

TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA COMO FORMA DE ACESSO A UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA – UMA REFLEXÃO SOBRE O PAPEL DA JURISDIÇÃO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

TERM ADJUSTMENT OF CONDUCT AS A MEANS OF ACCESS TO A FAIR LAWS - A REFLECTION ON THE ROLE OF JURISDICTION AND THE PUBLIC PROSECUTOR IN CONFLICT RESOLUTION

Antonio Carlos Gomes¹

<http://lattes.cnpq.br/7966940854058399>

Michele Nader²

<http://lattes.cnpq.br/4176120933133702>

RESUMO: Frente a crise da função jurisdicional estatal, surgida em função da complexidade dos fatos históricos e da relações sociais que os desencadearam, que se sucederam a partir da primeira metade do século passado, fatos estes que ocasionaram uma corrida desenfreada ao Poder Judiciário, surge a reflexão de métodos alternativos de solução de conflitos, e dentro desta ideia se apresenta o compromisso de ajustamento de conduta como uma alternativa de solução sem a necessidade da busca pela via jurisdicional, como meio hábil a solução do litígio coletivo. Apresenta-se a natureza jurídica do instituto, discorrendo sobre seus legitimados, em especial a instituição do Ministério Público, a quem a lei relegou a nobre missão de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A par disso, busca-se defender a ideia da obrigatoriedade do órgão ministerial em, sempre que permitido por lei, e atendendo o comprometente os requisitos necessários, de ser disponibilizada a pactuação do aludido instrumento, revelando-se obrigatória e não mera faculdade do Promotor de Justiça, com vistas, sempre, a pacificação social e a realização do bem comum.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição – Meios alternativos de solução de conflitos – Ajustamento de Conduta – Negociação - Ministério Público.

ABSTRACT: Faced with the crisis of state judicial function , which arose due to the complexity of historical events and social relations that triggered them, which followed from the first half of last century , facts that led to a frantic rush to the courts arises reflection of alternative methods of conflict resolution , and within this idea presents a commitment to

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Bacharel em direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Advogado.

² Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Promotora de Justiça do Estado do Paraná; Professora da Faculdade Metropolitana de Maringá (UNIFAMMA); integrante da Diretoria da Associação Paranaense do Ministério Público (APMP).

conduct adjustment as an alternative solution without the need to search by judicial action as skillful means the solution of the collective dispute . Presents the legal nature of the institute , discussing their legitimate , in particular the institution of the prosecution, to whom the law has relegated the noble task of defending the inalienable social and individual interests . Alongside this , we seek to defend the idea of mandatory ministerial organ , where permitted by law , and given the promisor the necessary requirements and the agreement of the aforementioned instrument is provided, revealing mandatory and not mere college of Promoter of Justice , with a view, always, social peace and the realization of the common good .

KEYWORDS: Jurisdiction - Alternative means of conflict resolution - Conduct Adjustment - Negotiation - Public Prosecutor.

INTRODUÇÃO

A atividade jurisdicional como instrumento de pacificação social, com a evolução da sociedade, tornou-se morosa e burocrática, seja pelo aumento significativo do número das demandas, seja pela complexidade das causas, seja pela existência de normas processuais ultrapassadas, seja pela ausência de condições materiais e humanas de trabalho totalmente insuficientes, seja pela previsão de infinitos institutos que permitem a reapreciação da causa, fato que veio a contribuir para que a sensação de injustiça ou descontentamento no meio social.

Vivencia-se um momento em que as demandas judiciais avolumam-se e avolumam-se, tornando a função jurídica estatal cada vez mais inoperante e ineficiente.

Já se disse com sabedoria que uma justiça tardia equivale a injustiça.

Neste cenário de apatia e frustração judicial, surgem soluções alternativas, métodos ou mecanismos alternativos de solução de conflitos de interesses, revelando-se como meios de resolução das demandas paralelos ao modelo estatal, que se revelaram mais eficazes e céleres que o vagaroso e ultrapassado processo judicial.

Os equivalentes jurisdicionais ou métodos alternativos de solução dos conflitos, foram divididos pela melhor doutrina em autocomposição (conciliação, mediação e negociação) e heterocomposição (arbitragem).

Ora, se a função jurisdicional do Estado mostrou-se nas lides individuais incapaz de solucionar de forma célere as demandas, nas ações coletivas ou que envolvem os direitos transindividuais o quadro é bem pior, havendo inaptidão por parte do Estado-Juiz em atender a pretensão coletiva a contento.

Adveio nesse momento de falência estatal jurisdicional, ainda na década de 80, o ativismo do Ministério Público em celebrar acordos extraprocessuais com vistas a evitar o

persecução dos direitos coletivos e a demora em solucionar as demandas que envolvem toda a coletividade.

Surge assim, no palco nacional, o compromisso de ajustamento de conduta ou Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como meio alternativo de solução das demandas coletivas (autocomposição), incumbindo, entre outros e, principalmente, ao Ministério Público a legitimidade para celebração deste valioso instrumento, com vistas a pacificação social coletiva e a reparação do dano eventualmente causada à coletividade.

Propõe-se, neste trabalho, a discorrer sobre o compromisso de ajustamento de conduta, sua natureza jurídica, os legitimados a pactuá-lo, voltando os olhos à instituição do Ministério Público e ao final, de forma ainda tímida, pontuar sobre a obrigatoriedade ou faculdade de seus membros em celebrar ou não o termo.

1. O PAPEL DO ESTADO DE GARANTIDOR DA PAZ SOCIAL

CENÁRIO 1: Em 2002 membros da Polícia Militar da Bahia deflagraram uma greve em busca de melhores salários e condições de trabalho. O início da greve se deu no dia 31/01/2012, uma terça-feira, cinco dias depois, no sábado, 04/02/2012, os números da violência na capital soteropolitana e região metropolitana eram aterrorizantes, mais de 55 homicídios haviam sido registrados, dos quais 32 deles ocorridos no curto período compreendido entre a madrugada de sexta-feira e a tarde de sábado; acrescente-se a tal número a ocorrência de mais 20 tentativas de homicídios e ainda 69 veículos que foram furtados ou roubados.³

CENÁRIO 2: uma reportagem publicada pelo “site” Imazon constatou que dos delitos cometidos em área de preservação da Amazônia, como por exemplo desmatar ou extrair madeira, 86% deles ficam sem alguma punição. O tempo de duração, médio, de um processo que vise a punição de tais condutas é algo em torno de 5,5 anos. Desse percentual 66% são processos ainda não findos, 16% de processos já atingidos pela prescrição e 4% de processos onde ocorreram absolvição por falta de provas.⁴

As situações descritas nos parágrafos anteriores trazem como ponto comum o fato de que os delitos cometidos encontraram um campo propício para o seu desenvolvimento, qual seja, a ausência do Estado para efetivamente coibir a sua prática.

³ FONTE: Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/ba/bahia-registra-29-homicidios-em-onda-de-violencia-apos-greve-da/n1597614135181.html>>, acesso em: 31 jan. 2014.

⁴ FONTE: Disponível em: <<http://www.imazon.org.br/imprensa/imazon-na-midia/crime-ambiental-premia-86-com-a-impunidade>>, acesso em: 31 jan. 2014.

A mensagem é que, o homem, quando livre de qualquer poder fiscalizatório libera ainda mais os seus instintos e assume um lado sombrio de menosprezo pelo próximo e pelos bens que compõem o seu patrimônio, seja material, seja ideal. O homem é um animal egoísta e quando deixado apenas à sua própria sorte, pensa unicamente em si e no seu bem, quando muito, do seu núcleo familiar.

Obviamente que a afirmação realizada não é generalizada, muitos possuem freios mais eficazes que promovem o autocontrole, contudo, uma grande maioria quando em ambiente que não proporcione qualquer consequência pelos atos praticados, liberam instintos menos civilizados e mais egoísticos e procuram realizar atos que atendem apenas aos seus próprios interesses, não importando se para conseguir tais intentos for necessário realizar condutas que naquele núcleo social é reprovada ou até mesmo é considerada crime.

A origem da maldade humana⁵, seja por natureza, seja por ser corrompido pelo meio social em que passou a viver, não é o foco deste trabalho, não sendo aqui a sede apropriada para sua discussão, contudo, vale lembrar a assertiva hebbesiana, segundo o qual⁶:

Afinal, as leis naturais (tais como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, enfim, o que determina que façamos aos outros o que queremos nos façam) são contrárias a nossas paixões naturais, que nos inclinam para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes, se não houver o temor de algum poder que nos obrigue a respeitá-las.

É evidente o conflito das paixões humanas com as normas que regulam a vivência em sociedade, seja ela qual for, natural ou positiva, sendo ainda, evidente, que o controle dessas paixões deve encontrar nessas normas uma barreira firme para a domesticação do espírito humano. Mas, meramente possuir normas para realizar um controle social não é o suficiente, é necessário mais, é necessário que tais normas sejam efetivamente observadas, mas como já se apontou, o homem, muitas vezes não é capaz por si só de dar cumprimento a tais deveres, precisando de um ente que o obrigue, e que faça isso com poder de coerção sob pena de também não ser obedecido.

⁵ Bittar e Almeida ao tratarem de Jean-Jacques Rousseau e do seu contrato social estabelecem uma comparação com Thomas Hobbes: “[...] o homem em si é bom (por natureza), e a sociedade o corrompe (por convenção); a tese sustentada por Rousseau é diversa daquela sustentada por Hobbes, porque a teoria hobbesiana caminha para a afirmação de que o homem é mau por natureza (*homo homini lupus*). A corrupção humana dá-se, para Rousseau, num segundo momento, ou seja, a partir de quando a sociedade se constitui, e o homem deixa sua solidão natural”. BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 301-302.

⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosina D’Angina. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 136.

Daí a necessidade da presença de um ente que possa realizar tal tarefa e este ente é o Estado.

Neste compasso surge Estado como ente imprescindível para o bom convívio em sociedade, e é para este ente que a população adjudica parte de sua liberdade, lhe conferindo competência para entre outras coisas solucionar conflitos que surgem no interior do contexto social. O Estado arroga para si a primazia e o monopólio da solução de conflitos, e, as tensões constantes e existentes entre particulares desembocam na instituição estatal criada para tal, qual seja, o Poder Judiciário, cuja missão melhor será exercida se presente uma sintonia com todas as funções que cabem ao Estado exercer.

2. UMA REFLEXÃO SOBRE A FUNÇÃO JURISDICIONAL

A pacificação social é missão do Estado como um todo, mas cabe à Jurisdição a função precípua de aclarar e acalmar os conflitos de interesses surgidos no seio social.

A noção de lide mais clássica que a Academia difunde é aquela projetada por Carnelutti, segundo a qual lide trata-se de uma pretensão resistida. Segundo a teoria do mestre italiano os bens da vida existem em quantidades finitas ao passo que nossos desejos e vontades são infinitos, daí que, muitas vezes, o desejo e a vontade de alguém se volta para um mesmo bem, objeto do desejo e vontade de outra pessoa, surgindo daí um conflito de interesses, contudo, a lide ainda não surgiu, surgindo apenas quando tal pretensão encontrar na pretensão alheia uma resistência capaz de impedir o acesso livre e desembaraçado ao bem, de modo que esse conflito de interesses se qualifica em face da pretensão que encontra resistência em outra pretensão. Aí então, está a lide, simplificada como um conflito de interesses qualificado pela pretensão que encontra em determinado tempo espaço uma resistência.⁷

Esse desequilíbrio encontrado no meio social precisa ser solucionado, pois, não convém ao corpo social que tal estado de desordem persista por muito tempo. São nessas tensões que a atividade estatal que incorpora essa missão pacificadora, a Jurisdição, exercida através do Poder Judiciário, passará a atuar.

A ideia de Jurisdição tem sofrido alguma transformação durante os anos, se no começo a Jurisdição era encarregada de solucionar conflitos apenas chancelando a vontade do legislador concretizada na lei, hodiernamente tal conduta se mostra mais interventiva na ordem social, mais ativa, em que essa instituição não se contenta mais tão somente em dizer o direito escrito

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. I. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 34.

pelo Legislador, atualmente o que se vê é o Juiz não só dizendo a vontade da lei, mas fazendo uma interpretação mais ativa do ordenamento jurídico e da ordem constitucional, e muitas vezes sendo chamado pelo jurisdicionado a construir o direito ante a inércia dos demais Poderes.

Essa evolução na determinação das funções da Jurisdição se deve, em grande parte, às mudanças ocorridas por conta dos resultados das duas grandes guerras que marcaram a primeira metade do século passado e os fatos históricos que desencadearam tal adequação foram, em especial, os resultados nefastos de um ordem jurídica excessivamente positiva, onde o discurso do detentor do poder baseado no direito posto era verificado tão somente com base na validade, relegando a questão da justiça ou injustiça para um plano secundário e esquecido⁸. Outro fator da mudança do paradigma foi o advento da supremacia da Constituição, passando a imantar todo o ordenamento jurídico, naquilo que ficou conhecido como constitucionalismo democrático. E por conta dessa nova ideia de ordem jurídica, baseada na Constituição, bem como, na insurgência da ordem internacional contra as atrocidades da guerra (em especial a segunda guerra mundial), a consagração dos direitos humanos tomou lugar de destaque, a Jurisdição também foi chamada a sair da sua inércia de instituição que só reproduzia a *mens legislatoris*, e passou a atuar mais ativamente, ante uma nova contingência social, qual seja, assegurar os direitos insculpidos nas novas Cartas Magnas que vinham despontando.

Esse fenômeno da judicialização da política trouxe o Poder Judicial para uma posição de destaque na nova ordem, mas esse protagonismo não veio impune, os tantos direitos novos contidos nas Constituições pós guerras e a proliferação dos direitos humanos trouxe um fenômeno que causou um certo atolamento das atividades judiciais, em especial pela explosão de litigiosidade⁹.

O panorama surgido e a reconfiguração das funções do Poder Judiciário desvelaram problemas que passaram a atrasar a entrega da prestação jurisdicional. A instituição foi assoberbada, o Estado não consegue montá-la com a estrutura que se exige diante da nova demanda e o resultado não poderia ser outro, senão, prestações jurisdicionais entregues de

⁸ Oportuna é lição extraída do filósofo italiano Norberto Bobbio que expõe a relação validade-justiça, ao contrapor jusnaturalismo e positivismo jurídico: “Para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; paea a teoria oposta, uma norma só é justa enquanto é válida. Para uns a justiça é a convalidação da validade, para outros a validade é a convalidação da justiça”. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 51.

⁹ Expressão empregada por Rodolfo de Camargo Mancuso que coloca como causa dessa demasiada corrida ao Judiciário a alteração de algumas categorias jurídicas e do modo de vida social, em conjunto com novos instrumentos processuais de assegurar de forma efetiva e célere a tutela jurisdicional. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011. p. 21.

forma atrasada, muitas vezes até de forma inócua ante ao descompasso entre a urgência da medida e o tempo da resposta, e em outra dimensão, quando a celeridade ganha um foco maior, acaba por prejudicar a correta e justa reflexão sobre os direitos postos em jogo.

Com esse assoberbamento de trabalho, sem que a estrutura do Judiciário acompanhe de maneira integral esses novos tempos a pacificação social fica superficial, o que se acaba buscando é mais a redução de processos do que a resolução dos problemas que esses processos representam, tudo vira um número. Exemplo disso foi que o Conselho Nacional de Justiça lançou algumas metas para que Poder Judiciário cumprisse e dentre elas o julgamento de processos que já tivesse um determinado número de anos em trâmite. O que se viu? Uma corrida desenfreada de juízes para concluir os processos enquadrados nesse requisito, relegando para um plano de pouca importância a justiça a ser aplicada aos referidos casos concretos.

Esse panorama traz a reflexão sobre novas maneiras de resolver conflitos. Alternativas à jurisdição são pensadas como forma de pacificar conflitos e realmente buscar pacificar a base do conflito, ou seja, as pessoas e não meramente processos. Daí que os meios alternativos de solução de conflitos ganham força e deles se tratará do item seguinte.

3. OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Quando se fala em meios alternativos de soluções de conflitos, não se pode esquecer que meios alternativos de soluções de conflitos se inserem num gênero denominado meio de soluções de conflitos, por isso, para traçar uma breve análise dos meios alternativos necessário uma breve passagem pelo grupo maior, para então, como caminho natural rumar para o grupo seguinte, contido naquele.

Assim, primeiro, há que se colocar algumas breves palavras sobre meios de soluções de conflitos.

Quando se fala em conflito não se pode esquecer que o homem é um ser traz intrínseco a vocação para o conflito, o mundo em que se vive atualmente não deixa esquecer esse fato, contudo, a conflituosidade não é um privilégio apenas dos tempos modernos, desde as primeiras notícias da presença do homem sobre a terra o conflito já se fazia presente.

O homem primitivo por exemplo, vivia em constante tensão com seus grupos rivais, e ali a lei do mais forte era a tônica do embate, a autotutela, primeira forma conhecida pelo homem para defesa de seus direitos, brotando naturalmente do instinto de defesa do ser humano era utilizada sem qualquer cerimônia. Nessa época o homem ainda vivia por si, não possuía qualquer ente superior que o regulava

Com o avanço da história, o homem foi se integrando a grupos de pessoas, primeiro, pequenos grupos, após grupos maiores, e foi sentindo a necessidade de que deveria organizar esse convívio, pois, viver em sociedade e dar vazão a todo e qualquer instituto individualista era extremamente nefasto para o todo, sentia-se necessidade de um freio para a satisfação dos instintos egoístas.

Num primeiro momento agrupando-se em grupos familiares, tal função caberia ao patriarca, pois era na sua pessoa que se concentrava os poderes para regular a vida dos demais componentes do grupo, nota-se aqui uma forma rústica e embrionária do que posteriormente veio a se tornar o Estado. O convívio em sociedade exigia tal ordenamento, visto ser inconcebível conviver com um mínimo de harmonia se todos pudessem fazer tudo que quisessem

Caminhando neste sentido de ordenação o homem chegou ao ponto de uma organização complexa, envolvendo múltiplas pessoas e tarefas, que passou a regular a vida e os direitos das pessoas submetidas a tal ente, era o Estado, que aparecia e tinha como missão proporcionar um convívio mais harmônico, onde todos abririam mão de uma parcela de sua liberdade em prol do convívio em sociedade.

E o Estado quando já organizado não poderia permitir que os conflitos surgidos em seu meio continuassem a ser resolvidos na base da força onde sempre prevaleceria o mais forte em detrimento daquele cuja força não fosse uma característica natural. Essa relação em ter dois indivíduos necessitava ser tratada de uma forma mais igual, sem o apelo à força bruta.

Assim o Estado chamou para si o monopólio de resolução de conflitos, de modo que, havendo dissenso entre as partes, estas não poderiam resolver tal questão por meio da autotutela, de forma que não encontrando uma solução pacífica para o problema tinha que se socorrer ao Estado e este era quem diria o direito a ser aplicado, identificando entre os contentores aquele que parecesse estar com a razão de acordo com os elementos trazidos por ambos para o julgador, figura que se colocava fora do conflito. Neste ponto oportuna a lição de Carnelutti, dando uma explicação para o termo parte, com enorme simplicidade diz o jurista italiano que “os litigantes são partes porque estão divididos; se vivessem em paz formariam uma unidade”¹⁰, ainda na lição de Carnelutti as partes ao se encontrarem divididas e em relação litigiosa perdem cada qual a razão, e para tanto precisam de um terceiro que aponte quem está com a razão, quem está

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Trad.: Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2001. p. 42.

com o “juízo”, “por isso as partes devem submeter-se e obedecer ao juízo do juiz. Aqui reaparece o sentido profundo da palavra parte: o juiz, diante das partes, representa o todo, e a parte desaparece diante do todo [...]”¹¹

O método natural que surgiu para resolução dos conflitos é o processo, local onde as partes deitam suas pretensões e objeções e esperam que a pessoa indicada pelo Estado aponte a quem cabe o “juízo”. Aqui pouca importa a vida fora do processo, o objeto único é solucionar aquela pendência e atribuir a um vencedor o direito sobre o bem litigado. Após as partes saírem do foro e se dirigirem novamente para suas vidas cotidianas cada qual vai voltar para suas atividades, contudo, uma aproximação entre os litigantes não foi realizada, a mágoa, o ressentimento, e a falta de reflexão sobre o problema gerado ainda persiste e quem sucumbiu apenas se resigna porque sabe que se não o fizer estará sujeito à força coatora do Estado. Portanto, o processo vem para resolver quem vai ficar com o bem da vida, não vindo necessariamente para pacificar o seio social. Pacificar é trazer paz e uma decisão judicial não traz, necessariamente, paz para ambas as partes, talvez traga alguma paz para a parte vencedora, contudo, aquele que perdeu a demanda nem de longe estará em paz.

[...] a lide judicializada, não raro, acaba por representar apenas a questão central, ficando com um perímetro menor do que a inteira controvérsia, tal como esta se apresentava no plano pré-processual; os pontos conflituos periféricos, assim deixados não resolvidos, continuarão seu curso, podendo num ponto futuro retornar à Justiça em forma de novas lides, num perverso círculo vicioso.¹²

Mas, trazendo novamente a ideia iniciada no começo deste item, percebe-se que o processo é um meio de solução de conflitos, contudo não é o único e além dele outros meios existem, ainda que menos praticados, tal como, a negociação, a arbitragem e mediação e a conciliação. Sendo o processo o meio oficial eleito pelo Estado para dirimir os conflitos que surgem na comunidade, os demais, ainda que sendo meios de solucionar conflitos, são tidos como alternativos, pois, são uma alternativa ao meio eleito como principal.

Considerando essas formas de solucionar conflitos na sociedade a doutrina os classificou em meios autocompositivos e meios heterocompositivos.

Autocomposição ocorrerá quando as próprias partes encontram, através de uma aproximação e um diálogo, uma melhor forma de solucionar a pendência, ao passo que a heterocomposição se dá com a presença de um terceiro que vai ditar uma solução para as partes.

¹¹ *Ibid.*, p. 48.

¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.* p. 47.

Ao primeiro grupo perfila-se a conciliação, a mediação e a negociação, ao passo que ao segundo grupo lista-se o processo e a arbitragem.

Vivemos hoje, relembrando as palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso¹³, uma explosão de litigiosidade, explosão esta causada pela diretriz adotada de há muito tempo de sempre resolver as lides através do Judiciário, através do embate. Uma preparação para o diálogo e para a auto solução pelas partes de seus próprios problemas é algo que nunca houve e infelizmente não parece apontar no horizonte como uma política que venha a galope e que tenha a força de transformar a cultura de solução de conflitos em nossa sociedade.

Não obstante, são institutos de grande valia e que se devidamente utilizados e incentivados o seu uso traria grandes benefícios para as partes envolvidas em lides, sempre lembrando que a lide é um fenômeno pré-processual, ou seja, ela se forma antes do processo, e o processo, via de regra, nasce em função do nascimento anterior de uma lide.

Passa-se, a partir deste ponto a trazer algumas características, ainda que breves, dos principais meios alternativos de solução de conflitos, sendo eles a arbitragem, a conciliação e a mediação.

3.1. A ARBITRAGEM

Trata-se de um método de heterocomposição, onde a solução do caso vem pelas mãos de um terceiro que dita uma regra a ser aplicada ao caso concreto.

Costuma-se dizer que a arbitragem é meio alternativo de pacificação social (e de solução de conflitos), colocada ao lado da estrutura jurisdicional do Estado, através da qual se atribui a alguém – por iniciativa e manifestação de vontade dos interessados – o poder de decidir certo litígios a respeito de interesses disponíveis, de forma cogente. Trata-se de instrumento de natureza privada – não no sentido de que o Poder Público não o possa prover, mas sim porque é instalada exclusivamente pela vontade das partes, que optam por esta via de solução de litígios - em que se busca, em um terceiro (ou terceiros) imparcial, a solução para certo conflito surgido em relações intersubjetivas. Constitui-se, também, em instrumento de ordem convencional, já que compete aos interessados decidirem sujeitar certa controvérsia à decisão de um árbitro – renunciando à tutela jurisdicional tradicional – decidindo, outrossim, a respeito da extensão dos poderes outorgados àquele para eliminar os conflitos.¹⁴

Em nosso ordenamento a arbitragem foi positivada através da Lei 9.307/96 podendo se destacar algumas características do referido diploma normativa, por exemplo, com relação ao

¹³ *Ibid.*, p. 1.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**, v. 2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 777.

objeto da arbitragem que ficou restrito a direitos patrimoniais e disponíveis, ficando excluído de âmbito os direitos indisponíveis e os direitos não patrimoniais, ainda que disponíveis.

Com relação aos sujeitos, apenas pessoas capazes podem optar pela arbitragem, sejam elas pessoas civis ou jurídicas quando legalmente constituídas, com o que se exclui a participação de pessoas jurídicas irregulares e de fato.

O acordo entre as partes que possibilita a submissão da questão a um Tribunal Arbitral denomina-se Convenção de Arbitragem que pode se materializar de duas formas, uma pela cláusula compromissória, que é uma previsão contratual de que litígios eventuais e futuros serão submetidos à arbitragem, e a outra é pelo compromisso arbitral, quando um litígio atual é submetido à arbitragem pela vontade das partes, manifestadas já quando o litígio é existente.

3.2. A MEDIAÇÃO

A mediação é marcada pela presença de um terceiro, contudo, tal pessoa não está lá para ditar as regras que vão reger a relação entre as partes, a presença do terceiro é tão somente para assistir a eles. Sua missão é a de um facilitador, ou seja, identificar os obstáculos que impedem as partes de chegarem a um denominar comum e num segundo momento identificado o empecilho, sua missão passa a ser remover tal obstáculo, apresentando soluções não para o caso em si, mas para a superação de um empecilho que impede as partes de se aproximarem.

Diz-se que a mediação muito se aproxima da negociação, com uma distinção, a presença de uma pessoa que visa aproximar as partes e facilitar a aproximação.

Mediação é uma e a principal forma de negociação assistida. A diferença fundamental entre negociação e mediação é a presença de uma terceira pessoa independente e imparcial, que tem o papel de orientar as partes para atingir um acordo justo para ambas.¹⁵

O papel da mediação é estimular que as partes cheguem a uma resolução do conflito na qual estão envolvidos, uma resolução integral, não só do ponto de vista do bem objeto do conflito, mas também dos ponto de vista de acalmar os espíritos e procurar a retomada da relação social abalada.

3.3. A CONCILIAÇÃO

¹⁵ KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi. MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Introdução à resolução alternativa de conflitos**. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica, 2009. p. 82

O último instituto tratado neste item, na conciliação há também a presença de um terceiro e este, ao contrário do que acontece na mediação, pode apresentar sugestões para a resolução do conflito, de logo vê a semelhança entre ambos.

É A forma de transação assistida entre duas ou mais partes na qual uma terceira pessoa, o conciliador, intervém de vários modos com o objetivo de ajudar as partes a chegar a um acordo. É um termo frequentemente usado alternativamente com mediação.¹⁶

O próprio processo guarda alguns momentos onde a conciliação é tentada, melhor dizendo, a todo o momento do processo é possível da conciliação, sendo certo que em alguns momentos a própria lei processual impõe a obrigatoriedade do juiz tentar aproximar as partes e uma possível conciliação.

Percebe-se que há uma diferença sutil entre negociação, conciliação e mediação, contudo o objetivo de todas elas é o diálogo entre as partes para que elas possam chegar a um denominador e solucionarem o conflito, seja sozinhas, sejam com a ajuda de um terceiro.

4. O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO MEIO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apesar da necessidade imperiosa de se apresentar novos meios para solução de conflitos em razão da insatisfatória prestação jurisdicional do Estado por meio do Poder Judiciário e pelo modelo tradicional de processo judicial, questiona-se se o instituto jurídico Compromisso de Ajustamento de Conduta, Ajustamento de Conduta ou Termo de Ajuste ou Ajustamento de Conduta pode ser considerado como concretização de Justiça.

Não há qualquer dúvida em responder positivamente a esta indagação.

Oportuno os ensinamentos de Geisa de Assis Rodrigues:¹⁷

O compromisso de ajustamento de conduta surgiu no contexto de se procurar meios alternativos de proteção de direitos transindividuais, de forma a contribuir para uma tutela mais adequada desses direitos. Podemos dizer que integra a terceira onda de acesso à justiça. O ajuste de conduta não objetiva substituir a atividade jurisdicional, que inclusive já conta com mecanismos mais eficientes para a garantia desses direitos, mas complementá-la nos casos em que a solução negociada se revela mais apropriada.

Considerar que o primado da Justiça por meio do Direito somente se realiza, se concretiza, consubstanciado na apresentação de sentença judicial proferida no tradicional processo judicial é renegar todos os anseios de construção de uma Justiça capaz de findar com

¹⁶ *Ibid.*, p. 90.

¹⁷ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 3.ed. 2011. p. 105.

desigualdades e efetivar a dignidade humana com real observância ao princípio fundamental da liberdade.¹⁸

A Justiça aqui, portanto, assume a dimensão de uma Justiça plena que cada cidadão e o Estado deveriam promover para o bem de todos e não apenas uma Justiça distribuída pelo Estado por meio do Poder Judiciário com maior preocupação quanto a sua forma do que quanto ao conteúdo de suas decisões, conforme explica Chaïm Perelman¹⁹:

A conclusão que, desde já, tiramos deste desenvolvimento é que, seja qual for a técnica de raciocínio utilizada em direito, este não pode desinteressar-se da reação das consciências diante da iniquidade do resultado ao qual tal raciocínio conduziria. Pelo contrário, o esforço dos juristas, em todos os níveis e em toda a história do direito, procurou conciliar as técnicas do raciocínio jurídico com a justiça ou, ao menos, a aceitabilidade social da decisão. Esta preocupação basta para salientar a insuficiência, no direito, de um raciocínio puramente formal que se contentaria em controlar a correção das inferências, sem fazer um juízo sobre o valor da conclusão. Quando o resultado é inadmissível, por esta ou aquela razão, é que o jurista é levado a introduzir uma distinção, que talvez tivesse omitido ao estabelecer as premissas de seu raciocínio, e a passar da argumentação *a simili* à argumentação *a contrario*.

Aceitável, portanto, a adoção de meios alternativos de solução de conflitos tal qual ao instituto jurídico em apreço como meio legítimo de concretização de uma Justiça real, mormente nas pretensões coletivas, da qual o homem pode ser o grande personagem de seu enredo com menor intervenção do Poder Judiciário como no processo judicial tradicional.

O Compromisso de Ajustamento de Conduta, Ajustamento de Conduta ou Termo de Ajuste ou Ajustamento de Conduta foi inserido pela primeira vez, explicitamente, no ordenamento jurídico brasileiro através do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), art. 211²⁰, seguindo-se, posteriormente, ao Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), que determinou no art. 113 a inclusão na Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), do §6º. no art. 5º., explicitando que *os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante combinações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial*.

Outras legislações²¹ se seguiram prevendo o ajuste de conduta como meio hábil a tutelar direitos transindividuais.

¹⁸ BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 14.

¹⁹ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Trad. de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 13.

²⁰ Art. 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.

²¹ Cite-se: Lei 8.884/1994; Lei 9.605/1998; Lei 9.469/1997.

A partir de então muito se discute acerca da natureza jurídica deste importante e complexo instituto, não havendo consenso por parte dos doutrinadores, restando a questão debatida em torno de ser enquadrar o ajuste de conduta como *transação, reconhecimento jurídico do pedido* ou *negócio jurídico*.

Os que defendem ser o ajustamento uma *transação* adotam a teoria de que não seria uma transação comum, mas sim especial diante da indisponibilidade intrínseca dos direitos envolvidos. Neste sentido, aliás, a posição defendida por Hugo Nigro Mazzilli, Rodolfo de Camargo Mancuso e Nelson Nery Junior.

Em sentido oposto, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro²² defende que o ajustamento de conduta trata-se de *reconhecimento jurídico do pedido*, ou seja, reconhecimento de uma obrigação legal a cumprir.

A posição francamente majoritária é a adotada por Geisa de Assis Rodrigues²³, seguida por Ana Luiza de Andrade Nery²⁴, Francisco Sampaio²⁵ e Thadeu Augimeri de Goes Lima²⁶ no sentido de que o compromisso de conduta possui feição de *negócio jurídico bilateral*, que teria natureza de equivalente jurisdicional por constituir-se em um método alternativo de solução dos conflitos, portanto, meio autocompositivo, enquadrado como negociação, na tradicional classificação dos meios alternativos de solução de conflitos.

Geisa de Assis Rodrigues²⁷ afirma:

O ajustamento de conduta, sob qualquer prisma que se analise, tem a essência de um negócio jurídico. O primeiro aspecto a ser considerado é a fundamental manifestação de vontade para sua celebração, tanto por parte do obrigado quanto por parte do órgão público (...). Embora os efeitos mais importantes deste negócio jurídico estejam previstos em lei, assim como seu campo de atuação e sua eficácia executiva, a declaração de vontade, ínsita ao ajustamento de conduta, tornará específica a forma de incidência da norma no caso concreto, vinculando os pactuantes aos efeitos expressos nos ajustes. Por outro lado, há uma nítida ‘visão social’ de que nessa hipótese especial possam as partes, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, ter

²² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **A Proteção dos Direitos Difusos Através do Compromisso de Ajustamento de Conduta Previsto na Lei que Disciplina A Ação Civil Pública**, tese aprovada no 9º Congresso Nacional do Ministério Público, em Salvador, 1992.

²³ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Op. cit.* 2011.

²⁴ NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: Teoria e Análise de Casos Práticos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

²⁵ SAMPAIO, Francisco José Marques. **Negócio jurídico e direitos difusos e coletivos**, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

²⁶ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. **Implementação de Políticas Públicas e Efetivação de Direitos Fundamentais por meio do Compromisso de Ajustamento de Conduta** in Políticas Públicas da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos. Dirceu Pereira Siqueira (coord.) *et al.* São Paulo: Editora Boreal, 2011.

²⁷ RODRIGUES. *op. cit.*, p. 131.

uma margem para exercer a sua declaração de vontade e determinar a forma do ajustamento à conduta legalmente exigida.

Segundo o Promotor de Justiça Thadeu Augimeri de Goes Lima²⁸, o compromisso de conduta possui feição de negócio jurídico compreendido como manifestação de vontade destinada à produção de efeitos desejados pelos agentes e amparados pela norma. O autor apresenta o seguinte conceito do instituto:

(...) é possível conceituar o compromisso de ajustamento de conduta a partir de linhas gerais, com base nas categorias fornecidas pela Teoria Geral do Direito, como um negócio jurídico bilateral e solene, com conteúdos declaratório e constitutivo e eficácia de título executivo extrajudicial, que tem por finalidade prevenir ou solucionar consensualmente conflitos de interesses transindividuais.

Assim tomado como um negócio jurídico bilateral, não restam dúvidas de que o compromisso de conduta possui natureza de equivalente jurisdicional, método alternativo de solução das demandas – coletivas, revelando-se instrumento hábil hodiernamente a resolver e dirimir problemas de natureza transindividual, que tocam a toda a sociedade, coletividade.

Convém ressaltar, nesse momento, que a lei proíbe, porém, a celebração de ajustamento de conduta ou acordos em ações de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992, art. 17, § 1º - Lei de Improbidade Administrativa).

5. LEGITIMADOS

Partindo-se do pressuposto de ser o ajuste de conduta um negócio jurídico, passa-se a analisar quem são os detentores de legitimidade para contratá-lo, vez que para a validade do ato jurídico há que se perquirir acerca da capacidade ativa do agente para firmá-lo.

A Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), com a redação dada pela Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e posteriormente pela Lei n. 11.448/2007, atribui no art. 5.º legitimidade para propor a ação civil pública, em defesa dos interesses difusos ou coletivos, nos seguintes termos:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

²⁸ LIMA. *op. cit.*, p.342.

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Contudo, o §6.^{o29} do mencionado dispositivo legal, atribui legitimidade aos órgãos públicos para a celebração do compromisso de ajustamento de sua conduta, donde se conclui que embora as associações e entidades privadas tenham legitimidade para propor a ação civil pública, na forma da lei, não a possuem, contudo, para celebrarem o ajustamento de conduta.

Questão pontual vem ser a legitimidade ou não das autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista em firmar ou não o ajuste de conduta, já que a lei é taxativa em dispor que apenas os órgãos públicos é que possuem legitimidade para tanto.

Em que pese parecer claro, a doutrina não é unânime em aceitar que as fundações e demais instituições não poderem pactuar o compromisso de conduta, já que hodiernamente os Tribunais têm conferido legitimidade aos PROCONs para defesa dos direitos do consumidor, conferindo-lhe legitimidade inclusive para firmar o termo de ajuste de conduta.

Hugo Nigro Mazzilli afirma que entre os legitimados a fixarem o termo de ajuste de conduta, encontram-se os que incontroversamente podem pactuá-lo (Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, Estados, Municípios e Distrito Federal), os que incontroversamente não podem pactuá-lo (associações civis e fundações privadas), e as cuja legitimidade é questionável (fundações públicas, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista).

Nessas últimas, a legitimidade seria questionável pois há exploração de atividade econômica que as coloca em situações análogas as de empresas privadas, em que se questiona, por consequência, a isenção do órgão para a persecução do interesse público.

Geisa de Assis Rodrigues³⁰ sustenta, contudo, que o termo de ajuste de conduta somente pode ser firmado pelo Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, não podendo ser fixado pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e organismos sociais, já que são pessoas jurídicas de direito privado, nem as associações.

²⁹ § 6º 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.

³⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. *op. cit.* p. 160-161.

Bianca Oliveira Dantas e Humberto Dalla Bernadina de Pinho³¹, em posição diversa, defendem que a finalidade social deve ser sempre buscada e a legitimidade de quem tomou o compromisso de conduta passa a ser irrelevante. Afirmam os autores:

Em que pese a enorme divergência existente, parece-nos que, uma vez atingida a finalidade social pretendida por meio a celebração do respectivo compromisso, passa a ser secundária a questão relativa à legitimidade do órgão que o fixou.

O que nos parece realmente relevante é a anuência do Ministério Público, caso não seja ele o formulador da proposta. Isto porque o legislador constitucional reserva ao *Parquet* a missão de velar pelos direitos sociais.

Em outras palavras, como na tutela coletiva o Compromisso vai repercutir direta ou indiretamente na vida de milhares ou milhões de pessoas, sendo certo que não é possível ouvir cada um nos autos para dizer se está de acordo e se considera a proposta razoável, caberia ao M.P. esse papel.

Em que pese as argumentações esposadas pelos doutrinadores supra referidos, não há como aceitar que organismos cuja finalidade visada seja o lucro (como v.g. empresas públicas) possam, em nome de toda a coletividade e do bem comum, pactuar compromisso de conduta, título que possui eficácia executiva a teor do que dispõe o §6º. do art. 5º. da Lei de Ação Civil Pública.

Certo dizer também que a restrição imposta para celebração do termo não causará prejuízo a sociedade ou coletividade, isso porque o legislador incumbiu essa função ao Ministério Público que, havendo possibilidade, deverá pactuar o ajuste como a frente se discorrerá.

Agora, o que não pode se permitir é a utilização do aludido instituto, que possui natureza de método extrajudicial de solução do litígio coletivo, por empresas ou fundações cuja natureza patrimonial ou não é, no mínimo, discutível, sob pena de enfraquecimento e empobrecimento deste poderoso instrumento.

6. MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Federal de 1988³² erigiu o Ministério Público a função essencial à justiça, definindo-o no art. 127 como *instituição permanente, essencial à função jurisdicional*

³¹ FARIAS, Bianca Oliveira et al. **Apontamentos sobre o Compromisso de Ajustamento de conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública**. Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/apontamentos_sobre_o_compromisso_de_ajustamento_de_conduta.pdf>, acesso em 08 dez. 2013.

³² No Brasil, a primeira inclusão do Ministério Público no texto constitucional foi feita com a promulgação da Constituição de 1891, que em seu art. 58, §2º fez referência ao Procurador-Geral da República, especificando a forma de sua escolha. A Constituição de 1934 preocupou-se mais profundamente com o Ministério Público, prevendo a existência de Ministérios Públicos na União, no Distrito Federal e Territórios, e nos Estados, a serem organizados por lei (art. 95). Ademais, o Chefe do Ministério Público no âmbito federal passou a ser nomeado

do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

De defensor da coroa à defensor do povo³³, a instituição do Ministério Público teve uma guinada de 180° graus na sua relevância e atribuições.

Essa poderosa instituição ainda está se adaptando as mudanças constitucionais, e seus agentes entendendo a dimensão da magnitude de suas atribuições, seja em todas as esferas de sua competência, nitidamente sua atuação na área penal como titular da ação penal pública, seja na defesa dos direitos indisponíveis ou transindividuais em defesa das crianças e dos adolescentes, dos idosos, do portador de deficiência, da saúde pública, do meio ambiente, patrimônio público, consumidor, dos direitos constitucionais em sua amplitude.

pelo Chefe do Poder Executivo, sendo prevista na Carta a estabilidade e vedações aos membros do Ministério Público, e a necessidade de concurso público para o ingresso na carreira. A Constituição Federal de 1937 diminuiu a previsão constitucional do Ministério Público, no entanto, manteve as premissas básicas fixadas na Carta Política anterior. A Carta Federal de 1946 situou o Ministério Público em título especial, independente dos demais poderes do Estado. Previu, novamente, a estabilidade, inamovibilidade relativa e a necessidade de concurso público para o ingresso na carreira. Inovou quanto a escolha do Procurador-Geral da República, com a participação do Senado Federal, que deveria aprovar a escolha do Presidente da República, entre os cidadãos que preenchessem os mesmos requisitos exigidos para Ministro do STF. Importante destacar que a representação da União em juízo era atribuição constitucional dos Procuradores da República. A Lei nº 1.341/51 organizou o Ministério Público Federal, no âmbito da União e nos Territórios. A Constituição de 1967, alterando a posição adotada em 1946, preferiu recolocar o Ministério Público dentro do Poder Judiciário, todavia, em nada inovou quanto as regulamentações anteriores. A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 posicionou o Ministério Público dentro do Poder Executivo. A Constituição de 1988 situa o Ministério Público em capítulo especial, fora da estrutura dos demais poderes da República (arts. 127-130). Com fulcro na Constituição Federal, foi editada a Lei nº 8.625/93, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispondo sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados. Dispondo sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, foi editada a Lei Complementar nº 75/93. No Paraná, a Lei Complementar Estadual nº 85 de 27 de dezembro de 1999 estabelece a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná.

³³ Não há consenso quanto a origem do Ministério Público. Alguns autores procuram a origem do Ministério Público no antigo Egito, há quatro mil anos, no funcionário real denominado *Magiai*. Há quem veja nos Éforos de Esparta um Ministério Público embrionário, ao passo que outros destaquem os *advocatus fisci* e os *procuratores caesaris* existentes em Roma. Segundo Hugo Nigro Mazzilli, o mais usual é indicar-se a origem do Ministério Público na França. Invoca-se a Ordenança de 25 de março de 1302, de Felipe IV, o Belo, rei da França, como o primeiro texto legislativo a tratar objetivamente dos procuradores do rei – embora haja controvérsias sobre sua data exata (alguns autores mencionam 23 ou 25 de março de 1303). Nessa Ordenança, Felipe impôs a seus procuradores, antes de tudo, prestassem o mesmo juramento dos juízes, vedando-lhes patrocinarem outros que não o rei. Tem-se, como certo, porém, que Felipe regulamentou o juramento e as obrigações dos procuradores do rei em termos que levam a crer que a instituição já preexistia. Foram, porém os textos napoleônicos que instituíram o Ministério Público que a França veio a conhecer na atualidade, daí vindo a ser difundida a instituição para diversos Estados. Inegável é a influência da doutrina francesa na história do Ministério Público, e hoje a expressão *parquet* é frequentemente usada também entre nós para referir-se a Instituição. Ainda, segundo o autor, não se pode olvidar que o Ministério Público brasileiro provém diretamente do direito lusitano, citando-se as Ordenações Manuelinas de 1514 como fonte da instituição Ministério Público. MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p.33-35.

A instituição, vale mencionar pela riqueza histórica do tema, surgiu como “procuradores do rei” ou “defensores da coroa”, no direito francês, na Idade Média, donde brotou a menção *parquet* muitas vezes utilizada para referir-se a instituição.³⁴

Júlio Paulo Neto³⁵ questiona como procederia o Poder Judiciário, com suas limitações impostas pelo princípio do *ne procedat ex officio*, para processar um criminoso se não fosse ativado pelo Ministério Público, ao tempo em que atenta para o fato de que, se excluindo a classe dos advogados, somente o promotor de justiça é legitimado como poder ativo, para motivar o Judiciário a cumprir sua função jurisdicional. O Ministério Público é poder ativo e o Judiciário poder passivo.

Afirma ainda que:

Sem a interferência desse Órgão de defesa dos interesses primários da sociedade, fatalmente os postulados normativos seriam hipócritas disposições de escravização das classes menos favorecidas e utilizadas apenas quando em prejuízo destas.

Na dimensão do que se buscou até esse momento neste trabalho, e apresentado o órgão do Ministério Público como um dos legitimados a firmar o termo de ajuste de conduta em defesa dos direitos difusos e coletivos, advém a *vexata questio* da obrigatoriedade ou faculdade do Promotor de Justiça em pactuar o ajuste de conduta quando assim permitido for.

Ousamos dizer que a resposta a essa indagação é positiva, no sentido de que estando presentes os pressupostos necessários e havendo interesse coletivo que pode ser recomposto ou prevenido, deve ser pactuado o ajuste de conduta, se o comprometente aceitar, mas obrigatoriamente o Promotor de Justiça deverá apresentar a proposta, como aliás é feito hoje com a transação penal e a suspensão condicional do processo, ressalvadas as adaptações e distinções necessárias.

Ora, em se tratando o ajuste de conduta como um equivalente jurisdicional, e estando o órgão jurisdicional estatal abarrotado, com vistas a garantir a maior eficácia e a celeridade, entendemos que o órgão ministerial tem a obrigação de “tentar” resolver a demanda coletiva,

³⁴ A menção *parquet* (*assoalho*), muito usada com referência ao Ministério Público, provém dessa tradição francesa, assim como as expressões *magistratures débout* (magistratura de pé) e *lès gens du roi* (as pessoas do rei). Com efeito, os procuradores do rei, antes de adquirirem a condição de magistrados e de terem assento ao lado dos juízes, tiveram inicialmente assento sobre o *assoalho* (*parquet*) da sala de audiências, em vez de terem assento sobre o estrado, lado a lado à *magistrature assise* (magistratura sentada). MAZZILI, Hugo Nigro. *Op. cit.* p. 34.

³⁵ PAULO NETO, Júlio. **MP na nova ordem constitucional**. Revista Órgão da Associação Paulista do Ministério Público, ano II, n. 16, março de 1998, p. 60-62.

em nome dessa mesma coletividade que necessita solucionar os litígios de maneira rápida, através do termo de ajuste de conduta.

Conforme supra alertado, a Lei n. 8.429/1992 proíbe a pactuação do ajuste de conduta nas ações de improbidade administrativa, sendo que majoritariamente se entende que a proibição se estende à fase pré-processual (inquéritos civis por ato de improbidade). Contudo, dado o caráter de equivalente jurisdicional, vem ganhando força o entendimento de que o Ministério Público pode tomar o compromisso do agente ímprobo em ressarcir os danos causados e a pagar multa, evitando assim a propositura de ação de improbidade administrativa, geralmente custosa e morosa, volvendo aos cofres públicos o dinheiro indevidamente desviado.

Geisa de Assis Rodrigues³⁶ aduz que *o compromisso só estará atendendo plenamente ao seu valor se for um meio econômico, breve e justo de solução de direito transindividual, pois caso contrário a promessa, nele inserida, de aumentar o acesso à justiça será frustrada.*

Infelizmente, a prática tem demonstrado que alguns Promotores de Justiça, ignaros de sua função precípua de defender os interesses sociais indisponíveis, por razões de comodismo, acabam por inflar ainda mais o Poder Judiciário com questões que podiam e deveriam ter sido solucionadas, a contento, na esfera extrajudicial.

Não raro das vezes, durante o ajuizamento e andamento de ação civil pública o órgão ministerial pactua o ajuste de conduta com o requerido, que acaba recebendo a chancela homologatória do Poder Judiciário. Nesse momento, questiona-se por que o Promotor de Justiça não o pactuou na esfera extrajudicial? Que empecilhos o impediram de firmá-lo, ou de propô-lo ao interessado?

Os direitos e interesses transindividuais: sociais, difusos ou coletivos, devem ser atendidos por todos os órgãos envolvidos com prioridade, de modo a impedir que sua lesão ou ameaça de lesão restrinja o direito em questão.

Nesse sentido Geisa de Assis Rodrigues aduz que diante da multiplicidade e dinâmica das atividades incumbidas ao Ministério Público, é que os Promotores de Justiça tem algumas dificuldades em catalogá-las, como se não fossem tão relevantes como as atividades judiciais, o que *enseja algumas injustiças ao considerar pouco diligentes muitos integrantes do Ministério Público com um alto índice de atividade extrajudicial.* Ademais, continua a autora

³⁶ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Op. cit.* p. 105.

citada, *essa miopia institucional pode endossar a perspectiva burocrática daqueles que se ocupam apenas com a movimentação judicial.*³⁷

Assim é que a pactuação do termo de ajustamento de conduta, quando possível fazê-lo, deve ser tido de forma obrigatória pelo *Parquet*, incumbindo aos órgãos internos da instituição (Corregedoria-Geral ou Conselho Superior) ou mesmo externos, como o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), recomendar aos seus membros a celebração, sempre que possível e, frise-se pela pertinência, desde que preenchidos os requisitos legais, e, em não sendo possível, haver justificativa no procedimento, tal qual hoje é feito com relação a transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/1995) e suspensão condicional do processo penal (art. 89 da Lei 9.099/1995).

O que não se pode conceber, sob pena de ferir o próprio direito, é o Ministério Público simplesmente ajuizar infundáveis ações civis públicas, cujo objeto é deveras importante à coletividade, jogando a responsabilidade de solucionar o litígio ao Poder Judiciário, já tão assoberbado de lides individuais e descompromissado com a celeridade.

Geisa de Assis Rodrigues³⁸ arremata:

A proteção judicial dos direitos transindividuais realmente demanda uma nova postura do Ministério Público. A começar pelo conteúdo das matérias que sevem ser conhecidas para a adequada defesa desses novos direitos, quase sempre resultado de inovações legislativas pouco estudadas na formação tradicional do profissional do Direito. Ademais, as próprias características dos direitos transindividuais impõem que a tutela aos mesmos saia da atuação ordinária do magistrado, demandando uma maior sensibilidade social e política do juiz, o que nem sempre ocorre. Aliás, também o Ministério Público padece desta mesma dificuldade. Mas, mesmo quando os atores do processo reconhecem a importância da tutela dos direitos transindividuais, muitas vezes a dinâmica processual dificulta o conhecimento e processamento desse tipo de demanda, às vezes resultando no que os americanos chamam de processos-Frankenstein. Muitos óbices ainda precisam ser superados para que a jurisdição tradicional possa dar uma resposta mais adequada aos conflitos de direitos transindividuais, e é por isso que se afigura de crucial importância a tutela extrajudicial desses direitos.

CONCLUSÃO

Hodiernamente, torna-se necessária a adoção dos meios alternativos de solução de conflitos, tal qual o compromisso de ajustamento de conduta, método autocompositivo, como meio legítimo de concretização da Justiça social, mormente nas pretensões sociais, com vistas a efetivar e proteger os direitos difusos e coletivos.

³⁷ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Op. cit.* p. 73-74.

³⁸ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Op. cit.* p. 72-73.

O Compromisso de Ajustamento de Conduta, inserido recentemente no ordenamento jurídico brasileiro e sem qualquer similitude a qualquer outro instrumento previsto no direito estrangeiro, tem como principal dispositivo aplicável, a Lei de Ação Civil Pública alterada substancialmente pelo Código de Defesa do Consumidor em 1990, que o inseriu textualmente na legislação e o considerou como título executivo extrajudicial, hábil a ser executado judicialmente.

Convém ressaltar que ainda na década de 80 já se ouvia falar do ativismo do Ministério Público para a resolução das controvérsias coletivas pactuando transações ou acordos, o que pode ser considerado como um dos precursores deste valioso instrumento, que acabou sendo inserida na legislação brasileira posteriormente.

Sua natureza jurídica, em que pese divergências assinaladas no presente trabalho, toma feição de negócio jurídico bilateral, não restando dúvidas de que o ajustamento tem natureza de método alternativo de solução dos conflitos coletivos e direitos transindividuais, classificando-o como negociação.

A Lei de Ação Civil Pública também definiu a legitimidade dos que podem tomar o compromisso de conduta, dispondo o §6.º do art. 5º. da Lei 7.347/1985, que compete aos órgãos públicos a pactuação.

Dessa forma, em que pese as associações, entidades privadas autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista tenham legitimidade para propor a ação civil pública, não a possuem, contudo, para celebrarem o compromisso de ajustamento de conduta, que ficou, exclusivamente, ao encargo do Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Tal posicionamento legal não poderia ser diferente, já que as associações, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista praticam atividades de cunho econômico, o que coloca em xeque a concretização do interesse público por partes de tais organismos.

Ademais, o Ministério Público como instituição permanente, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, como redigido no art. 127 da Constituição Federal, tem o dever de zelar pelos direitos coletivos, podendo, ou melhor dizendo, devendo celebrar o termo de ajuste de conduta sempre que for possível e dentro das hipóteses legais.

Assim, a restrição legislativa imposta as entidades privadas ou de cunho econômico, como supra transcrito, não impede a concretização do ajustamento de conduta pelo Ministério

Público que tem a obrigatoriedade de assim o fazer em defesa e nome do interesse público que deve nortear toda a atribuição e atividade do Promotor de Justiça.

Para tanto, faz-se a conjugação de esforços e também a conscientização dos membros dessa poderosa instituição, inclusive com a recomendação dos organismos internos, quanto externos, na obrigatoriedade da utilização desse meio extrajudicial de solução dos litígios coletivos, hábil a solucionar as demandas e a preservar os direitos sociais, com a finalidade última de promover a sociedade livre, justa e igualitária apregoada pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Ministério Público. **In Curso de Direito da Criança e do Adolescente – aspectos teóricos e práticos**. Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel coordenadora. 3. d. Lumen juris Editora: Rio de Janeiro, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. **A Justiça em Aristóteles**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005

_____; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universa de acesso à justiça**. In *Revista de Processo*, n. 74. Abril-junho/1994.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **A Proteção dos Direitos Difusos Através do Compromisso de Ajustamento de Conduta Previsto na Lei que Disciplina A Ação Civil Pública**, tese aprovada no 9º Congresso Nacional do Ministério Público, em Salvador, 1992.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Trad.: Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie *et al* (coord.). **Tutela Jurisdicional Coletiva**. 2. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2012.

FARIAS, Bianca Oliveira *at al*. **Apontamentos sobre o Compromisso de Ajustamento de conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública**.

Disponível em
<http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/apontamentos_sobre_o_compromisso_de_ajustamento_de_conduta.pdf>, acesso em: 08 dez. 2013.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosina D'Angina. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi. MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Introdução à resolução alternativa de conflitos**. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica, 2009.

LAWRENCE, Gavin. **O bem humano e a função humana**. In: Richard Kraut. (Org.). *Aristóteles: a Ética a Nicômaco*. Tradução de Alfredo Storck. Porto Alegre: Artmed, 2009.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. **Implementação de Políticas Públicas e Efetivação de Direitos Fundamentais por meio do Compromisso de Ajustamento de Conduta** *in* Políticas Públicas da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos. Dirceu Pereira Siqueira (coord.) et al. São Paulo: Editora Boreal, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: Condicionantes Legítima e Ilegítimas**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**, v. 2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. São Paulo: Editora Saraiva. 14.ed. 2002.

_____. **Introdução ao Ministério Público**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____. **O inquérito civil, investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

MOREIRA, Alberto Carmiña *et al* (coord.). **Panorama Atual das Tutelas Individual e Coletiva**. São Paulo: Editora Saraiva. 2011.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

PAULO NETO, Júlio. **MP na nova ordem constitucional**. Revista Órgão da Associação Paulista do Ministério Público, ano II, n. 16, março de 1998.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. **Ministério Público: Reflexões sobre princípios e funções institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Ministério Público: Dimensão Constitucional e Repercussão no Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

SAMPAIO, Francisco José Marques. **Negócio jurídico e direitos difusos e coletivos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

SANTOS, Eduardo Sens dos. **TAC em improbidade administrativa**. *Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará*. Fortaleza, ano 4. n.2 ago./dez. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. I. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. **A crise do direito liberal na pós-modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

_____. **O Direito na Perspectiva da Dignidade Humana**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2011.