos de controle das atividades do Poder Público, por outro, não há qualquer uniformidade no tratamento do tema, principalmente no que se refere à sua taxionomia, seja em âmbito nacional, seja em âmbito estrangeiro.”⁶¹

No que diz respeito ao controle do termo de ajustamento de conduta não pode ser diferente, visto a peculiaridade de órgãos que podem propô-lo, bem como os interesses que tutelam. Assim, podem-se vislumbrar quatro grandes possibilidades de controle do acordo: jurisdicional, administrativo, político e social.

4.2.1 - Controle jurisdicional

Por controle jurisdicional se entende o feito pelo Judiciário, podendo ser provocado de vários modos: ação civil pública, ação popular, mandado de segurança. Tais institutos podem ensejar um controle por parte do judiciário acerca do compromisso de ajustamento.

Segundo Geisa RODRIGUES: “Os compromissos inválidos podem ser impugnados judicialmente, através da ação civil pública; o que se está protegendo nesta demanda são os direitos transindividuais inadequadamente tutelados pelo compromisso de ajustamento de conduta, da ação popular, quando cabível”.

⁶¹ BACELLAR FILHO, R. Obra citada. p. 201.

Continua: “Também o mandado de segurança pode ser utilizado contra eventuais efeitos do ajustamento de conduta, tanto no âmbito individual quanto no coletivo.”⁶²

A Procuradora da República acima citada traz uma discussão acerca do assunto:

“Questão interessante, ainda nessa perspectiva de irregularidade do ajuste, é que tipo de sanção deve ensejar às pessoas que o celebraram. Ao nosso juízo qualquer tipo de responsabilidade dos agentes públicos que firmaram o ajuste só ocorrerá se houver dolo para favorecer indevidamente o violador da regra de direito transindividual em detrimento da proteção do direito. Assim, só se poderá pensar em responsabilidade disciplinar, civil, criminal ou de improbidade do agente público se houver a intenção de violar a regra jurídica.”⁶³

Destarte, pode-se haver um controle jurisdicional acerca do conteúdo do termo de ajustamento, devido à peculiaridade de várias situações na sociedade. Assim, poderá ser proposta uma ação visando sua readequação para o interesse em tela, seja por um interesse individual, seja por uma coletividade, até mesmo na reforma do termo quando por inadequação da sua tutela.

4.2.2 - Controle administrativo

Pode-se denominar o controle administrativo como sendo o próprio controle do Poder Público, seja realizado pelo mesmo legitimado que propôs o compromisso, seja por outro órgão do Estado, exceto o Judiciário e o Legislativo, pois seriam controles diversos.

Primeiramente, torna-se pertinente falar acerca da autotutela administrativa, isto é, “A administração pública tem o dever de zelar pela legalidade, moralidade e eficiência de seus atos, condutas e decisões, bem como por sua adequação ao interesse público, podendo anulá-los se considerá-los ilegais e revogá-los caso entenda que eles são inoportunos e inconvenientes, independentemente da atuação do Poder Judiciário.”⁶⁴

Além disso, pode haver, dependendo do órgão legitimado, provocação do controle hierárquico, através do seguinte dispositivo constitucionalmente previsto: artigo 5º, XXXIV, da Constituição Federal: “são a todos assegurados,

⁶² RODRIGUES. G.A. Obra citada. p. 225.

⁶³ RODRIGUES. G.A. Obra citada. p. 225.

⁶⁴ MORAES. A. Obra citada, p. 807.

independentemente do pagamento de taxas:a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Através desses dispositivos citados, pode-se claramente provocar uma revisão do referido ato administrativo.

Portanto, o citado controle administrativo não ocorre apenas no âmbito da administração pública, pode ocorrer em outros entes que não sejam considerados como tal, por exemplo, o controle de um Conselho Superior do Ministério Público sobre o ato de um órgão ministerial.

4.2.3 - Controle político

O compromisso de ajustamento de conduta pode ser objeto de controle político, visto que dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional, de acordo com a Constituição Federal se encontra: "X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta".

Assim sendo, o controle realizado no âmbito da União pode ser feito pelo Congresso Nacional. No que diz respeito aos Estados-membros e Municípios, depende das respectivas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas para corroborar-se a hipótese das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais realizarem tal controle. Entretanto, tende-se ampliar as possibilidades, visto que seria pertinente poder haver esse tipo de controle sobre alguns compromissos de ajustamento.

Embora, todavia, seja viável o referido controle, percebe-se que tal ocorre de modo tímido, visto que, em pesquisa ao site do Congresso Nacional, poucas foram às referências acerca de controle ou requerimento para tanto.

Portanto, o controle parlamentar pode ser exercido perante os termos de ajustamento de conduta, contudo, pouco se nota acerca da atuação do Legislativo na proteção efetiva dos interesses transindividuais e individuais indisponíveis, através de ações relacionadas ao referido instrumento.

4.2.4 - Controle social

Com os devidos ajustes ao estudo em tela, pode-se denominar o controle social como sendo “o exercido pelos cidadãos em relação às atividades administrativas”.⁶⁵

Primeiramente, sempre se faz mister ao falar de controle por parte do cidadão ressaltar o artigo 5º ,XXXIV, da Constituição Federal: “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: (...)b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;”. Através desse dispositivo citado, podem-se claramente solicitar esclarecimentos perante os legitimados, bem como receber respostas por escrito acerca de seus interesses.

É importante ressaltar que não é necessário aguardar *ad eternum* uma resposta, tendo em vista a Lei Federal n.º 9.051/95, que: “Dispõe sobre a expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações.”. Tal previsão legal dispõe em seu artigo 1º:

“As certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão ser expedidas no prazo improrrogável de quinze dias, contado do registro do pedido no órgão expedidor.”

Apesar de não haver expresso tal entendimento, pode-se dizer que seria totalmente pertinente se tal previsão se aplicasse ao Ministério Público, instituição igualmente legitimada a propositura do compromisso de ajustamento.

Outro ponto a ser citado é a criação por Lei de vários Conselhos, como por exemplo de saúde e de educação, além das chamadas audiências públicas. Tais são meios muito importantes para a realização de controle social, inclusive sobre atos do Poder Público, abrangendo também os termos de ajustamento de conduta.

Portanto, pode-se vislumbrar a possibilidade do controle exercido pelo cidadão sobre os termos de ajustamento de conduta por vários modos, na realidade nem sempre se tem oportunidade de observar sua concretização.

⁶⁵ BACELLAR FILHO, R. Obra citada. p. 214.

CAPÍTULO 5 – SANÇÕES PELO SEU DESCUMPRIMENTO

5.1 - DIFERENÇA ENTRE O OBJETO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E DA SANÇÃO PELO DESCUMPRIMENTO

De acordo com o artigo 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública: “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”.

A partir do dispositivo legal acima citado, pertinente se torna destacar as expressões “mediante cominações” e “eficácia de título executivo extrajudicial”. A primeira refere-se à verdadeira obrigação de haver cláusula penal. No que diz respeito à segunda, trata-se da qualidade do compromisso. São dois fatos distintos pertinentes à composição.

É relevante observar que a obrigação assumida pelo compromissado e a sanção estabelecida pelo inadimplemento das mesmas são situações distintas e, além disso, via de regra, simultâneas, sendo que o cumprimento de uma não exclui eventual pendência em relação à outra.

Pode-se citar as esclarecedoras informações de Max ZUFFO: “cláusula penal não é classificada como uma garantia do cumprimento das obrigações pactuadas em um contrato, mas sim uma obrigação acessória destinada a evitar, por intermédio de coação sobre o devedor, o inadimplemento da obrigação.”⁶⁶

Assim, caso ocorra o inadimplemento, poderá o órgão legitimado executar o acordo no Judiciário e, além disso, exigir o pagamento ou o cumprimento da sanção estabelecida pelo descumprimento, que faz o compromissado ter interesse em respeitar o termo de ajustamento.

5.2 - COMINAÇÕES E SANÇÕES PELO DESCUMPRIMENTO

⁶⁶ ZUFFO, M. Obra citada, p. 48.

5.2.1 - Da cominação

Segundo Aurélio Buarque de Holanda FERREIRA, cominação é o ato de cominar, sendo que isto é “Ameaçar com pena ou castigo no caso de infração ou falta de cumprimento de contrato, ou de preceito, ordem, mandado, etc”. Além disso, na mesma linha, “Impor, prescrever(castigo, pena).”⁶⁷

Assim sendo, quando estabelece a lei a expressão “mediante cominações”, refere-se ao fato de que o compromissado que compor o conflito com os órgãos legitimados terão prescritos, no mesmo, ameaças com pena, a serem aplicadas, caso haja o descumprimento.

Tal fato visa empreender ao acordo uma maior eficácia, tendo por propósito não deixá-lo como um mero documento de protelação por parte do lesionador, uma vez que o descumprimento representará quase que sempre prejuízo financeiro para o mesmo.

Destarte, o legislador inseriu expressamente tal preceito para que o compromisso de ajustamento fosse um instrumento em que tivesse garantida sua eficácia, não deixando o desenvolvimento da efetividade a cargo da doutrina e jurisprudência que, não raro, são voláteis. Além disso, busca em primeiro plano ameaçar o agente causador do gravame a cumprir com suas obrigações e afastar o dano.

Ademais, culturalmente, o descumprimento deve ser culturalmente patológico, sendo que se atualmente não o são, de extrema relevância torna-se serem, pois é importante para a imagem do País, de suas empresas, bem como de seus integrantes terem lisura e idoneidade no cumprimento de seus deveres, basta observar no momento de se conseguirem investimentos no exterior, tanto para o Estado que, não raro, é o compromissado e das empresas que firmam acordos no exterior, visto sua relevância social na criação e manutenção de empregos.

Fernando Reverendo AKAOUI assevera: “Devemos consignar que a cominação em sede de compromisso de ajustamento de conduta não é uma prerrogativa conferida ao Ministério Público ou aos demais órgãos públicos, que poderão utilizá-la ou não, mas, sim, uma determinação legal”. E continua: “temos que

⁶⁷ HOLANDA, A. B. F. Obra citada, p. 437.

a falta de cominação às obrigações assumidas pelo ajustante no título executivo extrajudicial que se forma leva mesmo à nulidade do título, por vício extrínseco na formação deste.”⁶⁸

Portanto, visou possibilitar a imposição de sanções por descumprimento, que tem por finalidade ameaçar o compromissado a adequar suas condutas ao estabelecido, entretanto, é necessário controle por parte dos legitimados, anuentes e, sobretudo, dos interessados.

5.2.2 – Espécies de cominação

Não há menção na lei sobre quais espécies de cominação podem ser previstas no compromisso, pode-se afirmar que é lícito prever obrigações de fazer, não fazer ou, até mesmo, como costumeiramente ocorre, propor sanção pecuniária.

Fernando Reverendo AKAOUI assim se posiciona acerca do assunto: “Porém, nos parece correto afirmar que outras modalidades de cominação poderão ser exigidas ou, ainda, cumuladas com a pecuniária, se o caso em concreto assim o exigir.”⁶⁹

Assim sendo, pode depender muito da criatividade dos tomadores do compromisso, contudo, não devem ser sanções vexatórias, visto que podem ser exigidas somente de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, que, em última análise, podem atingir aos agentes de uma pessoa jurídica.

Logo, uma obrigação de fazer se observa mais pertinente, visto que podem trazer medidas mais concretas à percepção da comunidade do que uma quantia em pecúnia que vai para um Fundo, não tendo a mesma concretude aos olhos dos potenciais lesados, sendo contrário ao princípio da eficiência.

No que diz respeito às cominações de não fazer, pode-se afirmar que, à uma primeira vista, não apresentam um “plus” para a comunidade, uma vez que o descumprimento do compromisso só acarretaria um não fazer por parte do compromissado.

Ademais, a cominação em pecúnia é a mais utilizada. Segundo Fernando Reverendo AKAOUI : “devemos verificar que elas deverão estar adequadas, no que

⁶⁸ AKAOUI, F. R. V. Obra citada. p. 26-28.

⁶⁹ AKAOUI, F. R. V. Obra citada. p. 31.

tange ao valor(quando de natureza pecuniária), para que possam surtir o efeito desejado, qual seja, inibir o descumprimento das obrigações assumidas pelo interessado”. Continua afirmando que se deve pautar por dois critérios sua fixação:”importância do bem lesado ou ameaçado de lesão para a coletividade e o poder econômico daquele que se compromete àquelas obrigações.”⁷⁰

Portanto, a melhor medida, que é plenamente lícita, é propor condutas concretas de fazer, que são mais dificilmente obstadas pela solvência do devedor, tendo em vista a concretude que pode trazer para a sociedade, bem como o aumento de confiança da população para com o Estado.

⁷⁰ AKAOUI, F. R. V. Obra citada. p. 131-132.

CAPÍTULO 6 - EXECUTIVIDADE DO ACORDO E DA SANÇÃO

6.1- PROCESSO DE EXECUÇÃO

Segundo José Carlos BARBOSA MOREIRA, “Enquanto o processo de conhecimento visa em substância à formulação da sentença definitiva, da regra jurídica concreta que deve disciplinar a situação litigiosa, a finalidade do processo de execução, a saber, atuar praticamente aquela norma jurídica concreta.”⁷¹

De acordo com o supra citado autor, observa-se: “processo de execução, embora distinto e autônomo, pressupõe o de conhecimento. Existem hipóteses, contudo, previstas no texto legal, em que se torna desnecessária a prévia atividade cognitiva: a lei confere eficácia executiva a certos títulos, considerando que neles já se acha contida a norma jurídica disciplinadora das relações entre as partes, com suficiente certeza jurídica”.⁷² Assim, o credor pode pleitear a execução, quando possível, a realização dos atos materiais para aplicá-lo na realidade.

Diz o artigo 583 do Código de Processo Civil: “Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial”. No que diz respeito ao compromisso de ajustamento de conduta a norma jurídica concreta serão as cláusulas do acordo, isto é, as mesmas serão objeto do processo de execução, uma vez que, de acordo com o artigo 585 do citado diploma: “São títulos executivos extrajudiciais:(...)VII - todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.”

No Estatuto da Criança e do Adolescente se diz: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Na Lei da Ação Civil Pública: “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”.

⁷¹ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 184.

⁷² BARBOSA MOREIRA. J. C. Obra citada. p. 186.

Portanto, a própria lei atribui ao compromisso de ajustamento de conduta a eficácia de título executivo extrajudicial, atuando as normas jurídicas reguladoras ao caso concreto, forçosamente, caso seja necessário.

6.1.1- Requisitos do título executivo

De acordo com o artigo 586 do Código de Processo Civil: "A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível".

Segundo Geisa de Assis RODRIGUES:

"no caso do ajustamento de conduta temos um verdadeiro ato documentado que haure sua força tanto do negócio jurídico que o motivou como também de sua própria cartularidade. Não há título executivo se o documento não se refere a um ajuste expresso de cumprir obrigações certas e líquidas, como da mesma forma não há título executivo se, embora tenha havido a intenção do ajuste por parte do agente violador do direito transindividual, não haja um documento que a consubstancie."⁷³

A referida jurista ratifica:

"o título deve permitir a identificação precisa das partes envolvidas, quem é credor e quem é devedor, e da natureza da prestação, além de ser instrumentalizado em um documento(...)A certeza se relaciona à existência categórica dos elementos que compõem o direito, e assim será certo um direito, se definidos os seus sujeitos (ativo e passivo) e a natureza da relação jurídica e do seu objeto(...)a liquidez está vinculada à expressa determinação do objeto da obrigação. A obrigação líquida é aquela que pode ser identificada como a obrigação a ser prestada no caso, por seu valor, pela coisa que deve ser entregue ou pelas condutas que constituam a obrigação de fazer ou de não fazer."⁷⁴

É importante ratificar a questão do conteúdo mínimo do compromisso de ajustamento, uma vez que a clareza está em observar rigorosamente o princípio da motivação e, por conseguinte, descrever com o maior número de detalhes os fatos e fundamentos de Direito. Ademais, a composição deve trazer no seu instrumento bem definidos as obrigações de cada um dos envolvidos, bem como as respectivas qualificações dos mesmos no acordo.

Assim, deve-se respeitar o conteúdo mínimo, dirigindo-se para as características de liquidez, certeza e exigibilidade, para quando possível e especialmente razoável, possa ser pleiteada a execução do acordo no Judiciário.

Além disso, Geisa ressalta para o ajuste:

"quer reputemos que tanto a certeza quanto a liquidez devam estar presentes, o que não pode faltar no ajuste é a definição de quem é o responsável pelo seu cumprimento, a

⁷³ RODRIGUES. G.A. Obra citada. p. 207.

⁷⁴ RODRIGUES. G.A. Obra citada. p. 207-209.

delimitação do seu objeto, e, sendo cláusula de indenizar, o valor quantificado; sendo cláusula de entregar coisa, a individualização precisa desta; sendo obrigação de fazer e de não fazer, a definição mais precisa possível dessa obrigação, o modo de cumpri-la, onde cumpri-la, que resultado prático se visa obter.”⁷⁵

Portanto, para ser um título executivo extrajudicial, deve o compromisso ter os seguintes atributos: ser um título, líquido, certo e exigível. Ademais, é importante ressaltar, novamente, que deve haver clareza no momento em que é firmado o título, para se evitar percalços posteriores.

6.1.2 - Obrigações exigíveis no compromisso de ajustamento de conduta

De acordo com o artigo 3º da Lei da Ação Civil Pública: “A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. Entretanto, como já foi apontado, não se restringem os comportamentos a essas três espécies.

As composições realizadas podem apresentar vários tipos de condutas esperadas do compromissado. Ademais, caso seja necessário, dependem de execução prevista no Código de Processo Civil, sendo que as mais comuns são de fazer, não fazer e pecuniárias.

Na atual sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, a condenação em dinheiro corresponderia à execução por quantia certa. Com relação ao cumprimento da obrigação de fazer, seria a respectiva execução prevista no artigo 632 e seguintes. No que diz respeito à obrigação de não fazer, seria a correspondente aos artigos 642 e seguintes do diploma processual.

Portanto, pode-se fazer uma divisão baseada nesse critério.

6.1.3 – Extinção da execução

De acordo com o Código de Processo Civil: “Art. 794. Extingue-se a execução quando: I - o devedor satisfaz a obrigação; II - o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida; III - o credor

⁷⁵ RODRIGUES. G.A. Obra citada. p. 209.

renunciar ao crédito”. Ademais: “Art. 795. A extinção só produz efeito quando declarada por sentença”.

Destarte, caso haja adimplemento no compromisso de ajustamento de conduta, tende-se a impossibilitar um eventual processo de execução. Entretanto, caso persista o desrespeito aos termos de composição, restará a execução da obrigação nos moldes previstos para a obrigação de fazer, não fazer e pecuniária, conforme o Código de Processo Civil.

6.2 - OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE NÃO FAZER

6.2.1 - Obrigação de fazer

Segundo José Carlos BARBOSA MOREIRA:

“Cita-se o devedor para praticar o ato no prazo fixado no título executivo. Se este não o fixar, caberá ao juiz determiná-lo (art. 632, 2ª parte), ao despachar a inicial, devendo constar do mandado executivo a respectiva indicação. O mesmo vale para a hipótese de interessar ainda ao credor o cumprimento específico da obrigação de fazer, embora já esgotado o prazo legal ou convencional.”⁷⁶

Entretanto, pode ocorrer da obrigação não ser adimplida pelo compromissado nem no processo de execução. Para tanto, BARBOSA MOREIRA aduz: “Caso o devedor não cumpra no prazo marcado a obrigação, e inexistam ademais embargos pendentes a tolher a atividade executiva, esta naturalmente prossegue. Cabe examinar em separado as hipóteses de obrigação passível de ser satisfeita mediante ato de terceiro e as de obrigação que só o próprio devedor possa satisfazer.”

Caso seja obrigação que possa ser cumprida por terceiro, aplicar-se-á os dispositivos previstos nos artigos 634 e seguintes do Código de Processo Civil. Entretanto, ocorrendo da obrigação ser infungível e, o devedor não concordar adimpli-la de modo algum, resta convertê-la em perdas e danos, conforme previsto no artigo 638, parágrafo único.

⁷⁶ BARBOSA MOREIRA. J. C. Obra citada. p. 206.

Assim, de um modo ou de outro, resta ao devedor arcar com seus compromissos, sendo que, na pior das hipóteses, a obrigação de fazer será revertida em pecúnia.

6.2.2 - Obrigação de não fazer

Segundo José Carlos BARBOSA MOREIRA pode ser instantânea(não perturbar certa manifestação não se exhibir no próximo domingo, etc.) ou permanente(não exercer determinado ramo do comércio, não realizar mais construções, etc.) a obrigação de não fazer. Percebe-se que as obrigações de não fazer instantâneas são momentâneas, enquanto que as permanentes são *ad eternum*, caso não mudem as circunstâncias.⁷⁷

Afirma o autor supra citado que:

“A distinção é relevante no que concerne às conseqüências do inadimplemento: uma vez descumprida a obrigação de prestação negativa instantânea, é impossível cogitar de desfazer-se o que foi feito, de modo que o credor só poderá haver uma reparação pecuniária; já quando contínua a prestação, torna-se viável, em regra, a exigência de que cesse a violação ou se desfça o que se fez descumprindo a obrigação.”

Assim sendo, as obrigações de não fazer descumpridas poderão redundar em reparações pecuniárias ou desfazimento, quando possível.

6.3 – OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA

Ocorre que a obrigação dos compromissos de ajustamento de conduta podem ser pecuniárias. Assim sendo, pode-se afirmar que, caso ocorra o inadimplemento da obrigação, poderá ser executada nos termos dos artigos 646 e seguintes do Código de Processo Civil.

Aliás, aplica-se subsidiariamente essa tutela genérica, caso não sejam possíveis às tutelas específicas.

⁷⁷ BARBOSA MOREIRA. J. C. Obra citada. p. 214.

CAPÍTULO 7 – O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E O ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO COLETIVO

7.1- ANTEPROJETO DO CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS⁷⁸

O Código de Processo Civil de 1973 é de cunho eminentemente individualista, sendo que a tutela de interesses coletivos permanece pouco razoável.

O Código Brasileiro de Processos Coletivos revogará, especialmente, caso vingue, conforme artigo 51 do mesmo: “a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; os artigos 81 a 104 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990; (...)”.

Assim sendo, seriam revogadas a Lei da Ação Civil Pública e o dispositivo do Código de Defesa do Consumidor referente ao compromisso de ajustamento.

No anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos prevê-se, quase que do mesmo modo, no artigo 19, §9, o compromisso de ajustamento:

“O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados, agindo com critérios de equilíbrio e imparcialidade, poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, se assim requererem as partes”.

Observa-se que, com relação à previsão legal, há a inserção das expressões “agindo com critérios de equilíbrio e imparcialidade”, bem como “possibilidade de homologação judicial do compromisso, se assim requererem as partes”.

Entretanto, o primeiro fato não consistiria novidade, visto que pela própria natureza do ato administrativo, os legitimados deverão aplicar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, contudo, talvez a menção à imparcialidade se refira ao não reconhecimento de culpa ou somente uma decorrência da impessoalidade. Contudo, não se tratam de inovações.

A questão da homologação judicial a requerimento das partes seria uma novidade, mas, deve ensejar a discussão de várias questões, especialmente da sua

⁷⁸ UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Núcleo de Estudos em Direito Ambiental. *Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo*. Disponível em: < <http://www.direito.ufmg.br/neda/>> Acesso em: 22 ago. 2006.

utilidade nos casos em tela. Observa-se, principalmente, seu efeito nos embargos de execução.

É importante ressaltar que o referido tratamento deixa muito a desejar, sendo necessária uma maior regulação do instituto. Ademais, tal fato deve ser observado no decorrer do trâmite do mesmo até se tornar uma lei.

7.2 – LEGITIMADOS

Há diferenças mais nítidas quanto aos legitimados, pois seriam os seguintes órgãos públicos:

”III - o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de relevante interesse social; IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, neste último caso quando os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas forem predominantemente hipossuficientes; V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e, quando relacionados com suas funções, dos coletivos e individuais homogêneos; VI - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos indicados neste Código;”.

Assim sendo, legitimar-se-ia a Defensoria Pública, entretanto, poderia ser inserido o Tribunal de Contas nesse rol de legitimados, bem como a expressão todos os entes da União, Estados e Municípios.

Ademais, observa-se que o acima citado está longe de ser o ideal, bem como de possibilitar uma tutela mais efetiva dos interesses em tela, pois dever-se-ia ampliar ao máximo o rol de legitimados, contudo, tendo que se buscar uma solução para a questão de tornar o mais adequado para os destinatários dos direitos tutelados, especialmente, talvez, com a realização de audiências públicas, que colocassem os mesmos na discussão.

7.3 - OBJETOS

Quanto aos objetos seriam praticamente os mesmos:

“Art. 3º. Objeto da tutela coletiva – A demanda coletiva será exercida para a tutela de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas, entre si ou

com a parte contrária, por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Assim, continuam-se tutelando os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Ademais, os individuais indisponíveis continuariam a ser tutelados nos mesmos moldes, visto seu caráter metaindividual.

7.4 – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

De acordo com o artigo 49 do referido anteprojeto: “Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil, independentemente da Justiça competente para o processamento e julgamento”.

Assim sendo, praticamente nada se muda com relação à execução do termo de ajustamento de conduta, em si, visto que o referido texto pouco dispõe acerca da execução, talvez haja influência nos respectivos embargos, bem como alguma alteração no recebimento de créditos concernentes a direitos individuais homogêneos, contudo, ao que parece, muito resta a se discutir sobre a forma do anteprojeto, uma vez que pode até ser incluído um capítulo referente ao tema. Portanto, trata-se de algo muito volátil até o presente momento.

CONCLUSÃO

O termo de ajustamento de conduta é um instrumento, constituindo título executivo extrajudicial, que contém obrigações, tomado pelos órgãos públicos legitimados, tendo por fito reparar a lesão ou ameaça de lesão a interesses transindividuais ou individuais indisponíveis, buscando a adequação da conduta dos causadores de tais situações a lei, sob sanções cominatórias, caso haja descumprimento do compromisso.

A natureza jurídica é de ato administrativo, consistindo transação na forma de cumprimento do pactuado. Assim sendo, aplica-se o regime de direito administrativo e o de direito civil, no que não for contrário àquele.

Ademais, o compromisso de ajustamento de conduta tende a eximir dúvidas quanto aos fatos correntes, isto é, lesão ou ameaça de lesão, subsistindo um compromisso que não admite culpa, nem proclama inocência, por parte do seu causador, evitando litígios no Judiciário. Ademais, sendo necessária adequação das condutas às exigências legais, resolver-se-á a situação caso as reparações a serem efetuadas atendam o interesse protegido, bem como estejam de acordo com a lei e, logicamente, sejam cumpridas.

Podem ser vários os tipos de condutas a serem assumidas no compromisso de ajustamento de conduta, não se restringindo àquelas arroladas no artigo 3º da Lei da Ação Civil Pública, sendo que sempre é mais pertinente obter-se a tutela específica, deixando-se a pecuniária caso não haja outra alternativa. Torna-se de extrema importância que tais sejam democraticamente debatidas, buscando-se as entidades que possuem interesse no assunto, principalmente nas questões metaindividuais.

O critério utilizado para se determinar os legitimados deve ser ampliado ao máximo, visto poder evitar maior número de lesões aos interesses transindividuais e individuais indisponíveis, contudo, sem desvirtuar o previsto na lei, ou seja, devem ser “órgãos públicos”.

Outra questão importante a ser discutida é referente ao controle, tendo em vista a peculiaridade de órgãos que podem propor o compromisso, bem como os interesses que tutelam, visto que são quatro possibilidades de controle do acordo: jurisdicional, administrativo, político e social. É importante ressaltar, que deve existir

um controle rigoroso acerca do cumprimento dos compromissos, uma vez que o mesmo pode perder eficácia na sociedade, caso seja usado indevidamente e não haja controle sobre seus efeitos.

Ademais, é pertinente, ao celebrar o compromisso, buscar-se anuência de entidades estatais, sendo que haveria uma verdadeira obrigação, sujeita à respectiva competência administrativa da entidade, que podem causar sanções administrativas, cíveis e até criminais, caso não cumpram com os referidos deveres.

Quanto ao Código de Processos Coletivos, caso vingue, a tutela de interesses metaindividuais seria praticamente idêntica à atual sistemática, contudo, apenas os legitimados mudariam e, certamente, caso venha a existir o referido texto, haverá uma grande discussão acerca dos legitimados a Ação Coletiva e, por conseguinte, a propor o Compromisso de Ajustamento de Conduta. Ademais, é importante ressaltar que será um grande avanço caso fosse incluída a expressão todos os entes da União, Estados e Municípios, reforçando-se a possibilidade do Tribunal de Contas.

Salienta-se que a possibilidade do termo de ajustamento de conduta coaduna-se com uma tutela mais efetiva de interesses e, sobretudo, uma participação mais democrática.

Torna-se pertinente, para finalizar o presente trabalho, propor algumas idéias ao Anteprojeto do Código de Processo Civil Coletivo: como já foi dito, a inclusão da expressão “entes da União, dos Estados e dos Municípios” nos entes legitimados; um artigo prevendo, quando razoável, a realização de audiências públicas para a efetividade de termos de ajustamentos de condutas que tenham por objeto interesses difusos; a criação de um banco de dados nacional e estadual de compromissos de ajustamento, visando evitar eventuais conflitos entre os mesmos.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. São Paulo: RT, 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. *Compromisso de Ajustamento de Conduta*. In: Revista dos Tribunais. v. 781. nov. 2000. São Paulo: RT, p. 733-740.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

FINK, Daniel Roberto. *Alternativa à Ação Civil Pública Ambiental (Reflexões sobre as vantagens do Termo de Ajustamento de Conduta)*. In: MILARÉ, Édís. *Ação Civil Pública: lei 7347/1985-15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002, p. 113-139.

GRINOVER, Ada Pellegrini. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por m_chaves_1982@yahoo.com.br em: 27 ago. 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: (Lei 7347/85 e legislação complementar)*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Compromisso de Ajustamento de Conduta: Evolução e Fragilidades – Atuação do Ministério Público*. In: Revista Jurídica. n. 342. abril de 2006. p. 11-28.

_____. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por mr_chaves@terra.com.br em: 25 jul. 2006.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Núcleo de Estudos em Direito Ambiental. *Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo*. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/neda/>> Acesso em: 22 ago. 2006.

VIEIRA, Fernando Grella. *A Transação na Esfera da Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos: Compromisso de Ajustamento de Conduta*. In: MILARÉ, Édis. *Ação Civil Pública: lei 7347/1985-15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002, p. 262-290.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2001.

ZUFFO, Max. *Propostas para Incremento na Eficácia dos Termos de Ajustamento de Condutas*. In: *Atuação - Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*. v.3. n. 7. set./dez. 2005. Florianópolis: p. 29-51.