

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO ALTERNATIVA À  
EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER NAS AÇÕES CIVIS  
PÚBLICAS**

FELIPE ROLLEMBERG LOPES LEMOS DA SILVA

RIO DE JANEIRO

2008

FELIPE ROLLEMBERG LOPES LEMOS DA SILVA

O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO ALTERNATIVA À  
EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER NAS AÇÕES  
CIVIS PÚBLICAS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade Nacional de Direito da  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, como  
requisito parcial para obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Greco

RIO DE JANEIRO

2008

Silva, Felipe Rollemberg Lopes Lemos da.

O termo de ajustamento de conduta como alternativa à execução das obrigações de fazer e não fazer nas ações civis públicas / Felipe Rollemberg Lopes Lemos da Silva. – 2008.

79 f.

Orientador: Leonardo Greco.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 76-79.

1. Ação civil pública - Monografias. 2. Compromisso (Direito). 3. Tutela específica. I. Greco, Leonardo. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.4182

FELIPE ROLLEMBERG LOPES LEMOS DA SILVA

O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO ALTERNATIVA À EXECUÇÃO  
DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Leonardo Greco – Universidade Federal do Rio de Janeiro - Orientador

---

---

Aos meus amados pais, Ricardo da Silva e Emilia Rollemberg, de quem sempre recebi muito amor, carinho, incentivo, dedicação inesgotável e, acima de tudo, a lição sobre a importância da educação na formação do caráter dos indivíduos.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, ao orientador deste trabalho, o Professor Leonardo Greco, por quem nutro profunda admiração pelo exemplo inabalável de dedicação ao ensino público de qualidade e de quem tive o orgulho de ser aluno, monitor e orientando nos bancos da Faculdade Nacional de Direito, por todo empenho dedicado não apenas à confecção deste projeto acadêmico, mas à minha formação como um todo.

Agradeço ao Dr. Daniel Prazeres, Procurador da República no Estado do Rio de Janeiro, pelo apoio irrestrito e fundamental à pesquisa realizada neste trabalho.

Agradeço à minha irmã Livia Rollemberg, pelo amor cotidiano, na certeza de que os laços que nos unem são eternos.

Agradeço a toda minha família, na pessoa dos meus avós queridos, tios e tias, primos e primas, pelo suporte de todas as horas e pela confiança no meu sucesso profissional.

Por último, mas nem por isso menos importantes, agradeço aos meus amigos, *companheiros leais*, que sempre estiveram comigo em todas as jornadas, pela amizade e pelos inúmeros momentos de felicidade compartilhados, que cativarei em minha memória para sempre.

## RESUMO

Silva, Felipe Rollemberg Lopes Lemos da. O termo de ajustamento de conduta como alternativa à execução das obrigações de fazer e não fazer nas ações civis públicas. 2008. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Realiza-se uma análise sobre os principais institutos relacionados à tutela coletiva de direitos e ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer impostas em sede de ação civil pública. Para início, foram abordados temas basilares, como a breve evolução legislativa da tutela coletiva no Brasil, o seu contexto histórico, as espécies de interesses metaindividuais e a Lei 7.347/85 e seus principais institutos, como a legitimidade e a coisa julgada. Em seguida, partiu-se para a análise da atividade executória no cumprimento das obrigações de fazer e não fazer impostas em sentença judicial (tutela específica), enfatizando a ótica coletiva das ações civis públicas e apontando algumas de suas principais dificuldades, como as execuções complexas, a execução em face do Estado, além de outros pontos de estrangulamento. Por último, foi abordado o instituto do termo ou compromisso de ajustamento de conduta, passando-se um olhar sobre sua natureza jurídica, seu objeto, os legitimados para celebrá-lo, a atuação do Ministério Público e as vantagens encontradas no manejo desse instrumento frente à execução “processualizada”.

Palavras-chave: Tutela coletiva; termo de ajustamento de conduta; tutela específica; efetividade.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1 QUESTÕES PRÉVIAS RELACIONADAS À AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AOS DIREITOS COLETIVOS <i>LATO SENSU</i></b> .....	14
1.1 <b>A questão terminológica: ação civil pública ou ação coletiva?</b> .....	14
1.2 <b>O surgimento da ação civil pública e o contexto histórico nacional: as novas demandas e a tutela coletiva</b> .....	15
1.3 <b>Os interesses metaindividuais</b> .....	17
1.3.1 <u>Interesses difusos</u> .....	19
1.3.2 <u>Interesses coletivos em sentido estrito</u> .....	21
1.3.3 <u>Interesses individuais homogêneos</u> .....	23
1.4 <b>Competência</b> .....	26
1.5 <b>Legitimados ativos e legitimidade</b> .....	28
1.6 <b>Coisa julgada</b> .....	30
<b>2 A TUTELA ESPECÍFICA E AS DIFICULDADES RELATIVAS À AÇÃO CIVIL PÚBLICA</b> .....	33
2.1 <b>A atividade executória</b> .....	33
2.2 <b>Principais pontos de estrangulamento extensíveis às execuções das ações civis públicas</b> .....	36
2.2.1 <u>A excessiva centralização dos atos executórios nas mãos do juiz</u> .....	37
2.2.2 <u>A tolerância à prática de atos meramente protelatórios</u> .....	38
2.2.3 <u>A ausência de oralidade</u> .....	39
2.3 <b>A execução por meio da tutela específica</b> .....	40
2.3.1 <u>As obrigações de fazer e não fazer e os meios executórios</u> .....	46
2.3.2 <u>Execuções complexas</u> .....	51
2.3.3 <u>Questões polêmicas na efetivação da tutela específica contra o Estado</u> .....	52



<b>3 O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA</b> .....	55
3.1 Natureza jurídica e o debate acerca da possibilidade de transação.....	56
3.2 Objeto.....	61
3.3 Legitimados.....	64
3.4 O termo de ajustamento de conduta, o inquérito civil e a atuação do Ministério Público.....	66
3.5 Argumentos que justificam a eleição do termo de ajustamento de conduta como alternativa à execução judicial.....	69
<b>CONCLUSÃO</b> .....	74
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	76

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema o termo de ajustamento de conduta enquanto alternativa à execução das obrigações de fazer e não fazer em sede de ação civil pública. A metodologia adotada no presente trabalho poderá permitir a conclusão de que, para o cumprimento de tais obrigações nas ações civis públicas, o termo de ajustamento mostra algumas consideráveis vantagens frente à execução judicial.

Para tanto, primeiro devem ser examinadas questões prévias que permitirão a compreensão do tema como um todo. Em seguida, procura-se demonstrar alguns gargalos ou dificuldades que assolam a atividade executória, em especial aquela exercida nas ações civis públicas. De fato, há muitas dificuldades na execução dos julgados proferidos nessas ações, mormente nos casos em que as prestações são dirigidas contra o Estado ou são de complexidade tal que exigem conhecimentos especializados e uma série de comportamentos omissivos e comissivos, do devedor ou de terceiros, para serem cumpridas.

Depois de demonstradas essas dificuldades, pretende-se evidenciar que uma alternativa a esses problemas seria justamente a utilização do compromisso de ajustamento de conduta, como solução extrajudicial, célere e negociada das controvérsias coletivas.

Propriamente, a análise em tela inicia-se com o exame de questões prévias, cujo conhecimento se faz necessário para a melhor compreensão do universo da tutela coletiva de direitos, da ação civil pública e das categorias de interesses tutelados.

Assim, introduz-se o tema com a indagação acerca da correta nomenclatura a ser adotada: ação coletiva ou ação civil pública? Como veremos no decorrer do trabalho, outras questões terminológicas também se fazem presentes. Entretanto, não raro as suas implicações não ultrapassam níveis superficiais, pois que, muitas vezes, a nomenclatura que se dá a determinado instituto jurídico não altera a sua verdadeira natureza, a sua substância. Exemplo eloqüente ocorreu com a execução dos títulos executivos judiciais, que, para muitos, passou a ser denominada de *fase de cumprimento de sentença*. Ora,

assim como sugerimos adiante, concordamos com a corrente que defende que, apesar de certas peculiaridades, a atividade do juiz no *cumprimento de sentença* se compõe de uma série de atos coativos contra o devedor ou sobre o seu patrimônio, com o fim de satisfazer a um crédito contido num título executivo, motivo pelo qual não se abandonou, neste trabalho, a nomenclatura *execução*.

Inicialmente, também há uma ambientação sobre o contexto histórico nacional que envolveu o período de edição da Lei 7.347/85, que cuida da ação civil pública, mostrando-se, inclusive, que o seu advento corresponde a certo momento de resgate democrático no Brasil, que ganhou força com uma série de outros diplomas legais, tais como a própria Constituição da República de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor, responsáveis em grande parte pelo crescimento da tutela coletiva de direitos em nosso país.

Pretende-se conferir maior enfoque às espécies de direito metaindividuais, buscando-se delinear as suas características distintivas. Parte-se da conceituação de cada uma dessas espécies oferecida pelo legislador no bojo do Código de Defesa do Consumidor, confrontando-a com os principais comentários tecidos em sede doutrinária. A identificação de cada uma dessas espécies nem sempre é fácil de ser realizada no caso concreto, pois que não compõem compartimentos estanques, mas são dotadas de uma fluidez que permite acompanharem a mudança das circunstâncias fáticas a elas referentes.

Por fim, no capítulo introdutório, pretende-se analisar, ainda que de forma não aprofundada, aspectos de grande relevância para as ações civis públicas, como a competência, a legitimidade, os respectivos legitimados e a coisa julgada. Por certo, todos esses temas, em especial os três últimos, poderiam ser objetos de um estudo autônomo, se consideradas a sua relevância e extensão.

De fato, o tema da legitimidade para agir nas ações civis públicas é intrigante, já que, em regra, toda a coletividade é representada por determinados entes aos quais a lei atribui tal função. A que título se dá essa legitimidade? É ela uma legitimidade ordinária ou extraordinária? Trata-se de uma espécie autônoma de legitimidade? Essas questões pretendem ser abordadas, ainda que nos termos da ressalva anteriormente feita quanto à sua profundidade.

O mesmo pode se dizer da coisa julgada, tema que já foi cuidado por muitos autores na seara da tutela coletiva. De fato, assim como ocorre com a legitimidade, as peculiaridades que envolvem a tutela coletiva de direitos – que em muitos casos a distancia do conhecido processo *de duas partes* – impõem um tratamento próprio à coisa julgada, de forma a estendê-la a todos os que se encontrarem diante da mesma situação. Portanto, como será visto, a coisa julgada, em regra, opera-se com efeitos *erga omnes*, além de se produzir *secundum eventum litis*.

Enfrentadas essas questões iniciais, passaremos ao estudo da atividade executória, com ênfase no cumprimento das obrigações de fazer e não fazer fixadas em sentenças proferidas no âmbito das ações civis públicas. Para tanto, deve-se abordar a natureza da atividade executória, de forma a se conhecer as suas características e objetivos, permitindo a sua diferenciação da atividade cognitiva. A definição de execução ganhou novo enfoque por parte da doutrina após o advento da Lei 11.232/2005, que introduziu, no Brasil, quanto às execuções pecuniárias de títulos executivos judiciais, aquilo que vem sendo chamado de processo sincrético ou *sincretismo processual*.

Verificada a atividade executória com suas características e finalidades, passa-se a enumerar alguns dos seus pontos de estrangulamento, que se tornam especialmente gravosos na jurisdição coletiva, em que os bens tutelados interessam à coletividade como um todo, e não apenas às partes envolvidas no litígio, demandando, muitas vezes, soluções céleres. A Justiça de nosso tempo, entretanto, não vem sendo capaz de dar as respostas necessárias em tempo adequado, pelo que se impõe a busca de novas alternativas, que permitam desafogar o já congestionado Poder Judiciário.

No tocante à tutela específica, serão analisados os seus principais dispositivos, previstos nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil, no artigo 11 da Lei da Ação Civil Pública e no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor. Será também necessário um exame acerca do seu objeto, qual seja, o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer.

Pretende-se mostrar as diversas classificações em que podem ser enquadradas essas obrigações, em especial quanto à possibilidade de cumprimento por terceiros ou não, de forma a dividi-las em fungíveis e infungíveis. Veremos também que, de acordo com o enquadramento que se dê nas citadas categorias anteriores, as obrigações serão

objeto de disciplina própria, que refletirá num manejo diferenciado dos meios executórios postos à disposição do juiz.

Ainda no campo da execução das obrigações de fazer e não fazer, deve ser abordado tema espinhoso atinente às chamadas *execuções complexas* e às prestações dirigidas em face do Estado. As primeiras são execuções que envolvem atividades múltiplas, a serem desenvolvidas por diversos sujeitos, sob a supervisão do juiz ou de algum auxiliar nomeado para tanto. As execuções complexas deslocam para essa fase processual uma série de escolhas e decisões, para o melhor cumprimento das prestações e conseqüente recuperação do bem lesado. A seu turno, a execução dessas obrigações movida contra o Estado apresenta também dificuldades próprias, principalmente no que toca ao descumprimento das ordens judiciais por agentes públicos, às possíveis cominações penais daí decorrentes e à possibilidade de intervenção judicial na esfera da Administração Pública e sua compatibilidade com o postulado da separação dos poderes.

Encerrando a presente dissertação, pretende-se cuidar do termo de ajustamento de conduta, alternativa que reputamos vantajosa em relação à criticada execução judicial. Em primeiro lugar, é necessário comentar a discussão acerca da sua natureza jurídica e da possibilidade de transação de direitos coletivos e difusos. Como veremos, a doutrina ora tenta compatibilizar o instituto da transação com a indisponibilidade inerente aos direitos metaindividuais, ora tenta conferir ao ajustamento de conduta uma natureza jurídica própria, próxima a de um acordo ou a de um negócio jurídico.

Prevalece, no ponto, o entendimento de que a transação, ainda que não admitida em sede de direitos indisponíveis, ocorre com certa mitigação no campo da tutela coletiva, pois, não sendo objeto de disposição quanto à sua substância, o tempo, o modo e o lugar de cumprimento das prestações tendentes à recuperação desses direitos podem ser objeto de concessões pelo órgão público celebrante do compromisso de ajustamento.

Ainda no último capítulo, considerações são feitas também sobre o objeto desses “acordos” – adequação da conduta do obrigado às exigências da lei –, de maneira a delimitá-lo com precisão. No mesmo passo, são analisados os entes legitimados para tomar esses compromissos de ajustamento, o que implica, necessariamente, debruçar-se sobre o alcance da expressão “órgãos públicos”, contida no parágrafo sexto, do artigo 5º, da Lei 7.347/85. No ponto, a discussão mais acalorada recai sobre a possibilidade de

celebração desses ajustes por empresas públicas e sociedades de economia mista. Como poderemos demonstrar, a doutrina divide-se no enfrentamento da questão.

Com vistas a encerrar o presente estudo, serão examinadas a atuação do Ministério Público na celebração desses compromissos, com ênfase para a condução do inquérito civil público, assim como as vantagens apontadas na doutrina que nos permitem concluir que a busca de uma solução negociada, por meio do compromisso de ajustamento de conduta, reúne todas as condições de nos levar a resultados mais efetivos e céleres na proteção dos direitos metaindividuais, verdadeiro motivo de existência de todo o arcabouço normativo ora examinado.

## CAPÍTULO 1 QUESTÕES PRÉVIAS RELACIONADAS À AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AOS DIREITOS COLETIVOS *LATO SENSU*

Antes de iniciar os comentários sobre os principais institutos relativos à ação civil pública, ao seu contexto histórico de surgimento e às espécies de interesses por ela tutelados, impende esclarecer certa questão de ordem terminológica.

### 1.1 A Questão Terminológica: Ação Civil Pública ou Ação Coletiva?

Cumprido iniciar o presente trabalho abordando a questão terminológica envolvendo as ações civis públicas e as ações coletivas. Hugo Nigro Mazzilli aduz que “a ação civil pública da Lei n. 7.347/85 nada mais é que uma espécie de ação coletiva, como também o são o mandado de segurança coletivo e a ação popular”<sup>1</sup>. Na sua visão, sob o prisma doutrinário, sempre que a tutela de interesses coletivos *lato sensu* estiver sendo realizada pelo Ministério Público, estar-se-á diante de ações civis públicas. Entretanto, o mesmo autor reconhece que, sob o ponto de vista puramente legal, as ações civis públicas são todas aquelas propostas com fulcro na Lei 7.347/85, ainda que o seu autor seja uma associação civil ou um ente estatal<sup>2</sup>.

Pedro Lenza critica esse posicionamento, tendo em vista que a Lei 7.347/85 conferiu a titularidade da ação civil pública também a entes particulares, como as associações, não cabendo a referida distinção com base num critério unicamente subjetivo<sup>3</sup>. O autor procura realizar uma diferenciação entre as *ações coletivas em sentido estrito* (para a proteção dos interesses difusos ou coletivos *stricto sensu*) e as

---

<sup>1</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses* – 18 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 70.

<sup>2</sup> Loc. cit.

<sup>3</sup> LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública* – 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 162.

*ações coletivas em sentido amplo* (para a proteção dos interesses individuais homogêneos), mas, ao final, reconhece que a questão não apresenta maior relevância prática, utilizando ambos os termos indistintamente<sup>4</sup>.

Parece-nos mais adequada a observação feita por Rodolfo de Camargo Mancuso sobre o tema:

[...] a ação da Lei 7.347/85 objetiva a tutela de interesses metaindividuais, de início compreensivos dos *difusos* e dos *coletivos em sentido estrito*, aos quais na seqüência se agregam os *individuais homogêneos* (Lei 8.070/90, art.81, III, c/c os arts. 83 e 117); de outra parte, essa ação não é “pública” porque o Ministério Público pode promovê-la, a par de outros co-legitimados, mas sim porque ela apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses metaindividuais que, de outra forma, permaneceriam num certo “limbo jurídico”<sup>5</sup>. (grifos do autor)

No tocante ao estudo inicial da tutela coletiva de direitos, é importante também ressaltar a posição de Hugo Nigro Mazzilli acerca da existência de uma integração recíproca entre as normas contidas na Lei 7.347/85 e no Código de Defesa do Consumidor (CDC)<sup>6</sup>.

## **1.2 O Surgimento da Ação Civil Pública e o Contexto Histórico Nacional: As Novas Demandas e a Tutela Coletiva**

A ação civil pública, atualmente o principal instrumento de atuação do Ministério Público na proteção dos direitos coletivos em geral, é regulada pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. No período histórico que antecedeu a promulgação da referida lei, o Brasil, embora sob o controle político dos militares, vivia intensamente o

---

<sup>4</sup> Ibid. p. 164. Para desconsiderar a relevância da questão, alega o autor que a nomenclatura *ação civil pública* encontra-se consagrada e que a sua utilização em nada interfere no conteúdo da pretensão material deduzida em juízo.

<sup>5</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores* - 9ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 23.

<sup>6</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. p. 122.



início de um movimento pela sua redemocratização, que se contrapôs aos anos de exceção experimentados durante a maior parte da ditadura militar<sup>7</sup>.

Entretanto, conforme adverte Humberto Dalla, cronologicamente, o ordenamento brasileiro contempla, desde 1934 (no plano constitucional) e 1965 (no plano da legislação ordinária), a ação popular como um meio – ainda que restrito quanto ao seu objeto - para a tutela de direitos coletivos<sup>8</sup>.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro desenvolve com sabedoria o que chamou de “transformação legislativa”, ocorrida a partir dos anos 80 no Brasil. Além da Lei 7.347/85 e outras, o autor cita como exemplos de diplomas legislativos que auxiliaram na consolidação da tutela coletiva de direitos as Leis: 6.938/81, que regulava a Política Nacional do Meio Ambiente; 7.853/89, que instituiu a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos das pessoas portadoras de deficiência; 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente; e, por fim, a Lei 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, diploma que, inclusive, alterou e acrescentou diversas disposições referentes às ações civis públicas.

Ainda nesse sentido, comenta o ilustre autor o papel de enorme relevância, para o crescimento da consciência acerca dos direitos coletivos, que exerceu a Constituição de 1988, cujas principais disposições, no plano desses direitos, dizem respeito às funções institucionais do Ministério Público e à criação de novos mecanismos de judicialização das demandas coletivas, como, por exemplo, o mandado de segurança coletivo<sup>9</sup>.

Portanto, a década de 80 e o início dos anos 90, apesar de terem representado período de recessão para a economia nacional, trouxeram para a ordem jurídica inúmeras e significativas inovações, facilmente germinadas em razão da então consolidação de um Estado Democrático de Direito<sup>10</sup>.

Assim, tem-se que a expansão do movimento de judicialização das demandas coletivas no Brasil está inserida num momento histórico próprio: o cenário

---

<sup>7</sup> KOSHIBA, Luiz; PEREIRA, Denise Manzi Frayse. *História do Brasil* – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atual, 1996, p. 46 e 356.

<sup>8</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos*. In: *Revista Direito Público II*, org. Escola Federal de Direito, São Paulo: Editora Federal, 2005, p. 91/112.

<sup>9</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 43/51.

<sup>10</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, Rio de Janeiro, 2006, p.1.

constitucional-democrático pós-1988. Com efeito, foi depois da criação da ação civil pública e do Código de Defesa do Consumidor que o sistema processual pátrio deparou-se com um novo paradigma, inovador frente à tradicional concepção do chamado *processo de duas partes*<sup>11</sup>.

### 1.3 Os Interesses Metaindividuais

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no inciso III do seu artigo 129 a ação civil pública como instrumento hábil à “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Rodolfo de Camargo Mancuso inicia sua aclamada obra *Interesses Difusos* trazendo à baila uma interessante discussão acerca da diferença entre *interesse em sentido lato* e *interesse jurídico*. Para o autor, o primeiro corresponderia à determinada situação de vantagem valorada segundo o arbítrio de seu próprio titular, residindo, portanto, apenas “no plano fático”, enquanto o segundo, inevitavelmente, passaria pelo plano ético-normativo, que fixaria axiologicamente o seu conteúdo<sup>12</sup>.

Ainda introdutoriamente, Mancuso examina também as acepções técnicas das expressões “interesse social”, “interesse geral” e “interesse público”, chegando à conclusão de que a discussão tem pouca relevância prática, porquanto seus traços distintivos não permitem “a autonomia conceitual dessas expressões entre si”<sup>13</sup>.

A respeito da diferenciação entre *direito* e *interesse*, manifestou-se Pedro Lenza, asseverando que a doutrina clássica pressupõe a idéia de um titular determinado, ao conceber o conceito de direito, de modo que, num primeiro momento, em razão da freqüente indeterminação dos titulares dos interesses metaindividuais, mostrar-se-ia equivocada a denominação *direito* em matéria de tutela coletiva<sup>14</sup>. Entretanto, no plano prático, acredita o autor que a questão não possui maiores implicações, uma vez que “a

<sup>11</sup> GRECO, Leonardo. *A execução nas ações civis públicas*. In: Estudos de direito processual civil. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 317.

<sup>12</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir* - 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 20/21.

<sup>13</sup> Ibid. p. 36.

<sup>14</sup> LENZA, Pedro. Op. cit. p. 47/48.

partir do momento em que os aludidos *interesses* passam a ser tutelados juridicamente pelo sistema, surge o *direito*". Assim, concluiu que "inexistiria razão para diferenciá-los, porquanto indiscutível a aproximação entre os dois institutos", tratando-os indistintamente no decorrer de sua obra<sup>15</sup>.

Ao se referir aos interesses coletivos *lato sensu*, Mancuso prefere o uso da terminologia genérica *interesses metaindividuais*<sup>16</sup>. Nas palavras do insigne autor:

um interesse é "metaindividual", quando, além de passar o círculo de atributividade individual, corresponde à síntese dos valores predominantes num determinado segmento ou categoria social<sup>17</sup>.

No presente trabalho, demonstrados os debates terminológicos no campo doutrinário, filiamo-nos ao entendimento de que irrelevância prática na escolha das nomenclaturas *direito* e *interesse* e dos prefixos *meta* ou *trans*, para qualificarem os direitos (ou interesses) coletivos *lato sensu*, autoriza a utilização dessas expressões com menor rigor.

Os chamados interesses metaindividuais foram tratados pelo legislador pátrio no bojo do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), mais especificamente no seu artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III, cujo teor ora se reproduz:

"Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.  
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".

Conforme se depreende dos incisos do artigo acima transcrito, há, no ordenamento positivo brasileiro, três espécies de interesses ou direitos cuja tutela se exerce coletivamente, a saber: os *difusos* (inc. I), os *coletivos em sentido estrito* (inc. II) e os *individuais homogêneos* (inc. III). Cumpre analisá-los separadamente, procurando

<sup>15</sup> Ibid. p. 55.

<sup>16</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos...*, cit., p. 35. Mazzilli defende a utilização da expressão "interesses transindividuais", embora reconheça que a doutrina e a jurisprudência não têm sido rigorosas no trato da questão, ao utilizarem ambos os termos indistintamente. MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. p. 50.

<sup>17</sup> Ibid. p. 44.

apontar suas características principais, de modo a diferenciá-los e precisar o seu conteúdo.

### 1.3.1 Interesses difusos

O legislador pátrio definiu os interesses ou direitos difusos como sendo os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (art. 81, § único, inc. I, do CDC). Como veremos a seguir, o conceito fornecido pelo legislador serviu de base para a caracterização desses interesses por parte da doutrina.

Para Hugo Nigro Mazzilli, os interesses difusos são “um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas”<sup>18</sup>.

Na visão do autor, as características que delineiam esses interesses são a indivisibilidade do seu objeto, a impossibilidade de se determinar os seus titulares e a sua origem numa situação fática<sup>19</sup>.

Geisa de Assis Rodrigues, apresentando rol mais numeroso, aponta, como características dos interesses difusos, a indeterminação de seus titulares; a ausência de vínculo jurídico entre esses titulares; a sua incindibilidade objetiva; a sua indisponibilidade; a sua natureza extrapatrimonial; e a sua conflituosidade<sup>20</sup>.

Rodolfo de Camargo Mancuso considera que esses interesses “apresentam as seguintes notas básicas: indeterminação dos sujeitos; indivisibilidade do objeto; intensa conflituosidade; duração efêmera, contingencial”<sup>21</sup>.

Os sujeitos desses interesses são reunidos ocasionalmente, não possuindo um vínculo jurídico pré-estabelecido; o que os une são características fáticas comuns, como

---

<sup>18</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. p. 50.

<sup>19</sup> Ibid. p. 55. No decorrer de sua argumentação o autor ainda acrescenta outras características, como a intrínseca conflituosidade desses direitos.

<sup>20</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Op. cit. p. 47/48.

<sup>21</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos...*, cit. p. 93.

o fato de residirem numa mesma localidade, transitarem por um mesmo local etc. Daí serem os seus titulares indetermináveis<sup>22</sup>.

Nesse sentido também observou Leonardo Greco, ao afirmar que, no âmbito dos direitos difusos, apesar da indeterminação absoluta de seus sujeitos – cuja identidade não se pode conhecer –, a unidade entre eles advém justamente do compartilhamento de uma ou mais circunstâncias fáticas<sup>23</sup>.

Exemplo de interesse difuso utilizado com frequência pela doutrina é o relacionado à higidez do meio ambiente<sup>24</sup>. Com efeito, tratando-se do direito ao meio ambiente equilibrado, não há como se dividir o seu objeto, sendo igualmente impossível determinar os seus titulares. Assim, o dano ambiental lesa, simultaneamente, a coletividade como um todo e cada um de seus indivíduos, bem como a sua reparação aproveita a todos e a cada um dos lesados<sup>25</sup>.

A respeito da intensa conflituosidade que envolve os interesses difusos, asseverou Pedro Lenza que essa característica é “decorrente de escolhas políticas que singularizam os referidos interesses”. Para exemplificar a assertiva, o autor alude à construção de uma usina hidrelétrica, ponderando que, se por um lado, há o benefício para o desenvolvimento do país, por outro, a sua instalação implicaria desalojamento de famílias e inundação de áreas florestais, o que ocasionaria inevitáveis protestos por parte de grupos ecologistas<sup>26</sup>.

Assim, parece demonstrado que essas escolhas, ao tempo que atendem aos anseios de determinado grupo ou coletividade, podem contrariar os interesses de outros grupos. Nesse sentido, outro exemplo recorrente na doutrina: a instalação de determinada fábrica. Há uma nítida contraposição entre os interesses dos trabalhadores dessa fábrica – em permanecerem empregados – e os dos habitantes das localidades próximas à mesma – em preservarem, por exemplo, a qualidade do ar atmosférico na região.

Cabe aludir à duração efêmera ou à mutabilidade dessa espécie de interesses. Porque derivados de determinadas situações fáticas, os interesses difusos acompanham as mudanças dessas situações, de forma que, na maioria dos casos, devem ser tutelados

---

<sup>22</sup> Ibid. p. 95 e 99.

<sup>23</sup> Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), em 30 de setembro de 2005.

<sup>24</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. p. 51.

<sup>25</sup> LENZA, Pedro. Op. cit. p. 75.

<sup>26</sup> Ibid. p. 91.

prontamente, sob pena de se tornarem irreparáveis em espécie. É o que pretende exemplificar Mancuso, quando cita a hipótese de determinada comunidade que toma conhecimento de que a municipalidade está na iminência de autorizar o funcionamento de fábrica notoriamente poluidora. Daí concluir o autor: “(...) não exercitados a tempo e hora, os interesses difusos modificam-se, acompanhando a transformação da situação fática que os ensejou”<sup>27</sup>.

### 1.3.2 Interesses coletivos em sentido estrito

Interesses coletivos em sentido estrito, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, são aqueles “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” (art. 81, § único, inc. II).

No plano doutrinário, verifica-se comumente a tentativa de diferenciá-los em relação à primeira categoria de interesses coletivos *lato sensu*, analisada no item anterior. Para Mancuso, os direitos coletivos, quantitativamente, são menos abrangentes do que os difusos, justamente por estarem os seus sujeitos limitados e unidos – entre si ou com a parte adversa - por determinada relação jurídica base. Qualitativamente, ensina o autor que, enquanto os primeiros consideram o homem sob o ponto de vista *corporativo*, os segundos o fazem sob a sua própria condição de *ser humano*<sup>28</sup>.

Geisa de Assis Rodrigues, ao tratar desses interesses, enumerou as seguintes características:

“a) pertencem a um número determinável de pessoas integrantes do grupo; b) é o direito síntese dos membros do grupo, e não o somatório de direitos individuais; c) os titulares estão vinculados por uma relação jurídica base entre si (v.g., são todos membros de uma mesma categoria profissional), ou com o litigante (v.g., são todos membros de um grupo de consorciados); d) o indivíduo não pode dispor do direito coletivo; e) podem ser patrimoniais ou não; f) excepcionalmente o grupo devidamente representado, nos limites permissivo legal, pode transigir sobre o direito coletivo, quando este seja patrimonial (possibilidade de o Sindicato acordar a redução da jornada de

<sup>27</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos...*, cit. p. 106/107.

<sup>28</sup> *Ibid.* p. 85/86.

trabalho, com a respectiva redução salarial); g) a sua proteção também é litigiosa, mas circunscrita”<sup>29</sup>.

Leonardo Greco destacou que os interesses coletivos em sentido estrito, quanto ao seu objeto, são indivisíveis, observando, ainda, que, nesses interesses, o vínculo entre as pessoas, enquanto componentes de determinado grupo, deriva do compartilhamento de uma relação jurídica base entre elas próprias ou delas com o seu adversário. Ainda no aspecto subjetivo, afirma que os seus titulares compõem um grupo indeterminado, mas *relativamente determinável*. Para tanto, utiliza como exemplo a ação movida pelo sindicato dos trabalhadores de uma fábrica, visando à interdição da sua chaminé: no momento da prolação da sentença, os beneficiados pelo provimento jurisdicional poderão ser identificados, através, por exemplo, da folha de pagamentos da empresa. No entanto, a decisão não beneficiará somente a eles, mas a todos os demais trabalhadores que passarem a integrar esse determinado grupo no futuro<sup>30</sup>.

Mazzilli afirma que os interesses coletivos em sentido estrito são aqueles interesses indivisíveis relativos a um número determinado ou determinável de titulares, unidos pela mesma relação jurídica básica comum. Cita, ainda, como exemplo, o caso de um grupo de consumidores que se submetem à mesma cláusula ilegal em contrato de adesão<sup>31</sup>. Enquanto consumidores de um mesmo produto, mantêm uma mesma relação jurídica com a parte adversa, o fornecedor, de modo que a nulidade da cláusula, uma vez reconhecida, aproveitará a todos os que tiverem celebrado o referido contrato.

Dentre outras características desses interesses, Pedro Lenza menciona a sua transindividualidade, a indivisibilidade interna do seu objeto, a possibilidade de individualização dos seus titulares, a existência de um liame jurídico entre os seus sujeitos – que compartilham a mesma relação jurídica base. Por fim, o autor acrescenta que a nota característica desses direitos, que os diferencia dos direitos difusos, reside na possibilidade de se determinar os seus sujeitos, refutando, assim, a característica da *organização*, que, nas suas palavras, não estaria presente quando o vínculo jurídico se dá entre os titulares e a parte contrária<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Op. cit. p. 49.

<sup>30</sup> Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), em 30 de setembro de 2005.

<sup>31</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. p. 48/49 e 52/53.

<sup>32</sup> Desse entendimento também compartilha Pedro da Silva Dinamarco. *Ação Civil Pública*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 55.

Pode-se concluir, diante dos posicionamentos doutrinários acima expostos e da disciplina legal da matéria, que as características mais evidentes dos interesses coletivos em sentido estrito são a determinidade (ou determinabilidade) dos seus titulares e a origem jurídica do vínculo entre eles. A seu turno, coincidem os autores em afirmar que a indivisibilidade do seu objeto é um ponto de aproximação com os direitos ou interesses difusos.

### 1.3.3 Interesses individuais homogêneos

O legislador brasileiro foi “econômico” na conceituação dos direitos individuais homogêneos, limitando-se a caracterizá-los como “os decorrentes de origem comum” (art. 81, § único, inc. III, do CDC). Assim, coube à doutrina a missão de definir a sua natureza e traçar as suas características basilares. A questão, todavia, não é pacífica e suscita divergências, principalmente quanto à possibilidade de tutela desses direitos por parte do Ministério Público.

A primeira questão a ser debatida, entretanto, diz respeito à natureza individual ou coletiva desses direitos. Grande parte da doutrina entende que esses direitos são essencialmente (substancialmente ou materialmente) individuais, mas que, por razões de conveniência prática – como, por exemplo, as de evitar a proliferação de decisões contraditórias e facilitar a instrução da causa -, são tutelados coletivamente. A posição de certos autores será examinada a seguir, separadamente.

Pedro Lenza adverte que a transindividualidade dos interesses individuais homogêneos

decorre de uma construção legal e artificial, na medida em que os interesses de cada um dos indivíduos apresentam-se perfeitamente cindíveis, sendo divisível e disponível o seu objeto, tratando-se de maneira diferente cada um dos indivíduos isoladamente, em razão de sua situação peculiar<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> LENZA, Pedro. Op. cit. p. 72.



Através da elaboração de um quadro comparativo entre as espécies de interesses coletivos *lato sensu*, o referido autor delimitou, dentre outras, as seguintes características dos interesses individuais homogêneos: titularidade determinável, aglutinação dos sujeitos em torno de uma situação fática (origem comum), divisibilidade plena do objeto e disponibilidade (salvo disposição de lei em contrário)<sup>34</sup>.

Posição diversa, no que concerne à natureza desses direitos, defende Hugo Nigro Mazzilli, para quem, em sentido lato, “os interesses individuais homogêneos não deixam de ser também interesses coletivos<sup>35</sup>”, entendimento posteriormente endossado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>36</sup>, no emblemático caso das mensalidades escolares.

Na conceituação oferecida por Humberto Dalla, o direito individual homogêneo é um “direito subjetivo individual complexo”; individual, na medida em que corresponde aos anseios de uma única pessoa, e complexo, uma vez que compartilhados por todo um grupo de pessoas, originando-se daí a sua relevância social. Segundo o autor, a pluralidade ou numerosidade de titulares e a relevância social – derivada da homogeneidade das questões de fato e de direito – é que ensejam a tutela desses direitos por uma ação coletiva, diversa do simples litisconsórcio<sup>37</sup>.

A natureza individual desses direitos foi reforçada por Leonardo Greco, que, a fim de tornar mais bem compreensíveis as suas características marcantes, quais sejam, a *determinação de seus titulares, a divisibilidade do seu objeto e sua origem fática comum*, exemplifica o direito das famílias das vítimas de determinado acidente aéreo fatal. Se, por um lado, cada uma dessas famílias pode pleitear individualmente a indenização em face da empresa aérea, em razão da violação do seu próprio e individualizável direito, por outro, podem também fazê-lo coletivamente, representadas por um legitimado coletivo, numa única relação processual, unificando, assim, a

<sup>34</sup> Ibid. p. 69/70.

<sup>35</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. p. 53.

<sup>36</sup> Nos termos do voto do Relator do Recurso Extraordinário nº. 163.231-3/SP, o Exmo. Ministro Maurício Corrêa: “(...) ao editar-se o Código de Defesa do Consumidor, pelo seu artigo 81, inciso III, uma outra subespécie de direitos coletivos fora instituída, dessa feita, com a denominação dos chamados interesses ou direitos individuais homogêneos assim entendidos os decorrentes de origem comum. 17. Por tal disposição vê-se que se cuida de uma nova conceituação no terreno dos interesses coletivos, sendo certo que esse é apenas um nomen iuris atípico da espécie direitos coletivos. Donde se extrai que interesses homogêneos, em verdade, não se constituem como um *tertium genus*, mas sim como uma mera modalidade peculiar, que tanto pode ser encaixado na circunferência dos interesses difusos quanto na dos coletivos. (...) endossando igual escólio Hugo Nigro Mazzilli (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Saraiva, pág. 10, 7ª edição, 1995), para quem “os interesses individuais homogêneos, em sentido lato, na verdade não deixam de ser também interesses coletivos””. Voto constante do *Informativo STF nº. 62*, disponível no sítio [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), acesso em 10 de março de 2008.

<sup>37</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito individual homogêneo: uma leitura e releitura do tema*, p. 7/10. Artigo disponível no sítio [www.humbertodalla.pro.br](http://www.humbertodalla.pro.br), acesso em 3 de abril de 2008.

produção das provas, obtendo uma sentença em menor tempo e facilitando, portanto, o acesso à justiça desse grupo<sup>38</sup>.

Em resumo, pode-se dizer que os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos individuais, divisíveis quanto ao seu objeto e pertencentes a um grupo determinável de pessoas. Caracterizam-se ainda pela sua origem comum, que facilita a sua tutela por meio do processo coletivo, embora isso não seja suficiente para retirar-lhes a sua natureza individual, fenômeno sintetizado nas sábias palavras do Ministro Teori Albino Zavascki:

Quando se fala, pois, em “defesa coletiva” ou em “tutela coletiva” de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa<sup>39</sup>.

Cumpra, ainda, examinar a possibilidade de tutela desses direitos por parte do Ministério Público.

Alguns diplomas legislativos prevêem a possibilidade de tutela de interesses individuais pelo *Parquet*, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei 7.913/89 - nas hipóteses de danos causados a investidores do mercado de valores mobiliários -, e a Lei 6.024/74 - para apurar a responsabilidade de ex-administradores de instituições financeiras em regime de intervenção ou liquidação extrajudicial, caso em que os valores possivelmente arrecadados serão rateados entre os credores (art. 49, § 1º)<sup>40</sup>.

Pedro da Silva Dinamarco, baseado no artigo 127 da Constituição, assevera que esses direitos somente podem ser tutelados pelo Ministério Público, através da ação civil pública, quando forem, simultaneamente, indisponíveis<sup>41</sup>.

Segundo a lição de Teori Albino Zavascki, quando interesses individuais homogêneos, além de representarem a soma de interesses individuais, constituam “valores comunitários privilegiados pelo ordenamento jurídico”, caberá a atuação do Ministério Público, uma vez que ela se dá, nessas circunstâncias, para a defesa de direitos sociais, situação consagrada pela Constituição<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), em 30 de setembro de 2005.

<sup>39</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 43.

<sup>40</sup> *Ibid.* p. 224/227.

<sup>41</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Op. cit.* p. 213.

<sup>42</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.* p. 241/242.

Rogério Lauria Tucci critica a ampla possibilidade de propositura de ações civis públicas pelo Ministério Público para a defesa desses interesses, asseverando que a atuação ministerial deve se dar apenas nas hipóteses expressamente dispostas na lei, sob pena de se tornar abusiva<sup>43</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm, entretanto, equacionado a questão casuisticamente<sup>44</sup>.

Prevalendo o entendimento de que a tutela desses direitos pelo Ministério Público é agasalhada pelo ordenamento jurídico pátrio, parece-nos imprescindível seguir a advertência de Leonardo Greco, no sentido de que essa intervenção somente deva ocorrer em caráter subsidiário, ou seja, quando os seus titulares não estejam em condições de, através da associação em grupos intermediários, tutelar seus próprios direitos<sup>45</sup>.

#### 1.4 Competência

O artigo 2º da Lei 7.347/85 dispõe acerca da competência nas ações civis públicas, nos seguintes termos: “as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”.

Da matéria também tratou Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 93:

Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

---

<sup>43</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário. In: WALD, Arnaldo (Coord.). *Aspectos polêmicos da ação civil pública*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 377.

<sup>44</sup> A respeito do posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, ver ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit. p. 231/234.

<sup>45</sup> GRECO, Leonardo. *O acesso ao direito e à justiça*. In: Estudos de direito processual civil. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 200. Na mesma passagem da obra, o autor considera, ainda, que o baixo grau de associativismo constitui obstáculo ao acesso ao direito e que a ampla intervenção do Ministério Pública nas relações jurídicas privadas é resquício indesejável de um paternalismo estatal.

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente<sup>46</sup>.

Analisando-se o dispositivo contido na lei da ação civil pública, chega-se a uma primeira conclusão de que o legislador uniu, num mesmo artigo, espécies de competência diversas, quais sejam, a competência funcional e a competência territorial.

Neste ponto, cabe ressaltar que a primeira espécie em comento não foi utilizada de forma técnica pelo legislador. Segundo as palavras de Leonardo Greco, durante aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro em setembro de 2004, a competência funcional

rege a atuação sucessiva de dois ou mais órgãos jurisdicionais num mesmo processo, subdividindo-se em competência horizontal e competência vertical (também chamada de competência hierárquica ou recursal).

Como observou o ilustre Professor na ocasião, o legislador usualmente utiliza-se de tal redação no intuito de conferir às normas de competência territorial – normalmente modificáveis ou dispositivas – caráter de imperatividade ou inderrogabilidade, traduzindo, assim, verdadeira norma de competência absoluta<sup>47</sup>.

Caso determinado dano possa atingir mais de um estado-membro, em razão da sua especificidade, a regra aplicável deve ser a contida no artigo 93, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor<sup>48</sup>, que prevê o foro competente nas hipóteses de danos regionais ou nacionais, sendo inteiramente aplicável às ações civis públicas em razão do comando contido no artigo 117 do mesmo Código<sup>49</sup>.

Quanto à definição da competência entre as Justiças Federal ou Estadual, deve ser observado o que dispõe o artigo 109 da Constituição.

---

<sup>46</sup> Mazzilli entende que, como o Código de Defesa do Consumidor, diversamente da LACP, não procurou tornar expressamente essa competência absoluta pela adjetivação “funcional”, tratar-se-ia de competência relativa (com algumas peculiaridades), quando se estivesse diante de ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. p. 249/250.

<sup>47</sup> Nesse sentido também se posicionam Rodolfo de Camargo Mancuso. *Ação civil pública...*, cit. p. 83 e Hugo Nigro Mazzilli. Op. cit. p. 242.

<sup>48</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública...*, cit. p. 95/96. Hugo Nigro Mazzilli defende a aplicação analógica desse dispositivo ao inquérito civil e à propositura de outras ações civis públicas ou coletivas, ainda que não versem sobre direitos individuais homogêneos em relações consumeristas. MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. p. 243.

<sup>49</sup> O referido artigo possui a seguinte redação: “Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: [Art. 21](#). Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

Logo, conclui-se que a competência de foro, nas ações civis públicas, fixada segundo o local em que ocorreu ou deva ocorrer o dano, é uma competência territorial que possui, excepcionalmente, caráter absoluto.

## 1.5 Legitimados Ativos e Legitimidade

Estabelece o artigo 5º da Lei 7.347/85<sup>50</sup>:

Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

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

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

V - a associação que, concomitantemente:

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

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

A recente Lei 11.448/2007 trouxe importante inovação no rol de legitimados à propositura da ação civil pública, ao contemplar a legitimidade da Defensoria Pública, na forma da redação dada ao inciso II, do artigo 5º, da Lei 7.347/85. Entretanto, em razão da extensão do tema, deixa-se de tratar neste trabalho de tão significativo avanço em matéria de tutela coletiva.

Cumprir, ainda, da legitimidade para agir nas ações civis públicas. Cabe, inicialmente, diferenciar a *legitimidade ativa ordinária* da *legitimidade ativa extraordinária*. A primeira detém “todo aquele que alegue ser titular do direito material em que a demanda se fundamenta e apresente ao juiz o mínimo de provas necessárias para demonstrar a possibilidade de efetivamente deter essa titularidade<sup>51</sup>”; a segunda se dá nos casos em que a própria lei reconhece que o titular do direito material pode estar numa posição de dificuldade para exercê-lo pessoalmente em juízo, de modo que atribui

<sup>50</sup> O Código de Defesa do Consumidor também traz um rol de legitimados ativos no seu artigo 82, que é, entretanto, um pouco mais restritivo que o acima colacionado.

<sup>51</sup> GRECO, Leonardo. *Teoria da ação no processo civil*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 40.

a outra pessoa a possibilidade de fazê-lo em nome próprio, mas no interesse daquele, ocorrendo, nessas hipóteses, a chamada *substituição processual*<sup>52</sup>.

Quanto à natureza da legitimidade para a propositura das ações civis públicas, verifica-se divergência na doutrina<sup>53</sup>. A maioria dos autores, entretanto, entre os quais Teori Albino Zavascki<sup>54</sup>, Hugo Nigro Mazzilli<sup>55</sup>, Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>56</sup> e Pedro da Silva Dinamarco, entende que a legitimação para agir nas ações civis públicas é *extraordinária*. O último autor, por exemplo, aduz que, nas ações civis públicas, ocorre a substituição processual, uma vez que “as partes legítimas não correspondem aos integrantes da relação de direito material controvertida.”<sup>57</sup>.

Pedro Lenza, por sua vez, defende que a legitimidade nas ações civis públicas é extraordinária, mas tem um caráter *sui generis*, que resulta de uma releitura do instituto sob uma ótica coletiva<sup>58</sup>.

No que toca à legitimidade para a execução dessas ações, em regra, ela é conferida ao legitimado coletivo que tiver atuado na fase cognitiva. Entretanto, conforme expressa previsão legal (art. 15 da Lei 7.347/85), se o autor da ação não houver promovido a execução em 60 dias, o Ministério Público ou qualquer outro legitimado poderá fazê-lo. Em que pese o dispositivo legal aludir apenas às ações

<sup>52</sup> Ibid. p. 41.

<sup>53</sup> Conforme expôs Humberto Dalla, em aula ministrada no Centro de Estudos Jurídicos 11 de Agosto (CEJ), em 10 de agosto de 2006, ainda a respeito da matéria, outra corrente vem sendo ventilada no Brasil, tendo, inclusive, influenciado a elaboração do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, através da defesa da existência de uma *legitimidade autônoma*. Essa espécie seria aquela derivada da escolha dos legitimados ativos por um critério político, de conveniência e oportunidade, sendo baseada na premissa da autonomia do direito processual coletivo e na impossibilidade de se aplicar a este os conceitos tradicionais de legitimidade ordinária e extraordinária oriundos do “processo individual”. Assim, de acordo com essa corrente, o legislador, ao elaborar o rol de legitimados, o faz através da escolha política de certas instituições ou entidades.

<sup>54</sup> Segundo Zavascki, “tratando-se de direitos difusos ou coletivos (= sem titular determinado), a legitimidade ativa é exercida, invariavelmente, em regime de substituição processual: o autor da ação defende, em nome próprio, direito de que não é titular. Pode-se afirmar, por isso mesmo, que esse regime, de natureza extraordinária no sistema comum do processo civil, é o regime ordinário na ação civil pública”. ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit. p. 76.

<sup>55</sup> Para o autor, os legitimados ativos, por meio das ações civis públicas, “substituem processualmente a coletividade de lesados (legitimação extraordinária)”. MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. p. 60.

<sup>56</sup> Mancuso afirma que, sob o ponto de vista clássico, vale dizer, à luz da previsão contida no art. 6º do Código de Processo Civil, a legitimidade para a defesa dos interesses difusos seria anômala ou extraordinária, ou ainda um caso de *substituição processual*. O autor reconhece, entretanto, que a questão não é de fácil elucidação, tendo em vista a possibilidade de essa legitimação assumir um caráter *misto*, quando as entidades legitimadas defendessem interesses próprios conjuntamente com interesses de titulares substituídos. Por fim, considera que a reflexão acerca do tema deve se dar não apenas no plano dogmático da classificação jurídica, mas também no plano prático, visando à máxima efetividade e promoção judicial desses direitos. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos...*, cit. p. 259/264.

<sup>57</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. Op. cit. p. 205.

<sup>58</sup> LENZA, Pedro. Op. cit. p. 192.

propostas pelas associações, em sede doutrinária já se afirmou que o comando legal deve ser estendido a todas as hipóteses, pois a todos os legitimados cabe velar pelos interesses coletivos em jogo. Da mesma forma, defende-se que essa disciplina também é aplicável às execuções que se cumprem de imediato *ex officio*, como as referentes às obrigações de fazer e não fazer<sup>59</sup>.

No ponto, é relevante a ressalva feita por Greco, para quem, quando a matéria versada na ação civil pública for polêmica, não representando os anseios gerais da coletividade, mas determinada corrente de opinião, deve o Ministério Público se abster de promover a respectiva execução, sob pena de agir de forma autoritária e desvirtuada de seus propósitos constitucionais. O mesmo se aplica aos entes públicos, que devem guardar uma relação de pertinência entre as suas áreas de atuação e a matéria versada na ação/execução<sup>60</sup>.

## 1.6 Coisa Julgada

Dispõe o artigo 16, da Lei 7.347/85:

A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

De acordo com o artigo 103, do Código de Defesa do Consumidor:

Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:  
I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;  
II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;  
III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

---

<sup>59</sup> Nesse sentido Leonardo Greco, no seu artigo *Execução nas ações civis públicas...*, cit. p. 321/322.

<sup>60</sup> Loc. cit.

Mafrá Leal aduz que o sistema brasileiro criou, para as ações civis públicas, um regime de coisa julgada *secundum eventum litis*, o qual critica sob argumentos de ordem lógica. O autor entende que a disciplina da coisa julgada nessas ações é contraditória, “no sentido de que o *adequado* representante só é considerado *adequado* quando a ação é benéfica”<sup>61</sup>.

Pedro Lenza afirma que a disciplina da coisa julgada, assim como a da legitimidade para agir, são pontos sensíveis no processo coletivo, justamente pelas peculiaridades que apresentam em relação ao processo tradicional, “individual”<sup>62</sup>.

Ora, é fácil perceber a pertinência da afirmação: nas ações civis públicas, estão em jogo interesses que pertencem à coletividade como um todo ou a um grupo ou classe de pessoas. Se o que se visa é a satisfação do interesse dos indivíduos que compõem esses grupos, é natural que o provimento jurisdicional favorável obtido pelo legitimado coletivo seja extensível a todos aqueles co-titulares do direito, operando-se, em regra, a coisa julgada com efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*.

Lenza reitera que as ações coletivas que versem direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, caso sejam julgadas improcedentes por insuficiência de provas, produzirão apenas coisa julgada formal<sup>63</sup>. Essa a produção de efeitos *secundum eventum litis*, vale dizer, de acordo com o resultado da lide, implicando a formação de coisa julgada material apenas nas hipóteses de procedência ou de improcedência por motivo diverso ao da falta de provas.

Então, sendo a ação julgada improcedente e havendo suficiente instrução probatória, a coisa julgada se operará *erga omnes* ou *ultra partes*, ressalvada a possibilidade de ajuizamento de ações individuais com o mesmo objeto<sup>64</sup>.

No caso de procedência da ação coletiva, diversos serão os efeitos produzidos, variando de acordo com os diferentes interesses tutelados. Tratando-se de direitos difusos, a coisa julgada produzirá efeitos *erga omnes* (art. 103, I, do CDC); no caso dos direitos coletivos em sentido estrito, a procedência ocasionará a produção de coisa julgada com efeitos *ultra partes* (art. 103, II, do CDC); e, por fim, havendo procedência

---

<sup>61</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafrá. *Ações coletivas: história, teoria e prática*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 208/209.

<sup>62</sup> LENZA, Pedro, Op. cit. p. 219/220

<sup>63</sup> Ibid. p. 240.

<sup>64</sup> Ibid. p. 243.



da ação que verse direitos individuais homogêneos, haverá coisa julgada com efeitos *erga omnes* (art. 103, III, do CDC)<sup>65</sup>.

O tema desperta grande interesse na doutrina e é de crucial importância para a eficácia dos mecanismos de tutela coletiva. Entretanto, pela sua densidade e complexidade, não é conveniente, no âmbito do presente estudo, aprofundar as reflexões sobre a matéria.

## **CAPÍTULO 2 A TUTELA ESPECÍFICA E AS DIFICULDADES RELATIVAS À AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

### **2.1 A Atividade Executória**

---

<sup>65</sup> Ibid. p. 264.

Convém iniciar o presente capítulo analisando-se a atividade executória, sob a ótica da sua natureza e características. Perceba-se que preferimos conduzir a análise sob o aspecto da atividade, e não do *processo* de execução, uma vez que, com o advento da Lei 11.232/2005, passou-se a considerar que também a execução das obrigações pecuniárias fundadas em título judicial - assim como já havia ocorrido com a tutela específica - deixou de ser realizada num processo autônomo, constituindo, em realidade, *fase executória* da relação processual iniciada com a cognição. Assim, parece-nos mais correto reservar o uso da nomenclatura “processo”, como relação jurídica autônoma, apenas para a execução dos títulos extrajudiciais e das sentenças arbitral, estrangeira e penal, bem como para as execuções contra a Fazenda Pública.

O fenômeno trazido a lume pela referida lei foi denominado de sincretismo processual ou processo sincrético, ou seja, aquele que une, na mesma relação jurídica processual, mas em *fases* distintas, cognição e execução. Ao comentar o artigo 475-J do Código de Processo Civil, Athos Gusmão Carneiro aduz que com a inovação legislativa se concretiza a nova sistemática, de *ação sincrética*, ficando dotada a sentença de procedência de eficácia ‘condenatória’ e ‘executiva’, simultaneamente<sup>66</sup>. Após, completa: “nossa proposição é que, (...), toda e qualquer pretensão condenatória possa ser examinada e atendida dentro de um único processo<sup>67</sup>”.

O referido autor, em outra ocasião, chega a comparar o atual cenário trazido pela Lei 11.232/2005 com a “execução medieval”, que se dava também por um processo sincrético, sendo denominada de execução *per officium iudicis*<sup>68</sup>.

Entretanto, como já foi observado com propriedade por Leonardo Greco, o emprego da nomenclatura *cumprimento* ou *efetivação*, sugerida por alguns após a reforma da execução pecuniária de título judicial, em nada altera a natureza da atividade a ser realizada após a prolação da sentença: uma atividade prática, fundada num título executivo e que visa à satisfação do crédito do vencedor, sendo, portanto, verdadeira execução<sup>69</sup>. Araken de Assis, ainda sobre a questão terminológica, assevera que a mudança do nome “execução” para “cumprimento de sentença” não contribui para a

---

<sup>66</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar*. In: Revista de Processo, nº. 123, maio/2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 117.

<sup>67</sup> Ibid. p. 118.

<sup>68</sup> Idem. *Do cumprimento de sentença, conforme a Lei 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não?* In: Revista do Advogado, nº. 85, maio/2006, p. 16/17.

<sup>69</sup> GRECO, Leonardo. *Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05*. (In: Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Campos, vol. 1, nº. 1, novembro de 2006, p. 2. .

resolução dos problemas inerentes a essa atividade, como, por exemplo, a localização dos bens do devedor<sup>70</sup>.

Na sua obra *O Processo de Execução*, Leonardo Greco ensina que o juiz, na tutela jurisdicional de execução, promove uma série de atos coativos contra o devedor ou sobre o seu patrimônio, com o fim de forçá-lo a cumprir uma prestação, prevista em determinado título executivo<sup>71</sup>.

Ao contrário do que ocorre com a jurisdição de conhecimento - também chamada de jurisdição de sentença -, na execução, a atividade exercida pelo juiz não é predominantemente intelectual, mas uma atividade prática, que vai gerar reflexos concretos no mundo da vida<sup>72</sup>.

Para que essa atividade prática se concretize, faz-se necessário que o Estado coloque à disposição do credor “toda a força da sua autoridade”<sup>73</sup>. Daí dizer-se, na sistematização dos atos processuais, que os atos executórios, em sua maioria, são atos de coerção ou de coação<sup>74</sup>.

Ademais, as decisões que o juiz profere na execução não devem ser motivadas estritamente em critérios de legalidade, ou seja, pela aplicação pura e simples do direito aos fatos a ele submetidos, uma vez que o objetivo dessa atividade é o de entregar o bem da vida ao credor. Assim, deve o juiz agir mais como um administrador de bens do que como um simples julgador, adotando, portanto, decisões baseadas em critérios de conveniência e oportunidade em prol da efetividade da execução, procurando conjugar os princípios cardeais da máxima satisfação do crédito com o da menor onerosidade para o devedor<sup>75</sup>.

Cândido Rangel Dinamarco também observa que o processo de conhecimento visa a um julgamento, um pronunciamento do juiz acerca do direito, enquanto o processo de execução, a seu turno, “visa a atingir resultados práticos”<sup>76</sup>.

---

<sup>70</sup> ASSIS, Araken de. *Manual da Execução* – 10 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 112.

<sup>71</sup> GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 158.

<sup>72</sup> *Ibid.* p. 161.

<sup>73</sup> *Ibid.* p. 163/164.

<sup>74</sup> *Ibid.* p. 190. O autor, na mesma passagem, adotando parcialmente classificação proposta por Araken de Assis (In: *Manual do processo de execução* – 4. ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 84/85), subdivide os atos de execução *stricto sensu* em seis categorias, a saber: *atos de apreensão, atos de administração, atos de satisfação, atos de expropriação, atos de garantia e atos de coação indireta.*

<sup>75</sup> Idem. *A crise do processo de execução*. In Estudos de direito processual civil. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 9.

<sup>76</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil* – 8 ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2002, p. 119.

O autor coloca ainda em pauta a diferença entre os *meios sub-rogatórios* e os *meios de coerção*, utilizados pelo juiz na execução para atingir tais resultados. Nos primeiros, ocorre a substituição da conduta do agente obrigado (devedor) pela do Estado-juiz, que realiza as medidas necessárias para a satisfação do crédito. Já os segundos, especialmente aplicados na chamada *execução específica*, consistem em pressões psicológicas destinadas a agir sobre a vontade do devedor, para que este cumpra a obrigação<sup>77</sup>.

Para Moacyr Amaral Santos, é através da execução que o Estado, por meio do órgão jurisdicional, emprega “medidas coativas”, com vistas a efetivar e realizar determinada sanção, baseado num título executivo judicial ou extrajudicial<sup>78</sup>. Conclui, em seguida, o autor: “a execução, portanto, é a *atuação da sanção* inerente ao título executivo”<sup>79</sup>.

Araken de Assis, no seu *Manual*, aponta as características dos atos executivos que os diferenciam dos demais atos praticados pelo juiz. Como ressalta o autor, a missão do juiz na execução é a de transformar a realidade, para adequá-la ao direito previsto no título, ao passo que, na cognição, o juiz lida com os fatos a fim de pronunciar-se sobre o direito deles emergente<sup>80</sup>.

Na atividade executiva, pretende-se obter resultado semelhante ao que seria atingido caso o devedor cumprisse a prestação tal qual declarada como devida no título, de modo que, não cumprida espontaneamente pelo executado, torna-se necessário o emprego da força pelo Estado, seja através da invasão da esfera patrimonial dos indivíduos, seja exercendo sobre eles pressões psicológicas<sup>81</sup>.

Resumidamente, pode-se considerar que a atividade executória é aquela realizada pelo juiz para, alterando a realidade do mundo da vida, satisfazer determinada prestação, constante de um título executivo.

Essa atividade, caracterizada pelo desencadeamento de uma série de atos coativos, é eminentemente prática - e não intelectual -, podendo ser realizada por meios sub-rogatórios (quando o juiz substitui-se ao devedor, praticando os atos que este deveria adotar para a satisfação do crédito, como, por exemplo, a transformação dos

<sup>77</sup> Idem, *Instituições de direito processual civil* – vol. IV, 2 ed. rev. e atual – São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47.

<sup>78</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil* - vol. III, 21 ed. atual. por Aricê Moacyr Amaral – São Paulo: Saraiva, 2003, p. 213.

<sup>79</sup> Loc. cit.

<sup>80</sup> ASSIS, Araken de. Op. cit. p. 87.

<sup>81</sup> Ibid. p. 88.

seus bens em dinheiro e o efetivo pagamento da dívida) ou meios coativos indiretos<sup>82</sup> (quando o magistrado, impossibilitado de, substitutivamente, cumprir a prestação *in natura*, adota medidas que visam a pressionar psicologicamente o devedor a fazê-lo espontaneamente).

## 2.2 Principais Pontos de Estrangulamento Extensíveis às Execuções das Ações Civis Públicas

Esposadas a natureza da atividade executória e as suas principais marcas distintivas, passa-se a uma breve reprodução de três dos diversos pontos de estrangulamento do processo de execução com maestria apontados e examinados por Leonardo Greco<sup>83</sup>. O objetivo, neste passo, é o de demonstrar que esses três gargalos, encontrados pelo autor como óbices à efetividade da execução no Brasil, aplicam-se não somente às execuções das “ações individuais”, mas também às execuções das ações coletivas, em especial da ação civil pública.

Pretende-se também, ao final deste item, citar as dificuldades e críticas pontuais realizadas por outros autores no exame da efetividade dessa modalidade de jurisdição. As dificuldades que dizem respeito propriamente à tutela específica serão tratadas no item seguinte, estando subdivididas em temas relativos às *execuções complexas* e *execução em face do Estado*.

É importante começar a reflexão sobre a efetividade do processo de execução partindo-se da seguinte premissa: a garantia da tutela jurisdicional efetiva, esculpida em sede constitucional (art. 5º, inc. XXXV, da CF), não significa apenas o direito a uma

---

<sup>82</sup> Como vimos anteriormente, Cândido Dinamarco denomina essas medidas de *meios de coerção*. Talamini, acerca do tema, propõe uma distinção entre mecanismos de sujeitação e mecanismos indutivos. Os primeiros são mecanismos que podem ser adotados “independentemente da participação do sancionado”, enquanto os segundos destinam-se a pressioná-lo psicologicamente, para que “ele mesmo adote a conduta pretendida pela ordem jurídica” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)* – 2ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 170/171).

<sup>83</sup> GRECO, Leonardo. *A crise do processo de execução*. In Estudos de direito processual civil. Faculdade de Direito de Campos, 2005, págs. 7 a 88. O tema também foi abordado pelo autor nas aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, entre 24 de julho e 11 de agosto de 2006.

sentença. É muito mais do que isso. Se o Estado não é capaz de investir o titular do direito no seu pleno gozo – e isso implica o exercício prático desse direito – não se pode sequer falar em Estado de Direito<sup>84</sup>. Para Greco, os óbices à efetividade da execução, dentre outros, seriam:

### 2.2.1 A excessiva centralização dos atos executórios nas mãos do juiz

A execução no Brasil concentra excessivamente os atos executórios nas mãos do juiz. A experiência em outros países mostrou ser mais eficaz a adoção de um sistema em que o juiz possua um auxiliar com conhecimentos específicos sobre o mercado, a fim de ajudá-lo na administração dos bens e na escolha dos meios mais proveitosos de realização do crédito devido. O direito americano, a título de exemplo, adotou a figura do *sheriff*.

A descentralização desses atos é necessária, uma vez que a formação profissional do magistrado, salvo raras exceções, o torna apenas um bom sentenciador, mas não um administrador, detentor de conhecimentos específicos para atuar no mundo exterior e gerir os bens do devedor com maior proveito para a execução.

Não se trata, porém, de retirar totalmente da execução a presença do juiz, como órgão estatal dotado de jurisdição. Defende-se que o juiz não deve ser o *condutor* da execução, mas estar à disposição das partes ou de terceiros para apreciar qualquer ameaça ou violação a direitos que possam vir a ocorrer no desencadeamento dos atos executórios.

Na tutela coletiva, enfrenta-se também esse problema, principalmente nas execuções complexas, em que nem sempre o devedor nem o magistrado são os mais indicados para conduzirem a execução. Dessa hipótese, trataremos mais adiante.

Esse ponto de estrangulamento culmina em tornar o juiz sem vocação para a execução um burocrata, que despacha os pedidos das partes sem se empenhar na busca

---

<sup>84</sup> Idem. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), em 24 de julho de 2006.

da satisfação do credor, que, muitas vezes, já passou por um processo de conhecimento penoso, cheio de recursos e excessivamente demorado.

Essa situação se agrava especialmente nas ações civis públicas, em que o direito em jogo, em regra, visa a atender um interesse geral da coletividade, o que demandaria, no mínimo, uma postura mais ativa por parte do juiz.

Nesse sentido, inclusive, observou Cândido Dinamarco, para quem juízes pouco participativos, assim como as demasiadas oportunidades de defesas e retardamentos oferecidos ao executado e o mau funcionamento da justiça constituem dificuldades encontradas na execução<sup>85</sup>.

### 2.2.2 A tolerância à prática de atos meramente protelatórios

Um dos outros graves defeitos que afetam a execução e, em especial, a execução nas ações civis públicas é a reiterada prática de atos protelatórios por parte do devedor, com o fito de retardar o cumprimento da obrigação, retirando, assim, a efetividade da prestação jurisdicional.

Esses atos normalmente não são punidos pelo juiz, embora o Código de Processo Civil possua disposições claras a respeito da litigância de má fé e dos atos atentatórios à dignidade da justiça (artigos 14 a 18, 600 e 601). Os magistrados procuram ser tolerantes, para não punirem o devedor em razão da estratégia de defesa geralmente delineada pelo seu advogado.

Com a incorporação pelo sistema brasileiro das chamadas *astreintes* (previstas, por exemplo, no art. 11 da Lei 7.347/85), ou seja, multas diárias devidas em razão do não cumprimento da obrigação no prazo assinalado pelo juiz, procurou-se combater a excessiva procrastinação por parte do devedor.

O ponto nodal da questão, entretanto, consiste na criação de um sistema processual em que se torne desvantajosa a prática de atos procrastinatórios, seja pela aplicação de multas periódicas também nas obrigações pecuniárias, seja pela adoção de

---

<sup>85</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A execução civil...*, cit. p. 104.

um sistema de juros compostos, ou ainda através de uma aplicação mais rígida das regras que disciplinam a litigância de má fé e os atos atentatórios à dignidade da justiça.

Nas ações civis públicas, a procrastinação suscita ainda problemas maiores, tendo em vista que alguns direitos, como o meio ambiente equilibrado, por exemplo, podem ser afetados de modo irreversível pela demora na sua reparação.

Nem se alegue que o credor, frustrado o adimplemento da prestação tal qual prevista no título, pode socorrer-se às perdas e danos, pois, como se sabe, a conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos é excepcional, devendo o magistrado buscar, quando não for possível realizar a própria prestação, o seu resultado prático equivalente (art. 461 do CPC).

### 2.2.3 A ausência de oralidade

Na execução, atualmente, pouca relevância é conferida à aplicação do princípio da oralidade. Como já observou Leonardo Greco, é através da comunicação direta com as partes, com as quais deve estabelecer um diálogo humano, que o juiz mais bem concretiza o princípio do contraditório, possibilitando que elas influenciem eficazmente o conteúdo de suas decisões<sup>86</sup>.

Essa advertência torna-se ainda mais relevante na atividade executória, que, como vimos, visa a produzir resultados práticos no mundo exterior, e não apenas no próprio processo. Assim, o juiz deve manter constante diálogo com as partes, a fim de se informar acerca da situação dos bens do devedor, da sua rentabilidade, liquidez, aceitação pelo mercado etc.

Além disso, no cumprimento das obrigações de fazer e não fazer em matéria coletiva, como veremos adiante, não raro a prestação deve ser cumprida através de um plano de ação, cuja execução se prolongará no tempo, visando a cumprir diversas

---

<sup>86</sup> GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*. In Estudos de direito processual civil. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 547.



atividades positivas e negativas para a reparação do dano ou adequação da situação fática ao direito previsto na sentença.

Assim, a atuação do juiz tornar-se-ia mais efetiva, caso as partes pudessem a ele se dirigir, oral e pessoalmente, sempre que necessário.

Cabe, ainda, dizer que, no nosso sistema, em que o juiz conduz a execução, deliberando sobre a conveniência e oportunidade de seus atos culminantes, deveria ser dada mais importância à identidade física do magistrado.

Por exemplo: o juiz que, baseado em certas premissas de conveniência e nas circunstâncias do caso, escolheu determinado particular para, em nome do devedor, conduzir a demolição de uma construção é o que melhor pode acompanhar e fiscalizar a realização desses serviços.

### 2.3 A Execução Por Meio da Tutela Específica

No presente trabalho, abordaremos apenas a tutela jurisdicional específica destinada ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer impostas por sentença final condenatória no processo de conhecimento. Muito embora seja de extrema relevância o exame das tutelas específicas de urgência, tanto cautelar quanto antecipatória, o objetivo é o de demonstrar a disciplina e as dificuldades encontradas na execução dessas obrigações impostas no provimento final, em especial nas ações civis públicas.

Para Dinamarco, a execução forçada seria

um conjunto de atos estatais através de que, com ou sem o concurso da vontade do devedor (e até contra ela), invade-se seu patrimônio para, à custa dele, realizar-se o resultado prático desejado concretamente pelo direito objetivo material<sup>87</sup>.

Daí não considerar o autor a execução das obrigações de fazer e não fazer verdadeira execução forçada, mas uma *execução indireta*, uma vez que a multa e outras

---

<sup>87</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A execução civil...*, cit. p. 120/121.

medidas previstas na lei “visam a agravar a pressão psicológica incidente sobre a vontade do agente, mostrando-lhe o dilema entre cumprir *voluntariamente* o comando contido no direito e sofrer os males que elas representam<sup>88</sup>”. Em obra posterior, o ilustre jurista passou a aceitar que a adoção de pressões psicológicas por parte do juiz também deveria estar contida no conceito de execução, embora não seja essa atividade, como já afirmado, na sua visão, uma execução *direta*<sup>89</sup>.

De acordo com Carlos Alberto de Salles, é necessária seja realizada uma revisão da referida posição acerca da execução, para que no seu conceito também figurem as chamadas *execução imprópria* e *execução indireta*, de forma a ser considerada também execução a atividade realizada no cumprimento das assim denominadas ações mandamentais e executivas em sentido lato<sup>90</sup>.

Na ótica do autor supramencionado, a execução específica “pode ser traduzida no conjunto de remédios e providências tendentes a propiciar o exato cumprimento das obrigações reclamadas, ou resultado prático equivalente”. Para o autor, essa modalidade de execução contrapõe-se àquela atividade judicial que visa ao simples ressarcimento ou compensação pecuniária<sup>91</sup>.

Segundo Eduardo Talamini, a tutela específica “visa ao exato resultado jurídico que se teria, se não houvesse a necessidade do processo, em todos aqueles casos em que esse resultado final não consista na mera satisfação de uma dívida pecuniária”<sup>92</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni sustenta, especialmente ao abordar os casos de tutela dos direitos difusos e coletivos, que, tratando-se de tutela específica, a classificação trinária das sentenças mostra-se insuficiente para abranger o que denomina de *tutela de remoção do ilícito* e *tutela inibitória*. O ilustre professor aduz que o conceito de execução forçada, realizada por meio de atividade sub-rogatória do juiz, está atrelado ao conceito tradicional de sentença condenatória<sup>93</sup>.

Como a atividade realizada na tutela específica não visa ao ressarcimento, mas ao cumprimento da obrigação na sua forma específica, em geral por meio de coações

---

<sup>88</sup> Ibid. p. 110.

<sup>89</sup> Idem. *Instituições...*, p. 61.

<sup>90</sup> SALLES, Carlos Alberto de. *Execução civil em matéria ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 241.

<sup>91</sup> Ibid. p. 245

<sup>92</sup> TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 175 e ss.

<sup>93</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 34.

indiretas e não por sub-rogação, o autor entende que não se pode considerar a atividade realizada pelo juiz para forçar o cumprimento de obrigações de fazer infungíveis ou de não fazer como execução derivada de uma sentença condenatória, tal como concebida pela doutrina tradicional de Chiovenda<sup>94</sup>.

Filiamo-nos, entretanto, à posição de Leonardo Greco, que, a esse respeito, ensina que a classificação trinária das sentenças não deve ser abandonada e que as sentenças *mandamentais* e *executivas em sentido lato* nada mais são do que sentenças condenatórias, uma vez que impõem ao devedor uma *prestação*. Essas duas espécies de sentenças, tratadas autonomamente por parte da doutrina, possuem apenas traços distintivos quanto ao seu modo de cumprimento, que é um fato ou efeito externo à sentença. No caso das primeiras, a execução geralmente se dá mediante ordem do juiz (mandado ou ofício) a ser cumprida pelo devedor ou seu preposto, e, no das segundas, pelo próprio juiz ou um de seus auxiliares<sup>95</sup>.

Cita-se como exemplo destas últimas a ação de despejo, em que o réu é condenado a deixar o imóvel, sendo que o seu cumprimento não depende da instauração de um novo processo de execução<sup>96</sup>, cabendo ao oficial de justiça cumprir a ordem de despejo.

Greco ainda adverte que o fato de a tutela específica se dar no âmbito do processo de conhecimento não obsta a sua natureza de atividade executória, uma vez que nessa modalidade de cumprimento estão disponíveis ao juiz meios coativos que incidirão contra o devedor ou sobre o seu patrimônio a fim de satisfazer a prestação constante de um título executivo<sup>97</sup>.

Assim, em síntese, na visão do autor,

quando o objeto da prestação constante do título não é dinheiro, mas a entrega de algum outro bem, o exercício de uma atividade ou a omissão na prática de algum ato, a execução é chamada *específica*, denominação

---

<sup>94</sup> Loc. cit.

<sup>95</sup> GRECO, Leonardo. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), em 11 de outubro de 2004.

<sup>96</sup> A separação da *mandamentalidade* e da *executividade lato sensu* como espécies autônomas de sentenças perdeu ainda mais a sua suposta relevância após a edição da Lei 11.232/2005, que modificou a execução pecuniária de título executivo judicial, extinguindo a necessidade de nova citação do devedor e, conseqüentemente, a formação de um novo processo. Assim, pode-se dizer que as execuções das obrigações de fazer e não fazer, de entrega de coisa e a execução por quantia certa são realizadas no mesmo processo em que se formaram os respectivos títulos executivos. Logo, uma das principais características distintivas das duas espécies acima referidas – que era justamente a de serem executadas independentemente da instauração de um *processo* de execução –, hoje, é encontrada também na execução pecuniária de título executivo judicial.

<sup>97</sup> Idem. *O processo de execução...*, vol. II, cit. p. 490.

adotada na seção do Código Civil Italiano correspondente aos artigos 2.930/2.933, que serviu de modelo à tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa instituída nos artigos 461 e 461-A do nosso Código de Processo Civil, introduzidos respectivamente pelas Leis 8.952/94 e 10.444/02<sup>98</sup>.

A seguir, cumpre transcrever o teor dos referidos dispositivos legais:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

Cabe aduzir que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 84, já dispunha da matéria nos mesmos termos do artigo 461 do Código de Processo Civil.

---

<sup>98</sup> Idem. *Tutela jurisdicional específica*. In Estudos de direito processual civil. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 513.

Ainda no plano legislativo, a lei disciplinadora da ação civil pública (Lei 7.347/85), em seu artigo 11, estabelece que

na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Vale lembrar que tanto as disposições do Código de Processo Civil como as do Código de Defesa do Consumidor aplicam-se subsidiariamente à Lei 7.347/85, por força dos seus artigos 19 e 21, respectivamente.

O escopo do legislador, ao predispor ao juiz esses diversos meios de atuação para a efetivação da tutela jurisdicional, é o de permitir que a obrigação seja cumprida tal como devida e declarada no título executivo, uma vez que, em matéria coletiva, principalmente, pouco utilidade possui a tutela ressarcitória, que em quase nada contribui para a preservação ou recuperação do direito difuso ou coletivo violado.

Ora, é fácil perceber que os consumidores lesados por um produto comercializado em desacordo com as normas legais não pretendem apenas o ressarcimento dos possíveis prejuízos sofridos, mas a condenação do fornecedor nas obrigações de adequar o seu produto às exigências legais, de promover ampla divulgação dos riscos inerentes ao consumo do referido produto, de proceder ao recolhimento dos produtos defeituosos em circulação etc.

Da mesma forma, uma comunidade ribeirinha atingida por um desastre ambiental não objetiva apenas a reparação pecuniária dos danos sofridos, mas a recuperação da qualidade das águas poluídas, da fauna e flora aquáticas, a despoluição das margens etc.

Contudo, é preciso reconhecer que essa execução na forma específica, mormente nas obrigações personalíssimas, encontra limites, tradicionalmente esculpidos no brocardo *nemo ad factum praecise cogit potest*. Nesse sentido, Eduardo Talamini atenta para os limites naturais, em virtude dos quais não há como se utilizar o corpo do devedor para cumprir a obrigação contra a sua vontade. Ademais, leciona o autor que também há limites de ordem ético-jurídica, impostas pelo necessário respeito que deve ser mantido em relação à dignidade da pessoa humana<sup>99</sup>.

---

<sup>99</sup> TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 32.

O *caput* do artigo 461 do Código de Processo Civil alude ainda ao chamado *resultado prático equivalente*. Sobre a questão, parece-nos apropriada a observação realizada por Leonardo Greco, para quem o resultado prático equivalente somente pode ser buscado na execução das obrigações infungíveis, já que o credor não pode ser obrigado a aceitar prestação diversa da constante do título executivo. Assim, as obrigações fungíveis, que podem ser cumpridas por terceiros, através de meios subrogatórios, não comportam a busca pela obtenção do resultado prático equivalente<sup>100</sup>.

Assim, por exemplo, a sentença que condena o dono de determinada fábrica à prestação de fechar a sua chaminé, que emite gases poluentes na atmosfera, deve ser cumprida tal qual ordenada pelo juiz. O credor tem o direito de exigir o fechamento da chaminé, ainda que haja outro meio diverso através do que se possa atingir tal fim, como a instalação de um filtro, por exemplo.

Diversa, entretanto, seria a hipótese em que o referido devedor fosse condenado à prestação de não poluir o ar atmosférico. Para o seu cumprimento, o juiz poderia utilizar-se dos meios executórios que melhor atendessem ao interesse do credor e fossem menos onerosos para o devedor, já que o título não dispôs sobre o seu modo específico de adimplemento. Neste caso, a instalação do filtro seria possível, sem implicar violação ao título executivo ou à coisa julgada.

Portanto, o resultado prático equivalente – acolhendo-se aqui a ressalva de Leonardo Geco – é aquele que substitui, com mais proximidade, o que seria obtido caso o devedor de obrigação infungível resolvesse voluntariamente cumpri-la, não legitimando a execução de obrigações fungíveis dissonantes dos respectivos títulos executivos em que se fundam.

Logo, não sendo possível o cumprimento tal como previsto no título, a obtenção do resultado prático equivalente nos casos cabíveis – por aproximar-se da obrigação *in natura* – deve preceder à conversão em perdas e danos<sup>101</sup>.

### 2.3.1 As Obrigações de Fazer e Não Fazer e os Meios Executórios

---

<sup>100</sup> GRECO, Leonardo. *A execução nas ações civis públicas...*, cit. p. 343.

<sup>101</sup> Nesse sentido também Carlos Alberto de Salles. Op. cit. p. 247.

Inicialmente, conceitua-se a relação obrigacional de acordo com a lição de Orlando Gomes, para quem a referida relação, considerada em seu conjunto,

é um vínculo jurídico entre duas partes, em virtude do qual uma delas fica adstrita a satisfazer uma prestação patrimonial de interesse de outra, que pode exigí-la, se não for cumprida espontaneamente, mediante agressão ao patrimônio do devedor<sup>102</sup>.

Cumpra, ainda, introdutoriamente, diferenciar as obrigações de fazer e não fazer das obrigações de entrega de coisa. Entretanto, essa distinção, quanto às primeiras e às últimas, nem sempre é clara, mormente nos dias atuais, em que o desenvolvimento tecnológico permite a confecção de bens e a sua entrega quase simultaneamente.

A obrigação de entregar determinada coisa pressupõe e pré-existência dessa respectiva coisa, ou seja, a obrigação de entrega de coisa é a de transferir para o credor determinada coisa já existente. Quando o título executivo contiver, por exemplo, além da obrigação de entregar a coisa, também a obrigação de construí-la, estar-se-á diante de uma obrigação de fazer<sup>103</sup>. Entretanto, como já foi afirmado, nos dias atuais, em que o avanço da tecnologia possibilita a construção e entrega de diversos bens quase simultaneamente, a lei processual não deveria tratar ambas as situações de formas distintas, pois muitas vezes o credor desconhece o estado da coisa, vale dizer, não sabe se a coisa já existe ou ainda terá de ser confeccionada<sup>104</sup>.

Esse desconhecimento do credor não pode ser óbice à satisfação do seu crédito, possibilitando ao devedor que revele, ao final da execução, que o bem pretendido ainda não existia e por isso não era caso de obrigação de fazer, mas de entrega de coisa, e vice-versa. Afinal, o processo judicial do nosso tempo não pode ser tratado como um jogo de esconde-esconde, para beneficiar o mais esperto<sup>105</sup>.

Orlando Gomes assenta que as obrigações de dar, que possuem como objeto as chamadas *prestações de coisas*, consistem na entrega de um bem, seja a título de transferência da propriedade, seja para a mera transmissão da posse ou para a sua

<sup>102</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações* – 16 ed. rev. atual. e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 17.

<sup>103</sup> GRECO, Leonardo. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), em 17 de novembro de 2006.

<sup>104</sup> Há, ainda, determinadas situações em que o *fazer* não resulta na construção de um objeto que tenha realidade no mundo físico, como, por exemplo, os serviços de assessoria ou aconselhamento jurídicos prestados por advogados.

<sup>105</sup> Loc. cit.

restituição. A seu turno, as obrigações de fazer têm por objeto o que o autor denomina de *prestações de fatos*, que consistem na realização de uma atividade por parte do devedor<sup>106</sup>. Para o autor, a distinção entre essas duas espécies de obrigações deve ser feita sob o ponto de vista do credor: caso o interesse deste esteja voltado para a coisa ou para um bem, a obrigação é de dar, ao passo que, se o interesse do credor residir numa atividade a ser realizada pelo devedor, a obrigação é de fazer<sup>107</sup>.

O autor refere-se ainda às obrigações de não fazer, que, em regra, impõem ao devedor uma omissão, abstenção ou tolerância à determinada prática do credor; satisfazem-se com uma conduta omissiva do devedor<sup>108</sup>. Sobre essa espécie de obrigação, Ada Pellegrini, com costumeira propriedade, adverte que algumas obrigações de não fazer podem implicar alguma atividade comissiva, como, por exemplo, a obrigação de não poluir, que pode demandar a instalação de um filtro na chaminé de uma fábrica<sup>109</sup>.

Carlos Alberto de Salles alerta para o fato de que as prestações negativas, acaso descumpridas, isto é, havendo praticado o devedor a conduta que se objetivava evitar, converter-se-ão em prestações positivas, consistentes no desfazimento das conseqüências do ato praticado<sup>110</sup>.

Em sentido diverso ao esposado por Orlando Gomes, posiciona-se Eduardo Talamini, para quem a distinção entre as obrigações de fazer e de entrega de coisa não pode estar apenas relacionada à expectativa do credor, devendo ser feita de modo objetivo, “levando-se em conta, as máximas da experiência (ou, eventualmente, dados técnicos)”, para que se afira se o

cerne da prestação está (i) na entrega do bem (dinheiro, coisa) ao titular do direito, sendo-lhe meramente acessória a prestação de fato, ou (ii) se, ao contrário, está na prestação do fato, sendo-lhe instrumental ou simples decorrência a entrega do bem<sup>111</sup>.

Feitas essas considerações iniciais, delimitam-se as obrigações de que ora se pretende tratar: as obrigações de fazer e não fazer, entendidas, respectivamente, como

---

<sup>106</sup> GOMES, Orlando. Op. cit. p. 47/48.

<sup>107</sup> Ibid. p. 48.

<sup>108</sup> Ibid. p. 51.

<sup>109</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*. In: Revista AJURIS, n.º. 65, Porto Alegre, 1995, p. 17.

<sup>110</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit. p. 276.

<sup>111</sup> TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 133/134.



aquelas que possuem como objeto (prestação) a realização ou abstenção de determinada atividade humana por parte do devedor.

Dentre outros, Araken de Assis<sup>112</sup> e Leonardo Greco<sup>113</sup> também cuidam da classificação das obrigações em *positivas* e *negativas*: as primeiras consistem na realização de determinada atividade ou um *facere*, ao passo que as segundas implicam uma omissão ou um *non facere*.

Por sua vez, as obrigações de fazer – cujo objeto é composto de prestações positivas - dividem-se ainda em *fungíveis* e *infungíveis*. As primeiras, no magistério de Moacyr Amaral Santos, são as que, “por sua natureza ou disposição convencional, podem ser satisfeitas por terceiro, quando o obrigado não as satisfaça”; as segundas, ainda de acordo com o ilustre autor, são aquelas que “somente podem ser satisfeitas pelo obrigado, em razão de suas aptidões ou qualidades pessoais”<sup>114</sup>.

Bastante elucidativo o seguinte exemplo de obrigação infungível: se uma pessoa contratou o cantor João Gilberto para se apresentar em determinada ocasião, obviamente, não poderá o juiz substituir-se ao referido artista no cumprimento da obrigação, tendo em vista sua infungibilidade ou caráter personalíssimo.

Coloca-se também em pauta a distinção entre a *infungibilidade natural* e a *infungibilidade jurídica*: aquela deriva da própria natureza da prestação, que impõe o seu cumprimento, necessariamente, pela pessoa do devedor, enquanto esta “consiste numa declaração de vontade ou na celebração de um contrato”. Apesar da necessidade de cumprimento pelo devedor, essa última espécie de prestação pode ser substituída por uma sentença judicial<sup>115</sup>. Leonardo Greco leciona que nas ações civis públicas é comum encontrar o que denomina de *infungibilidade relativa*, mais especificamente nas hipóteses em que a obrigação, não cumprida pelo devedor, somente pode ser adimplida por um pequeno número de pessoas ou empresas, detentoras de tecnologia avançada ou restrita<sup>116</sup>.

O autor em comento observa que, no cumprimento das obrigações de fazer fungíveis, pode o juiz adotar todas as medidas previstas na lei, além de todas as outras que se fizerem necessárias para o adimplemento da obrigação tal qual consta do título

---

<sup>112</sup> ASSIS, Araken de. Op. cit. p. 252.

<sup>113</sup> GRECO, Leonardo. *O processo de execução...*, vol. II, cit. p. 483.

<sup>114</sup> SANTOS, Moacyr Amaral, Op. cit. p. 383.

<sup>115</sup> GRECO, Leonardo. *O processo de execução...*, vol. II, cit. p. 483/484.

<sup>116</sup> Idem. *A execução nas ações civis públicas...*, cit. p. 335.

executivo. Isso porque o rol de providências legais, nessa espécie de obrigação, é exemplificativo, uma vez que constitui meios sub-rogatórios, ou seja, providências que o juiz pode adotar para substituir-se à pessoa do devedor<sup>117</sup>. Cumpre ressaltar, entretanto, que o limite para a adoção dessas providências não previstas em lei deve ser o respeito à dignidade do devedor e aos seus direitos da personalidade.

Vale lembrar, neste ponto, que as medidas previstas na lei são a imposição de multa por tempo de atraso, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo ser cumpridas, se necessário, com o auxílio de força policial (art. 461, § 5º, do CPC).

Já no caso das obrigações infungíveis, o eminente processualista leciona que a prestação deve ser cumprida obrigatoriamente pelo devedor, consistindo as providências legais em meios de coação indireta, que visam a causar pressões sobre o devedor, a fim de que este cumpra voluntariamente a obrigação. Tratando-se de direito sancionador, nestas hipóteses, não poderá o juiz inovar frente aos meios que lhe são predispostos pela lei, sob pena de ferir o princípio da legalidade estrita, que rege a restrição a direitos. Não cabe, então, nesses casos, a atividade substitutiva do juiz, uma vez que a natureza da obrigação impõe o seu cumprimento de forma personalíssima<sup>118</sup>.

Ainda sobre as obrigações infungíveis, Marinoni ensina que o meio disponível ao juiz para forçar o seu cumprimento se dá através de ordem contida na sentença aliada a uma ameaça, que em geral só constitui-se de multa diária em prejuízo do devedor. A mesma técnica, aduz o autor, é também utilizada para forçar o cumprimento das prestações negativas, que, como vimos, são o objeto das obrigações de não fazer<sup>119</sup>.

Ressalva, entretanto, o ilustre autor que a técnica referida é perfeitamente cabível nos casos de obrigações fungíveis, pois, ainda que outro possa executar a prestação, permanece o devedor como obrigado pela mesma. Dessa forma, defende que a multa pode, inclusive, ser preferencial em certas hipóteses, vez que o cumprimento por terceiro pode se dar em tempo superior ao que seria gasto caso o devedor, intimado pela sanção pecuniária, resolvesse cumprir pessoalmente a obrigação<sup>120</sup>.

Sendo nomeado um terceiro para que, em auxílio ao juízo, execute aquilo que o devedor deveria fazer, o cumprimento da obrigação por essa via dependerá de variados

---

<sup>117</sup> Idem. *O processo de execução...*, vol. II, cit. p. 493/494.

<sup>118</sup> Ibid. p. 496/498.

<sup>119</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 71/72.

<sup>120</sup> Ibid. p. 74/75.

fatores, como adverte Araken de Assis. Segundo o autor, a investidura do terceiro nesse encargo deve ser acompanhada da prévia delimitação do objeto da obrigação, do seu custeio e remuneração dos envolvidos; ademais, o juiz deve contar com auxiliar que possua os necessários predicados, técnicos ou especializados, ao cumprimento do mister<sup>121</sup>.

Alerta-se ainda para o fato de que, embora constitua a multa o principal meio de pressão a ser exercido sobre o devedor para o cumprimento espontâneo das obrigações a ele impostas, nos casos em que o obrigado não dispõe de recursos para arcar com as despesas oriundas da referida sanção, reduz-se consideravelmente a eficácia dessa medida de pressão psicológica, uma vez que a sua execução restará frustrada pela insuficiência de patrimônio do devedor inadimplente<sup>122</sup>.

### 2.3.2 Execuções complexas

Carlos Alberto de Salles leciona que a ação que visa à condenação do devedor no cumprimento de obrigações complexas

abarca grande número de sujeitos, fatores altamente contingentes e difíceis processos técnicos, colocando para a execução do julgado dificuldades adicionais e resultando em um maior envolvimento do juízo com o provimento executivo, à medida em que um maior número de questões passam a ser colocadas nessa fase processual<sup>123</sup>.

Baseado nas premissas acima, sustenta o autor que nessas ações ocorre um deslocamento do poder jurisdicional da fase de cognição para a fase de execução, fundado na “ampla possibilidade de escolhas de medidas executivas e de determinação das providências necessárias para a produção dos resultados práticos desejados” que se revelam nesta última fase<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> ASSIS, Araken de. Op. cit. p. 122.

<sup>122</sup> ASSIS, Araken de. Op. cit. p. 116 e 122.

<sup>123</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit. p. 233.

<sup>124</sup> Ibid. p. 251.

Essa gama de possibilidades e escolhas aumenta o campo de poder decisório do juiz na execução, impondo um diálogo mais intenso com as partes, em respeito ao princípio do contraditório.

Leonardo Greco, em estudo que cuidou da execução nas ações civis públicas, enuncia que, no âmbito do processo coletivo, a tutela jurisdicional deve ser preferencialmente preventiva, de modo a evitar que os danos coletivos venham a ocorrer<sup>125</sup>.

Na visão do autor, o procedimento do Código de Processo Civil, que se aplica no silêncio da Lei 7.347/85

não é apropriado para a execução judicial de obrigações complexas, como tal entendidas as que tenham forte componente técnico, pluralidade de sujeitos direta e indiretamente envolvidos, elevado número de fatores a serem considerados na situação fática e na contingencialidade da situação concreta sobre a qual deverão incidir os atos executórios<sup>126</sup>.

O procedimento adequado deve comportar um “contraditório plurilateral e uma instrução aberta à participação de todos os interessados”. Ademais, o autor explica que, nessas execuções, o cumprimento da obrigação nem sempre pode ficar sob a responsabilidade exclusiva do devedor, sob pena de causar um dano maior ainda aos direitos coletivos lesados<sup>127</sup>.

O autor defende, através da aplicação do art. 461, § 5º, do CPC, que o juiz nomeie um administrador judicial (que pode ser pessoa física ou jurídica, pública ou privada), para elaborar o que chama de “plano de execução”, o qual deverá ser aprovado pelo juiz e posto em prática pelo devedor, sob a supervisão do referido administrador<sup>128</sup>.

Por fim, conclui: “apesar de toda a evolução da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, há ainda um grande vazio a ser preenchido na disciplina dessas execuções complexas”<sup>129</sup>.

Eduardo Talamini trata da nomeação judicial de terceiros para colaborarem na condição de *longa manus* do juiz, com vistas a viabilizar a execução de obrigações complexas, que não se exaurem com uma única ação ou omissão. Ressalta o autor

---

<sup>125</sup> GRECO, Leonardo. *Execução nas ações civis públicas...*, cit. p. 318.

<sup>126</sup> Idem. *O processo de execução...*, vol. II, cit. p. 518.

<sup>127</sup> Ibid. p. 519.

<sup>128</sup> Loc. cit.

<sup>129</sup> Ibid. p. 520.

também que a escolha do juiz deve recair sobre pessoa ou empresa detentoras de qualidades específicas e individuais para a realização das tarefas necessárias<sup>130</sup>.

### 2.3.3 Questões polêmicas na efetivação da tutela específica contra o Estado

No tema atinente à execução das obrigações de fazer e não fazer em face do Estado, questão que gera dificuldades práticas e discussões na doutrina é a de saber quais as possíveis conseqüências advindas da recusa, por parte do funcionário do Estado, de cumprir as determinações judiciais.

Na visão de Eduardo Talamini, os amplos conceitos de funcionário público e de Administração Pública contidos na lei penal (art. 330 do CP) compreendem os órgãos jurisdicionais, permitindo o enquadramento no tipo penal de desobediência, sempre que a ordem do juiz – em geral encontrada nos provimentos assim denominados *mandamentais* – for descumprida. Ainda para o autor em comento, nos casos em que a ordem for dirigida a terceiro auxiliar do juízo, o réu poderá incidir no crime de resistência, se oferecer alguma oposição ao cumprimento do julgado<sup>131</sup>.

Quanto ao tema, Leonardo Greco alerta, como regra geral, para a impossibilidade de ameaça de instauração de processo criminal por crime de desobediência em face do devedor, quando a relação jurídica de direito material for estritamente privada, não havendo, portanto, qualquer relação de subordinação entre credor e devedor<sup>132</sup>.

Na execução em face do Estado, o autor defende, com absoluta propriedade, que mais correta é a capitulação como crime de prevaricação, nas hipóteses em que o administrador público obsta o cumprimento da obrigação violando dever funcional de acatar a ordem judicial, movido por sentimento ou interesse pessoal<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 275/278.

<sup>131</sup> TALAMINI, Op. cit. p. 306/309.

<sup>132</sup> GRECO, Leonardo. *O processo de execução...*, vol. II, cit. p. 500/501.

<sup>133</sup> Loc. cit.

Acerca do assunto, lamenta Araken de Assis não dispor o direito positivo brasileiro de sanções com amplitudes tais como as encontradas no direito anglo-saxão, concluindo que a sanção penal no nosso sistema “constitui ameaça longínqua e ineficaz. Tem valor simbólico, quanto à confirmação da autoridade judiciária, e efeitos suasórios”<sup>134</sup>.

Greco faz ainda a advertência de que a multa, imposta em face do Estado, possui pouca força coercitiva ou intimidativa, uma vez que a sua cobrança sujeitar-se-á ao regime dos precatórios<sup>135</sup>. O autor também defende a viabilidade de intervenções judiciais em entidades públicas, desde que respeitadas as regras orçamentárias e as funções próprias do Poder Executivo, “relacionadas com a vontade política do Estado”<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> ASSIS, Araken. Op. cit. p. 116.

<sup>135</sup> GRECO, Leonardo. *O processo de execução...*, vol. II, cit. p. 508.

<sup>136</sup> Idem. *A execução nas ações civis públicas...*, cit. p. 351.

### CAPÍTULO 3 O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Estabelece o parágrafo sexto, do artigo 5º, da Lei 7.347/85 que

os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Já na introdução à sua obra sobre o tema<sup>137</sup>, Fernando Reverendo Vidal Akaoui destaca que o número de compromissos de ajustamento de conduta celebrados vem crescendo cada vez mais, em razão da maior celeridade desse instrumento na solução dos litígios, aliada ao fato de constituir título executivo extrajudicial. Assim, acaso descumprido, o compromisso pode ser executado diretamente, dispensando a propositura de uma ação de conhecimento prévia, cuja duração poder-se-ia protrair por diversos anos.

O autor, a título de ilustração, enumera dados relativos aos termos de ajustamento de conduta celebrados pelo *parquet* paulista, dentre eles, o de que “entre agosto de 2001 e julho de 2002, o Ministério Público do Estado de São Paulo firmou 2.726 compromissos de ajustamento de conduta”, segundo informações colhidas pelo autor junto ao Conselho Superior daquele *parquet*<sup>138</sup>.

Ora, o número acima é significativo - mormente se levado em consideração o lapso temporal transcorrido até a presente data. Conforme se poderá concluir mais

---

<sup>137</sup> AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>138</sup> *Ibid.* p. 68.

adiante, o termo de ajustamento de conduta reúne maiores vantagens frente à execução judicial, especialmente no tocante ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer.

Segundo afirma Akaoui, para a obtenção do termo de ajustamento de conduta, na quase totalidade dos casos, servem de base as informações colhidas no bojo do inquérito civil público, presidido exclusivamente pelo membro do Ministério Público, não cabendo, portanto, o manejo deste último instrumento por qualquer outro co-legitimado para a ação civil pública<sup>139</sup>.

Daí o conteúdo deste capítulo recair sobre as principais questões que envolvem o instituto em exame sob a perspectiva da atuação do Ministério Público, que encontrará importantes subsídios para a formalização do termo de ajustamento de conduta nas informações que instruem o inquérito civil público.

### **3.1 Natureza Jurídica e o Debate Acerca da Possibilidade de Transação**

Como ensina Geisa de Assis Rodrigues, a doutrina se divide na definição da natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta em dois grandes grupos: de um lado, há autores que consideram os referidos termos transação, enquanto, de outro, figuram doutrinadores para os quais o termo de ajustamento de conduta é um ato jurídico diverso<sup>140</sup>.

Entretanto, é consenso dentre os primeiros que o termo de ajustamento de conduta não se amolda perfeitamente às transações definidas pelo Direito Civil como meio de composição ou prevenção através do que duas partes realizam concessões recíprocas. Em regra, afirma-se, devido à indisponibilidade dos interesses em jogo, que o órgão público legitimado para celebrá-lo apenas pode realizar concessões quanto ao prazo, lugar e modo de cumprimento das obrigações, não podendo afetar a sua substância. Estar-se-ia diante, então, de uma espécie de transação mitigada, em que uma das partes não poderia dispor livremente sobre todos os aspectos do direito material.

---

<sup>139</sup> AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Op. cit. p. 58.

<sup>140</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Op. cit. p. 142.



Para o outro grupo de autores, a natureza indisponível dos direitos objetos de proteção pela via da ação civil pública é justamente o que impede a caracterização dos compromissos de ajustamento como transação, podendo ser entendidos como um ato ou negócio jurídico.

Concordam todos os autores, contudo, que o resultado atingido pelo termo de ajustamento de conduta não pode ser inferior àquele que seria obtido caso o devedor fosse compelido a cumprir a obrigação judicialmente.

A discussão ganha contornos de dificuldade quando encarada sob o ponto de vista da legitimação para agir, já analisada no primeiro capítulo deste estudo. Para a maior parte dos autores, a legitimação para agir nas ações civis públicas é extraordinária, ocorrendo o fenômeno da substituição processual. Ora, o questionamento que comumente se faz é no sentido de se saber se o órgão público legitimado para a propositura da ação poderá transigir acerca de um direito – indisponível, diga-se – de que não é titular por meio da celebração de compromissos de ajustamento de conduta.

Rodolfo de Camargo Mancuso procura responder a questão através de um raciocínio utilitarista, comprometido com os resultados práticos do processo e com a efetiva proteção do direito material. Para ilustrá-lo, utiliza-se, inclusive, do aforismo popular segundo o qual “é melhor um mau acordo do que uma boa demanda”<sup>141</sup>.

Para o autor, quando o promotor tiver a colaboração do devedor para celebrar determinado acordo, ainda que se façam necessárias concessões quanto ao prazo de realização das prestações, por exemplo, ele não deve obstá-lo, pois a ação civil pública não consiste num fim em si mesma, devendo a preocupação estar voltada à proteção do direito violado.

Adentrando ao plano teórico, Mancuso adverte que o termo de ajustamento de conduta não implica transação propriamente dita, na medida em que o seu “espaço transacional” abrange apenas aspectos formais do acordo (novamente: tempo, lugar, condições); ocorre, segundo ele, uma disponibilidade processual<sup>142</sup>. Eis uma passagem que bem sintetiza a visão do autor:

(...) pode-se afirmar que, no concernente às ofensas aos *demais* interesses metaindividuais (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, ordem urbanística, v. g.), há de prevalecer o critério finalístico, que informa o binômio *instrumentalidade-efetividade* dos procedimentos, sinalizando ser

---

<sup>141</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública...*, cit. p. 318/319.

<sup>142</sup> *Ibid.* p. 331.

preferível uma *solução negociada*, que se mostre idônea e eficaz para resolver o conflito gerado pela lesão ou ameaça ao interesse indigitado, do que uma obstinada busca pela solução judicial, que pode ser demorada, onerosa e, algumas vezes, de difícil previsibilidade quanto ao seu desfecho<sup>143</sup>. (grifos do autor)

Fernando Grella Vieira trata da questão aduzindo que, numa primeira abordagem, em razão da sua indisponibilidade, deveriam ser os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos – estes últimos apenas quando tutelados coletivamente – insuscetíveis de transação. Entretanto, a prática mostrou que a disponibilidade do causador do dano em voluntariamente adequar a sua conduta aos ditames legais produzia o mesmo resultado finalístico que se pretendia obter por meio da ação judicial coletiva<sup>144</sup>. Tal fenômeno culminou na inserção do parágrafo sexto ao artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, já transcrito linhas acima. O autor ainda adverte, como o faz toda doutrina, diga-se de passagem, para o fato de que o compromisso de ajustamento de conduta deve abarcar todas as “obrigações cabíveis e necessárias para a composição da ofensa”<sup>145</sup>.

Ao tratar dos termos de ajustamento de conduta em matéria ambiental, Daniel Roberto Fink analisa a sua natureza jurídica, destacando que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não pode ser objeto de transação. Entretanto, destaca que podem ser transacionados “(...) a forma de adoção das medidas destinadas à sua recuperação, ou, ainda, o estabelecimento de certas regras de conduta (...), de tal forma que o ecossistema seja preservado de agressões”<sup>146</sup>. Assim, alinha-se o autor junto àqueles que consideram o ajustamento de conduta uma espécie de transação, que comporta, entretanto, peculiaridades frente ao tratamento recebido por esse instituto no Direito Civil.

Contudo, o ilustre autor não pára a sua análise neste ponto. Fink prossegue analisando o termo de ajustamento de conduta e conclui que, assim como ocorre com a disciplina da transação, a disciplina dos contratos também é em grande parte aplicável aos compromissos de ajustamento de conduta, principalmente no que toca às condições

---

<sup>143</sup> Ibid. p. 335.

<sup>144</sup> VIEIRA, Fernando Grella. *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta*, In: Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos, coord. Edis Milaré, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 226/227.

<sup>145</sup> Ibid. p. 229.

<sup>146</sup> FINK, Daniel Roberto. *Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexos sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta)*, In: Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos, coord. Edis Milaré, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 118.

gerais de validade, à bilateralidade, às cláusulas penais e aos vícios na declaração da vontade. Por fim, alude à eficácia de título executivo conferida pela lei aos termos de ajustamento de conduta, o que lhe permite concluir que estes têm “como natureza jurídica constituir-se em transação, de cunho contratual, com eficácia de título executivo extrajudicial”<sup>147</sup>.

Hugo Nigro Mazzilli inicia suas considerações sobre o tema sinalizando para a impossibilidade de ocorrência da transação no âmbito das ações civis públicas, pois os legitimados não podem dispor acerca do direito material de que não são titulares. Entretanto, assim como já reconhecera Mancuso, o autor entende que razões de ordem prática levaram a uma mitigação dessa impossibilidade de transigir<sup>148</sup>.

Quanto à natureza jurídica, Mazzilli aduz que, por força de lei, o termo de ajustamento de conduta é um título executivo extrajudicial, “por meio do qual um órgão público legitimado toma do causador do dano o compromisso de adequar sua conduta às exigências da lei”<sup>149</sup>. Ao fim, define o instituto como

um ato administrativo negocial por meio do qual só o causador do dano se compromete; o órgão público que o toma, a nada se compromete, exceto, implicitamente, a não propor a ação de conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título<sup>150</sup>.

A tentativa de balancear a indisponibilidade dos direitos difusos e coletivos tuteláveis por meio da ação civil pública com o instituto do termo de ajustamento de conduta também foi objeto de estudo por Pedro Lenza. O autor ressalva – no que é acompanhado por outros, como vimos – que em determinadas situações a realização de uma solução negociada atende mais eficazmente à proteção do bem coletivo do que a continuidade da demanda judicial<sup>151</sup>.

Na visão do autor, os legitimados para tomarem o compromisso de ajustamento podem realizar concessões – que não incidirão sobre o direito material, ressalva o comentado autor –, desde que estas se mostrem mais efetivas do que os resultados que seriam obtidos pelo prosseguimento ou possível propositura de uma ação judicial. Logo, as ditas concessões limitar-se-iam à forma e ao termo do ajuste<sup>152</sup>.

---

<sup>147</sup> Ibid. p. 119/120.

<sup>148</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. p. 350.

<sup>149</sup> Ibid. p. 359.

<sup>150</sup> Loc. cit.

<sup>151</sup> LENZA, Pedro. Op. cit. 77.

<sup>152</sup> Ibid. p. 79.

Segundo a opinião de Fernando Reverendo Vidal Akaoui, o termo de ajustamento de conduta não se coaduna com o conceito de transação oferecido pela lei civil (art. 840 do Código Civil), uma vez que no âmbito de direitos indisponíveis, tais como os direitos difusos e coletivos, não caberia concessões recíprocas<sup>153</sup>. Assim, para o autor, o termo de ajustamento configuraria um *acordo*, um meio de composição que não envolve – nem pode envolver – concessões recíprocas. Nesse acordo, “a liberdade do órgão público fica restrita apenas à forma pela qual se darão das medidas coercitivas e o tempo”<sup>154</sup>.

Geisa de Assis Rodrigues salienta inicialmente que, no âmbito da tutela coletiva, a tutela do ressarcimento do dano deve se dar apenas em última hipótese. Logo, deve-se de uma forma geral, na atuação dos direitos coletivos – nela incluída também a celebração de termos de ajustamento de conduta –, buscar a reparação do dano *integralmente* e na forma específica. Logo, a autora rejeita qualquer possibilidade de transação substancial que implique diminuição das prestações necessárias à integral reparação da lesão ao interesse coletivo. Como bem considerou,

a norma não confere aos órgãos públicos o poder de reduzir o direito da coletividade, uma vez que estabelece como parâmetro de negociação o ajustamento da conduta às exigências da lei, e não menos do que isso<sup>155</sup>.

Prossegue ainda referindo-se à visão majoritária da doutrina – segundo a qual o termo de ajustamento de conduta seria uma espécie de transação mitigada – para refutá-la, sob o argumento de que não é possível compatibilizar o compromisso de ajustamento, que envolve direitos indisponíveis (difusos e coletivos em sentido estrito) e em geral não pecuniários, com o referido instituto oriundo do Direito Civil<sup>156</sup>.

Para Geisa, seria o termo de ajustamento de conduta uma espécie do gênero *conciliação* - na medida em que não configura propriamente uma transação -, por meio da qual se manifesta a aceitação do obrigado em adequar a sua conduta aos ditames legais, seja por um reconhecimento implícito ou explícito da irregularidade da sua conduta pretérita ou vindoura. Assim, considera que a concessão acerca do modo de cumprimento das prestações, do seu tempo e local não está inserida propriamente no âmbito da transação, mas no do que considera ser uma *negociação*. Por fim, ao analisar

---

<sup>153</sup> AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Op. cit. p. 69.

<sup>154</sup> Ibid. p. 71.

<sup>155</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Op. cit. p. 146/147.

<sup>156</sup> Ibid. p. 148.

as categorias fatos, atos e negócios jurídicos, a autora conclui que o compromisso de ajustamento “é um negócio jurídico bilateral”<sup>157</sup>.

A sua natureza negocial manifestar-se-ia principalmente em virtude da *vinculação* das partes às disposições contidas no termo de ajustamento, ou seja, haveria um espaço para a regulação da situação jurídica das partes por elas mesmas, que devem observar o pactuado. Com efeito, de um lado, o cumprimento *integral* das prestações e a recuperação do bem coletivo lesado pelo devedor tiram o interesse de agir do legitimado para propor ou retomar a ação civil pública, enquanto, de outro, o descumprimento das disposições ajustadas permite o ajuizamento de ação executiva com base no título executivo formado.

Conforme se depreende do próprio texto legal (art. 5º, § 6º, *in fine*, da Lei 7.347/85), o termo de ajustamento de conduta tem eficácia de título executivo, que, para Moacyr Amaral Santos,

consiste no *documento* que, ao mesmo tempo, em que qualifica a pessoa do credor, o legitima a promover a execução. Nele está a representação de um ato jurídico, em que figuram credor e devedor, bem como a eficácia, que a lei lhe confere, de atribuir àquele o direito de promover a execução contra este<sup>158</sup>.

Leonardo Greco define título executivo como a “prova, revestida de todos os requisitos substanciais e formais estabelecidos na lei, especificamente predisposta para atestar o nascimento do crédito e ensejar a sua cobrança pela ação executiva<sup>159</sup>”.

Fazendo referência ao tema, adverte que o particular “pode emitir uma confissão de dívida através de documento público, como ocorre com os termos de ajustamento de conduta lavrados perante o Ministério Público ou outros órgãos públicos”, cujo descumprimento ensejará a propositura da ação de execução, com fulcro na parte inicial do inciso II do artigo 585 do Código de Processo Civil<sup>160</sup>. Diversa, todavia, é a hipótese – e o título executivo formado – da parte final do inciso acima referido, em que o Ministério Público ou outro órgão público toma (referenda) o compromisso de dois ou mais interessados, em posições divergentes<sup>161</sup>.

---

<sup>157</sup> Ibid. p. 149/152.

<sup>158</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., vol. III, p. 225.

<sup>159</sup> GRECO, Leonardo. *O processo de execução...*, vol. II, cit. p. 120.

<sup>160</sup> Ibid. p. 195.

<sup>161</sup> Ibid. p. 200. No mesmo sentido entende Pedro Lenza. Op. cit. p. 83.

### 3.2 Objeto

No entendimento de Daniel Roberto Fink, o termo de ajustamento de conduta tem por objeto a assunção de obrigações por parte do infrator, que deverá cumpri-las na forma estipulada no bojo do compromisso, com vistas a recompor integralmente o bem coletivo atingido. Assim, salienta que o direito metaindividual (por exemplo: o direito ao meio ambiente equilibrado) em momento nenhum é objeto de disposição pelo órgão público celebrante do compromisso<sup>162</sup>.

O autor também ressalva que o objeto do compromisso de ajustamento não pode ser diverso daquele que seria deduzido em sede de ação civil pública, cabendo apenas ressalvas quanto ao modo, tempo e lugar de cumprimento das obrigações, que podem ser acordados pelo órgão legitimado. Por fim, considera que há uma preferência a ser observada na ordem de providências impostas ao devedor – como já foi salientado em diversos momentos deste trabalho: primeiro, deve ser buscada a recuperação do bem lesado na sua forma específica, de forma a interromper ou reparar a atividade danosa; somente em caso de impossibilidade, deve ser aferido o seu equivalente em dinheiro<sup>163</sup>.

Não cabe confundir, entretanto, a reparação feita pelo obrigado no termo de ajustamento de conduta na forma específica com a tutela específica, objeto do capítulo anterior. A primeira significa a imposição, através de cláusulas no compromisso de ajustamento, de obrigações que visem à recuperação do bem lesado da forma mais efetiva possível, evitando possíveis resultados “equivalentes” ou meras indenizações; a segunda, por sua vez, é a predisposição de meios ao juiz para que cumpra a sentença ou decisão que imponham ao vencido o adimplemento de obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa diversa de dinheiro.

A tutela específica é conduzida pelo juiz (que pode contar com o auxílio de terceiros), enquanto o cumprimento do compromisso de ajustamento é supervisionado pelo órgão celebrante, residindo aí mais uma diferença.

---

<sup>162</sup> FINK, Daniel Roberto. Op. cit. p. 121.

<sup>163</sup> Ibid. p. 122.

O objeto desses compromissos, para Fernando Akaoui, é o de ajustar a conduta do violador do ordenamento jurídico, de forma a afastar o risco de possíveis danos ou a cessação dos então consumados, devendo o órgão legitimado, para tanto, pleitear todas as medidas tendentes ao resguardo do bem jurídico afetado, sob pena de ineficácia do acordo<sup>164</sup>.

Geisa de Assis Rodrigues enfoca que o termo de ajustamento de conduta incide sobre o campo da responsabilidade civil do obrigado, de forma que não é permitido nesses acordos excluir a possibilidade de aplicação das sanções administrativas e penais pelos órgãos competentes, dado que essas esferas são autônomas. Contudo, obviamente, a adequação da conduta do obrigado às exigências da lei pode ter reflexos favoráveis nas searas antes referidas, sendo levada em consideração pelas autoridades responsáveis<sup>165</sup>.

A princípio, nenhuma das espécies de interesses metaindividuais estaria excluída da possibilidade de ser tutelada por meio do compromisso de ajustamento de conduta. Ainda que se questione quanto aos direitos individuais homogêneos, Geisa de Assis Rodrigues relembra que em muitos casos o número de lesados e a matéria sob exame podem apresentar relevância social tal que a tutela coletiva desses interesses se mostra próxima daquela conferida aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito<sup>166</sup>.

Aliás, como foi visto no primeiro capítulo e bem sustentado por Humberto Dalla<sup>167</sup>, essas categorias não são estanques e o correto seria dizer que determinado direito não é difuso, coletivo ou individual homogêneo, mas assim o *está*. Como já aduzimos, a doutrina aponta para a característica da fluidez desses direitos, de modo que, alteradas as circunstâncias fáticas a eles relacionadas, pode ser modificada a sua qualificação à luz dessa tricotomia. Ademais, ainda nos valendo da lição de Dalla<sup>168</sup>, podemos afirmar que os direitos individuais homogêneos são em geral direitos difusos ou coletivos que, uma vez violados, puderam ser individualizados quanto às vítimas, de forma que uma ação que verse um direito difuso costuma envolver também direitos individuais homogêneos.

---

<sup>164</sup> AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Op. cit. 72.

<sup>165</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Op. cit. 178.

<sup>166</sup> Ibid. p. 181.

<sup>167</sup> Aula ministrada no Centro de Estudos Jurídicos 11 de Agosto, em 10 de agosto de 2006. O insigne Professor, na ocasião, chega a comparar esses direitos a substâncias num laboratório. Alteradas certas condições de temperatura e pressão, as substâncias químicas podem alterar o seu estado, assim como os interesses metaindividuais diante das modificações do mundo dos fatos.

<sup>168</sup> Aula ministrada no Centro de Estudos Jurídicos 11 de Agosto, em 10 de agosto de 2006.

A nosso juízo, dois exemplos parecem bem ilustrar o raciocínio acima. Em primeiro lugar, imagine-se determinada comunidade ribeirinha, cujos moradores dependam basicamente da pesca para proverem ao seu sustento. Suponha-se, então, que determinado desastre ambiental venha a ocorrer, poluindo de forma ostensiva as águas que circundam a referida comunidade e causando alta mortalidade de peixes. Ora, como já foi dito à exaustão, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencialmente difuso, pertencendo a um número indeterminável de sujeitos.

Ocorre que, nesse caso, além da coletividade como um todo, a população da comunidade ribeirinha se viu afetada pelo dano coletivo de uma forma peculiar, individualizável, uma vez que retirava o seu sustento das águas ora poluídas. É fácil imaginar os prejuízos que seriam suportados pelos pescadores que agora não possuem mais mercadorias para vender, dada a contaminação das águas e dos peixes. O interesse individual homogêneo que surge para cada uma dessas famílias atingidas decorre de um direito difuso que foi anteriormente violado, qual seja, o direito à higidez do meio ambiente.

O mesmo pode ser dito em relação a um caso que se tornou famoso no Brasil, em que determinado medicamento anticoncepcional foi comercializado contendo pílulas de farinha, em vez da substância farmacêutica pertinente. Ora, é de interesse geral da coletividade que os medicamentos sejam comercializados de acordo com a lei e que eles não sejam falsificados, de forma que se resguarde a saúde da população. Nesta hipótese, há também um desdobramento desse direito difuso em diversos direitos individuais, pertencentes às mulheres que ingeriram o medicamento inócuo e engravidaram.

Nos dois exemplos acima mencionados, resta clara a impossibilidade de se colocar as categorias de interesses metaindividuais em compartimentos estanques e parece-nos perfeitamente cabível a celebração de compromissos de ajustamento para por fim às lesões perpetradas a direitos individuais homogêneos.

Entretanto, pode a lei em certos casos excluir a possibilidade de realização de compromissos de ajustamento. Por exemplo: quando o interesse difuso protegido for a probidade administrativa, é necessário aduzir que a Lei 8.429/92 exclui peremptoriamente a possibilidade de celebração de acordo, transação ou conciliação no âmbito das ações de improbidade administrativa, nos termos do parágrafo primeiro do seu artigo 17.



### 3.3 Legitimados

O parágrafo sexto, do artigo 5º, da Lei 7.347/85 conferiu legitimidade aos “órgãos públicos” para celebrarem o termo de ajustamento de conduta. Neste passo, cumpre definir qual seria o alcance da referida expressão, de forma a se limitar quais sujeitos ativos legitimados para a propositura da ação civil pública também podem celebrar o aludido acordo.

De antemão, como ensina a doutrina, na expressão *órgãos públicos*, estariam incluídos, sem maiores questionamentos, o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Geisa de Assis também considera incluídas como legitimadas as autarquias, as fundações públicas, as agências reguladoras e outras entidades públicas sem personalidade jurídica, mas com personalidade formal, como, por exemplo, o PROCON, que, inquestionavelmente, pode agir em matéria de defesa do consumidor<sup>169</sup>.

Maiores dúvidas são suscitadas quanto à possibilidade de tomarem o compromisso de ajustamento entidades como as sociedades de economia mista e empresas públicas, ou, em outros termos, questiona-se se as referidas entidades integrantes da Administração Pública indireta foram abarcadas pela expressão legal “órgãos públicos”.

A ilustre autora em referência entende que tais entidades somente poderão tomar o compromisso de ajustamento quando foram prestadoras de serviços públicos, não cabendo, assim, tal legitimidade àquelas instituições dessa natureza que desenvolvam atividade econômica<sup>170</sup>. No ponto, cabe aduzir que tal entendimento é adotado também por Fernando Akaoui<sup>171</sup>.

Em sentido diverso manifestou-se Daniel Roberto Fink, ao considerar, por meio de uma interpretação mais literal do dispositivo legal pertinente, que somente o

---

<sup>169</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Op. cit. p. 162.

<sup>170</sup> Ibid. p. 166.

<sup>171</sup> AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Op. cit. 78.

Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e órgãos públicos podem celebrar termos de ajustamento. Quanto às sociedades de economia mista e empresas públicas, refuta tal possibilidade, por entender que a lei pretende conferir o instrumento sob exame a partes “genuinamente públicas, que têm a sua atividade voltada plenamente para o público, sem qualquer interferência de interesses privados”<sup>172</sup>.

Interpretação consideravelmente mais ampliativa confere à questão Fernando Grella Vieira, para quem todos aqueles entes que possuem legitimidade para a propositura da ação civil pública podem de igual modo celebrar compromissos de ajustamento de conduta. Entretanto, ressalta o autor que, quanto às associações, às empresas públicas e às sociedades de economia mista, deve haver pertinência entre o direito objeto do acordo e os interesses institucionalmente protegidos pelas referidas entidades<sup>173</sup>.

Com a valiosa alteração promovida pela Lei 11.448/2007, também pode tomar compromisso de ajustamento de conduta, em especial no caso de interesses individuais homogêneos, a Defensoria Pública. Quanto aos entes que não podem firmar tais acordos, a maioria da doutrina converge para negar tal atribuição às associações, por não ostentarem estas a condição de *órgão público*<sup>174</sup>.

### **3.4 O Termo de Ajustamento de Conduta, o Inquérito Civil e a Atuação do Ministério Público.**

Neste passo, abordaremos a atuação do Ministério Público na obtenção dos compromissos de ajustamento de conduta, levando em consideração, principalmente, o fato de que o órgão ministerial preside o inquérito civil, por meio do qual pode colher dados valiosos para estabelecer corretamente o conteúdo do acordo.

Estabelece o parágrafo primeiro, do artigo 8º, da Lei 7.347/85:

---

<sup>172</sup> FINK, Daniel Roberto, Op. cit. 128.

<sup>173</sup> VIEIRA, Fernando Grella. Op. cit. p. 230.

<sup>174</sup> FINK. Daniel Roberto. Op. cit. p. 127.

O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

No dispositivo legal acima colacionado, transparece o chamado *poder de requisição* do Ministério Público. Obviamente, de nada adiantaria a Constituição instituir o *parquet* como responsável pela defesa dos interesses difusos e coletivos se não o dotasse dos instrumentos legais necessários para exercer, na prática, essa tutela. No plano judicial, como já examinamos suficientemente, o principal instrumento de atuação do Ministério Público é justamente a ação civil pública, regulada pela Lei 7.347/85.

Para que o órgão ministerial reúna elementos necessários a formar sua convicção acerca da ocorrência do dano coletivo e de sua autoria, foi criado pela lei (nos termos do artigo acima transcrito) o inquérito civil público<sup>175</sup>. Iniciadas as investigações e não sendo reunidos, porém, dados probatórios suficientes para subsidiar a ação civil pública, ou deparando-se o promotor com elementos que comprovem a inexistência do fato ou a impossibilidade deste ser imputado a algum responsável específico, deverá o inquérito ser arquivado, através de promoção de arquivamento devidamente fundamentada. É o que dispõe o artigo 9º, parágrafo primeiro, da Lei 7.347/85. A referida promoção de arquivamento deve ser submetida ao Conselho Superior do Ministério Público, conforme os termos do parágrafo terceiro, do mesmo dispositivo legal ora mencionado.

No bojo desse inquérito, por outro lado, pode o promotor reunir elementos necessários a demonstrar a ocorrência do fato e a individualização do seu autor, situação diante da qual deverá seguir por um dos seguintes caminhos: expedir recomendações aos órgãos responsáveis pelas infrações apuradas, celebrar o termo de ajustamento de conduta ou propor a ação civil pública cabível. A hipótese de celebração do compromisso de ajustamento é a que mais nos interessa neste estudo.

Cabe consignar, por oportuno, que, tal como ocorre com o inquérito policial, o inquérito civil público não é condição de procedibilidade para a propositura da ação civil pública. Assim, dispondo o membro do Ministério Público de informações suficientes a subsidiar a inicial da referida ação, não necessita ser instaurado previamente inquérito civil<sup>176</sup>.

---

<sup>175</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Op. cit. p 85.

<sup>176</sup> Ibid. p. 86.

O inquérito civil não é submetido a um rigor formal, de modo que o órgão ministerial pode conduzir as investigações da maneira que considerar mais proveitosa à elucidação dos fatos, desde que, obviamente, respeite a dignidade e outros direitos fundamentais dos possíveis investigados. O poder de que dispõe o membro do Ministério Público no âmbito do inquérito civil não se limita ao de requisitar informações a órgãos públicos ou a particulares, mas compreende também o de promover a oitiva dos interessados, juntar documentos por estes oferecidos, requisitar auxílio ou perícia de órgão técnico especializado etc.<sup>177</sup>.

O inquérito pode ser instaurado a partir de representação, feita por qualquer interessado, ou de ofício, por parte do membro do Ministério Público. Neste ponto reside importante característica do compromisso de ajustamento, qual seja, a de geralmente se originar de um instrumento que permite a participação da sociedade na apuração dos ilícitos perpetrados contra seus interesses comuns e gerais. Neste passo, como observado com propriedade por Geisa de Assis<sup>178</sup>, valendo-se da lição de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro quanto aos princípios informadores do acesso à justiça<sup>179</sup>, o termo de ajustamento de conduta é instrumento que possibilita o *acesso ao direito*, na medida em que conforma a atividade danosa com as exigências da lei, consagrando, em última análise, o respeito à ordem jurídica.

Ademais, nada impede que o Ministério Público seja procurado pelo causador do dano, a fim de que ambos celebrem o ajustamento de conduta, evitando, assim, a futura propositura de uma ação judicial.

Impende examinar, para finalizar o presente item, as técnicas e os expedientes utilizados na celebração desses ajustes, com vistas a obter máxima efetividade na proteção dos interesses em jogo. O assunto a seguir foi bem examinado Fernando Reverendo Vidal Akaoui<sup>180</sup>, de quem retiraremos importantes lições.

Embora na lição de Geisa de Assis Rodrigues não seja necessária a confissão expressa da conduta ilícita<sup>181</sup>, Fernando Akaoui defende que deve pugnar o membro do *parquet* pela admissão peremptória do dano ou risco de dano pelo obrigado, com vistas a se evitar impugnações futuras (principalmente em sede de embargos à execução) e se

---

<sup>177</sup> Loc. cit.

<sup>178</sup> Ibid. p. 121.

<sup>179</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Op. cit.

<sup>180</sup> AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Op. cit p. 87/110.

<sup>181</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Op. cit.

conferir maior certeza ao título então formado. Deve o termo de ajustamento de conduta conter também as conseqüências que advirão do seu descumprimento, que exercerão, inclusive, papel preventivo e intimidativo, visando ao atendimento integral das obrigações pelo devedor.

A cominação de multa, tal qual ocorre no âmbito da tutela específica, é a sanção mais eficaz para inibir o descumprimento das estipulações realizadas em sede de compromisso de ajustamento, devendo o ajuste conter, preferencialmente, a destinação das quantias arrecadadas em função da sua aplicação necessariamente a um dos fundos de que trata o artigo 13 da Lei 7.347/85.

Adverte também o autor comentado que, caso o termo de ajustamento seja celebrado por pessoa jurídica de direito público, deve intervir o Ministério Público na condição de fiscal da lei, papel que desempenha, necessariamente, nas ações civis públicas em que não figura no pólo ativo (art. 5º, § 1º, da Lei 7.347/85). Tratando-se o compromissário de pessoa jurídica de direito particular, deve o órgão público legitimado consignar que a possível sucessão da empresa por outra implicará a transferência das obrigações contidas no compromisso de ajustamento à sua sucessora.

No caso específico das obrigações de fazer e não fazer, é desejável seja elaborado projeto técnico a ser submetido, quando houver, à aprovação do órgão de fiscalização competente, a ser apresentado em prazo determinado. Na mesma oportunidade, deve ser evidenciado que a responsabilidade do causador do dano coletivo deve ser estendida a todos os custos inerentes à apuração e quantificação técnica dos danos ocasionados.

É importante frisar que não há liberdade absoluta para a estipulação das cláusulas que serão objeto do ajuste, uma vez que o promotor deve nortear-se pela efetivação do direito violado, buscando atingir a todos os resultados que seriam obtidos caso houvesse procedência total de um possível pedido deduzido em ação civil pública<sup>182</sup>.

### **3.5 Argumentos que justificam a eleição do termo de ajustamento de conduta como alternativa à execução judicial**

---

<sup>182</sup> VIEIRA, Fernando Grella. Op. cit. p. 238/239.

Retornando momentaneamente ao tema do capítulo anterior, cabe citar a posição de Carlos Alberto de Salles, ao considerar que, se o advento da tutela específica no Brasil,

por um lado, aumentou a discricionarieidade judicial na eleição das medidas cabíveis em cada situação fática e na dosagem de mecanismos de coerção e substituição necessários em cada caso, por outro, também as dificuldades no exercício dessa atividade jurisdicional foram acrescidas<sup>183</sup>.

Essas dificuldades mencionadas pelo autor envolvem um maior grau de envolvimento – melhor seria dizer comprometimento – do juiz na tarefa de atingir os objetivos práticos do processo e, em especial na jurisdição coletiva, atender o interesse público subjacente à lide. No cumprimento desse mister, o juiz deverá exercer atividades secundárias de suma importância, como as de *acompanhamento e supervisão*<sup>184</sup>.

Entretanto, como já vimos quando analisamos os pontos de estrangulamento concebidos por Leonardo Greco, os magistrados possuem formação que lhes permite aplicar o direito aos fatos, carecendo, por outro lado, de formação adequada para adotar escolhas práticas, que visem à alteração da realidade da vida para melhor satisfação do crédito ou da prestação devida ao credor.

Ocorre que essa deficiência de formação profissional e vocacional poderia ser suprida através de uma maior aplicação do princípio da oralidade e da participação democrática na atividade de concretização dos direitos coletivos. A colaboração do próprio devedor e de terceiros com o juízo poderia permitir a escolha conjunta dos meios mais efetivos.

Nas chamadas *execuções complexas*, o poder jurisdicional desloca-se da fase de conhecimento para a fase executiva, que irá abranger “os inúmeros elementos fáticos e técnicos envolvidos no caso concreto e na providência prática destinada a atender integralmente ao provimento reclamado pelo autor<sup>185</sup>” e que não foram objeto de apreciação na sentença.

---

<sup>183</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit. p. 296.

<sup>184</sup> Ibid. p. 296/298.

<sup>185</sup> GRECO, Leonardo. *A execução nas ações civis públicas...*, cit. p. 339.

Como vimos, o magistrado, quando não vocacionado a tomar decisões dessa ordem, tende a “empurrar” a execução de forma burocrática, muitas vezes deixando ao sabor das partes escolhas de extrema relevância, que, acaso equivocadas, podem aumentar ainda mais o dano que se visava a reparar.

Tomemos como exemplo a despoluição e recuperação de uma área ambiental desmatada. O plantio de certas espécies pode alterar, por exemplo, o ecossistema local, ora atraindo certos animais que ali não habitavam, ora dispersando animais nativos, ferindo ainda mais, assim, o bem que se pretendia proteger.

É neste ponto que vislumbramos o termo de ajustamento de conduta como interessante alternativa a essa execução ineficaz, desinteressada e prejudicial aos interesses da coletividade. O compromisso de ajustamento, como meio de composição negociada dos litígios coletivos, é mais propício à implantação da oralidade.

Pode o promotor, fazendo uso dos serviços das câmaras técnicas internas à própria instituição, de órgãos especializados da Administração Pública ou de particulares – através, se necessário, do poder de requisição conferido por lei –, e em colaboração com o devedor, estabelecer um plano de ação a ser cumprido e custeado dentro das possibilidades financeiras e técnicas do obrigado e em tempo adequado à proteção, reintegração ou recuperação do interesse violado.

A atuação prévia que geralmente ocorre no âmbito do inquérito civil permite ao membro do Ministério Público aproximar-se dos fatos, conhecendo, inclusive, os anseios daqueles afetados pelos danos, que muitas vezes são quem fornecem as peças de informação que originam as investigações e noticiam a ocorrência da violação ao direito coletivo.

Ademais, a própria natureza investigativa do inquérito civil permite o recolhimento de informações relevantes (do ponto de vista técnico e fático). O promotor, ao ser procurado pelo compromissário para celebrar o ajuste, em regra, já conhece com profundidade as circunstâncias que envolvem o caso concreto.

É também peculiar à atuação do *parquet* a divisão dos seus membros por matérias determinadas, no âmbito da tutela coletiva, como, por exemplo, as promotorias ou escritórios do meio ambiente, do patrimônio público, da saúde pública etc. Na celebração dos compromissos de ajustamento de conduta, em especial nos de maior complexidade,

podem (e devem) os promotores agirem em conjunto, aumentando o grau de probabilidade no acerto das escolhas e condições convencionadas.

Para Carlos Alberto de Salles, o termo de ajustamento de conduta, por consistir numa solução amigável, facilita o cumprimento das obrigações que devem ser adimplidas “no campo dominial do próprio devedor” e, por isso, dependem em grau variável da sua colaboração. Salles cita como exemplos dessas situações as prestações que incidem sobre o modo do devedor produzir determinado produto<sup>186</sup>.

Com efeito, caso o juiz determinasse, por exemplo, que o devedor alterasse o processo produtivo de determinada mercadoria irregularmente comercializada, mediante a alteração das matérias primas utilizadas para a sua fabricação, tais mudanças deveriam ser realizadas no âmbito da própria empresa ou fábrica (ou seja, nos “domínios do executado), de modo que a sua colaboração tornaria o implemento das providências necessárias mais ágil e fácil. Ainda que o juiz possa contar com o uso de força policial para fazer valer o respeito às suas decisões, o adimplemento voluntário da obrigação pelo devedor, já conhecedor do processo produtivo e suas particularidades, parece-nos solução que confere mais efetividade à proteção dos direitos em jogo.

Conforme observa Mancuso, o termo de ajustamento de conduta caminha no mesmo sentido das inovações processuais que prestigiam a auto-composição (por exemplo, art. 125, IV, do CPC)<sup>187</sup>. Amolda-se também o instituto às tendências de soluções negociadas, coexistenciais, propiciando a pacificação social.

Para Geisa de Assis Rodrigues:

O processo tradicional privilegia a linguagem burocrática. Mas ocorre que a tutela dos direitos transindividuais pressupõe muitas vezes que sejam levados em conta variáveis diversas, que podem ser melhor examinadas em um processo com ênfase na conciliação. Essa é uma tendência que está sendo perfilhada pelo nosso sistema processual, mas ainda há muito a conquistar<sup>188</sup>.

A autora ainda considera que o compromisso de ajustamento de conduta apresenta vantagens em relação à ação judicial, dentre elas, as de ser menos burocrático, menos custoso, além de que o ambiente extrajudicial é mais propício para a obtenção

---

<sup>186</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit. p. 274.

<sup>187</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit. p. 337.

<sup>188</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Op. cit. p. 132.



dos acordos<sup>189</sup>, mormente por não se encontrarem os celebrantes em posições subjetivas antagônicas, como sói acontecer com autor e réu na jurisdição contenciosa.

Ainda que se verifique na lei processual tentativas de promover a conciliação, esta pode ser obtida mais facilmente no âmbito extrajudicial. Ademais, em razão da informalidade que permeia o procedimento do inquérito civil, é mais fácil para o promotor manter um contato direto com o obrigado do que o juízo, que carece expedir intimações pessoalmente, via correio etc.

Neste ponto, resolvem-se, de uma só vez, os pontos de estrangulamento analisados no capítulo anterior. Vejamos. O contato direto do promotor com o obrigado, a qualquer tempo e sem maiores formalidades, consagra a oralidade de que tanto carece o processo judicial. A simples idéia de uma solução negociada, em que o possível infrator possa expor, ao menos, o seu ponto de vista, aderindo voluntariamente às cláusulas a ele impostas, já denota que ele estará menos propício a praticar atos protelatórios, vez que consensualmente aceitou os termos do acordo.

Da mesma forma, os atos de que depende a satisfação do direito lesado não ficam concentrados nas mãos do juiz e não se submetem ao procedimento do processo judicial, que muitas vezes pode acarretar atrasos indesejados. Como se sabe, os expedientes processuais estão sujeitos a diversas formalidades legais. Veja-se, por exemplo, o que se faz necessário para a expedição de uma intimação: deve o juiz ordenar a intimação do sujeito processual para que seja lavrado o respectivo mandado pelo escrivão, que o entregará ao oficial de justiça, a fim de que este procure o intimando e, caso o encontre, efetive a intimação, retorne à sede do juízo com o mandado cumprido e o entregue novamente ao escrivão. Recebido o mandado cumprido pelo escrivão, ele será juntado ao processo, que, por sua vez, deve voltar à nova conclusão para ser objeto de ulterior apreciação pelo juízo.

Como já se salientou, o contato entre os celebrantes do ajuste de conduta pode ser feito por qualquer meio idôneo de comunicação, dispensando maiores formalismos desnecessários.

Tendo em consideração os argumentos acima, chega-se à conclusão de que a celebração do termo de ajustamento de conduta conduz a resultados mais efetivos no

---

<sup>189</sup> Ibid. p. 176.

cumprimento das obrigações de fazer e não fazer tendentes a proteger ou recuperar interesses coletivos em geral.

## CONCLUSÃO

Conclui-se, a partir das considerações realizadas no presente trabalho, que o termo de ajustamento de conduta propicia condições para que sejam vencidos alguns dos principais pontos de estrangulamento da atividade executória, que atingem de forma especialmente grave a execução nas ações civis públicas.

A condução do inquérito civil público pelo órgão ministerial possibilita a reunião de informações valiosas para subsidiar os ajustamentos celebrados. Para tanto, conta o promotor com poderes de requisição, além de outros, como o de convocar pessoas ou empresas especializadas na matéria sob exame para colaborarem nas questões de ordem técnica, determinar o comparecimento dos possíveis causadores do dano para que concedam explicações sobre os fatos investigados etc.

Além dessas, outras vantagens foram encontradas no manejo desse valioso instrumento, das quais, cabe, resumidamente, realizar uma pequena compilação. Assim, podemos dizer que o termo de ajustamento de conduta:

- 1) propicia uma solução mais célere das controvérsias coletivas, na medida em que pode ser celebrado extrajudicialmente, contrapondo-se, assim, à habitual morosidade encontrada na seara do Poder Judiciário, ocasionada principalmente pelo excesso de processos e de litigiosidade;
- 2) por constituir-se meio mais célere de solução dos conflitos coletivos, atende de forma mais efetiva a certos direitos que não podem esperar a longa tramitação do processo judicial, sob pena de sofrerem danos irreversíveis, como comumente acontece no plano do Direito Ambiental;
- 3) em razão da sua eficácia de título executivo extrajudicial, acaso descumprido, pode ser executado diretamente no juízo competente, sem a necessidade de prévia propositura de uma ação de conhecimento;

- 4) promove uma solução negociada dos conflitos coletivos, permitindo com maior amplitude a consagração do princípio da oralidade, de que tanto carece a execução judicial;
- 5) é, em regra obtido no âmbito do inquérito civil público, procedimento administrativo investigativo dotado de menor rigor formal se comparado ao procedimento legal estipulado para a execução, o que possibilita a condução das investigações de forma mais flexível e aberta à participação de outros interessados;
- 6) é, geralmente, precedido da instauração de um inquérito civil público, por meio do qual pode o órgão ministerial requisitar todas as informações necessárias à elucidação dos fatos, motivo pelo qual o membro do Ministério Público, ao tempo da celebração do ajuste, costuma deter informações relevantes, inclusive do ponto de vista técnico, para a elaboração das condições impostas ao obrigado;
- 7) implica assunção voluntária e consciente das obrigações nele contidas, o que favorece à preservação da imagem ou marca do compromissário;
- 8) por representar solução negociada e consensual, a adesão voluntária do compromissário às cláusulas avençadas reduz consideravelmente a prática de atos protelatórios no cumprimento das obrigações;
- 9) quando precedido de audiências públicas, consagra de forma efetiva a participação democrática na solução das controvérsias de interesse social;
- 10) permite com maior eficácia o adimplemento das obrigações que devem ser cumpridas “nos domínios” do obrigado (por exemplo, dentro de sua fábrica), já que este, aderindo voluntariamente ao compromisso, tende a não obstar ou dificultar a prática dos atos necessários à consecução dos fins ajustados.

## REFERÊNCIAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução* – 10 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar*. In: Revista de Processo, nº. 123, maio/2005, São Paulo: Revista dos Tribunais.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do cumprimento de sentença, conforme a Lei 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não?* In: Revista do Advogado, nº. 85, maio/2006.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil* – 8 ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* – vol. IV, 2 ed. rev. e atual – São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*, São Paulo: Saraiva, 2001.

FINK, Daniel Roberto. *Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexos sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta)*, In: Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos, coord. Edis Milaré, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Orlando. *Obrigações* – 16 ed. rev. atual. e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito – Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Leonardo. *A execução nas ações civis públicas*. In: Estudos de direito processual civil. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 317/356.

GRECO, Leonardo. *O acesso ao direito e à justiça*. In: Estudos de direito processual civil. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 197/224.

GRECO, Leonardo. *Teoria da ação no processo civil*, São Paulo: Dialética, 2003.

GRECO, Leonardo. *Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05*. In: Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Campos, vol. 1, nº. 1, novembro de 2006. Disponível em <<http://www.fdc.br>>. Acesso em 25 de maio de 2008.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, Rio de Janeiro: Renovar, vol. I, 1999, vol. II, 2001.

GRECO, Leonardo. *A crise do processo de execução*. In Estudos de direito processual civil. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 7/88.

GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*. In Estudos de direito processual civil. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p 541/556.

GRECO, Leonardo. *Tutela jurisdicional específica*. In Estudos de direito processual civil. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 513/540.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*. In: Revista AJURIS, nº. 65, Porto Alegre, 1995.

KOSHIBA, Luiz; PEREIRA, Denise Manzi Frayse. *História do Brasil – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atual, 1996.*

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública – 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.*

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores* - 9ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir* - 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses* – 18 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos*. In: Revista Direito Público II, org. Escola Federal de Direito, São Paulo: Editora Federal, 2005, p. 91/112.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito individual homogêneo: uma leitura e releitura do tema*. Disponível em <<http://www.humbertodalla.pro.br>>. Acesso em 3 de abril de 2008.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, Rio de Janeiro, 2006.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução civil em matéria ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil* - vol. III, 21 ed. atual. por Aricê Moacyr Amaral – São Paulo: Saraiva, 2003.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)* – 2ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário. In: WALD, Arnaldo (Coord.). *Aspectos polêmicos da ação civil pública*, São Paulo: Saraiva, 2003.

VIEIRA, Fernando Grella. *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta*, In: Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos, coord. Edis Milaré, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.