

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
ATLAS GOMES TRINDADE**

**O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E A TUTELA DOS DIREITOS
TRANSINDIVIDUAIS**

**NATAL/RN
2013**

ATLAS GOMES TRINDADE

**O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E A TUTELA DOS DIREITOS
TRANSINDIVIDUAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Campus de Natal da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof. Dr. Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior.

NATAL/RN

2013

ATLAS GOMES TRINDADE

**O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E A TUTELA DOS DIREITOS
TRANSINDIVIDUAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do
Campus de Natal da Universidade do Estado do Rio
Grande do Norte como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN

Prof. Ms. Claudomiro Batista de Oliveira Júnior
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN

Prof. Esp. Eduardo Cunha de Alves Sena
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN

*Ao meu pai e maior incentivador, Fernando Trindade,
dedico esta obra.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela existência.

Aos meus pais, pelo amor, pela dedicação e pelo apoio incondicional.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior, por me aceitar como orientando e me auxiliar, na medida do possível, a concluir esta obra.

À minha amada Inglis Naianne, pelo estímulo e pela compreensão durante o tempo de criação desta obra roubado ao seu convívio.

Aos meus brilhantes amigos e companheiros Hugo Werner, Giovanni de Paula e Pollyana Cibele, pelas preciosas dicas e pela confiança de sempre.

“Por melhor que seja a justiça, é realmente impossível, nos dias de hoje, dar vazão satisfatória ao imenso contingente de conflitos produzidos no seio de uma sociedade de massa, extremamente complexa e ávida por rapidez. Como a atividade de pacificar conflitos mostra-se cada vez mais crucial para a sociedade, aumenta-se a busca pelos meios alternativos.”

Rodrigo Fernandes

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar o termo (ou compromisso) de ajustamento de conduta, previsto na Lei Federal nº 7.347/1985, mais precisamente em seu art. 5º, § 6º, como instrumento capaz de garantir a tutela transindividual em um contexto de crise do judiciário e aumento dos conflitos coletivos. Promovemos uma análise histórica dos direitos transindividuais à luz da teoria geracional ou dimensional. Outrossim, tratamos dos direitos transindividuais, assim entendidos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, e como os mesmos podem ser protegidos pelo termo de ajustamento de conduta. Deste modo, pretendemos expor um juízo crítico do termo de ajustamento de conduta como meio alternativo adequado para a proteção dos direitos transindividuais.

Palavras-chave: direitos fundamentais – direitos transindividuais – tutela transindividual – termo de ajustamento de conduta

RÉSUMÉ

Cette étude vise à analyser le terme d'ajustement (ou engagement) de conduite énoncées dans la Loi Fédérale n ° 7.347/1985, plus précisément dans son art. 5º, § 6, en tant qu'instrument pour assurer la transindividuel de protection dans un contexte de crise du Pouvoir Judiciaire et l'augmentation des conflits collectifs. Nous une analyse historique des droits transindividuels à la lumière de la théorie générationnelle ou dimensions. Également, traiter les droits transindividuels, ont compris la diffuse de l'homme, homogène collective et individuelle, et comment ils peuvent être protégés par le terme de l'ajustement de conduite. Ainsi, je vous présente un jugement critique du terme de l'ajustement de conduite comme autre moyen approprié pour la protection des droits transindividuels.

Mots-clés: droits fondamentaux - droits transindividuels - protection transindividuel – terme d'ajustement de conduite

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	14
1.1. ANÁLISE HISTÓRICA: DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1.1.1. Direitos Fundamentais de Primeira Geração	17
1.1.2. Direitos Fundamentais de Segunda Geração	18
1.1.3. Direitos Fundamentais de Terceira Geração	19
1.2. TERMINOLOGIA E CONCEITO	21
1.3. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS EM ESPÉCIE	23
1.3.1. Direitos Difusos	24
1.3.2. Direitos Coletivos	26
1.3.3. Direitos Individuais Homogêneos	27
2. DA TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	30
2.1. ORIGENS REMOTA E PRÓXIMA DA TUTELA COLETIVA	30
2.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TUTELA COLETIVA NO BRASIL	32
2.3. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS: AS AÇÕES COLETIVAS	34
2.3.1. Ação Popular	35
2.3.2. Ação Civil Pública	37
2.3.3. Ação Civil Coletiva	39
2.3.4. Mandado de Segurança Coletivo	41
2.4. POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO NEGOCIADA DOS CONFLITOS DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	43
3. DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA	46
3.1. ORIGEM DO INSTITUTO	46
3.2. LIMITES CONCEITUAIS	48
3.3. PRINCÍPIOS NORTEADORES	50
3.3.1. Princípio do Acesso à Justiça	50
3.3.2. Princípio da Tutela Preventiva	52
3.3.3. Princípio da Tutela Específica	54
3.4. NATUREZA JURÍDICA	54
3.5. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA	57

3.6. OBJETO.....	58
3.7. FORMALIZAÇÃO.....	59
3.8. POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO E RESCISÃO	60
3.9. EFICÁCIA.....	61
4. O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS EM ESPÉCIE.....	65
4.1. O AJUSTE DE CONDUTA NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE	65
4.2. O AJUSTE DE CONDUTA NA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR	67
4.3. O AJUSTE DE CONDUTA NA TUTELA DO DIREITO À SAÚDE	68
4.4. O AJUSTE DE CONDUTA NA TUTELA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO ..	69
4.5. O AJUSTE DE CONDUTA ENTRE ÓRGÃOS PÚBLICOS	70
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS	74

INTRODUÇÃO

Com a Primeira Revolução Industrial levada a cabo na segunda metade do século XIX, a humanidade elevou exponencialmente o seu poder de transformação da natureza e de produção de itens que antes só podiam ser produzidos em escala muito menor por meio do trabalho artesanal.

Ao longo do século XX, com o crescente incremento da tecnologia e da capacidade fabril, o excesso de produção de artigos em série propiciou a criação de uma sociedade de consumo de massa.

Entrementes, as diversas transformações sociais permitiram o rompimento de antigos paradigmas e preconceitos, retirando da marginalização um grande contingente de indivíduos e permitido que as diversas minorias se integrassem à vida econômica e social.

Assim é que no decorrer do último século, principalmente em sua segunda metade, a noção do coletivo tornou-se cada vez maior, originando um conflito de interesses não mais restrito a indivíduos, mais sim entre grupos, formalmente identificáveis ou não.

A partir desse conflito transindividual, surgiu a necessidade de se desenvolver instrumentos jurídicos que fossem capazes de promover a tutela da coletividade. Como resultado desse esforço é que exsurge no direito alienígena medida judiciais cujo objeto é a tutela coletiva, a exemplo das *class actions* no direito norte-americano.

No Brasil, a preocupação com a tutela coletiva aparece de forma tímida e relativamente tardia. O início se deu em 1965 com a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65) e, mais tarde, houve uma ampliação em 1985 com a Lei das Ações Cíveis Públicas (Lei nº 7.347/85).

Com a Constituição Federal de 1988, e sua ênfase na proteção dos direitos de terceira dimensão, dá-se, no Direito Brasileiro, um salto ainda maior no que tange à proteção dos direitos transindividuais.

Em 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, consolida-se no Brasil a tendência pela busca de instrumentos jurídicos capazes de promover a tutela coletiva. Esse diploma legal traz em seu bojo o conceito de direitos metaindividuais ou transindividuais, assim entendidos os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Por conseguinte, vieram diversas outras legislações especiais, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso, que conjuntamente com a Constituição e as demais leis já citadas formam um conjunto de dispositivos esparsos que originou o microssistema da tutela jurisdicional coletiva.

De outra banda, com a consolidação do Estado Democrático de Direito e a garantia do acesso ao Judiciário pelas camadas sociais mais desfavorecidas, houve uma busca cada vez maior pela tutela jurisdicional estatal.

Ocorre que o aparato judicial não foi capaz de suportar o crescente e acelerado aumento do número de ações individuais e coletivas, a ponto de hoje ser possível falar em “crise” do Poder Judiciário. A situação vivenciada hodiernamente faz com que as ações se arrastem no tempo, em nítida afronta ao princípio da duração razoável do processo, o que favorece àqueles que se desviam da norma e leva o Judiciário ao descrédito.

Deste modo, o discurso em favor das vias alternativas de solução dos conflitos tornou-se mais intenso. É nítido o grande incentivo, em especial por parte do próprio Judiciário, para que os cidadãos busquem resolver os conflitos valendo-se de mecanismos extrajudiciais.

O apelo pela alternativa extrajudicial surge como uma das medidas a serem tomadas, ao lado de reformas na legislação processual, para desafogar o Judiciário. Assim é que, não obstante ser esse estímulo fruto da incapacidade do Estado Brasileiro em garantir a prometida tutela jurisdicional, os meios alternativos, sem embargo, mostram-se capazes de garantir o acesso à justiça.

Nesse contexto de necessidade de se promover a tutela jurisdicional coletiva e de crescente aumento da busca por vias alternativas de solução dos conflitos face à crise do Judiciário, é que se destaca o uso do termo (ou compromisso) de ajustamento de conduta (TAC), instrumento criado pela Lei da Ação Civil Pública e cujo manejo é de ampla legitimidade.

Por meio do termo de ajustamento de conduta é possível a delimitação de deveres e obrigações entre os envolvidos no conflito de transgressão de direitos transindividuais.

No primeiro capítulo, trataremos dos direitos metaindividuais ou transindividuais, abordando os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos.

No segundo capítulo, será feita uma breve retrospectiva histórica da

tutela coletiva, em especial para trazer à baila as raízes do direito coletivo brasileiro, culminando com uma análise das vias instrumentais processuais e as alternativas extrajudiciais de solução dos conflitos envolvendo direitos transindividuais.

Em seguida, no terceiro capítulo, será estudado os diversos aspectos do termo de ajustamento de conduta, os conceitos, os princípios, a polêmica que sobre a sua natureza jurídica, a legitimidade ativa e passiva, as formas de celebração, anulação e rescisão, sua eficácia, implicações, tempo e os mecanismos de execução perante o Judiciário.

Por fim, no quarto capítulo, será feita uma análise da utilização do termo de ajustamento de conduta na proteção dos consumidores, do meio ambiente, da saúde, do patrimônio público e do uso do instrumento entre órgãos públicos.

A relevância do presente estudo se evidencia pelo fato do compromisso de ajustamento de conduta apresentar-se como instrumento capaz de tutelar a coletividade sem que se tenha de recorrer ao Judiciário, ao menos para conhecimento do direito, com inegável tendência de crescimento da opção pelo seu manejo.

Ademais, existem diversas polêmicas doutrinárias acerca das características do termo de ajustamento de conduta, e seu uso desafia questões de ordem prática, bem como problemas técnicos de aplicação, legitimidade e abrangência, mormente pela amplitude do seu campo de incidência.

1. DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

1.1. ANÁLISE HISTÓRICA: DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos metaindividuais podem ser entendidos como direitos fundamentais, daí que a busca por sua gênese pode ser feita na análise histórica destes.

O reconhecimento dos direitos fundamentais se deu em etapas, conforme as exigências de cada conjuntura histórica, tendo seu marco inicial no constitucionalismo ocidental.

Esclareça-se, desde já, que tal evolução não se deu de forma linear e idêntica em todos os países. Norberto Bobbio ressaltou o caráter histórico dos direitos fundamentais quando aduz que¹:

...os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

O jurista Karel Vasak, em 1979, foi o primeiro a propor uma divisão dos direitos fundamentais. Utilizando de forma metafórica o lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) defendeu a classificação dos direitos fundamentais em três “gerações”. Nesse sentido, relata o professor George Marmelstein²:

...o jurista tcheco Karel Vasak formulou, em aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, baseando-se na bandeira francesa que simboliza a liberdade, a igualdade e a fraternidade teorizou sobre “as gerações – evolução – dos direitos fundamentais”, da seguinte forma: a) primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e

¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 5-18.

² MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 42.

ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Essa teoria geracional tripartite dos direitos fundamentais ganhou adeptos no Brasil. O ilustre mestre Paulo Bonavides foi o principal defensor da teoria das gerações dos direitos fundamentais, tendo, inclusive, acrescentado novas gerações à tríade inicial.

Importante trazer à baila que parte considerável da doutrina sustenta que o uso da expressão “gerações” é equívoco, posto que conduz ao falso entendimento de substituição gradativa de uma geração pela outra. Tal posicionamento doutrinário defende a expressão “dimensões”, fundamentando que seu uso transpareceria de forma mais adequada a ideia de que o processo é de acumulação e não de sucessão. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet³:

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno “Direito Internacional dos Direitos Humanos.”

Porém, para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, mesmo a expressão “dimensões” implica em inexatidão terminológica, razão pela qual optam pelo uso dos termos “categorias” ou “espécies”, *in litteris*⁴:

Fala-se em “dimensões” para indicar dois ou mais componentes ou aspectos do mesmo fenômeno ou elemento. No caso aqui relevante, há grupos de direitos fundamentais cuja finalidade e funcionamento são claramente diferenciados em âmbito jurídico. Portanto, recomenda-se utilizar os termos “categorias” ou “espécies” de

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 46.

⁴ DIMOULIS, Dimitri; e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 32-33.

direitos fundamentais, da mesma forma como se classifica leis e atos jurídicos em espécies de leis ou categorias de atos jurídicos e não em dimensões do ato jurídico ou da lei.

Segundo George Marmelstein Lima, a teoria das gerações dos direitos fundamentais carece de verdade histórica, expondo sua tese da seguinte forma⁵:

Além do equívoco acima exposto, que torna até perigosa a teoria das gerações dos direitos fundamentais, já que dificulta a positivação e a efetivação dos direitos sociais e econômicos, bem como dos direitos de solidariedade mundial, a teoria também não retrata a verdade histórica.

A evolução dos direitos fundamentais não segue a linha descrita (liberdade → igualdade → fraternidade) em todas as situações. Nem sempre vieram os direitos da primeira geração para, somente depois, serem reconhecidos os direitos da segunda geração.

O Brasil é um exemplo claro dessa constatação histórica. Aqui, vários direitos sociais foram implementados antes da efetivação dos direitos civis e políticos. Na "Era Vargas", durante o Estado Novo (1937-1945), foram reconhecidos, por lei, inúmeros direitos sociais, especialmente os trabalhistas e os previdenciários, sem que os direitos de liberdade (de imprensa, de reunião, de associação *etc*) ou políticos (de voto, de filiação partidária) fossem assegurados, já que se vivia sob um regime de exceção democrática e a liberdade não saía do papel.

De fato, a divisão em gerações ou dimensões parece não atentar para o fato de que a evolução histórica dos direitos fundamentais não se deu de forma tão linear, sendo importante observar as ressalvas feitas pelos críticos da teoria geracional.

Há, ainda, autores que defendem a indivisibilidade dos direitos fundamentais, a exemplo do professor George Marmelstein Lima, o qual aduz⁶:

É de suma importância tratar os direitos fundamentais como valores indivisíveis, a fim de não se priorizarem os direitos de liberdade em detrimento dos direitos sociais ou vice-versa. Na verdade, de nada adianta a liberdade sem que sejam concedidas as condições materiais e espirituais mínimas para fruição desse direito. Não é possível, portanto, falar em liberdade sem um mínimo de igualdade, nem de igualdade sem as liberdades básicas. (...) Essa indivisibilidade dos direitos fundamentais exige que seja superada essa idéia estanque de divisão dos direitos através de gerações. E mais: exige que seja abominada a idéia de que os direitos sociais são direitos de segunda categoria, como se houvesse hierarquia entre as diversas gerações de direitos fundamentais, e que a violação de um direito social não fosse tão grave quanto a violação de um direito civil ou político.

⁵ LIMA, George Marmelstein. *Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. p. 1. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4666>>. Acesso em: 9 jun. 2013.

⁶ Idem. *Ibidem*.

Não obstante a querela terminológica, ou mesmo as digressões sobre a historicidade das gerações/dimensões e indivisibilidade dos direitos fundamentais, opta-se na presente obra pela adoção da teoria geracional ou dimensional por duas razões: possui uma vantagem acadêmica, posto que facilita a compreensão e o estudo dos direitos fundamentais; está sendo amplamente difundida e utilizada por grande parte dos doutrinadores brasileiros.

Ingo Wolfgang Sarlet, citando Álvaro Ricardo Souza Cruz, assevera que a teoria geracional “não passa de uma forma acadêmica de facilitar a reconstrução histórica da luta pela concretização dos direitos fundamentais”,⁷ concluindo que⁸:

...a despeito da substancial correção do argumento colacionado (e que, nestes sentido, acaba alcançando o termo “dimensões” ou outro que o venha a substituir), não deslegitima a imagem metafórica e o seu inerente simbolismo, desde que, à evidência, se esteja sempre ciente de que ela não reproduz o devir histórico dialético e dinâmico que marca a formação e reconstrução dos direitos e deveres fundamentais ao longo dos tempos.

Feitas todas as considerações supra, passemos a análise da evolução histórica dos direitos fundamentais à luz da teoria geracional/dimensional.

1.1.1. Direitos Fundamentais de Primeira Geração

Os chamados direitos de primeira geração ou dimensão correspondem às liberdades negativas clássicas, que enfatizam a liberdade enquanto valor maior, configurando-se nos direitos civis e políticos. Sua origem remonta ao final do século XVIII como fruto das revoluções liberais francesas e norte-americanas e em resposta ao Estado Absolutista. Possuíram especial prevalência durante o século XIX, e corresponderam à fase inaugural do movimento constitucionalista ocidental. Tais direitos são oponíveis, sobretudo, contra o Estado, por essa razão são reconhecidos como direitos de resistência. Exigem do ente estatal, precipuamente, uma abstenção e não uma prestação, possuindo assim um caráter negativo, tendo como titular o

⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo Souza apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 57.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora., 2010, p. 57.

indivíduo.

Assevera Daniel Sarmento acerca do contexto de surgimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão:⁹

Dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados. Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o 'jardim e a praça'. Nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado. Como afirmou Canotilho, no liberalismo clássico, o 'homem civil' precederia o 'homem político' e o 'burguês' estaria antes do 'cidadão'. (...) No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade.

Sobre os direitos de primeira dimensão, leciona Paulo Bonavides¹⁰:

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um primas histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo no ocidente. (...) têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Em suma, percebe-se que os direitos fundamentais ora analisados consistem em uma prestação negativa, um *non facere*, por parte do Estado.

1.1.2. Direitos Fundamentais de Segunda Geração

Por sua vez, os chamados direitos de segunda geração ou dimensão guardam relação com as liberdades positivas, reais ou concretas, vez que se sustentam no princípio da igualdade material. Seu marco inicial se deu com a Revolução Industrial, a partir de meados do século XIX, e a luta da classe trabalhadora na defesa dos direitos sociais. Ressalta Daniel Sarmento¹¹:

⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 12-13.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 563-564.

¹¹ SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 17-19.

Surge então, na virada para o século XX, o Estado de Bem-Estar Social, e com ele a consagração constitucional de uma nova constelação de direitos, que demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população (direito à saúde, à previdência, à educação). Estes novos direitos penetram nas constituições a partir da Carta mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919. (...) No mesmo diapasão, dá-se a positivação dos direitos sociais e econômicos, fenômeno assente na inquestionável premissa de que, diante da desigualdade de fato existente no meio social, se o Estado não agir para proteger o mais fraco do mais forte, os ideais éticos de liberdade, igualdade e solidariedade em que se lastreia o constitucionalismo seguramente vão se frustrar. O advento desta segunda geração de direitos fundamentais impunha ao Estado o cumprimento de prestações positivas, que tinham de ser asseguradas através de políticas públicas interventivas.

Observe-se que, com os direitos fundamentais de segunda geração, não se nega ao Estado uma determinada atuação, mas sim exige-se dele uma participação ativa e impõe-lhe uma obrigação de fazer. Tratam-se, deste modo, de direitos positivos. Segundo lição de Ingo Wolfgang Sarlet¹²:

...há que se atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais dos trabalhadores (...). A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais.

Afirmou Paulo Bonavides, ao fazer referência aos direitos de segunda dimensão, que os mesmos: "(...) Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula".¹³

1.1.3. Direitos Fundamentais de Terceira Geração

Já os direitos de terceira geração ou dimensão consagram os princípios da solidariedade ou fraternidade. Tem-se aqui o reconhecimento da necessidade de proteção dos interesses de titularidade coletiva ou difusa, indo além

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 48.

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p 564.

da simples tutela dos interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado.

Sobre a historicidade dos direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão observa Daniel Sarmiento¹⁴:

Nas últimas décadas do século passado, acentuou-se a preocupação com alguns bens relevantes, cuja preservação não apenas interessava a certas pessoas específicas e determinadas, mas a grupos inteiros, coletividades, e por vezes a toda Humanidade. (...) Esta preocupação com a proteção de bens materiais e imateriais insuscetíveis de apropriação individual infiltrou-se no universo jurídico, dando origem ao nascimento dos chamados direitos de 3ª geração, previstos tanto em tratados internacionais, como em algumas Constituições, tal qual a brasileira de 1988.

Vê-se que os direitos de terceira dimensão ultrapassam o indivíduo, abarcando coletividades, daí que fica evidente a carga de transindividualidade.

Leciona Paulo Bonavides de forma salutar:¹⁵

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Tem-se nos direitos de terceira dimensão uma titularidade difusa ou coletiva, na medida em que não atentam no indivíduo, mas sim em toda a coletividade ou grupo. Nesse sentido, bem observa Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶:

A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente de qualidade e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção.

Atente-se que os direitos fundamentais de terceira geração são transindividuais, mas nem todo interesse transindividual pode ser caracterizado

¹⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª edição. 3ª tiragem. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2010, p. 317-318.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 569.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 49.

como fundamental. Na verdade, apenas os direitos difusos, a exemplo do meio ambiente, seriam direitos fundamentais.

Não obstante, a análise histórica dos direitos fundamentais se revela importante, pois, a partir dele, é possível observar de que modo a consciência do transindividual surgiu.

1.2. TERMINOLOGIA E CONCEITO

Sobre o uso das expressões “transindividual” e “metaindividual”, tem-se que a doutrina e a jurisprudência fazem o uso de ambas as expressões de forma indistinta, consoante esclarece Hugo Nigro Mazzilli¹⁷:

...qual expressão é mais correta, interesses *transindividuais* ou interesses *metaindividuais*?

Embora, em rigor de formação gramatical, seja preferível utilizar-mos da primeira expressão, porque é neologismo formado com prefixo e radical latinos (diversamente da segunda, que, como hibridismo, soma prefixo grego a radical latino), a verdade é que a doutrina e a jurisprudência têm usado indistintamente ambos os termos para referir-se a interesses de grupo, ou a interesses coletivos, em sentido lato.

Já quanto à utilização das expressões “direito” e “interesse”, verifica-se a existência de certa querela doutrinária. O motivo da divergência é esclarecido por Geisa de Assis Rodrigues, *in litteris*¹⁸:

A maior parte da crítica que se faz à utilização do vocábulo “direito” é que a sua gênese essencialmente individualista, marcada pelo signo do direito subjetivo, tornaria impróprio o seu uso para qualificar essas novas modalidades de vantagens jurídicas, que por seus caracteres de imprecisão, tanto subjetiva quanto objetiva, mais se amoldariam no conceito de interesse.

A própria doutrinadora acima reputa irrelevante a divergência, uma vez que o nosso ordenamento jurídico se vale das duas expressões de forma fungível.¹⁹ Todavia, a autora citada defende o uso da expressão “direito”, conforme se

¹⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e outros interesses*. 19. ed. rev. ampl. e atua. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 50.

¹⁸ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 37.

¹⁹ Idem, p. 38.

depreende do seguinte trecho de sua obra²⁰:

Ademais, a utilização do termo “direito” deixa mais clara a distinção entre essas categorias jurídicas e as noções de interesse público, de interesse social e de interesse geral, que merecem uma proteção distinta do sistema jurídico (...). De qualquer maneira, a utilização das expressões “direitos” ou “interesses” transindividuais não é uma mera questão de certo ou errado.

Superada a questão terminológica, passemos a análise do conceito de direitos transindividuais ou metaindividuais.

Os direitos transindividuais estão posicionados entre os interesses público e o privado, conforme observa Hugo Nigro Mazzilli, *in litteris*.²¹

Situados numa posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado, existem os interesses transindividuais (também chamados de interesses coletivos, em sentido lato), os quais são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (...). São interesses que excedem o âmbito estritamente individuais, mas não chegam propriamente a constituir interesse público...

O conceito de direitos transindividuais possui dois tipos de conotação a depender de sua abrangência. Em sentido amplo, os interesses metaindividuais são direitos humanos, relativizados no tempo e no espaço, de caráter essencialmente universal, conservando em si o respeito à dignidade da pessoa humana e da sociedade democrática. Numa visão mais restrita, é gênero do qual são espécies os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.²² Bem observa Geisa de Assis Rodrigues que²³:

O direito brasileiro vem desempenhando um papel de vanguarda na proteção dos direitos transindividuais, influenciando ordenamentos jurídicos de outros países. Deve-se à doutrina pátria um ingente esforço de tentar precisar os direitos transindividuais para otimizar a sua tutela, findando por resultar nas definições legais previstas no parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

²⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 38.

²¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 48.

²² ARAÚJO, Carolina Lobato Goes de. *Direitos Metaindividuais e Ação Civil Pública: A perspectiva contemporânea da tutela coletiva trabalhista*. 2006. 169f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Mineira de Direito – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006, p. 23. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AraujoCL_1.pdf> Acesso em: 16 de junho de 2013.

²³ RODRIGUES, Geisa de Assis Op. Cit., p. 40-41.

Assim, tem-se que “direitos metaindividuais” ou “transindividuais” é gênero do qual fazem parte três espécies bem definidas pela doutrina e pela legislação: os direitos difusos, os direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos, cuja análise detida será feita no próximo tópico.

1.3. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS EM ESPÉCIE

O Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/1990) traz em seu corpo as definições das três espécies de direitos ou interesses metaindividuais ou transindividuais, que comportam a defesa coletiva, *in verbis*²⁴:

Art. 81, parágrafo único: a defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

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;

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;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Mais recentemente, a Lei do Mandado de Segurança (Lei Federal nº 12.016/2009), de forma semelhante, assim dispôs²⁵:

Art. 21. (...)

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Vê-se assim que, no Brasil, as definições para as espécies de direitos metaindividuais encontram-se presentes, de forma clara, no seu próprio arcabouço

²⁴ BRASIL. Lei Federal nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, “Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 13 de junho de 2013.

²⁵ BRASIL. Lei Federal nº. 12.016, de 7 de agosto de 2009, “Disciplina o Mandado de Segurança Individual e Coletivo e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 13 de junho de 2013.

legal. Passemos, então, a análise detida de cada espécie.

1.3.1. Direitos Difusos

Os direitos difusos possuem como titulares um número indeterminado de indivíduos, unidos por situações fáticas conexas, e nos quais o dano proveniente não é individualmente passível de divisão.

Bem leciona Hugo Nigro Mazzilli²⁶:

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 conexas.

O citado autor, em sua obra, apresenta exemplos fáticos que ilustram a ideia de difusividade²⁷:

Há interesses difusos: a) tão abrangentes que coincidem com o interesse público, como o meio ambiente; b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não se confundem com o interesse geral da coletividade (como os dos consumidores de um produto); c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo (como os interesses dos trabalhadores na indústria do tabaco); d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica (como o interesse dos contribuintes); e) atinentes a grupos que se mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, como os dos que desfrutam do conforto dos aeroportos urbanos, ou da animação dos chamados trios elétricos carnavalescos, em oposição aos interesses dos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora).

Percebe-se, da citação acima, que os direitos difusos não podem ser entendidos como espécie de interesse público, muito embora, em alguma situação, ele possa se confundir com o interesse do grupo indeterminável de indivíduos.

Segundo Massimo Villone “os interesses difusos podem caracterizar-se por uma larga área intrínseca conflituosidade, em razão da qual se mostram ineficientes os procedimentos e a estrutura que normalmente se prestam à

²⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 50-51.

²⁷ Idem, p. 51.

mediação dos conflitos”.²⁸

Importante anotar que os direitos difusos possuem como características a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, a intensa conflituosidade e a duração efêmera ou contingencial.²⁹

A indeterminação do sujeito ocorre porque não é possível a um único indivíduo apropriar-se de um interesse de relevância coletiva social. A reivindicação dessa espécie de direito coletivo só é possível por um grupo indeterminado de agentes que, ocasionalmente, podem se agregar por força de uma situação de fato comum.

O objeto dos direitos difusos diz respeito a toda a coletividade. A difusividade é bem explicada por Gianpaolo Poggio Smanio, *in verbis*³⁰:

Essa característica dos interesses difusos é percebida com facilidade quando verificamos uma lesão efetuada contra um bem da vida considerado difuso. A lesão atinge um número indefinido de pessoas, uma comunidade, uma raça, ou mesmo toda a humanidade, como, por exemplo, o desmatamento predatório na Amazônia, a poluição de uma praia, o lançamento de produtos venenosos num rio, a propaganda enganosa de um produto pela televisão, a improbidade administrativa de determinado agente público etc.

A indivisibilidade, como podemos observar, é outra importante característica dos direitos difusos. A impossibilidade de fracionamento entre pessoas ou grupos determinados ocorre porque todos são considerados titulares do interesse difuso, dada a sua natureza. Sobre a indisponibilidade aduz Gianpaolo Poggio Smanio³¹:

A indisponibilidade é outra característica fundamental dos interesses difusos. Sua relevância social, a falta de titular identificável para poder dispor do interesse, bem como sua indivisibilidade, fazem com que não possamos conceber o interesse difuso como interesse indisponível.

O liame estabelecido entre os indivíduos que, coletivamente, titularizam o direito difuso é decorrente de uma relação fática e não jurídica, todavia a situação

²⁸ VILLONE, Massimo apud MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 51.

²⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 79.

³⁰ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 29.

³¹ Idem. *Ibidem*.

fática pode ter uma fundamentação jurídica, o que não importa dizer que exista relação jurídica entre os agentes.

A intensa litigiosidade é característica dos direitos difusos, mas não exclusiva, possuindo de um lado à pretensão de um interesse de grupo de relevância social e de outro a resistência à pretensão, a qual diz respeito as situações fáticas.

1.3.2. Direitos Coletivos

Por sua vez, temos os direitos coletivos que, na dicção do art. 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor, são “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”.³²

Assevera Rodolfo de Camargo Mancuso que para um interesse seja considerado coletivo *stricto sensu* este deve possuir os seguintes requisitos³³:

- a) um mínimo de organização, a fim de que os interesses ganhem a coesão e a identificação necessárias;
- b) a afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os seus portadores;
- c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo-lhes situação jurídica diferenciada”.

Ressalte-se que um direito coletivo não é a mera soma de direitos individuais, é mais do que isso, é a síntese desses direitos, consoante se abstrai da lição abaixo de Rodolfo de Camargo Mancuso, *in litteris*³⁴:

Aqui o quadro se altera nitidamente. Não se trata da defesa de um interesse *peçoal* do grupo; não se trata, tampouco, de mera soma ou justaposição de interesses integrantes do grupo; trata-se de interesses que passam esses dois limites, ficando afetados a um ente coletivo, nascido a partir do momento em que certos interesses individuais, atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum, se amalgamam no grupo. É *síntese*, antes que mera soma.

³² BRASIL. *Lei Federal nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, “Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 13 de junho de 2013.

³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 57-58.

³⁴ Idem, p. 50.

Os direitos coletivos pertencem a um grupo determinado ou determinável de indivíduos envolvido por uma relação jurídica base e cuja característica é sua indivisibilidade. Em razão da unidade dos direitos coletivos, a qual independe da união de seus titulares, a coisa julgada advinda de ação ajuizada para sua tutela deve, necessariamente, beneficiar todos, não sendo possível beneficiar apenas um ou alguns titulares. Tem-se a coisa julgada *ultra partes*.

1.3.3. Direitos Individuais Homogêneos

Os direitos individuais homogêneos, por sua vez, são, segundo o art. 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, “os decorrentes de origem comum”. Hugo Nigro Mazzilli traz a seguinte definição³⁵:

Para o CDC, interesses individuais homogêneos são aqueles de grupo, categoria e classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato.

Para Geisa de Assis Rodrigues, “a legislação consumerista foi econômica ao definir os direitos individuais como os decorrentes de origem comum”³⁶. Segundo a autora, “os direitos individuais homogêneos apresentam uma dificuldade conceitual maior do que as duas categorias precedentes, pois não são direitos transindividuais em essência...”³⁷.

De fato, os direitos individuais homogêneos, apesar de estarem incluídos no gênero direitos transindividuais, só são assim considerados sob o ponto de vista processual, sendo que, na sua essência, continuam possuindo natureza individual.³⁸ Sobre tal ponto, assim se posiciona Rodolfo de Camargo Mancuso³⁹:

³⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 53.

³⁶ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 43.

³⁷ Idem. *Ibidem*.

³⁸ OLÍMPIO, Elisandra de Oliveira. *O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Metaindividuais Homogêneos*. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. (Coord.) *Direitos Metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2004, p. 106.

³⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 278.

Não são coletivos na sua essência, nem no modo como são exercidos, mas, apenas, apresentam certa uniformidade, pela circunstância de que seus titulares encontram-se em certas situações ou enquadrados em certos segmentos sociais, que lhes confere coesão, aglutinação suficiente para destacá-los da massa de interesses isoladamente considerados.

Uma distinção mais nítida dos direitos individuais homogêneos foi feita por Teori Albino Zavascki em sua tese de doutorado, *in verbis*⁴⁰:

É preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (= sem titular determinado) e materialmente *indivisíveis*. Os direitos coletivos comportam sua acepção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da mesma espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade e daí a sua transindividualidade. (...) Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera e nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de *homogeneidade*, o que permite a defesa coletiva de todos eles.

Arremata o autor supracitado⁴¹:

Não se trata, pois, de uma nova espécie de direito material. Os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles direitos comuns ou afins de que trata o art. 47 do CPC (nomeadamente em seus incisos II e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo.

Em tempo, colha-se a seguinte lição de Geisa de Assis Rodrigues, na qual apresenta as características dos direitos individuais homogêneos⁴²:

a) são direitos individuais homogêneos de parcela relevante da sociedade, isto é, um número considerável de pessoas, determinável ou de difícil determinação, tem sua esfera jurídica atingida no caso de lesão desses direitos; b) os direitos existem a partir de um núcleo comum de questões de fato e de direito, o que permite a defesa de um padrão abstrato e genérico de direito, uma vez que as discrepâncias entre as situações vividas por cada um são pouco significativas, se comparadas com a identidade das situações, mas não há um vínculo jurídico entres estes; c) sua incidência

⁴⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 26-27. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?...1>> Acesso em: 16 de junho de 2013.

⁴¹ Idem, p. 28.

⁴² RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 43.

social é tão relevante que a tutela coletiva é a única adequada para garanti-los; d) a disponibilidade do direito no âmbito individual não afeta a tutela coletiva; e) a reparabilidade é direta aos interessados; f) na maior parte dos casos tem natureza patrimonial, mas nada obsta a ocorrência de direitos individuais homogêneos extrapatrimoniais, como no caso da reparação dos danos morais causados a várias vítimas pela aquisição de um produto defeituoso.

Em suma, observa-se que os direitos individuais homogêneos, embora não sejam direitos metaindividuais ou transindividuais propriamente ditos, são incluídos neste gênero apenas para efeitos processuais, bem como para que possa ser garantida a efetiva tutela jurisdicional desses direitos individuais unidos por afinidade.

2. DA TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

2.1. ORIGENS REMOTA E PRÓXIMA DA TUTELA COLETIVA

Aponta-se a origem remota da tutela jurisdicional coletiva no Direito Romano, onde se verifica a existência das ações populares romanas (*actio popularis*) em defesa das *rei sacrae, rei publicae*.⁴³

Sobre as ações populares romanas, leciona Ricardo de Barros Leonel, *in verbis*⁴⁴:

Os romanos conheciam, deste modo, uma particular categoria de ação, de cunho popular, destinada à proteção do interesse público. O indivíduo, na condição de cidadão romano, dispunha da faculdade de acionar os órgãos judiciais a fim de instituir um processo de cunho privado, para obter a condenação de qualquer pessoa que houvesse porventura ocasionado dano ao patrimônio público ou a interesses de natureza pública.

O cidadão romano possuía uma grande percepção da coisa pública, razão pela qual vislumbraram conceitos e fundamentos que só viriam a ser cientificamente estudados séculos mais tarde.

Rodolfo de Camargo Mancuso bem destaca esse sentimento romano ao afirmar que⁴⁵:

Ao cidadão era atribuído o poder de agir em defesa da coisa pública em razão do sentimento, do forte vínculo natural que o ligava aos bens públicos lato sensu, não só em razão da relação cidadão/bem público, mas também pela profunda noção de que a República pertencia ao cidadão romano, era seu dever defendê-la. Daí o brocardo "*Reipublicae interest quan plurimus ad defendam suam causa*" (interessa à República que sejam muitos os defensores de sua causa)

O legado romano, no que tange à tutela coletiva, vai além da instrumentalização, também reconheceram a aplicação ao processo coletivo de princípios norteadores, os quais vigoram até hoje, como, por exemplo, o princípio da representatividade adequada.

⁴³ DIDIER JUNIOR, Fredie. ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. vol. 4., 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 23.

⁴⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.124.

⁴⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, cap.2, p. 37-41.

A ação popular desenvolvida pelos romanos visava à tutela de interesses comuns. Todavia, em que pese a existência de algumas semelhanças com a tutela coletiva atualmente compreendida, não se pode associar as ações populares romanas às modernas construções doutrinárias acerca da tutela coletiva.

Alguns autores desconsideram a origem romana, por se tratar a ação popular romana apenas de uma aparência de tutela coletiva, reconhecendo apenas uma origem mais próxima, a qual teria ocorrido na Inglaterra.

Segundo Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, a origem do processo coletivo e, mais especificamente, da tutela coletiva de direitos, se deu na experiência inglesa, no sistema do *commom law*.⁴⁶

Da experiência das antigas cortes inglesas decorreram as ações de classe (*class actions*), a qual foi aperfeiçoada e amplamente difundida no direito norte-americano, em especial a partir de 1938, com o advento da “*Rule 23*” das “*Federal Rules of Civil Procedure*”.⁴⁷

Nos países de *civil law*, só a partir da década de 70 é que houve uma conscientização no sentido de adaptar os mecanismos processuais tradicionais para tutela dos direitos coletivos e dos direitos individuais lesados em ampla escala.⁴⁸

Percebeu-se que os métodos processuais tradicionais não se prestavam a tutela destes novos conflitos de direitos e interesses que possuíam uma dimensão muito maior que a individual.

Assim é que, desenvolveram-se, em diversos países da Europa Continental, legislações destinadas à tutela coletiva, que, no entanto, não lograram o mesmo desenvolvimento alcançado pela “*class action*” no direito norte-americano, mas serviram de importante fonte de inspiração para o modelo que viria a ser adotado no Brasil.⁴⁹

É fato que, conforme observado por Mauro Capelletti e Bryant Garth,

⁴⁶ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro apud ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 15. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?...1>> Acesso em: 16 de junho de 2013.

⁴⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 16. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?...1>> Acesso em: 16 de junho de 2013.

⁴⁸ Idem, p. 19.

⁴⁹ Idem, p. 20-21.

“uma verdadeira ‘revolução’ está se operando dentro do processo civil”, posto que “a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos”.⁵⁰

Concluída a análise histórica da tutela coletiva de um modo geral, passaremos, no tópico seguinte, à evolução da tutela coletiva no Brasil em específico.

2.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TUTELA COLETIVA NO BRASIL

Observa Teori Albino Zavascki que “foi o legislador brasileiro, na verdade, que protagonizou, de modo muito mais profundo e rico do que nos demais países de *civil law* a ‘revolução’ mencionada por Capelletti e Garth, em prol da criação de instrumentos de tutela coletiva”.⁵¹

A origem do direito coletivo no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu com a previsão da ação coletiva na Constituição de 1934, depois ampliada e regulamentada pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, também conhecida como Lei da Ação Popular.

Posteriormente, adveio a Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977, que viria introduzir modificação significativa no art. 1º, § 1º, da Lei da Ação Popular, no sentido de considerar o patrimônio público como sendo “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico”⁵², possibilitando a tutela desses bens e direitos difusos por meio da ação popular. Segundo narra Fredie Didier Junior:⁵³

A história da tutela coletiva no Brasil surgiu por influência direta dos estudos

⁵⁰ CAPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 18.

⁵¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 22. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?...1>> Acesso em: 16 de junho de 2013.

⁵² BRASIL. Lei Federal n.º 6.513, de 20 de dezembro de 1977, “Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6513.htm#art33>. Acesso em: 15 de junho de 2013.

⁵³ DIDIER JUNIOR, Fredie. ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. vol. 4. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 28-29.

dos processualistas italianos na década de setenta. Muito embora as ações coletivas não se tenham desenvolvido nos países europeus, os congressos, os artigos jurídicos e os livros publicados naquela época forneceram elementos teóricos para a criação das ações coletivas brasileiras e até mesmo para a identificação das ações coletivas já operantes entre nós, como por exemplo a ação popular prevista na Lei nº 4717/1965, publicada no DOU de 5.7.1965 e republicado no DOU de 8.4.1974. Havia no Brasil um ambiente propício para a tutela dos novos direitos, vivia-se a redemocratização e a valorização da atividade do Ministério Público nos pleitos em que envolvessem a sociedade como um todo.

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, ou Lei da Ação Civil Pública, foi o verdadeiro divisor de águas no movimento pela busca de instrumentos processuais capazes de prover a tutela dos direitos difusos e coletivos.

Sobre a Lei da Ação Civil Pública esclarece Teori Albino Zavascki, *in verbis*⁵⁴:

Essa Lei, conhecida como *lei da ação civil pública*, veio preencher importante lacuna no sistema do processo civil, que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais. Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico sub-sistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico, não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade.

A Constituição Federal de 1988 consagrou os direitos de natureza transindividual e, ao mesmo tempo, os elevou a estatura constitucional os instrumentos para tutela processual desses direitos. Destaca Teori Albino Zavascki que⁵⁵:

Contemporaneamente à introdução dos mecanismos destinados a tutelar direitos transindividuais, foram também criados instrumentos para a tutela coletiva de direitos individuais. (...) A Constituição de 1988 expandiu notavelmente uma forma alternativa de tutela de tais direitos, e o fez adotando a técnica da substituição processual. Com esse desiderato, outorgou legitimação a certas instituições e entidades para, em momento próprio, defender em juízo direitos subjetivos de outrem.

Após a promulgação da Constituição Federal, tem-se o advento, no ano de 1990, do Código e Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078), que

⁵⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 23. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?...1>> Acesso em: 16 de junho de 2013.

⁵⁵ Idem, p. 23.

constituí um dos pilares do microsistema de processo coletivo atualmente existente.

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor inovou no sentido de prever a possibilidade de tutela dos direitos individuais homogêneos por meio do que denominou de ação civil coletiva, prevista em seu artigo 91, valendo-se, também, da técnica da legitimação por substituição processual (art. 82).⁵⁶

De fato, diante desse conjunto de normas (CF, LACP e CDC), constata-se a existência, em nosso ordenamento jurídico de um subsistema processual destinado a promover, de forma adequada, a tutela dos direitos transindividuais.

Diversos são, portanto, os instrumentos jurídicos que podem ser utilizados para tutela dos direitos coletivos em sentido amplo, os quais serão analisados a seguir.

2.3. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS: AS AÇÕES COLETIVAS

Segundo lição de João Batista de Almeida, no âmbito da tutela coletiva, tem-se, basicamente, quatro tipos de ações: ação popular, mandado de segurança coletivo, ação civil pública e ação civil coletiva.⁵⁷

Para Gregório Assagra de Almeida o processo coletivo se divide em: a) “processo coletivo comum” destinado á tutela jurisdicional do direito subjetivo coletivo em sentido amplo, através da “ação popular”, “ação civil pública”, “mandado de segurança coletivo”, “mandado de injunção”, “dissídio coletivo”, “ação de impugnação de mandato eletivo”, “ação direta interventiva”; b) “processo coletivo especial” destinado à “tutela jurisdicional exclusivamente do direito objetivo”, por meio dos instrumentos processuais de controle concentrado de constitucionalidade, no Estado brasileiro, pela ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental e que ambos são “instrumentos de fundamentais de proteção e efetivação material do Estado

⁵⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 24. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?...1>> Acesso em: 16 de junho de 2013.

⁵⁷ ALMEIDA, João Batista. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 184.

Democrático de Direito”.⁵⁸

Como se observa, Gregório Assagra de Almeida apresenta um rol mais completo de instrumentos capazes de promover a tutela dos direitos transindividuais.

No entanto, nos tópicos seguintes trataremos apenas dos instrumentos citados por João Batista Almeida, uma vez que são os mais utilizados na esfera cível.

2.3.1. Ação Popular

A ação popular possui origens romanas (*actio popularis*) e desde os primórdios o que mais a caracteriza, consoante observa José Afonso da Silva, “é o exercício da ação por qualquer membro da coletividade, com maior ou menor amplitude, para defesa de interesses coletivos”.⁵⁹

No Brasil, a ação popular foi prevista pela primeira vez na Constituição de 1934, permanecendo em todas as cartas políticas que se seguiram, exceto na Constituição de 1937.

Desde o início, duas características mantiveram-se inalteradas: a legitimidade ativa, atribuída a qualquer cidadão; e a finalidade, consistente no pleito de declaração de nulidade ou anulação dos atos que agridam o patrimônio público.⁶⁰

A regulamentação infraconstitucional viria com a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, conhecida como Lei da Ação Popular, cujo artigo 1º dispõe⁶¹:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou

⁵⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 137-141.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. apud ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 71. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?...1>> Acesso em: 16 de junho de 2013.

⁶⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 69. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?...1>> Acesso em: 16 de junho de 2013.

⁶¹ BRASIL. *Lei Federal n.º 4.717, de 29 de junho de 1965*. “Regula a ação popular.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 08 de julho de 2013.

fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta (sic) por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Importante alteração no conceito de “patrimônio público” adveio com a Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977, que deu a seguinte redação ao § 1º, do artigo 1º, da Lei da Ação Popular: “consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.⁶²

Sobre a ampliação do sentido de patrimônio público conferida pela Lei nº 6.513/77 aduz Teori Albino Zavascki tratar-se de “primeiro e importante passo em direção à formalização, em texto legislativo, da tutela jurisdicional de interesses tipicamente transindividuais...”⁶³

Mas foi com a Constituição de 1988 que a ação popular adquiriu a sua configuração atual. Prevê o inciso LXXIII, do artigo 5º, da atual Carta Magna, *in verbis*⁶⁴:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Com a Constituição de 1988 erigi-se, como bens constitucionalmente tuteláveis pela ação civil pública, a moralidade administrativa e o meio ambiente. Nesse sentido, aduz Teori Albino Zavascki, *in litteris*⁶⁵:

A inclusão da moralidade administrativa e do meio ambiente como bens

⁶² BRASIL. *Lei Federal n.º 6.513, de 20 de dezembro de 1977*. “Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6513.htm>. Acesso em: 08 de julho de 2013.

⁶³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 70. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?...1>> Acesso em: 16 de junho de 2013.

⁶⁴ BRASIL. *Constituição de República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 de julho de 2013.

⁶⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 70-71.

tuteláveis pela ação popular, denota a valorização destes bens jurídicos no regime constitucional brasileiro, que erigiu a moralidade como um dos princípios basilares da administração pública (art. 37, CF) e que alçou o meio ambiente ecologicamente equilibrado à condição de “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225).

Importante observar que a atribuição da legitimidade ativa para alguém que não é titular do direito, feita na ação popular, representou um desafio ao dogma, ainda hoje preservado em nosso Código de Processo Civil (art. 6º), segundo o qual deve haver, necessariamente, uma compatibilidade entre o titular da relação processual e o da relação de direito material deduzida na lide.⁶⁶

Demais disso, conforme lição de Elival da Silva Ramos, a possibilidade de uso da ação popular, com o seu decorrente poder de controle dos atos da administração, indubitavelmente, conferiu aos cidadãos um meio de participação na vida política.⁶⁷

Evidente, portanto, que a ação popular, ao permitir a defesa do meio ambiente e da boa administração do patrimônio público, está protegendo interesses da coletividade (transindividuais). Daí que o mencionado instrumento pode ser caracterizado como espécie de ação coletiva.

2.3.2. Ação Civil Pública

A ação civil pública é instrumento destinado à promoção dos direito e interesses transindividuais previsto na Lei nº 7.347, de 24 de junho de 1985. Dispõe o artigo 1º do referido dispositivo legal⁶⁸:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação

⁶⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 71. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?...1>> Acesso em: 16 de junho de 2013.

⁶⁷ RAMOS, Elival da Silva apud ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 71. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?...1>> Acesso em: 16 de junho de 2013.

⁶⁸ BRASIL. *Lei Federal n.º 7.347, de 24 de julho de 1985*. “Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 08 de julho de 2013.

popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990)

V - por infração da ordem econômica; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

VI - à ordem urbanística. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Sobre a ação civil pública, afirma Teori Albino Zavascki, *in verbis*:⁶⁹

Compõe-se de um conjunto de mecanismos destinados a instrumentar demandas preventivas, reparatorias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos, nomeadamente “as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais” causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos e valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica e à economia popular.

Existem críticas acerca da denominação “ação civil pública”. Todavia, o que importa ter em mente é que a ação civil pública, em que pese a adequação ou não de sua denominação, é um procedimento destinado “a implementar judicialmente a tutela de direitos transindividuais, e não de outros direitos, nomeadamente de direitos individuais, ainda que de direitos individuais homogêneos se trate.”⁷⁰

Observe-se que para tutela dos direitos individuais homogêneos existe instrumento e procedimento próprio, previsto no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 91, denominado de “ação coletiva” ou “ação civil coletiva”, o qual será analisado mais adiante.

Todavia, a diferença entre a “ação civil pública” e a “ação coletiva” só existe para efeitos didáticos, posto que, na prática, tanto o legislador como a jurisprudência não faz qualquer distinção. Nesse diapasão é a doutrina de Teoria Albino Zavascki, a seguir⁷¹:

⁶⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 48. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?...1>> Acesso em: 16 de junho de 2013.

⁷⁰ Idem, p. 50.

⁷¹ Idem, p. 51.

Todavia, essa distinção terminológica, é bom reiterar, não constitui exigência científica. Sua importância é apenas prática e didática, se somente por isso a adotamos. Convém anotar, também, que ela não está sendo observada, nem pelo legislador e nem pela jurisprudência, que, de um modo geral, conferem a denominação de ação civil pública para todas, ou quase todas, as ações relacionadas com o processo coletivo, inclusive para as que tratam de direitos individuais homogêneos.

A ação civil pública é, assim, um instrumento versátil e adequado à natureza dos direitos e interesses a que se destina tutelar: os direitos difusos e coletivos. Para Teori Albino Zavascki:⁷²

...a ação civil pública é instrumento com múltipla aptidão, o que a torna meio eficiente para conferir integral tutela aos direitos transindividuais: tutela preventiva e reparatória, para obter prestações de natureza pecuniária (indenizações em dinheiro) ou pessoais (de cumprir obrigações de fazer ou não fazer), o que comporta todo leque de provimentos jurisdicionais: condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais e meramente declaratórios.

Destarte, tem-se que a ação civil pública é, por excelência, um instrumento de proteção dos direitos transindividuais, não por menos que é, atualmente, o meio mais utilizado.

2.3.3. Ação Civil Coletiva

O legislador brasileiro, com nítida inspiração nas *class actions for damages* do direito norte-americano, instituiu, por meio do Código de Defesa do Consumidor, as ações coletivas, cujo objetivo é, segundo Ada Pellegrini Grinover⁷³:

...facilitar o tratamento processual de causas pulverizadas, que seriam individualmente muito pequenas, e a de obter a maior eficácia possível das decisões judiciais. E, ainda, mantém-se aderentes aos objetivos de resguardar a economia de tempo, esforços e despesas e de assegurar a uniformidade das decisões.

⁷² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 52-53. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?...1>> Acesso em: 16 de junho de 2013.

⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini apud ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 148. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?...1>> Acesso em: 16 de junho de 2013.

De fato, não poderia o legislador permanecer inerte diante da necessidade de prover a tutela adequada dos direitos individuais semelhantes, decorrentes de atos praticados contra indivíduos envolvidos por uma situação comum.

O Código de Processo Civil prevê a possibilidade do litisconsórcio facultativo, no entanto, esta possibilidade apresenta várias restrições. Por essa razão o legislador introduziu no ordenamento jurídico a previsão contida no Capítulo II do Código de Defesa do Consumidor, a qual dispõe acerca da “ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos”.

Um dos instrumentos destinados à tutela dos interesses individuais homogêneos é a ação civil coletiva, prevista no artigo 91, da Lei nº 9.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor, com redação dada pela Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995, a seguir:

Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

A ação coletiva exsurge, assim, como alternativa ao instrumento processual do litisconsórcio ativo facultativo previsto no Código de Processo Civil.

Importante observar que na ação civil coletiva a atividade jurisdicional está repartida em duas etapas. Na primeira ocorre a análise do denominado “núcleo de homogeneidade”. Já na segunda, é feito um juízo específico de cada situação individual, a chamada “margem de heterogeneidade”. Nesse sentido, esclarece Teori Albino Zavascki⁷⁴:

Consiste num procedimento especial estruturado sob a fórmula da repartição da atividade jurisdicional cognitiva em duas fases: uma, que constitui o objeto da ação coletiva propriamente dita, na qual a cognição se limita às questões fáticas e jurídicas que são comuns à universalidade dos direitos demandados, ou seja, ao seu núcleo de homogeneidade; e outra, a ser promovida em uma ou mais ações posteriores, propostas em caso de procedência da ação coletiva, em que a atividade cognitiva é complementada mediante juízo específico sobre as situações individuais de

⁷⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 148. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?...1>> Acesso em: 16 de junho de 2013.

cada um dos lesados (= margem de heterogeneidade).

Ainda segundo o mencionado autor: “A repartição da atividade cognitiva é, pois, uma característica técnica inerente ao procedimento da ação coletiva. Procedimento que, desde logo, englobasse as duas partes da cognição não seria genuinamente o de uma ação coletiva.”⁷⁵

Pode-se dizer que, em não existindo essa estrutura bipartida, que permite uma análise, em separado, do núcleo de homogeneidade e da margem de heterogeneidade, a ação coletiva seria uma simples ação multitudinária.

Ademais, a repartição da atividade cognitiva é mais uma diferença entre a ação civil coletiva (para tutela dos direitos individuais homogêneos) e a ação civil pública (para direitos difusos e coletivos). Naquela a atividade cognitiva restringe-se ao núcleo de homogeneidade; já nesta, a cognição se dá de forma ampla, como ocorre em qualquer procedimento ordinário, envolvendo a totalidade da controvérsia.⁷⁶

2.3.4. Mandado de Segurança Coletivo

A Constituição Federal de 1988 arrola o mandado de segurança entre os direitos e garantias fundamentais. Dispõe o seu art. 5º, inciso LXIX e LXX:⁷⁷

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
 a) partido político com representação no Congresso Nacional;
 b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Constate-se que, em nosso ordenamento constitucional, existem duas

⁷⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 149. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?...1>> Acesso em: 16 de junho de 2013.

⁷⁶ Idem, p. 150.

⁷⁷ BRASIL. *Constituição de República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 de julho de 2013.

espécies de mandado de segurança: o individual, previsto no inciso LXIX, já observado na Constituição de 1934 e reproduzido em todas as seguintes, exceto pela de 1937; e o mandado de segurança coletivo, previsto no inciso LXX e até então inédito em nosso direito e sem similar no exterior.

Até o ano de 2009 inexistia qualquer disciplina infraconstitucional, razão pela qual o procedimento do mandado de segurança coletivo só era possível a partir de uma análise conjunta da Constituição e das demais normas do microsistema de processo coletivo. Em 07 de agosto do referido ano adveio a Lei nº 12.016, prevendo em seu artigo 21, *in verbis*⁷⁸:

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Antes do advento da Lei nº 12.016/2009, a doutrina se posicionava no sentido de que o mandado de segurança coletivo só se prestava para a tutela dos direitos individuais homogêneos (tutela coletiva de direito). No entanto, com a *novel* lei não restam dúvidas de que o mandado de segurança coletivo visa à proteção de todas as espécies de direitos transindividuais, conforme se observa do parágrafo único do artigo 21 da Lei do Mandado de Segurança, a seguir:

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;
II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

O mandado de segurança, com a Constituição de 1988, foi transformado em instrumento para tutela coletiva dos direitos. Portanto, constituí

⁷⁸ BRASIL. *Lei Federal n.º 12.016, de 07 de agosto de 2009*. “Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2013.

também uma ação coletiva. Aduz Teori Albino Zavascki que⁷⁹:

...o mandado de segurança coletivo é mandado de segurança, mas é também ação coletiva. Como mandado de segurança, guarda o perfil constitucional de instrumento “para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica de direito público”, segundo dispões o inciso LXIX do art. 5º da Carta Magna. Mas, como ação coletiva, assume certas características profundamente diferentes das que se reveste a simples ação individual de mandado de segurança, notadamente no que diz respeito ao juízo necessariamente globalizado que deve fazer a respeito do direito objeto da impetração, com todas as consequências que daí decorrem.

Assim sendo, não restam dúvidas de que o mandado de segurança coletivo é espécie do gênero ações coletivas, destinado tanto a defesa dos direitos difusos e coletivos, como dos direitos individuais homogêneos.

Esses são alguns dos instrumentos disponíveis em nosso ordenamento jurídico para tutela dos direitos individuais. Mas, a proteção desses direitos também pode ser feita extrajudicialmente, é o que veremos a seguir.

2.4. POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO NEGOCIADA DOS CONFLITOS DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Diz-se que um direito é indisponível quando não for possível ao seu titular renunciá-lo ou realizar concessão que importe em redução de seu conteúdo.

No caso dos direitos metaindividuais, a indisponibilidade se justifica pela natureza dos bens envolvidos e pela qualidade relações jurídicas que serão protegidas. Daí que não é admissível a renúncia a esta categoria de direitos, nem mesmo a transação.

Em se tratando de direito difusos, a indisponibilidade é da sua essência, conforme lição de Geisa de Assis Rodrigues.⁸⁰

A qualidade do titular do direito é levada em conta, por exemplo, para definir o direito difuso como indisponível, porque a indeterminação dos sujeitos não

⁷⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 203. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?...1>> Acesso em: 16 de junho de 2013.

⁸⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 44.

permite que se identifique uma vontade adequadamente formulada no sentido da disposição do sujeito. Por outro lado, o objeto do direito se constitui em bem de uso comum, de impossível divisibilidade, como meio ambiente ecologicamente equilibrado, a moralidade administrativa, o ar, o direito à educação. De igual modo os direitos difusos se desenvolvem no seio da sociedade e sua preservação é de interesse de todos, o que configura motivo relevante para a sua indisponibilidade. Por isso que se pode afirmar que todo o direito difuso é essencialmente indisponível.

Porém, segundo a mesma autora, quanto aos direito coletivos e individuais homogêneos, a indisponibilidade sofreria ligeira mitigação, mas não suficiente para permitir renúncia ou transação, *in verbis*⁸¹:

...a indisponibilidade do direito coletivo e dos direitos individuais homogêneos é um pouco mais mitigada. No caso dos primeiros a regra é a vedação absoluta de o indivíduo dispor do direito do grupo. Excepcionalmente a lei pode autorizar, desde que seja de mesma natureza que a norma que concebeu o direito coletivo, a possibilidade de disposição sobre direito coletivo patrimonial, com observância de determinados controles.

Nos direitos individuais homogêneos a indisponibilidade é relacionada à tutela coletiva e não propriamente ao direito, posto que cada um dos indivíduos pode dispor em sua esfera individual, sem repercutir no direito de todos os demais que estejam nas mesmas condições, por isso não pode haver disponibilidade, em âmbito coletivo, dos direitos de todos os indivíduos que estão em situação de origem comum. (p. 45)

Existe, todavia, a possibilidade de conciliação judicial e extrajudicial. Inclusive, existe no Brasil um estímulo aos meios alternativos de solução dos conflitos, conforme assevera Geisa de Assis Rodrigues⁸²:

O que deve estar claro é que o ordenamento jurídico brasileiro também está sendo influenciado pela tendência de estimular a solução extrajudicial de conflitos, quando esta se revelar adequada, também como decorrência do acesso à justiça promovido pelo Estado Democrático de Direito que pretende ter um sistema de resolução de conflito eficiente, tanto através da atividade jurisdicional quanto mediante a existência de outros mecanismos de justiça convencional.

Não existe óbice à resolução de conflitos envolvendo direitos metaindividuais pela via alternativa extrajudicial. No entanto, em virtude de certas particularidades desses direitos, devem ser atendidas duas regras: impossibilidade de renúncia e de concessão do direito; e garantia de que a vontade manifestada

⁸¹ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 45.

⁸² Idem, p. 47-48.

coincide com os interesses dos titulares, no caso, a coletividade.⁸³

No Brasil, tem-se como formas alternativas de resolução de conflitos transindividuais: a convenção coletiva de trabalho, com previsão no art. 611 da Consolidação das Leis Trabalhistas; a convenção coletiva de consumo, disciplinada pelo art. 107 do Código de Defesa do Consumidor; e o termo ou compromisso de ajustamento de conduta, instrumento previsto na Lei da Ação Civil Pública, e cujo estudo será feito no terceiro capítulo desta obra.

⁸³ Idem, p. 51-52.

3. DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

3.1. ORIGENS DO INSTITUTO

O estudo das origens de um determinado instituto perpassa pela análise da ambiência econômica, social e política do momento de sua gênese. As exigências de uma realidade histórica específica é que determinam o surgimento de um determinado instituto.⁸⁴

No caso do termo de ajustamento de conduta, esclarece Geisa de Assis Rodrigues que⁸⁵:

...o instituto surgiu na mesma ambiência social que gerou a Constituição Federal de 1988, um momento de redemocratização das instituições e de adaptação do ordenamento jurídico aos móveis políticos estabelecidos pela nova ordem. A sociedade brasileira já era uma verdadeira sociedade de massas, sem que houvesse, entretanto, uma adequada proteção das relações que devido à sua incidência e padronização a caracterizam, quais sejam as relações de consumo.

De mais a mais, observa Hugo Nigro Mazzilli que foi necessário mitigar a regra de indisponibilidade dos interesses transindividuais, criando-se uma lei mais flexível que permitisse a possibilidade de soluções amigáveis.⁸⁶

O surgimento do compromisso de ajustamento de conduta se deu em 1990, com advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069), precisamente em seu art. 211, que dispõe que: “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.”⁸⁷

No entanto, do que se pode observar do Estatuto da Criança e do Adolescente, o termo de ajustamento de conduta só poderia ser utilizado para proteção das crianças e dos adolescentes e não se estabeleceria nenhuma cominação para o caso de descumprimento.

⁸⁴ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 85.

⁸⁵ Idem. *Ibidem*.

⁸⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 395-396.

⁸⁷ BRASIL. *Lei Federal n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, “Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 23 de junho de 2013.

Pouco depois entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078), cujo art. 113 acrescentou o § 6º ao art. 5º da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), dispondo que: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia jurídica de título executivo extrajudicial.”⁸⁸

Com o Código de Defesa do Consumidor as possibilidades de uso do termo de ajustamento de conduta ampliaram-se, vez que tornou-se admissível a utilização do instituto para proteção de quaisquer interesses difusos, coletivos e individuais, mormente o dos consumidores. Outrossim, passou-se a prever cominação para o caso de descumprimento, consistente em multa.

Embora o termo de ajustamento de conduta tenha surgido com as alterações promovidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o debate jurídico sobre o instituto só adquiriu intensidade com os estudos para o Código de Defesa do Consumidor. Conforme relata Geisa de Assis Rodrigues⁸⁹:

Ao prever o compromisso de ajustamento de conduta, a lei do consumo concebeu um instituto de proteção extrajudicial de direitos metaindividuais, ampliando o sistema de garantia desses direitos. Não se desconhece que o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, instituiu com três meses de antecedência, em seu art. 211, o compromisso de ajustamento de conduta, mas o debate jurídico sobre o instituto deu-se nos estudos para o Código de Defesa do Consumidor...

Para além das previsões legais⁹⁰, tem-se na própria prática administrativa a possibilidade de celebração do ajuste de conduta, como bem observado por Geisa de Assis Rodrigues, *in litteris*⁹¹:

Podemos também arrolar como precursora da possibilidade da celebração do compromisso de ajuste por órgãos públicos a própria prática administrativa do Estado contemporâneo de se adotar, em determinadas situações, decisões que importem, em uma certa medida, negociação sobre a forma de cumprimento das normas legais ligadas a interesses da

⁸⁸ BRASIL. *Lei Federal nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, “Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 13 de junho de 2013.

⁸⁹ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 86.

⁹⁰ Importante anotar que a Lei nº 7.244/1984 (Lei do Juizado de Pequenas Causas) também é apontada como antecedente do termo de ajustamento de conduta, ao prever, em seu art. 55, parágrafo único, que: “Valerá como título executivo o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público.”

⁹¹ *Idem*, p. 87.

comunidade...

De certo, porém, que o termo de ajustamento de conduta não surgiu apenas como resultado da tutela administrativa, mas, principalmente, ante a inequívoca necessidade de aperfeiçoamento da tutela civil dos direitos transindividuais.⁹² Nesse sentido, arremata Geisa de Assis Rodrigues⁹³:

Conjugadas a previsão de eficácia executiva de acordos celebrados pelo Ministério Público, a experiência da prática administrativa concertada, a possibilidade de composição de direitos transindividuais indisponíveis e a adequação da tutela extrajudicial desses direitos, constatada na condução dos inquéritos civis públicos, tivemos o nascimento do instituto do termo de ajustamento de conduta.

A origem do ajuste de conduta, portanto, se deu na confluência da prática administrativa e da adequação do arcabouço legal necessário para a efetiva tutela civil dos direitos metaindividuais.

3.2. LIMITES CONCEITUAIS

José dos Santos Carvalho Filho conceitua o termo de ajustamento de conduta como sendo:⁹⁴

...o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação do seu comportamento às exigências legais.

O termo de ajustamento de conduta existe como instrumento de tutela de direitos transindividuais ou tutela coletiva de direitos pela via extrajudicial. Seu uso pode ser feito pelo Ministério Público, ou pelos demais órgãos legitimados, mas a titularidade do direito, de certo, que não é daqueles que possuem legitimidade para firmar o ajuste de conduta, uma vez que os direitos metaindividuais não pertencem aos que podem celebrar o ajuste.⁹⁵

⁹² RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 89.

⁹³ Idem. *Ibidem*.

⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: comentários por artigo* (Lei nº 7.347, de 24/7/85). 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 222.

⁹⁵ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Op. Cit.*, p. 95.

De mais a mais, o ajuste de conduta permite uma solução negociada do conflito envolvendo interesses transindividuais e possui eficácia de título executivo, o que será melhor analisado alhures.

Por meio do termo de ajuste de conduta se reconhece a iminência ou a existência de um determinado fato, que pode ser oriundo de uma ação comissiva ou omissiva, o qual pode vir a lesar ou está lesando direitos transindividuais. Intenta-se formalizar um acordo pelo qual aquele a quem foi imputado o fato comprometa-se a evitar o dano ou a promover a integral reparação.⁹⁶

O compromisso de ajustamento de conduta não visa afastar a responsabilidade administrativa, a qual é independente, mas, tão somente, a responsabilidade civil, consoante aduz Geisa de Assis Rodrigues⁹⁷:

Embora o ajuste de conduta seja firmado por órgãos públicos, é um instrumento de composição de deveres e obrigações resultantes eminentemente de responsabilidade civil. (...) no ajuste de conduta o obrigado assume o cumprimento de obrigações para afastar a incidência do que se convencionou chamar de responsabilidade civil, e não administrativa.

Assim é que no caso, por exemplo, de poluição de um rio, o compromisso de ajuste de conduta evitará o ajuizamento de ação cível visando à reparação por danos ao meio ambiente, mas não obstará a aplicação de sanções administrativas. Importante destacar que o ajuste de conduta só deve ocorrer⁹⁸:

...quando se revelar a melhor solução para a tutela dos direitos transindividuais. Não só a própria celebração do ajuste deve estar sob a égide desse fim normativo como também o seu próprio conteúdo sempre deve favorecer à proteção dos direitos transindividuais, e não ser um meio de conceder condições mais favoráveis aos violadores da norma.

Também não se pode admitir no termo de ajustamento a renúncia ou restrição do direito transindividual a ser protegido, posto que o fim do instituto é a integral e adequada tutela desses direitos.

Sobre a utilização do compromisso de ajustamento de conduta de forma preventiva, tem-se que é recomendável, posto que, muitas vezes, só a prevenção é capaz de proteger os direitos de forma efetiva.

⁹⁶ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 96.

⁹⁷ Idem. *Ibidem*.

⁹⁸ Idem, p. 100-101.

Nessa esteira, cabe trazer a lição de Geisa de Assis Rodrigues, *in verbis*⁹⁹:

O ajuste de conduta tem como outro importante fim ensejar a prevenção da lesão ao direito individual. (...) muitas vezes só a tutela preventiva protege adequadamente os direitos. A reparação de danos, de nítido viés repressivo, é, em muitos casos, inviável. A possibilidade de o ajuste de conduta “antecipar à sentença de cognição” existe justamente para ampliar esse seu atributo preventivo.

Destarte, afere-se que a utilização do ajuste de conduta encontra certos limites, os quais são delimitados em razão do escopo de tutela integral dos direitos transindividuais à luz do ordenamento jurídico.

3.3. PRINCÍPIOS NORTEADORES

3.3.1. Princípio do Acesso à Justiça

O princípio do acesso à justiça é considerado pela doutrina como o mais básico dos direitos fundamentais, vez que só por meio dele é possível dar algum sentido à titularidade dos demais direitos, conforme lição de Mauro Capelletti e Bryant Garth¹⁰⁰:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (...) O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística.

O princípio do acesso à justiça não se constitui apenas no mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mais do que isso, consiste no acesso a uma ordem jurídica justa. Segundo Kazuo Watanabe¹⁰¹:

⁹⁹ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, p. 101.

¹⁰⁰ CAPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 05.

¹⁰¹ WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento...

Acentuam Mauro Capelletti e Bryant Garth os elementos constitutivos do acesso à justiça, quais sejam¹⁰²:

São seus elementos constitutivos: a) o direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa; b) são dados elementares desse direito: (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e ostentada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; (2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características.

Já para Geisa de Assis Rodrigues¹⁰³:

O acesso à justiça tem uma preocupação pragmática, embora não utilitarista, da justiça, porque a concebe como um valor concreto que pode ser medido nas coisas do cotidiano, na prática especificada cada instituto jurídico, ou até mesmo na renovação das bases de toda teoria jurídica, especialmente processual. (...) Qualquer análise, por mais microscópica que seja, deve se valer da preocupação com a consecução desse valor, que é ao mesmo tempo essência e predicado do Direito.

O termo de ajustamento de conduta nasce em um contexto de busca por meios alternativos de proteção dos direitos transindividuais, de modo a contribuir para uma maior eficácia na tutela desses direitos,¹⁰⁴ bem como garantir o acesso à justiça no que lhes dizem respeito, em especial face às dificuldades pelas quais passa o Judiciário na atualidade. Aduz Geisa de Assis Rodrigues, sobre o ajuste de

¹⁰² CAPELLETTI, Mauro apud WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

¹⁰³ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 104.

¹⁰⁴ Idem, p. 105.

conduta que¹⁰⁵:

A concepção desse mecanismo alternativo, que permite que direitos tão fundamentais como os transindividuais se possam beneficiar das evidentes vantagens da conciliação, amplia o acesso à justiça, posto que representa uma tutela mais adequada desses direitos.

Porém, a que se registrar que o compromisso de ajustamento de conduta somente terá sentido quando constituir-se em um meio econômico, breve e justo de solução dos conflitos envolvendo direitos transindividuais, do contrário, a promessa de acesso à justiça contida no instituto restará frustrada.¹⁰⁶

A utilização do termo de ajuste de conduta, portanto, não pode importar em limitação do acesso à justiça dos direitos metaindividuais, razão pela qual não pode haver qualquer tipo de renúncia ou concessão sobre o efetivo cumprimento do direito.

3.3.2. Princípio da Tutela Preventiva

Outro princípio norteador para celebração do ajuste de conduta, e que inclusive reforça o próprio acesso à justiça, é o princípio da tutela preventiva, o qual preconiza que sempre que possível deve-se encontrar meios para evitar a ocorrência de atos ilícitos ou de danos, até porque “o compromisso foi concebido como um mecanismo de solução extrajudicial justamente para propiciar essa prevenção”.¹⁰⁷

A tutela preventiva, na visão de Ovídio Araújo Baptista da Silva¹⁰⁸:

...sustenta-se, em maior ou menor grau, num juízo de probabilidade. Tutela-se o que ‘provavelmente’ pode ocorrer. Pelo termo tutela preventiva não se compreende apenas as providências judiciais dispostas no Código de Processo Civil (...). A tutela preventiva é muito mais que a simples conservação da coisa ou da situação para análise ou utilização futura. É a utilização do instrumento processual adequado, manobrado para não fazer perecer o objeto da demanda garantindo assim a efetividade da ação, do processo e do próprio direito...

¹⁰⁵ Idem. Ibidem.

¹⁰⁶ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 105.

¹⁰⁷ Idem, p. 107.

¹⁰⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 217.

Assevera Luiz Guilherme Marinoni que “trata-se da tutela preventiva, a única capaz de impedir que os direitos não patrimoniais sejam transformados em pecúnia, através de uma inconcebível expropriação de direitos fundamentais para a vida humana”.¹⁰⁹

De fato, quando se trata de dano extrapatrimonial a sanção em forma de pecúnia, longe de corresponder plenamente a reparação do dano, visa, tão somente, amenizar os efeitos da violação do direito e coibir a impunidade dos causadores do dano.

Destarte, vê-se que o termo de ajustamento de conduta se mostra como um instrumento capaz de promover a tutela inibitória, no caso, pela via extrajudicial. Evidencia Geisa de Assis Rodrigues, *in verbis*¹¹⁰:

Mas o que se pode evidenciar é que o compromisso de ajustamento de conduta pode ser um importante veículo para se evitar a prática de atos ilícitos, ou a continuidade de sua ocorrência, haja ou não um dano configurado ao direito transindividual. Assim, tal como a tutela inibitória judicial, o ajuste de conduta provê, principalmente, para o futuro. Estabelece como deve ser a conduta do obrigado daí por diante em relação à observância daquele direito.

A mesma autora arremata:¹¹¹

Tal qual na vida em geral, prevenir é melhor do que remediar, mormente quando pode não existir o remédio eficaz para combater o mal. Assim, em virtude desse valor perseguido pela norma do ajuste deve-se privilegiar a tutela preventiva; em segundo lugar permitir a reparação integral do dano; e só em última hipótese ensejar que o ajuste tenha medidas apenas de ressarcimento.

Constata-se, deste modo, que o compromisso de ajustamento de conduta possui uma forte vocação inibitória e ao ser utilizado como meio extrajudicial de prevenção de ilícitos e danos, além de poder garantir com maior eficácia e eficiência a tutela dos direitos transindividuais.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme apud RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 108.

¹¹⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 110.

¹¹¹ Idem, p. 112.

3.3.3. Princípio da Tutela Específica

A tutela específica é uma tutela direta que busca garantir ao credor resultado prático idêntico ao que poderia ser obtido na hipótese de adimplemento espontâneo da obrigação.

Para José Carlos Barbosa Moreira, consiste a tutela específica em um “conjunto de remédios e providências tendentes a proporcionar àquele em cujo benefício se estabeleceu a obrigação o preciso resultado prático atingível por meio do adimplemento, isto é, a não-violação do direito ou do interesse tutelado”.¹¹²

Pode-se dizer que o termo de ajustamento de conduta também deve permitir a tutela específica das obrigações. Isso porque, embora não se trate de tutela judicial, o ajuste deve, via de regra, buscar a recuperação da situação anterior à prática do ilícito ou ao dano ao direito transindividual.¹¹³ Segundo Geisa de Assis Rodrigues, *in verbis*¹¹⁴:

Sem exagero, podemos afirmar que a única tutela plenamente adequada para a satisfação desses deveres jurídicos para com a comunidade é a tutela específica. O ressarcimento não nos fornece uma resposta razoável. Por isso, também é medida de acesso à justiça a preocupação com a tutela específica dessa modalidade de obrigação, e podemos nos regozijar de que no sistema processual brasileiro exista essa clara tendência.

Constata-se, portanto, que, quando da celebração do ajuste de conduta, deve-se considerar esse importante princípio da tutela específica, porquanto permite a integral e plena satisfação dos direitos metaindividuais.

3.4. NATUREZA JURÍDICA

Quanto à natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta, constata-se a existência de uma divergência na doutrina. Basicamente, as posições doutrinárias agrupam-se em duas correntes: uma que sustenta que o ajuste seria uma transação, e a outra que defende que se trataria de um ato jurídico diverso, no

¹¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*. In: *Temas de Direito Processual*, Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 31.

¹¹³ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 112.

¹¹⁴ *Idem*, p. 113.

sentido amplo do vocábulo.¹¹⁵

Hugo Nigro Mazzilli entende que o compromisso de ajustamento de conduta é uma transação, aduzindo da seguinte forma¹¹⁶:

...transação ou Compromisso de Ajustamento que alude a Lei, não se equipara a uma vera e própria transação que cuida o direito civil. No campo privado, a transação versa interesses disponíveis dos transigentes. Em matéria de Ação Civil Pública ou Ação Coletiva, porém os órgãos legitimados a estabelecer Compromissos de Ajustamento não são titulares do direito material; devem, pois, agir com muita cautela aos estabelecer as condições, até porque qualquer co-legitimado poderá discutir em juízo o mérito do compromisso assumido...

No mesmo sentido, leciona Édis Milaré, *in verbis*¹¹⁷:

A marca da indisponibilidade dos interesses e direitos fundamentais e direitos transindividuais impede, em princípio, a transação, tendo em vista que o objeto desta alcança apenas direitos patrimoniais de caráter privado (...) Diante, porém, de situações concretas de dano iminente ou consumado, em que o responsável acede em adequar-se à Lei ou em reparar a lesão, seria fechar os olhos à realidade e às exigências da vida recusar pura e simplesmente tal procedimento, numa incompreensível reverência aos conceitos. (...) Despertando para esta realidade (...) o § 6º (...) consagra hipótese de transação, pois destina-se a prevenir o litígio (propositura da ação civil pública) ou pôr-lhe fim (ação em andamento), e ainda dotar os legitimados ativos de Título executivo extrajudicial ou judicial, respectivamente, tornando líquida e certa a obrigação.

Deste modo, vê-se que os autores que defendem ser o compromisso de ajustamento de conduta uma transação destacam que não se trataria de uma transação ordinária, mas sim uma transação especial ante a indisponibilidade dos direitos transindividuais. A realização de mútuas concessões, característica das transações, só poderia abarcar uma esfera accidental do exercício desses direitos, vale dizer, as condições de tempo, lugar e modo, não podendo jamais versar sobre o conteúdo do próprio direito.¹¹⁸

De outra banda, temos o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho, o qual aduz que: “A natureza jurídica do instituto é, pois, a de ato jurídico

¹¹⁵ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 123.

¹¹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 213.

¹¹⁷ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 976-977.

¹¹⁸ RODRIGUES, Geisa de Assis. Op. Cit., p. 123.

unilateral quanto à manifestação volitiva, e bilateral somente quanto à formalização, eis que nele intervêm o órgão público e o promitente.¹¹⁹

No mesmo sentido é a doutrina de Geisa de Assis Rodrigues¹²⁰:

É um negócio da Administração que também tem natureza de equivalente jurisdicional, por ser um meio alternativo de solução de conflito. Podemos concluir que o ajustamento de conduta é um acordo, um negócio jurídico bilateral, que tem apenas o efeito de acertar a conduta do obrigado às exigências legais.

Tem-se, assim, por caracterizada a linha da outra parcela de autores cuja doutrina é no sentido de que não se trata o ajuste de conduta de hipótese de transação, mas sim um negócio jurídico. Não se trataria de transação ante a natureza indisponível intrínseca aos direitos metaindividuais. Também não haveria uma vera transação, posto que o conteúdo do direito sob análise não poderia ser reduzido ou limitado, aliás o único ponto em que toda a doutrina converge.¹²¹

Geisa de Assis Rodrigues bem esclarece as razões que dificultam a precisa definição da natureza jurídica do instituto do ajuste de conduta, *in litteris*¹²²:

Primeiramente, temos que enfatizar a dificuldade, já mencionada alhures, de utilizar conceitos que foram concebidos para disciplinar relações individuais, de nítido caráter patrimonial, ou seja, as relações de direito privado tradicionais, para tutelar relações jurídicas emergentes que se caracterizam por sua dimensão coletiva e sua extrapatrimonialidade. Ademais, o instituto é celebrado por órgãos públicos, não na condição de potestade, mas para determinar uma forma de reparar ou evitar um dano, ou ilícito, que se encontra na esfera de prevenção e da responsabilidade civil. De qualquer sorte, além da própria natureza dos direitos transindividuais, o fato de ser firmado por órgãos públicos imprime algumas peculiaridades ao instituto que não podem ser desprezadas. Some-se a isso a natureza híbrida do instituto por suas repercussões no âmbito material e do direito processual, e o fato de estar na verdadeira encruzilhada entre o público e o privado.

Seja como for, “a natureza jurídica do ajustamento de conduta não pode se tornar um falso dilema, posto que o que realmente interessa é a prática efetiva do instituto, que deve honrar a sua teleologia e seus princípios”¹²³. De fato, não se pode admitir que meras questões doutrinárias prejudiquem a utilização do instrumento.

¹¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo* (Lei nº 7.347, de 24/7/85). 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 222.

¹²⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 138.

¹²¹ Idem, p. 124.

¹²² Idem, p. 126.

¹²³ Idem, p. 139.

3.5. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA

No ordenamento jurídico brasileiro, a legitimação ativa para defesa dos direitos transindividuais na esfera judicial, desde que preenchidos certos requisitos legais, é concorrente e disjuntiva do Ministério Público, da União, dos Estados, dos Municípios, das autarquias, das fundações públicas, das sociedades de economia mista, das empresas públicas e das associações¹²⁴, bem como, da Defensoria Pública.

Observa-se que o legislador fez opção pela expressão “órgãos públicos legitimados” à tomada do termo de ajustamento de conduta aos preceitos legais, conforme se observa do § 6º, do art. 5º da Lei nº 7.347/85. Deste modo, é possível constatar que os legitimados ativos à ação principal e da cautelar previstos no *caput* do art. 5º não são os mesmos legitimados à celebração do ajuste de conduta.

O art. 21 da Lei nº 7.347/85 permite, no que for cabível, a aplicação dos dispositivos constantes do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, relativamente à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Destarte, a partir da interpretação sistemática das Leis nº 7.347/85 e nº 8.078/90 tem-se que são ativamente legitimados para a tomada do compromisso de ajustamento de conduta: a) o Ministério Público; b) a Defensoria Pública, c) a União, os Estados, os Município e o Distrito Federal; d) as autarquias e fundações de direito público; e) as entidades e órgão da administração pública direta e indireta, mesmo que sem personalidade jurídica, especificamente destinados a defesas dos interesses tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor.

Esclarecedora é a lição de Hugo Nigro Mazzilli sobre a legitimidade ativa, *in verbis*¹²⁵:

a) Quando se trate de órgãos pelos quais o Estado administra o interesse público, ainda, que integrem a administração indireta (como autarquias, fundações públicas ou empresas públicas), nada obsta a que tomem compromissos de ajustamento quando ajam na qualidade de entes estatais. Dessa forma, p. ex., quando as empresas estatais ajam como *prestadoras*

¹²⁴ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.139.

¹²⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 403.

ou exploradoras de serviços público, em tese é aceitável também possam tomar compromissos de ajustamento;

b) Contudo, quando os órgãos estatais ajam na qualidade de *exploradores da atividade econômica*, não se admite possam tomar compromissos de ajustamento. Com efeito, a esses órgãos e empresas dos quais o Estado participa, quando concorram na atividade econômica em condições empresariais, não se lhes pode conceder a prerrogativa de tomar compromissos de ajustamento de conduta, sob pena de estimular desigualdades afrontosas à ordem jurídica, como é o caso das sociedades de economia mista ou das empresas públicas, quando ajam em condições de empresas de mercado.

No que tange a legitimidade passiva, tem-se que qualquer pessoa possui legitimidade para figurar como obrigado no compromisso de ajuste de conduta: as pessoas naturais, as pessoas jurídicas de direito privados e as de direito público, bem como os órgãos sem personalidade jurídica, e as pessoas morais, como condomínio e a massa falida podem praticar condutas que ameacem ou prejudiquem os direitos transindividuais, a administração do Poder Judiciário e a própria administração do Ministério Público.¹²⁶

Importante destacar que é imprescindível que o compromitente das obrigações assumidas com o ajuste de conduta esteja devidamente representado¹²⁷, sob pena de invalidez do ato praticado.

3.6. OBJETO

O ajuste de conduta possui como objeto a adequação aos ditames da lei vigente ao tempo da ameaça ou da violação do direito metaindividual. O alvo do instituto é bastante amplo, podendo ser o comportamento comissivo ou omissivo, condutas já findas ou por se realizar, condutas instantâneas ou continuadas.¹²⁸

¹²⁶ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 153.

¹²⁷ Quando a pessoa física figurar como obrigada no ajuste de conduta, a mesma deverá apresentar capacidade civil para tanto e se não for possível a sua presença, deverá estar representada por procurador com poderes específicos e expressos para o ato. Caso se trate de pessoa jurídica de direito privado, deverá estar representada por sócio com poderes de gestão ou, se não for possível a sua presença, através de preposto ou procurador com poderes expressos para firmar o compromisso de ajuste de conduta. Entes despersonalizados, como massa falida, condomínio ou espólio, deverão estar representados, quando da assinatura do ajuste, pelo administrador judicial, pelo síndico ou pelo inventariante, respectivamente, podendo ser nomeado procurador com poderes expressos para o ato. No caso do obrigado ser incapaz, ele deverá ser representado pelos pais ou responsáveis legais. Já as pessoas jurídicas que integram a administração pública direta ou indireta, de igual modo, deverão comparecer através de seus respectivos representantes legais, ou, na impossibilidade, por procurador ou preposto com poderes expressos para assinatura do ajuste.

¹²⁸ RODRIGUES, Geisa de Assis. Op. Cit., p. 155.

Assim é que o compromisso de ajustamento de conduta pode versar sobre qualquer obrigação de fazer ou de abstenção atinente ao zelo de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o que inclui, basicamente: a) o meio ambiente, b) o consumidor; c) a ordem urbanística; d) o patrimônio cultural; e) a ordem econômica e a economia popular; f) interesses de crianças e adolescentes; g) quaisquer outros interesses transindividuais.

Importante anotar que o termo de ajustamento de conduta não trata de responsabilidade penal ou administrativa, razão pela qual a sua celebração não afasta a responsabilização nessas searas, até mesmo ante a existência de autonomia das esferas de responsabilidade. Nesse sentido, assevera Geisa de Assis Rodrigues¹²⁹:

...o ajustamento de conduta não pode implicar redução de acesso á justiça de indivíduos, o inverso, como muito mais razão, não pode ocorrer. Concluímos, assim, que a responsabilidade civil, a administrativa e a penal são autônomas, e que a aplicação de uma não pode impedir a satisfação da outra.

Em suma, o termo de ajuste de conduta pode ter como objeto qualquer interesse transindividual, não possui reflexos nas esferas penal e administrativa e não pode importar em redução do conteúdo dos interesses que visa proteger, razão pela qual deve haver uma perfeita consonância com os ditames legais.

3.7. FORMALIZAÇÃO

De ordinário, a medida da relevância da forma está na sua capacidade de contribuir para que os atos alcancem os seus objetivos. Assim é que a forma possui caráter relativo e meramente instrumental que, excepcionalmente, integra o cerne do ato jurídico. O excessivo apego à forma, inclusive, e em muitos casos, pode vir a prejudicar o alcance dos valores fundamentais do direito.¹³⁰ Para Geisa de Assis Rodrigues¹³¹:

...o compromisso de ajuste de conduta deve ser reduzido a termo, e,

¹²⁹ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 159.

¹³⁰ Idem, p. 170-171.

¹³¹ Idem, p. 175.

portanto, é de sua essência formal a natureza escrita. Sendo um ato de Poder Público sobre um direito que pertence a toda uma massa de pessoas, deve indispensavelmente conter uma justificação, ainda que concisa, sobre os motivos que recomendam a celebração do ajuste. Somente devem estar necessariamente previstas no termo de ajuste a identificação das partes signatárias, o compromisso expresso do atendimento das cláusulas do ajuste, as cláusulas que definem a obrigação redigidas de forma clara, de modo que exsurjam cristalinas a sua certeza e liquidez, e o prazo de cumprimento das obrigações expresso ou vinculado à vigência do ajuste.

Verifica-se a inexistência de normas legais acerca da forma dos termos de ajustamento de conduta, a exceção dos ajustes celebrados pelos órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), cuja forma é disciplinada pelo art. 79-A da Lei nº 9.605/1998, bem como para o compromisso de cessão previsto na Lei nº 8.884/1994.

Pode-se dizer que a celebração do compromisso de ajuste de conduta preza pela informalidade, o que ocorre de ordinário, com os atos administrativos. No ajuste de conduta é necessário somente que esteja certa a sua existência e do acerto realizado. Outrossim, se mostra necessário que fique clara a sua determinação e a liquidez das obrigações assumidas.¹³²

3.8. POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO E RESCISÃO

Assim como outros negócios jurídicos, o compromisso de ajustamento de conduta também pode ser compreendido nos planos da existência, validade e eficácia.

O negócio jurídico deve, necessariamente, atender as existências e valores da norma que o regula, do contrário reputar-se-á inválido o negócio jurídico por não possuir todos os requisitos exigidos pela lei.

O termo de ajustamento de conduta será válido:¹³³.

...quando os agentes que dele participam tenham legitimidade e capacidade para celebrá-lo; quando o objeto consista em obrigações ilícitas e acima de tudo adequadas para a garantia, tanto preventiva quanto reparatória, do direito transindividual; quando o acordo é manifestado sem qualquer tipo de vício de vontade e a sua forma seja escrita.

¹³² RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 171.

¹³³ Idem, p. 180.

Outrossim, é possível que voluntariamente se promova a rescisão do ajuste de conduta “quando se demonstrar, por exemplo, a impossibilidade de seu cumprimento por motivo de força maior, de caso fortuito devidamente registrado no termo de rescisão, ou quando as partes concordarem que não mais existem os pressuposto que o ensejaram.”¹³⁴

Os mesmos motivos que ensejam a rescisão também podem implicar em nova negociação, que substituí o compromisso anterior.

Assinala Hugo Nigro Mazzilli que o compromisso de ajustamento de conduta “pode ser rescindido voluntariamente, pelo mesmo procedimento pelo qual foi feito, ou contenciosamente, por meio de ação anulatória.”¹³⁵

Evidente, portanto, a possibilidade de anulação, rescisão e renegociação do ajuste de conduta celebrado.

3.9. EFICÁCIA

Quando se analisa um negócio jurídico sob o plano da eficácia o que se pretende é aferir se ele mesmo é capaz de produzir efeitos, não todo e qualquer efeito prático, mas sim efeitos jurídicos. Nesse sentido, leciona Antônio Junqueira de Azevedo¹³⁶:

O terceiro e último plano em que a mente humana deve projetar o negócio jurídico para examiná-lo é o plano da eficácia. Nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão só, da sua eficácia jurídica e, especialmente, da sua eficácia própria ou típica, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos.

No caso específico do ajuste de conduta, busca-se examinar os seus efeitos jurídicos próprios. Geisa de Assis Rodrigues bem descreve os efeitos do ajustamento de conduta, o que faz nos seguintes termos¹³⁷:

¹³⁴ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 184.

¹³⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 419-420.

¹³⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

¹³⁷ RODRIGUES, Geisa de Assis. Op. Cit., p. 184-185.

O ajustamento de conduta tem os seguintes efeitos principais: a) a determinação da responsabilidade do obrigado pelo cumprimento do ajustado; b) a formação do título executivo extrajudicial. Quanto ao procedimento da investigação, o efeito depende da regra vigente na instituição, podendo ocorrer: a) a suspensão do procedimento administrativo no qual foi tomado, ou para o qual tenha repercussão, ocorrendo a homologação do compromisso; b) a suspensão do procedimento sem que haja a homologação do compromisso, com o seu encerramento apenas após o seu pleno cumprimento; c) o arquivamento do processo administrativo, havendo a necessidade de instaurar um novo procedimento para fiscalização do cumprimento do termo de ajustamento de conduta.

Já para Antônio Junqueira de Azevedo, são três os fatores de eficácia do negócio jurídico em geral que se aplicam ao compromisso de ajustamento de conduta, quais sejam: a) fatores de atribuição de eficácia em geral; b) fatores de atribuição da eficácia diretamente visada; c) fatores de atribuição da eficácia mais extensa.¹³⁸

Os fatores de atribuição de eficácia em geral “são aqueles sem os quais o ato praticamente nenhum efeito produz”.¹³⁹ Como exemplos mais comuns, tem-se o termo e a condição suspensiva, os quais se constituem em elementos acidentais, de cuja implementação depende a cláusula obrigacional para produzir efeitos.

Já os fatores de atribuição de eficácia diretamente visada “são aqueles indispensáveis para que um negócio, que já é de algum modo eficaz entre as partes, venha a produzir exatamente os efeitos por ele visados”.¹⁴⁰ Mesmo antes do advento do fator sob análise, o ajuste de conduta produz efeitos, mas não os efeitos normais.

Se, por exemplo, um compromisso de ajustamento para regularização de um loteamento clandestino é celebrado pelo órgão legitimado com compromissário que não é o proprietário, o negócio jurídico é válido e até mesmo tem eficácia entre os ajustantes, pois o compromissário deverá cumprir as obrigações que assumiu, inclusive a de adquirir a propriedade para possibilitar o cumprimento das demais prestações destinadas à regularização. Falta ao negócio jurídico, porém, a eficácia diretamente visada, que implica que os efeitos do compromisso se projetem na esfera jurídica de terceiros.

¹³⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49-61.

¹³⁹ Idem, p. 57.

¹⁴⁰ Idem, ibidem.

Por sua vez, os fatores de atribuição de eficácia mais extensa “são aqueles indispensáveis para que um negócio, já com plena eficácia, inclusive produzindo exatamente os efeitos visados, dilate seu campo de atuação, tornando-se oponível a terceiros ou *erga omnes*”.¹⁴¹ As medidas de publicidade seriam exemplos de fatores de atribuição de eficácia mais extensa.

Quanto ao momento em que o ajuste de conduta passa a ser eficaz, aduz Hugo Nigro Mazzilli que¹⁴²:

O compromisso de ajustamento é eficaz a partir do instante em que é tomado pelo órgão público legitimado. Isso significa que nada obsta que os próprios interessados, quando o termo de compromisso seja celebrado perante órgão do Ministério Público, difiram a produção de seus efeitos a partir do momento da homologação do arquivamento do inquérito civil pelo Conselho Superior da instituição.

Tem-se, ainda, a polêmica questão de necessidade de homologação por parte do Conselho Superior do Ministério Público no caso se ajustes de conduta celebrados por membros daquela instituição. Esclarece Hugo Nigro Mazzilli que¹⁴³:

A revisão não se destina a condicionar a *eficácia* do compromisso, mas sim deverá ocorrer porque o compromisso importa, implícita e expressamente, o encerramento total ou parcial das investigações ministeriais a propósito da questão acordada. E o colegiado competente pode entender insatisfatória a solução alcançada e determinar outras diligências no inquérito civil, ou pode determinar até mesmo a propositura de ação civil pública por outro membro da instituição.

Porém o Conselho Superior do Ministério Público paulista, em sentido contrário, vem entendendo que, no caso, o controle não é administrativo e sim apenas judicial. Desta forma, editou a Súmula nº 25: “Não há intervenção do CSMP quando a transação for promovida por promotor de Justiça no curso de ação civil pública ou coletiva”. Assim o colegiado fundamentou o seu entendimento: “O controle, na hipótese aludida, não é administrativo, tal como ocorre no caso de arquivamento do inquérito civil (art. 9ª, S 3º, da Lei n. 7.347/85), porém, jurisdicional, consistente na homologação por sentença do juízo”.¹⁴⁴

¹⁴¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 57.

¹⁴² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 415.

¹⁴³ Idem, p. 418.

¹⁴⁴ Idem, p. 418-419.

Parece mais acertado o posicionamento doutrinário segundo o qual não há necessidade de homologação por parte do órgão colegiado, pois, do contrário, é possível que se afete a imparcialidade do julgador.

Feita análise dos pormenores do termo de ajustamento de conduta, passaremos a uma análise mais pragmática, com o objetivo específico de aferir a utilização do ajuste de conduta nos vários ramos do direito.

4. O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS EM ESPÉCIE

4.1. O AJUSTE DE CONDUTA NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE.

Nos termos do art. 225, da Constituição Federal, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Toda conduta que possa gerar risco, ou, de alguma forma interferir na conformação do meio ambiente deve levar em conta o princípio da precaução, ou seja, na dúvida não se deve proceder da maneira arriscada ou danosa. Paulo Affonso Leme Machado conclui que o princípio da precaução “contém essencialmente a avaliação de riscos, pública e transparente”.¹⁴⁵

O artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, consagra a responsabilização civil, administrativa e penal dos responsáveis por danos ambientais. Contudo, ao mesmo tempo em que objetiva uma ampla proteção da natureza, existe o óbice técnico e prático relacionado à demora dos processos judiciais ocasionada pelas formalidades e o longo contraditório, que podem até mesmo tornar inócua a decisão proferida ao fim da lide. Sobre o tema, Édis Milaré aduz que¹⁴⁶:

Por isso é corrente a afirmação de que as três esferas de responsabilidade são independentes e autônomas entre si. Não se pode deixar de reconhecer que tal assertiva está correta, já que, por princípio, a condenação em uma dessas esferas não impede nem implica uma segunda ou terceira condenação nas demais. Isso ocorre porque os pressupostos de configuração de responsabilidade jurídica são distintos entre si, sendo perfeitamente possível, repita-se, a imposição ao agente, a um só tempo, dos ônus decorrentes das responsabilizações civil, penal e administrativa.

Com o intuito de permitir uma resolução mais ágil destas questões é que foi inserido o termo de ajustamento de conduta na legislação do Brasil, utilizando amplamente a já comentada técnica da resolução negociada dos conflitos.

¹⁴⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme *O princípio da precaução e a avaliação de riscos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 35-50.

¹⁴⁶ MILARÉ, Édis; LOURES, Flávia Tavares Rocha. *A Responsabilidade Penal Ambiental em face dos Compromissos de Ajustamento de Conduta*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 74.

Nesta esfera, tanto os órgãos públicos como o Ministério Público e a Defensoria Pública têm legitimidade para a celebração do ajuste de conduta, sendo importante sempre observar e firmar com clareza as condições de recuperação do meio ambiente danificado ou a maneira de desenvolvimento da atividade que ofenderá o mínimo possível o ecossistema natural.

Apenas para destacar circunstância polêmica, alguns tribunais¹⁴⁷ vêm entendendo que caso o infrator da ordem jurídica que causou dano ao meio ambiente venha a firmar ajuste de conduta antes do oferecimento da denúncia o processo criminal deve ser arquivado, em virtude do especial valor que a ordem jurídica dá a construção do consenso e solução eficaz do conflito. Isso é natural, pois como bem assevera Hugo Nigro Mazzili¹⁴⁸:

Entretanto, não se podem perder de vista algumas regras quanto aos limites dos compromissos de ajustamento: a) como são garantia mínima e não máxima de responsabilidade do causador do dano a interesses transindividuais, conseqüentemente não podem os compromissos estipular cláusulas limitativas de responsabilidade do compromitente nem impeditivas de acesso dos lesados à jurisdição; b) pelo mesmo motivo, não podem os compromissos incluir renúncia, por parte dos compromissários, a quaisquer direitos materiais, de que não são titulares os órgãos públicos legitimados a tomarem os compromissos; c) ainda por isso, não se admite que, nesses compromissos, haja transação quanto ao objeto material do litígio, até porque não têm os legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva a disponibilidade sobre o direito material controvertido; d) porque não se admite transação nem mesmo em juízo em matéria atinente à improbidade administrativa, com maior razão não se admite compromisso de ajustamento que importe renúncia ou dispensa de exercício de direitos em prejuízo do patrimônio público.

O compromisso de ajustamento que visa proteção do meio ambiente, e dos demais bens “públicos” (no sentido de titularidade da coletividade), deve observar ainda os limites de possibilidade do cumprimento por parte dos envolvidos.

Sobre a competência para celebrar o termo de ajuste de conduta, esta deve ser do órgão ambiental o do ente do Ministério Público de acordo com a

¹⁴⁷ EMENTA: Habeas Corpus. Acordo firmado com força de título executivo extrajudicial. Matéria penal definitivamente desconstituída que impede a apresentação da denúncia sobre o mesmo fato. Denúncia oferecida e recebida. Constrangimento ilegal caracterizado. Trancamento da ação penal ordenada.” (TJMG - HC 1.0000.04.410063-4/000(1), j. 24/08/2004, rel. Antônio Carlos Cruvinel, v.u.)
EMENTA: Habeas Corpus. Trancamento de ação penal. Crime ambiental. Existência de Termo de Ajustamento de Conduta. Justa causa que não se verifica. Denúncia que não individualiza a conduta do paciente. Direito de defesa prejudicado. Inépcia. Ordem concedida” (TJMG – HC 1.0000.06.445201-4/00, rel. Reynaldo Ximenes Carneiro, j. 16/11/2006, v.u.).

¹⁴⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 203.

extensão do dano, se local ou estadual dos órgãos municipais e federais e, se regional ou nacional, dos órgãos federais.

4.2. O AJUSTE DE CONDUTA NA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

A complexidade das relações de consumo estabelecidas na sociedade atual exigiu do legislador a criação de um arcabouço legal capaz de assegurar a tutela individual e, sobretudo, coletiva dos consumidores. Inúmeros são os conflitos existentes nessa seara e que, na grande maioria dos casos, ultrapassam a esfera individual para atingir milhares ou milhões de pessoas.

A proteção do consumidor, no Brasil, adquiriu *status* constitucional dada a grande importância e repercussão social dos conflitos estabelecidos na atual sociedade de massas. Prevê a Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”¹⁴⁹, reconhecendo, assim, a tutela do consumidor como garantia fundamental.

O Código de Defesa do Consumidor surgiu em um contexto de busca por uma promoção eficaz da tutela individual e coletiva dos consumidores. De certo que inseriu em nosso ordenamento jurídico diversos mecanismos jurídicos para tal mister.

Importante observar que nos conflitos que se estabelecem nessa seara, os consumidores sempre ocupam posição desvantajosa. Tal situação de vulnerabilidade do consumidor foi reconhecida pelo Código de Defesa do Consumidor e faz parte da Política Nacional das Relações de Consumo, *in verbis*¹⁵⁰:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

¹⁴⁹ BRASIL. *Constituição de República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 de julho de 2013.

¹⁵⁰ BRASIL. Lei Federal nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, “Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 13 de junho de 2013.

Atente-se que, como analisado anteriormente neste trabalho, foi com o Código de Defesa do Consumidor que os conceitos de direitos transindividuais (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos) foram bem discriminados.

Foi também com o referido diploma legal que incluiu na Lei da Ação Civil Pública dispositivo legal atinente a possibilidade dos órgãos públicos legitimados tomarem dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante combinações, com eficácia de título executivo extrajudicial.

Desse modo, percebe-se que o termo de ajustamento de conduta é um instrumento genuinamente destinado à proteção dos consumidores, não sendo por outra razão ser um dos ramos do direito em que o instrumento é mais utilizado.

4.3. O AJUSTE DE CONDUCTA NA TUTELA DO DIREITO À SAÚDE

Como se sabe o direito à saúde é fundamental e está previsto na atual Constituição em seu art. 6, *caput*. Deste modo, os entes públicos têm por obrigação valer-se de todos os meios à sua disposição para resguardar esta proteção. Tanto isto é fato que a melhor doutrina assim vem se posicionando sobre a matéria¹⁵¹:

O direito social fundamental à saúde deve ser garantido por meio de políticas econômicas e sociais pelo Estado² e deve ser entendido, devido à sua abrangência e importância, como um direito de todos e de cada um³. O fato de ser um direito social em nada diminui a obrigação estatal de efetivá-lo e quando houver ameaça a tal direito, poderá, o judiciário determinar prestações positivas devidas pelos entes estatais.

O termo de ajustamento de conduta, nas hipóteses em que se prestar para tal finalidade não deve ter o seu uso excluído. Com efeito, exemplo que podemos mencionar é o trazido por Jerônimo Jesus dos Santos quando rememora ocasião em que a Agência Nacional de Saúde (ANS) aplicou multa a diversos operadores de planos de saúde por terem elevado abusivamente as taxas anuais de reajuste.¹⁵²

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 11-53, 2008. p. 32.

¹⁵² SANTOS, Jerônimo Jesus dos. *Termo de Ajustamento de Conduta*. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2004, p. 33.

Observa-se a aplicabilidade do compromisso de ajuste de conduta nesta esfera muito mais relacionada à tutela e proteção da saúde suplementar (sistema de natureza privado), não sendo afastada, no nosso entender, a possibilidade de firmar-se um ajuste com órgãos públicos executores do sistema de saúde, uma vez que inexistente vedação legal para tal hipótese.

A justiça e o direito ao acesso à saúde em condições condignas podem ter, como objeto de instrumentalização e justiça na firmação, um pacto, consubstanciado num acordo de vontades com força executiva.

Com relação à possibilidade de celebração de termo de ajuste de conduta tendo como objeto a melhoria ou organização dos serviços de saúde existe sempre a necessidade de se aferir no caso prático as questões orçamentárias para que não haja violação da reserva do possível, entendida como a razoabilidade entre as obrigações assumidas e a disponibilidade de receita para torná-las factível.

4.4. O AJUSTE DE CONDUTA NA TUTELA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

As relações de trabalho certamente representam um importante espectro dos direitos fundamentais previstos na constituição com o desenrolar na legislação extraordinária. O importante é detectar em quais situações podem ser firmados ajustes de conduta para tutelar os problemas surgidos no interior das relações de trabalho.

Diversos casos ocorrem em que o Ministério Público do Trabalho firma o termo de ajustamento com empresas objetivando a adequação de situações em desacordo com a legislação visando o correto desenvolvimento dos aspectos laborais envolvidos.

Note-se que o art. 876 da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.958/2000, elevou os ajustes à condição de título executivo extrajudicial. Isso significa que, constatado o descumprimento, o órgão ministerial pode promover o cumprimento forçado perante a Justiça do Trabalho em ação própria no interesse da tutela dos empregados.

A jurisprudência pátria, em especial do Tribunal Superior do Trabalho tem sido nesse sentido.¹⁵³

¹⁵³ EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. EXIGIBILIDADE. Recurso de

Carlos Henrique Bezerra Leite, sobre a matéria, assevera que¹⁵⁴:

Atuando como *custos legis*, isto é, como fiscal da lei, o Ministério Público do Trabalho age, não como autor ou réu mas sim como órgão interveniente. A tradicional expressão “fiscal da lei” está a merecer uma nova reflexão, na medida em que a atual Carta Magna define o MP como defensor da ordem jurídica, é dizer, no ordenamento jurídico que, como é sabido, abrange as leis, os princípios, os costumes, os valores e objetivos fundamentais da República.

Assim sendo, a utilização do termo de ajustamento de conduta pela Justiça do Trabalho é uma realidade que não pode ser deixada de lado, haja vista sua imensa utilidade prática e potencial executivo específico para dar apoio nas relações de trabalho que diversas vezes são em desfavor dos hipossuficientes.

4.5. O AJUSTE DE CONDUTA ENTRE ÓRGÃOS PÚBLICOS

Existem hipóteses ainda em que pode ser celebrado o termo de ajustamento de conduta entre órgãos da administração pública, especialmente para convencionar a correta utilização do dinheiro público e organizar a prestação de serviços públicos essenciais, a fim de que não haja violação das normas legais.

Por exemplo, Jerônimo Jesus dos Santos dá o exemplo de um termo de ajustamento de conduta firmado entre o Ministério Público do Rio de Janeiro e a

revista que não merece admissibilidade porquanto não restou configurada, nos termos do artigo 896, § 2º, da CLT e da Súmula nº 266 desta Corte, a alegada violação do artigo 5º, inciso II e § 1º, da Constituição Federal. (TST – AIRR - 103640-64.2007.5.09.0562 Data de Julgamento: 22/09/2010, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/10/2010)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. EXECUÇÃO DE TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA FIRMADO PERANTE O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. A potencial ofensa ao art. 109, I, da Constituição Federal encoraja o processamento do recurso de revista, na via do art. 896, "c", da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. 1. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Preliminar não analisada, com esteio no art. 249, § 2º, do CPC. 2. EXECUÇÃO DE TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA FIRMADO PERANTE O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. O termo de ajuste de conduta firmado pelo Ministério Público do Trabalho constitui título executivo extrajudicial, passível de execução direta na Justiça do Trabalho, conforme previsão expressa contida no art. 876 da CLT, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.958/2000, de aplicação imediata (CPC, art. 87). 2. O simples fato de a multa diária convencionada em termo de ajuste de conduta ser reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, cujos recursos integram o orçamento da seguridade social, não é suficiente para atrair a competência da Justiça Federal, porquanto o art. 109, I, da Carta Magna é expresso ao excluir daquele ramo do Poder Judiciário as causas sujeitas à Justiça do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – Processo: RR - 4265200-14.2002.5.04.0900 Data de Julgamento: 16/04/2008, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 09/05/2008).

¹⁵⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 124.

Prefeitura Municipal visando regulamentar o uso e a ocupação das calçadas e dos calçadões das praias cariocas. Na ocasião ajustou-se a remoção de todas as ocupações irregulares e a edificação padronizada de unidades para ocupação e exploração racional.¹⁵⁵

Entretanto a abrangência do ajuste de conduta pode ser mais ampla vindo a disciplinar observância de regras gerais de edificação, aplicação de receitas orçamentárias com estreita correlação com as suas rubricas originais, evitando a chamada “descanalização” (retirar dinheiro da saúde e aplicar em propaganda).

¹⁵⁵ SANTOS, Jerônimo Jesus dos. *Termo de Ajustamento de Conduta*. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2003, p. 35.

CONCLUSÃO

O acesso à justiça não pode ser entendido como mera possibilidade de acionar os mecanismos judicantes, mas sim como direito a uma ordem jurídica justa.

Evidente que para a concretização do direito faz-se necessário proceder à adoção racional dos mecanismos adequados para a solução e pacificação dos conflitos.

Ocorre que a utilização da tradicional via judiciária, em muitos casos, tem-se mostrado uma opção, no mínimo, ineficiente, em razão da demora exagerada para prestação da efetiva tutela jurisdicional.

Quando se trata de tutela coletiva, a situação tende a chamar mais atenção, por afetar a vida de um número considerável de indivíduos.

Assim é que, nesse contexto de crise do judiciário, evidenciam-se os mecanismos extrajudiciais para tutela dos direitos e, em especial, dos direitos transindividuais, assim entendidos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta adveio justamente para preencher uma lacuna nas possibilidades legais de resolução extrajudicial dos conflitos envolvendo direitos transindividuais. Representa, em verdade, patente amadurecimento.

Foi com a Lei Federal nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), precisamente no art. 5, § 6º (alterado pelo art. 113, da Lei Federal nº 8.078/90), que o termo de ajustamento de conduta recebeu a chancela legal de ampla disponibilidade material para discorrer em seus termos. Nesta fase da evolução do instituto uma gama de direitos transindividuais passou a ser disciplinados e tratados em ajustes de conduta.

Certamente que o enquadramento do termo de ajustamento de conduta como uma transação não pode ter todas as disposições ordinárias lhe sendo aplicáveis, pois, como já visto os próprios envolvidos na composição do conflito não são os titulares do bem da vida tratado.

No pertinente a legitimidade para integrar a tutela judicial dos direitos transindividuais, tem-se que o legislador optou por uma solução plural para definir a legitimação ativa, concedendo a possibilidade de capitanear a matéria para o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, as autarquias as fundações

públicas as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as associações.

A abrangência da sua utilização pode compreender todo o espectro de alcance dos direitos transindividuais. Destes, fizemos análise detida de alguns segmentos explicando sua aplicabilidade prática como meio ambiente, consumidor, saúde, trabalho e entre órgãos públicos.

Todos estes direitos indisponíveis e outros que possam ser abrangidos podem integrar o rol de proteção por meio do compromisso de ajustamento de conduta. Também se evidenciou a ampla aceitação jurisprudência do instrumento em enfoque enquanto detentor de força executiva.

A sociedade como um todo requer hoje dos seus representantes e órgãos soluções eficientes e adequadas para os problemas do cotidiano, dispensando-se aparatos burocráticos menores e formalidades que não tem o condão de revelar uma alternativa efetivamente capaz de alcançar os fins públicos da legislação e da Constituição.

Neste ponto, firmamos a conclusão de que sempre que for viável a adoção do termo de ajustamento de conduta, este se revela enquanto uma alternativa mais aconselhável do que a demanda judicial comum, notadamente porque advém do consenso e, do mesmo modo, origina título executivo, no caso, de natureza extrajudicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAÚJO, Carolina Lobato Goes de. *Direitos Metaindividuais e Ação Civil Pública: A perspectiva contemporânea da tutela coletiva trabalhista*. 2006. 169f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Mineira de Direito – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AraujoCL_1.pdf> Acesso em: 16 de junho de 2013.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Lei Federal nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, “Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 13 de junho de 2013.

_____. Lei Federal n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009, “Disciplina o Mandado de Segurança Individual e Coletivo e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 13 de junho de 2013.

_____. Lei Federal n.º 6.513, de 20 de dezembro de 1977, “Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao

art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências.” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6513.htm#art33>. Acesso em: 15 de junho de 2013.

_____. *Lei Federal n.º 4.717, de 29 de junho de 1965.* “Regula a ação popular.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 08 de julho de 2013.

_____. *Constituição de República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 de julho de 2013.

_____. *Lei Federal n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.* “Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 08 de julho de 2013.

_____. *Lei Federal n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, “Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 23 de junho de 2013.

CAPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24/7/85).* 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo.* vol. 4., 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, George Marmelstein. *Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. p. 1. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4666>>. Acesso em: 9 jun. 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme *O princípio da precaução e a avaliação de riscos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Ação Popular: Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e outros interesses*. 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 5. ed. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2007.

MILARÉ, Édís; LOURES, Flávia Tavares Rocha. *A Responsabilidade Penal Ambiental em face dos Compromissos de Ajustamento de Conduta*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*. In: *Temas de Direito Processual, Segunda Série*. São Paulo: Saraiva, 1980.

OLÍMPIO, Elisandra de Oliveira. *O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Metaindividuais Homogêneos*. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. (Coord.) *Direitos Metaindividuais*. São Paulo: LTr, 2004.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANTOS, Jerônimo Jesus dos. *Termo de Ajustamento de Conduta*. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____; e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2.

ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?...1>> Acesso em: 16 de junho de 2013.