

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

ORLANDO BASTOS FILHO

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E O TERMO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

ORLANDO BASTOS FILHO

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E O TERMO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, concentração em Direito Constitucional, sob orientação da Professora Doutora Sílvia Carlos da Silva Pimentel.

SÃO PAULO

2008

BANCA EXAMINADORA

*Dedico ao meu pai, Orlando Bastos,
que fez em mim brotar, entre outras
coisas, o amor pelo Direito, mais uma
semente que vingou na fabulosa
lavoura de sua existência.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, à minha mãe, por seu impulso de tenacidade e exemplo de perseverança e obstinação. Colacionar seus ensinamentos, por certo, redundaria em dissertação muito mais interessante e, principalmente, muito mais útil à humanidade.

Aos meus diletos amigos Eduardo Martínes Júnior e Sérgio Seiji Shimura. Sem o primeiro, esta história não se iniciaria; sem o segundo, não veria fim.

Também, e na mesma intensidade, à minha esposa Alessandra e meus filhos Felipe e Rodrigo, reservas de energia que tornaram possível a conclusão da caminhada.

E, em especial, à Professora Doutora Sílvia Carlos da Silva Pimentel, combinação perfeita e singular de candura e aguerrimento, que apresentou-me novos *standarts* de relacionamento humano.

RESUMO

BASTOS FILHO, Orlando. *O Ministério Público e o termo de ajustamento de conduta*. 2008. 231 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

O trabalho analisa alternativas não jurisdicionais para a resolução de conflitos de interesses envolvendo direitos metaindividuais, notadamente quando tutelados pelo Ministério Público.

O instrumento processual eleito é o termo de ajustamento de conduta, conforme regrado pelas Leis ns. 7.347/85 e 8.078/90.

A pesquisa se inicia com a verificação do congestionamento processual que assola o Judiciário; prossegue com ponderações sobre as origens do Ministério Público, sua evolução, inclusive no Estado brasileiro, à luz de todas as Constituições que vigeram no território, destacando-se o perfil traçado pela atualmente vigente; e termina com a avaliação do termo de ajustamento de conduta, seus antecedentes, posicionamento legal, objeto, natureza, legitimados, formalização, validade e modificações.

A importância dos interesses transindividuais, mormente por sua extensão e amplitude, associada à incapacidade do Poder Judiciário de oferecer respostas céleres para as lides que os envolvam, traz a necessidade de utilização de expedientes não judiciais, no caso o termo de ajustamento de conduta, com distinto denodo, pelo Ministério Público, destacado ator na tutela dos interesses da coletividade.

Palavras-chaves: Direitos transindividuais; Termo de ajustamento de conduta; Ministério Público

ABSTRACT

BASTOS FILHO, Orlando. *The public prosecution service and the term of adjustment of conduct*. 2008. 231 p. Dissertation (Master Degree in Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

The work analyzes non jurisdictional alternatives for the resolution of conflicts of interests involving metaindividual rights, especially when tutored by the public prosecution service.

The elect procedural instrument is the term of adjustment of conduct, as ruled by the Laws ns. 7.347/85 and 8.078/90.

The research begins with the verification of the procedural congestion that desolates the Judiciary; it continues with considerations on the origins of the public prosecution service, its evolution, besides in the Brazilian State, under the light of all the Constitutions that were valid in the territory, standing out the profile traced by the one now effective; and it finishes with the evaluation of the term of adjustment of conduct, its antecedents, legal positioning, object, nature, legitimated, formalization, validity and modifications.

The importance of the transindividual interests, especially by their extension and width, associated to the incapacity of the Judiciary in offering swift answers for the proceedings involving them, brings the need of use of non judicial expedients, in the case the term of adjustment of conduct, with distinctive valour, by the public prosecution service, outstanding actor in the guardianship of the collectivity's interests.

Keywords: Metaindividual rights; Term of adjustment of conduct; Public prosecution service.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ORIGEM DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	23
3 O MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL.....	40
3.1 O Ministério Público na Constituição do Império	45
3.2 O Ministério Público na República: a Constituição de 1891	48
3.3 A Constituição de 1934	51
3.4 O Ministério Público no Estado Novo: a Constituição de 1937	53
3.5 A Constituição de 1946	56
3.6 A Constituição de 1967	57
3.7 A Emenda Constitucional de 1969	58
4 O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	61
4.1 Contribuições à elaboração do texto constitucional	61
4.2 A instituição Ministério Público e seu conceito.....	67
4.3 Posicionamento constitucional	71
4.4 Visão geral do Ministério Público na Constituição Federal de 1988.....	76
4.5 Princípios constitucionais atinentes ao Ministério Público.....	81
4.6 Funções institucionais do Ministério Público	84
4.6.1 Introdução	84
4.6.2 Principais funções institucionais.....	92
4.6.3 Outras funções previstas na Constituição Federal.....	107

4.7 Interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.....	110
5 TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA	120
5.1 Origem e antecedentes	120
5.2 Posicionamento legal	125
5.3 Objeto	136
5.4 Natureza.....	141
5.5 Legitimados.....	163
5.6 A legitimidade do Ministério Público.....	180
5.7 Formalização.....	186
5.8 Validade	191
5.9 Modificações no compromisso de ajustamento.....	207
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	210
REFERÊNCIAS.....	212

1 INTRODUÇÃO

O Ministério Público brasileiro é instituição ímpar, em boa parte sem similar no direito alienígena.

Conquanto na seara criminal não exista grande distanciamento e as similitudes sejam notáveis, nosso aspecto particularizante reside na esfera cível.

A evolução institucional nesse ponto se deu aqui de maneira peculiar, alçando o Ministério Público ao papel principal na defesa dos interesses sociais, notadamente para a tutela dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, através de bem engendrados instrumentos processuais para o enfrentamento dessas demandas coletivas.

Da demonstração desse fenômeno nos ocuparemos na primeira parte deste trabalho.

Acreditamos que um Estado que pretende seriamente firmar-se como Democrático de Direito, não prescinde de estudo, e principalmente reflexão, sobre essa instituição permanente e essencial à função jurisdicional, e sua real participação na sociedade.

Não há, no entanto, como atingir esse ponto destacados da investigação das origens remotas da instituição.

Para tanto, demonstraremos, apesar do dissenso doutrinário, as origens mais referidas como antecedentes da criação do Ministério Público.

Suas hipóteses de origem grega, romana, longobarda, valenciana, veneziana, francesa, alemã ou canônica serão lembradas, bem como a importância da Revolução Francesa para a definição de seu perfil, tal qual o conhecemos atualmente.

Não menos relevante é identificar como a evolução dos modelos antigos se processou no Brasil, aí já sob forte influência do direito lusitano, que orientou a confecção dos primeiros documentos de seu reconhecimento.

Da inicial confusão com a própria magistratura, e depois com outros órgãos, Carta a Carta, delinearemos o tratamento dispensado ao Ministério Público, a partir da Constituição do Império, avançando para a república.

As implicações do Estado Novo são igualmente contempladas, assim como a constatação do enfraquecimento institucional nos períodos de exceção.

Item especial foi destinado à Constituição atual, iniciando pelos textos que a precederam e que generosamente contribuíram para sua definição final.

Nesse passo, poderemos apresentar seu atual conceito, posicionamento constitucional, formatação geral e princípios orientadores.

As principais funções institucionais (independentemente do estudo da lei orgânica de cada Ministério Público, que não é objeto do trabalho, restrito ao texto constitucional), merecem item destacado, no qual se define, inclusive, a compreensão dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, e se os coloca como interesses de especial relevância na moderna atividade dos órgãos de execução.

Justamente a tutela desses interesses sociais é que particulariza o Ministério Público brasileiro, afastando-o em grande parte de experiências alienígenas.

Para a introdução da segunda parte deste trabalho, algumas considerações prévias não podem ser dispensadas.

A carga de responsabilidade que se compreende nessas novas atividades não veio desacompanhada de desafios e incertezas, a começar pela conscientização dos próprios membros da instituição, muitos ainda formados no regime anterior, e perfeitamente ajustados às atribuições tradicionais.

Também não são poucas as resistências à forma processual de solução de demandas coletivas, provenientes do próprio Judiciário, como de resto de toda a sociedade, não habituada a enfrentar uma nova processualística.

As soluções para os conflitos de interesses entre particulares, ótica prevalente em nossa legislação processual, muitas vezes não se adaptam à

realidade das lides metaindividuais, e uma mudança de mentalidade e maior abertura dos operadores do direito não são desideratos que se atingem com facilidade ou pressa.

A par disso, a nova Constituição Federal e o reconhecimento de direitos desse jaez potencializaram o acesso à Justiça, que não está preparada para suportar essa demanda.

Leis como a n. 7.347/85, a da Ação Civil Pública, e n. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que se complementam, impuseram um novo sistema processual, que carece ainda de maior compreensão e mesmo tratamento prioritário e diferencial, pela gravidade nos temas que nelas se contêm.

Em meio a essa turbulência, e apesar de todas as dificuldades, se apresenta o Ministério Público, disposto até por obrigação legal, a desincumbir-se de suas atribuições relacionadas aos interesses transindividuais.

Encontra-se, assim, diante de gravíssimas demandas relacionadas a temas como meio ambiente, urbanismo, cidadania, infância e juventude, idosos, pessoas portadoras de deficiência, consumidores, população indígena, relações de trabalho, etc., a exigirem pronto e urgente atendimento.

Para tanto, vale-se do instrumental de que foi munido e depende, quando não se resolve a questão por meio extrajudicial, do acolhimento de pretensão jurisdicionalizada.

Aí novo entrave.

É fato: infelizmente, o Poder Judiciário brasileiro não está aparelhado para, com a presteza desejada, dar cabo do atendimento dessas questões, que cada vez mais volumosas, afligem com severidade a sociedade.

Para o Ministério Público, em consequência (e o dilema não é diferente para todo aquele que dependa de prestação jurisdicional), tutelar pela via judicial os interesses metaindividuais para os quais foi legitimado há que tornar-se a última alternativa.

Alguns dados sobre a atividade jurisdicional nacional podem ampliar o entendimento da afirmação.

Para ficar apenas no Estado de São Paulo, na primeira instância da Justiça Comum, em números do ano de 2003, foram distribuídos novos 5.845.111 processos e apenas 78% desses feitos foram julgados, ficando os demais acumulados com o remanescente dos anos anteriores.¹

¹ Justiça em Números 2003. Disponível em: <http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=97&Itemid=245>. Acesso em: 12 dez. 2007.

Como conseqüência, cada magistrado paulista tem, em média, 9.324 processos para julgar (em 2004) e recebe, a cada ano, novos 2.476 (dados disponíveis do ano base 2003)², números que não têm nenhuma previsão de redução, ao contrário, continuarão aumentando, fruto de déficit anual de 21%.

Isso se explica, em parte, porque um processo é distribuído para cada 6,62 habitantes, sendo São Paulo o Estado da União onde se observa a mais acentuada litigiosidade.³

Em segunda instância, a situação não é mais confortável, ao revés, agrava-se.

No mesmo ano de 2003, o Tribunal de Justiça de São Paulo recebeu novos 169.303 processos.⁴

A produtividade na Justiça de segundo grau em São Paulo, por outro lado, é ainda menor que na 1ª instância, e não ultrapassou no ano em análise os 65%⁵, sendo que os 35% restantes se acumulam àqueles feitos já pendentes de

² Justiça em Números 2003. Disponível em: <http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=97&Itemid=245>. Acesso em: 12 dez. 2007.

³ Diagnóstico do Poder Judiciário. Ministério da Justiça, Brasília: Imprensa Oficial da União, 2004. (Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>>. Acesso em: 9.12.2007).

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

juízo, funil que leva o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a um contingente de aproximadamente 600.000 processos aguardando apreciação.⁶

Trata-se de dramático exemplo de congestionamento.

O Supremo Tribunal Federal vale-se de um cálculo para dimensionar o índice de congestionamento de um órgão judiciário. O número é obtido através da divisão do número de julgados pela soma do número de novos processos e daqueles em estoque (Figura 1).

Resultados acima de 90% indicam situação crítica. Entre 70% e 90%, situação complicada, a exigir ação imediata.

São Paulo, lamentavelmente, junto com outros Estados, em primeira instância, apresenta índice superior a 91%, e, em segunda, ultrapassa os 80% (Figuras 2 e 3).

As Figuras 1, 2 e 3⁷ ilustram essas afirmativas:

⁶ Fernando Porfírio, O TJ-SP em números: Diagnóstico mostra dramas de gestão e estrutura em SP (Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/34639,1>>. Acesso em: 05 dez. 2007).

⁷ Justiça em Números 2003. Disponível em: <http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=97&Itemid=245>. Acesso em: 12 dez. 2007.

Figura 1 – Taxa de congestionamento

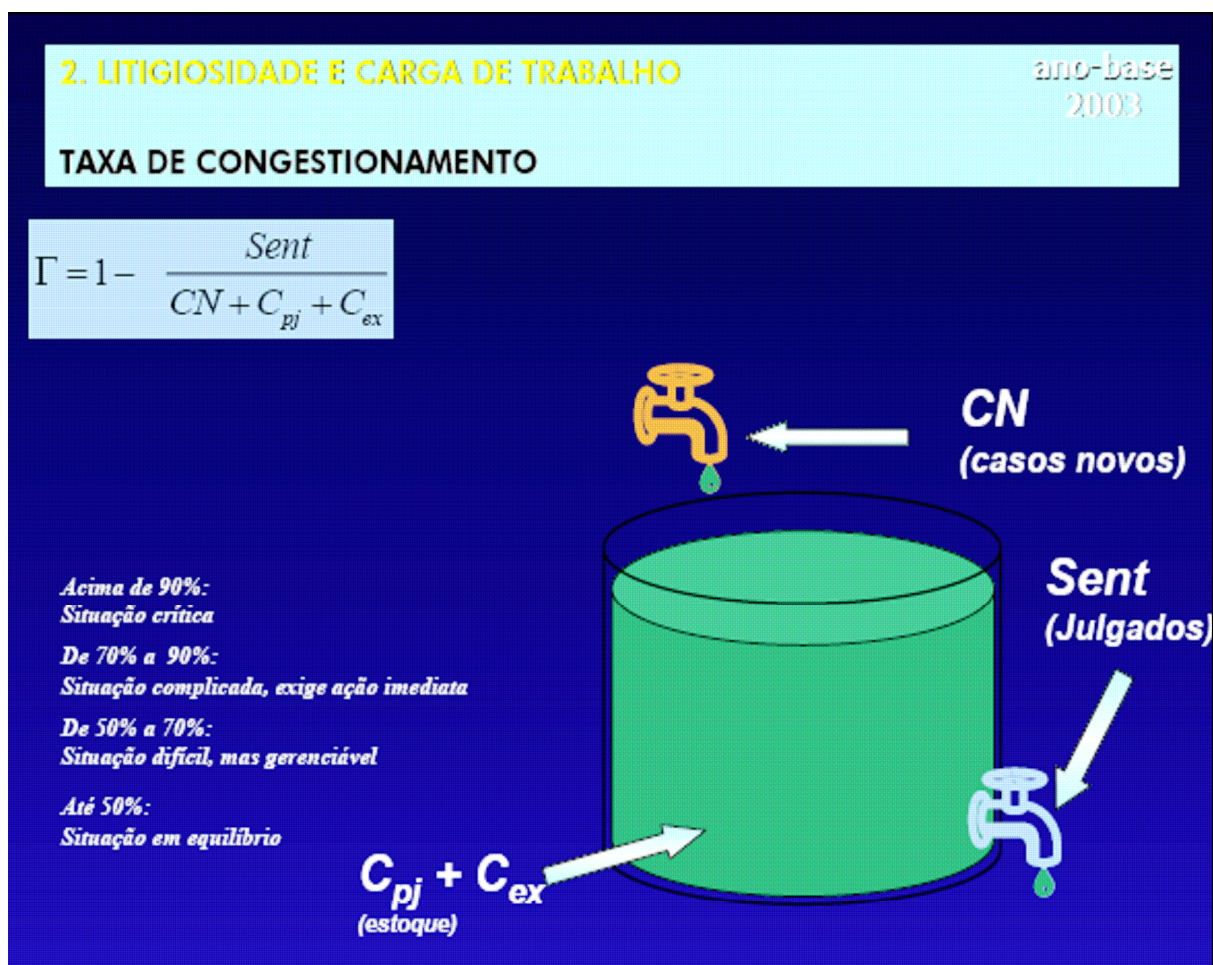


Figura 2 – Taxa de congestionamento da Justiça Estadual de 1º Grau

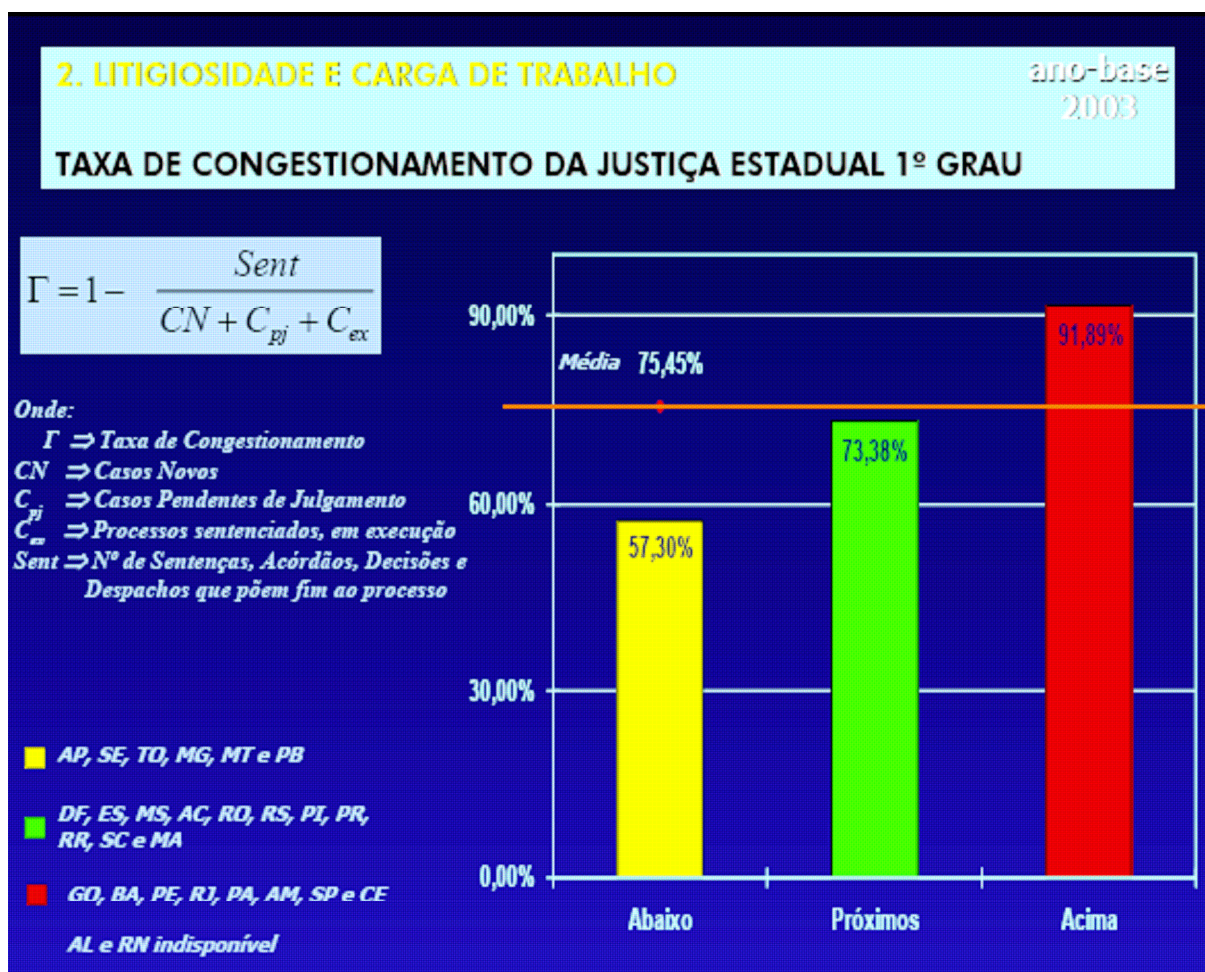
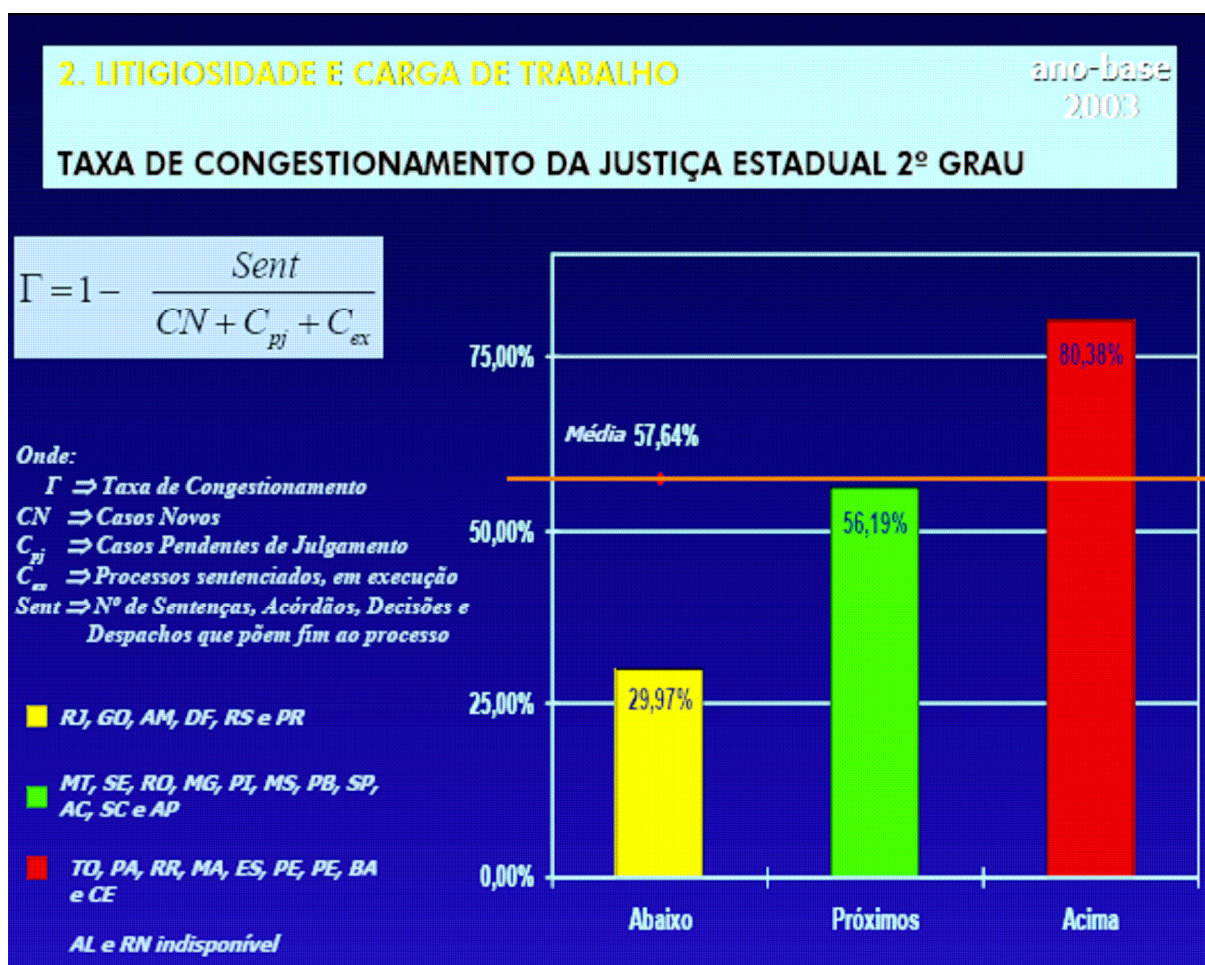


Figura 3 – Taxa de congestionamento da Justiça Estadual de 1º Grau



Devido a todas essas circunstâncias, conforme dados obtidos em pesquisa realizada pela Universidade Federal de Brasília, o tempo médio de duração de um processo no Brasil, que alcance instância especial ou extraordinária (como invariavelmente ocorre com processos movidos pelo Ministério Público para a tutela de interesses metaindividuais), é de 100 meses, ou seja, 8,3 anos.⁸

⁸ Justiça em Números 2003. Disponível em: <http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=97&Itemid=245>. Acesso em: 12 dez. 2007.

Deve-se ter firme que em São Paulo, em especial na Justiça Comum, a duração dos processos é ainda maior, já que os dados acima se referem à média nacional, sendo conhecida a maior gravidade do congestionamento paulista.

Como desenvolver satisfatoriamente o seu mister, pois, o Ministério Público, se a via escolhida for a jurisdicional? Uma controvérsia que envolva interesses relevantes de parcela da comunidade pode aguardar tanto tempo, ainda só na fase de conhecimento?

As respostas a essas questões não despertam entusiasmo, o que significa que, se deseja a instituição bem atender à sociedade, deve lançar-se por outras veredas.

Avulta nesse espectro, como alternativa possível, senão compulsória, o acionamento dos instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos metaindividuais, como meio mais eficaz para o atendimento do direito e defesa da sociedade.

Dedicada ao tema a segunda parte deste trabalho, reservada ao enfoque do termo de compromisso de ajustamento de conduta, instituído no parágrafo 6º do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) pelo artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

Ao ensejo, abordamos as origens e antecedentes do instituto, ressaltando o fato de sua originalidade.

Seu posicionamento legislativo é tema que reserva controvérsias, sendo mesmo negada, para parte da doutrina, sua própria existência legal.

O objeto específico do ajustamento igualmente é lembrado, até para diferenciá-lo dos instrumentos que, mesmo com ele não se identificando, o antecederam.

Descortinar a real natureza do instituto é tarefa que desperta discussões acaloradas, principalmente entre os defensores e detratores da tese que pretende aceitá-lo como meio transacional.

Na seqüência, cuidamos dos seus legitimados e da peculiar atuação do Ministério Público.

Nos parece relevante ressaltar aspectos de sua formalização, a partir de observações normativas e práticas, e de decisões sumuladas do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

No item sobre seus requisitos de validade, debatem-se teses como vícios de representação dos ajustantes, a homologação do inquérito civil de onde tirado o acerto como condição suspensiva de sua eficácia (quando promovido pelo Ministério Público), imprescindibilidade de prévio inquérito civil, tangenciando, inclusive, a controvérsia referente à necessidade de participação da instituição em ajustes no qual não seja parte; entre outras questões.

Moveu-nos, em síntese, discorrer sobre como se tornou o Ministério Público brasileiro, em sua configuração constitucional, protagonista na tutela de interesses individuais (sem intromissão em alguma seara em especial) e a maior eficácia em exercitar a atribuição, valendo-se do meio extrajudicial do compromisso de ajustamento de conduta, cujos aspectos mais relevantes procuramos abordar.

2 ORIGEM DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Qualquer Estado que se propõe a ser de direito demanda, inafastavelmente, alentado estudo sobre o posicionamento institucional do Ministério Público.

Esse estudo, por outro lado, não prescinde de ao menos uma breve análise de sua origem histórica.

Não há convergência e unanimidade entre os doutrinadores a respeito da origem do Ministério Público.⁹

A circunstância igualmente é notada por Fernando da Costa Tourinho Filho:

“Assunto verdadeiramente inçado de dúvidas e dificuldades é o que cinge ao papel do Ministério Público no mecanismo das instituições político-jurídicas. As dificuldades não se restringem, exclusivamente, à natureza específica de suas funções, mas, até mesmo, quanto às origens dessa notável instituição. Tais dificuldades e discussões que têm surgido revelam e traduzem a importância da matéria.”¹⁰

⁹ Antônio Cláudio da Costa Machado, *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, 2. ed., São Paulo: Saraiva: 1998, p. 9.

¹⁰ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1984, v. 2, p. 289.

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo¹¹ cita, entre os antecedentes mais remotos do Ministério Público, os *tesmotetti* (Grécia), *Praefectus urbis* (direito romano), *gastaldi* (direito longobardo), *condes e sayones* (da época franca e visigoda), *actores e missi dominici* (de Carlos Magno), o *promotor* e o *vindex religionis* (do direito canônico dos séculos XIII e XIV), os *avogadori del comune* (Veneza do século X), *gemeiner Anklager* e *kriminalfiskalat* do século XVI (Alemanha), *abogado fiscal* e *abogado patrimonial* (Valença).

Hugo Nigro Mazzilli lembra que, sobre a origem da instituição:

“Procuram alguns vê-las há mais de quatro mil anos, no *magiaí*, funcionário real do Egito. Segundo textos descobertos em escavações, tal funcionário era a língua e os olhos do rei; castigava os rebeldes, reprimia os violentos, protegia os cidadãos pacíficos; acolhia os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e mentiroso; era o marido da viúva e o pai do órfão; fazia ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais que se aplicavam ao caso; tomava parte das instruções para descobrir a verdade.”¹² (grifado no original)

Para Tourinho Filho:

“Há quem veja nos Éforos de Esparta um Ministério Público embrionário. Embora Juízes, os Éforos tinham por função ‘contrabalançar o poder real e o poder senatorial’. Exerciam, também, o *jus accusationis*. Ademais, não se compreende a ausência de órgãos acusadores num Estado permanentemente voltado para as guerras de conquista.”¹³

¹¹ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Derecho processual penal*, Buenos Aires: G Kraft, 1945, v. 1, p. 367.

¹² Hugo Nigro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 42.

¹³ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*, cit., v. 2, p. 289.

Sobre todas essas origens remotas invocadas, algumas considerações devem ser feitas, notadamente daquelas mais referidas, Grécia e Roma.

Para tanto, não se pode olvidar das principais características que marcavam tais sociedades, sem o que não se há como identificar tenham ou não experimentado instituições nos moldes do atual Ministério Público.

Valor máximo para as sociedades clássicas, sem sombra de dúvida, era a família.

Cada uma delas cultuava um deus específico, e a devoção aos antepassados era a marca principal daquelas sociedades em que “o homem pertencia à família”.¹⁴

Além do grupo familiar, as sociedades clássicas se organizavam em cidades (*polis* grega e *urbe* romana), formadas por certo número de famílias, e que, normalmente, também cultuavam seu deus, diverso daquele individualmente identificado com cada família.

Havia, pois, um deus para cada família e outro para a *polis* ou *urbe*. Eram, sem dúvida, sociedades que, antes de um sentido político, mantinham uma lógica religiosa.

¹⁴ José Eduardo Sabo Paes, *O Ministério Público na construção do estado democrático de direito*, Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 25.

As cidades não se formavam por natural e moroso agrupamento de pessoas, mas de uma só vez, em um só dia, com a junção das famílias não por ato político ou social, mas estritamente religioso.

Nesse contexto, não se conheciam as liberdades ou direitos de cidadania atualmente consagrados, mormente considerando que o cidadão (absoluta minoria dos homens) não passava de um pertence do Estado, a quem encontrava-se absolutamente vinculado.

O cidadão, assim, não dispunha de independência, dedicando sua vida exclusivamente à defesa do Estado.

Montada nesse esquema, pode-se dizer que na Grécia, em específico, parece não ter havido espaço para uma instituição como a do Ministério Público, sequer para proceder à acusação, incumbência que se delegava a própria vítima e sua família.

Como se refere Pimenta Bueno, “(...) nos tempos antigos a acusação era deixada a qualquer do povo e ao ofício do juiz, confundindo o caráter imparcial e justo que este deve ter, como a de um acusador ou parte contrária”.¹⁵

As demais atribuições atualmente conferidas ao Ministério Público igualmente parecem não ter tido paradigma ou mesmo utilidade na civilização

¹⁵ José Antonio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente, *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*, edição anotada, atual. e compl. por José Frederico marques, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p. 65.

grega, considerando especialmente a amplitude mínima do exercício do que hoje se entende por cidadania.

A situação não é diferente para Roma, nada obstante não se possa questionar seu legado para a formação do atual direito. O que se quer dizer, apenas, é que Roma também não dispunha de instituição à feição do atual Ministério Público.

Renomados autores, no entanto, identificam o Ministério Público com os *procuratores caesaris* ou os *advocati fisci* romanos.

Os primeiros eram funcionários cuja função se circunscrevia à defesa do Estado. Aos *advocati* incumbia zelar pelo tesouro de César.

Tais figuras, por vezes, até exerciam atividades em juízo, porém não no mesmo sentido em que o faz o Ministério Público.

Não agiam na tutela de interesses sociais, velando pela liberdade dos cidadãos ou freando eventuais indevidas investidas do Estado, valores, aliás, praticamente desprezíveis naquela sociedade, mas, mais que qualquer outra coisa, funcionavam como fiscais de César, labutando, isso sim, na defesa de seus interesses particulares.

Cunha Rodrigues, além dessas duas figuras romanas, lembra de outras, cujas atividades de alguma maneira podem ser vinculadas às do atual Ministério Público:

“São cinco as instituições do direito romano em que a generalidade dos autores vê traços de identidade com o Ministério Público: os censores, vigilantes gerais da moralidade romana; os defensores das cidades, criados para denunciar ao imperador a conduta dos funcionários; os irenarcas, oficiais de polícia; os presidentes das questões perpétuas; e os procuradores dos césares, instituídos pelo imperador para gerir os bens dominiais.”¹⁶

Logo no raciocínio seguinte, o próprio autor nega similitude entre qualquer delas e o Ministério Público: “Examinadas uma a uma, nenhuma evidencia uma instituição reunindo as características que hoje definem o Ministério Público. No entanto, todas têm dessa instituição algum sinal”.¹⁷

Sabo Paes, por seu turno, nega até esses sinais:

“Ainda assim, não pensamos que se devam situar no direito romano as origens do Ministério Público. A identificação de antecedentes do Ministério Público em instituições gregas, romanas, bárbaras ou outras valoriza analogias aparentes sem ter em conta as diferenças de natureza e atribuições.

É certo que algumas funções atualmente exercidas pelo Ministério Público já existiam na Grécia, em Roma e no começo da Idade Média. Mas se tratava de funções atribuídas a pessoas que não

¹⁶ José Narciso da Cunha Rodrigues, *Em nome do povo*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 36.

¹⁷ *Ibidem*, mesma página.

representavam uma estrutura nem gozavam de um estatuto semelhante aos que hoje caracteriza o Ministério Público.”¹⁸

No início da Idade Média, apontam outros autores as origens do Ministério Público.

Falam-se dos *syons*, verdadeiros carrascos do direito germânico ou visigodo, dos *bailios* e os *senescais* dos povos da antiga Gália, ou dos *missi dominici* criados por Carlos Magno.

Todos eles, no entanto, destarte executassem alguma atividade atualmente afeta ao Ministério Público, sempre o faziam no interesse particular dos governantes, distanciando-se, assim, do perfil de tutor dos interesses sociais e da cidadania.

Lembra Hugo Mazzilli que a doutrina italiana procura provar ser lá a origem da instituição:

“Por sua vez, parte da doutrina italiana pretende demonstrar sua origem peninsular, em Pávia ou Piemonte: *o advocatus de parte publica ou os avogadori di comum della republica veneta ou os conservatori delle leggi di Firenze*, embora alguns concordem que, talvez, na sua figura definitiva, o Ministério Público seja mesmo derivado do francês.”¹⁹ (grifado no original)

¹⁸ José Eduardo Sabo Paes, *O Ministério Público na construção do estado democrático de direito*, cit., p. 30.

¹⁹ Hugo Nigro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*, cit., p. 43.

Já para José Frederico Marques²⁰, o Ministério Público tem origem em uma ordenança francesa do início do século XIV, quando o soberano Felipe IV transferiu aos seus procuradores a atribuição de defesa judicial de seus interesses, quando passaram à denominação de *les gens du roi*.

Essa é mesmo, ainda na Idade Média, a origem mais citada.

Enrico Altavilla afirma que:

“A função do Ministério Público tem as suas origens nos *procuratores regis* que, surgindo no século XIV, passaram depois por diversas vicissitudes. E lentamente, de simples agentes de negócios do rei, foram se tornando numa magistratura pública. A princípio o rei era somente o alto senhor dos seus vassallos; o seu interesse limitava-se ao exercício dessa alta senhoria e à administração dos seus domínios. Por consequência a ação dos seus procuradores limitava-se à gestão dos seus direitos fiscais.”²¹

Comentando essa passagem, assim pondera Amaro Alves de Almeida Filho:

“Mas quando o rei principiou a tornar-se o centro de todos os interesses do Estado, quando se assentou no princípio, segundo a expressão de Beaumanoir, de que o rei é soberano sobre todos, e tem, de direito, a guarda geral do seu reino, ele tornou-se o único representante da sociedade e os interesses gerais confundiram-se com os seus interesses particulares.

²⁰ José Frederico Marques, *Tratado de direito processual penal*, São Paulo: Saraiva, 1980, v. 2, p. 256-257.

²¹ Enrico Altavilla, *Psicologia judiciária: o processo psicológico e a verdade judicial*, Tradução de Fernando de Miranda, São Paulo: Saraiva, 1946, v. 3, p. 105.

Nesse momento, entrou nas fórmulas jurídicas que o rei, representante do Estado, devia promover a repressão dos crimes, que geravam a desordem, pois que ele tinha interesse nessa repressão. Este princípio foi a verdadeira origem do Ministério Público.”²²

Em artigo publicado a respeito, João Gualberto Garcez Ramos justifica a correção dessa tese:

“Antes mesmo de definir as datas, é necessário verificar porque o Ministério Público nasceu no lugar e na época em que nasceu. Na França do século XIV – reino absolutista por excelência – a teoria da jurisdição consagrava que o rei dispunha, por força da natureza de seu poder, de parcela mais importante do poder jurisdicional, era o que se denominava de *justice retene*. Embora distribuísse, entre os magistrados que nomeava, parcela de seu poder de dizer a justiça, retinha, para si, a parcela mais importante desse mesmo poder. Em termos práticos, o rei era, então, o juiz dos juízes: a mais qualificada autoridade judiciária de um Estado absolutista. Com base nesse poder, estava constitucionalmente legitimado a deconstituir ou modificar qualquer sentença judicial.

(...)

Contudo, como não tivesse o dom da ubiqüidade física, o rei francês precisava se valer de fiscais de sua confiança que acompanhassem o andamento dos processos e velassem pelos seus interesses em juízo. Os magistrados não podiam ou não queriam realizar essa função. Daí porque, até mesmo por desconfiança, o rei começou a lançar mão desses agentes (*gens du roi*), que acompanhavam os processos judiciais, defendendo, neles, os interesses da Coroa.”²³

²² Amaro Alves de Almeida Filho, Estudo sobre o Ministério Público, *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 45, n. 123, p. 21, out./dez. 1983.

²³ João Gualberto Garcez Ramos, Reflexões sobre o perfil do Ministério Público de ontem, de hoje e do 3º milênio, *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 63, n. 194, p. 52-53, abr./jun. 2001.

Esse mesmo histórico, segundo o autor, explica e justifica o tratamento igualitário aos dos magistrados que se emprestam aos membros do Ministério Público:

“Está aí, também, a origem da posição de igualdade do Ministério Público em relação ao juiz em um processo predominantemente inquisitório. Se o agente do Ministério Público representava o rei, e se o rei estava acima do juiz, ele, agente do Ministério Público, deveria postar-se, ao menos em pé de igualdade em relação ao juiz.”²⁴

A mesma explicação para a origem do Ministério Público é trazida por César Salgado:

“Para avaliar-se a importância e a complexidade das atribuições do Ministério Público, desde os primeiros tempos, atente-se nas seguintes palavras de Henrion de Pansey: ‘Por intermédio dessa magistratura, o rei via tudo, conhecia de tudo, estava presente em toda a parte. Ele fiscalizava a execução das leis, a conduta dos juizes, os atos de todos os cidadãos; colaborava na confecção de todos os regulamentos de polícia e os fazia executar; assistia à deliberação de todos os órgãos e de todas as corporações do Estado (...). Enfim, tudo o que podia interessar à ordem pública estava nas atribuições desse ministério.

Os procuradores-gerais do rei – a informação é de Saulnier de la Pinelais – concentravam-se em suas mãos poderes múltiplos que bastariam para suprir as atividades de vários departamentos ministeriais.

Até nos setores políticos se fazia sentir a influência do Ministério Público. O procurador-geral acreditado junto ao Parlamento de Paris vela pela integridade do domínio real; verifica os títulos e qualidade dos grandes senhores e dos pares a fim de que eles

²⁴ João Gualberto Garcez Ramos, Reflexões sobre o perfil do Ministério Público de ontem, de hoje e do 3º milênio, cit., p. 53.

não atentem contra os direitos do rei; supervisiona as universidades e as comunidades religiosas; toma conhecimento dos tratados de paz e os discute; as nomeações para os altos cargos e empregos lucrativos eram submetidos à sua apreciação; ele opinava também sobre a escolha dos balios e juizes da justiça feudal. São dados que se encontram na *História do Parlamento de Paris, desde a sua origem até Francisco I.*²⁵

Hugo Nigro Mazzilli concorda como sendo na França a origem mais mencionada do Ministério Público, invocando, inclusive, estudos de Faustin Hélie:

“O mais usual, porém, é indicar-se a origem do Ministério Público na França. A partir de estudos de Faustin Hélie e Esmein, tem-se dito que o Ministério Público é uma instituição originária do direito judiciário francês, nascida e formada na França.

Invoca-se a Ordenança de 25 de março de 1302, de Felipe IV, o Belo, rei da França, como o primeiro texto legislativo a tratar objetivamente dos procuradores do rei (...).²⁶

Assim também leciona José Frederico Marques:

“No direito francês, onde teve origem a instituição, pode o Ministério Público agir nas jurisdições civis ou como parte principal (*partie principale*), ou como parte auxiliar (*partie jointe*), ou ainda como representante (*mandatarie*) da Administração e outras entidades.²⁷

Ainda em abono à origem francesa, lembra Hugo Mazzilli da expressão *parquet*, normalmente utilizada para identificar a instituição:

²⁵ César Salgado, O Ministério Público e os atributos de sua dignidade, *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 43, n. 114, p. 131, jul./set. 1981.

²⁶ Hugo Nigro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*, cit., p. 43.

²⁷ José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1966, v. 2, p. 168.

“A menção a *parquet* (assoalho), muito usada como referência ao Ministério Público, provém dessa tradição francesa, assim como as expressões *magistrature débout* (magistratura de pé) e *les gens du roi* (as pessoas do rei). Com efeito, os procuradores do rei (daí *les gens du roi*), antes de adquirirem a condição de magistrados e terem assento ao lado dos juízes, tiveram inicialmente assento sobre o assoalho (*parquet*) da sala de audiências, em vez de terem assento sobre o estrado, lado a lado à *magistrature assie* (magistratura sentada). Conservaram, entretanto, a denominação de *parquet* ou de *magistrature débout*.”²⁸

Funcionando inicialmente como os “olhos” do rei, somente mais tarde teve início certa desvinculação do poder, com a outorga de garantias aos seus membros.

Um decreto de 1790 concedeu vitaliciedade aos seus agentes, sendo que, no mesmo ano, um outro passou a melhor regulamentar e elencar suas funções institucionais.

Foi então o Ministério Público como que dividido em dois, um que se mantinha como responsável pelo acompanhamento judicial dos assuntos de interesse do rei, e outro destinado exclusivamente a promover a persecução penal.

²⁸ Hugo Nigro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*, cit., p. 45.

Como ensina Rassat²⁹, os comissários do rei eram inamovíveis e por ele nomeados, tendo como atribuição exclusiva velar pela aplicação da lei, cumprimento dos julgados e apresentação de recursos das decisões dos tribunais.

O responsável pela acusação era eleito pelo povo, tendo na persecução penal sua função única.

Somente os textos napoleônicos, contudo, deram um perfil mais definido ao Ministério Público e mais afinado com seu formato atual.³⁰

Hélio Tornaghi bem demonstra a natureza e a gradual evolução do Ministério Público:

“Hoje em dia estou convencido – e nisso encontro conforto de todos os pesquisadores objetivos e serenos – de que o Ministério Público, tal como numerosos outros órgãos do Estado, não apareceu de jato, em determinado lugar, nem foi produto de ato legislativo. Foi se formando paulatinamente, foi ajuntando em torno de si várias funções antes espalhadas em diferentes mãos, foi se aperfeiçoando, até que uma lei o encontrou cristalizado e o consagrou.”³¹

Não seria incorreto afirmar, pois, que o Ministério Público se instituiu por suas ações, pela atividade de seus agentes, pela estratificação e importância de

²⁹ Michèle-Laure Rassat, *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967, p. 31.

³⁰ *Ibidem*, mesma página.

³¹ Hélio Tornaghi, *A relação processual penal*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 167.

suas tarefas, para, apenas posteriormente, ter esse formato – já estabelecido, mais que criado – reconhecido em sede legislativa.

A mais provável origem no Ministério Público, no entanto, parece ter surgido ainda um pouco mais adiante, em continuidade da lenta e gradual evolução desses primeiros institutos.

Note-se a respeito a posição de Rassat:

“(…) parece que se vai longe demais em sua vontade de assimilar o Ministério Público do Antigo Regime ao nosso. O advogado do rei e o procurador do rei estavam marcados demais pela diversidade de suas origens e de sua função para haver estado alguma vez integrado em um só corpo, e o Ministério Público do Antigo Regime não teria nunca unidade, a coesão e muito menos a hierarquia, que lhe reconhecemos atualmente.”³²

Ocorre que, para aferição da genuína origem da instituição, só se pode tomar como ponto de partida o momento de sua desvinculação da tutela de interesses particulares do monarca, quando passou, aí sim, tal como agora se observa, e tutelar a legalidade e interesses coletivos.

É o que apregoa Sabo Paes:

“Não se pode olvidar que essa diferença é definitivamente notável no papel e a instituição do Antigo Regime não cumpre as linhas traçadas que definem o promotor atualmente. Para chegar ao Ministério Público, as figuras que o encarnam devem despojar-se

³² Michèle-Laure Rassat, *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*, cit., p. 21.

do princípio de atuação em favor do monarca e converter-se em defensores da legalidade e dos interesses coletivos. E isso não ocorre com os modelos franceses anteriores ao processo revolucionário.”³³

O Ministério Público, portanto, tal qual o conhecemos, surgiu apenas com a Revolução Francesa.

Sobre esses aspectos, vale lembrar das palavras de Paulo Salvador Frontini, para quem a instituição firmou-se:

“(…) na vitória das idéias iluministas, consagradas na Revolução Francesa. O Estado, que era até então totalitário e arbitrário, viu-se forçado a submeter-se à lei, principalmente à mais graduada delas, a Constituição. Foi nesse momento, também, que os cidadãos, escarmentados da prepotência do Estado absolutista, sujeitando todos os súditos aos caprichos do monarca (*L'Etat c'est moi...*), impuseram o princípio da separação dos poderes, inspirado na célebre fórmula de Montesquieu. Instituíam-se o sistema de freios e contrapesos: quem legisla, não administra, nem julga; quem administra, não legisla, nem julga; quem julga, não administra, nem legisla; e como quem julga manifesta-se por último, não pode julgar de ofício; há que ser provocado pelo interessado. Aqui estão as raízes do Ministério Público! O Ministério Público é filho da democracia clássica e do Estado de Direito! Vê-se por aí, quão grandes são as afinidades do Ministério Público com expressivas figuras do Estado de Direito: as garantias individuais; a proteção jurisdicional dos direitos do cidadão; a instrução contraditória e a plenitude de defesa, dentre outros.”³⁴

³³ José Eduardo Sabo Paes, *O Ministério Público na construção do estado democrático de direito*, cit., p. 39.

³⁴ Paulo Salvador Frontini, *Ministério Público, Estado e Constituição: pela explicitação constitucional das atribuições próprias do Ministério Público*, *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 37, n. 90, p. 247, jul./set. 1975.

A expressão Ministério Público guarda raízes nessa primeira época.

Ministério etimologicamente reporta à idéia de ministro, de administrar, consentânea com a função de cuidar dos interesses do rei, por sua natureza, públicos, culminando com a junção Ministério Público.

Percy Mac Lean Estenos lembra que:

“En concepto de Nicolini y de Musio, cuyas opiniones cita Guido Bartoloto en su artículo sobre la materia (G. Bastoloto – Il Digesto Italiano, vol. XV, parte II, p. 526, n. 2), la etimología de la expresión ‘Ministerio Público’ provendría de la palabra latina manus. Según el autor citado, de esa fuente ha nacido la moderna palabra de ‘ministro, administrar, ministerio’, que en el más amplio concepto significa todo aquello que se relaciona con la aplicación de la ley y que, en armonía con el adjetivo ‘público’ forma la frase ‘Ministerio Público’, encargado de velar por el cumplimiento de las leyes, poniendo en movimiento el mecanismo judicial al ejercitar la acción penal.”³⁵

O entendimento de Mario Vellani³⁶ parece não ser exatamente o mesmo. Para ele, o emprego da expressão Ministério Público pouco tem a ver com aspectos etimológicos ou metafóricos, senão surgiu quase que “inadvertidamente”.

O vocábulo teria surgido da forma pela qual os então procuradores do rei se referiam a seu próprio mister, seu próprio ministério, agregando ainda o

³⁵ Percy Mac Lean Estenos, *El proceso penal en el derecho comparado*, Buenos Aires: Valério Abeledo, 1946, p. 145.

³⁶ Mario Vellani, *Il Pubblico Ministero nel processo*, Bologna: Nicola Zanichelli, 1965, v. 1, t. 1, p. 68.

adjetivo público, como forma de identificar os interesses que se encontravam sob sua tutela.

Em conclusão, é seguro reconhecer, que nada obstante algumas tênues, longínquas e mal sistematizadas raízes históricas mais distantes (Roma, Egito, e mesmo Idade Média), o Ministério Público data das conquistas da Revolução Francesa.

Tal período se identifica com as conquistas liberais e o crescimento do apelo à lei, determinando a necessidade de existência de instituição destinada a zelar pelo seu fiel cumprimento, proteger os cidadãos contra investidas do Estado e defender interesses coletivos.

Nota-se, portanto, que antes de previamente pensado ou regulado, o Ministério Público nasceu, desenvolveu-se e impôs-se por suas ações, como uma necessidade impulsionada pela idéia de divisão de poderes.

3 O MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL

Como observado no capítulo anterior, não é tarefa fácil identificar com segurança as origens remotas do Ministério Público.

A divergência entre os estudiosos existe, assim como diversos paradigmas que, mesmo não ostentando exatamente o perfil atual da instituição, efetivamente exerciam algumas atividades que hoje podem ser identificadas entre suas atribuições.

O mais aceitável, contudo, é que o modelo atual tem suas origens ligadas à Revolução Francesa e às conquistas liberais, considerando principalmente a instituição dos Estados de Direito e a divisão de poderes, que determinaram a necessidade de existência de um órgão destinado ao controle da legalidade e proteção das conquistas da sociedade.

O desenvolvimento do Ministério Público no Brasil, por outro lado, quase que para a unanimidade dos estudiosos, mais que ao modelo francês, guarda suas origens no direito lusitano.

Texto absolutamente relevante na compreensão desse desenvolvimento é o relatório que João Baptista Ferrão de Carvalho Mártens, primeiro Procurador-Geral da Coroa e Fazenda de Portugal, encaminhou ao governo. O relatório é

pouco conhecido no Brasil, tendo tido seu conteúdo dissecado por José Henrique Pierangelli.³⁷

O relatório descreve minuciosamente o perfil do desenvolvimento do Ministério Público em Portugal, a partir da imposição do direito visigótico, que vigorou por muitos anos naquele país.

Sob a influência desse direito, nota-se a centralização do poder na Coroa, na medida que o patrimônio real passava de soberano a soberano, sem que qualquer deles tivesse livre disposição sobre os bens.

Na realidade, portanto, sob aquele modelo, não passava o rei de mero administrador, a quem incumbia zelar pelo patrimônio da Coroa que lhe fora confiado, e que por ele deveria ser entregue a seu sucessor.

A preocupação, pois, com a defesa desse patrimônio, fora do alcance de disposição do monarca, criou na legislação lusitana duas formas de magistratura.

Na literalidade do relatório de Mártens:

“(...) as magistraturas de procurador da coroa e de procurador da fazenda, incumbindo-lhes as funções de, em nome, no interesse e na defesa da sociedade representada na coroa, promoverem em

³⁷ João Baptista Ferrão de Carvalho Mártens, O Ministério Público e a Procuradoria Geral da Coroa e Fazenda: história, natureza e fins, *Boletim do Ministério da Justiça de Portugal*, n. 233, fev. 1974 p. 5-34, apud José Henrique Pierangelli, Ministério Público e magistratura: frutos de uma mesma árvore, *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 44, n. 117, p. 233-237, abr./jun. 1982.

prol dos interesses e dos direitos do Estado, e consultarem nos muitos e variados assuntos da administração, que lhes eram submetidos.”³⁸

Nessa mesma época, foram criados Juízos privativos da Coroa e da Fazenda, fenômeno que coincidiu com a criação de tribunais permanentes por toda a Europa³⁹, sendo que, em 14 de janeiro de 1289, quando era soberano D. Afonso III, efetivou-se o cargo de procurador do rei.

Pierangelli, invocando Mártens, descreve as atividades desses magistrados, demonstrando a mesma origem do Ministério Público e da magistratura:

“Em seu relatório, o Dr. João Baptista Ferrão de Carvalho Mártens esclarece, ainda, que com a criação da magistratura do ministério público definiu-se, num lance posterior, as obrigações do procurador dos feitos do rei e de procurador de justiça. Por tais razões, segue ele, estes eram magistrados, razão pela qual ‘eram chamados a suprir as faltas de alguns magistrados no tribunal, visto serem membros’, quando, então ‘ordenava-se-lhes que vissem o fato como terceiro, salvo se for em feito que elle ajudar ou vogar por nossa parte, ou da justiça, ficando assim bem distinctas as duas ordens de funcções de promover pelo rei e de promover pela justiça, da de julgar’. Portanto, ao assumir funções judicantes, o magistrado do Ministério Público despia-se das prerrogativas de promover os interesses reais. Para nós, hoje, os

³⁸ João Baptista Ferrão de Carvalho Mártens, O Ministério Público e a Procuradoria Geral da Coroa e Fazenda: história, natureza e fins, apud José Henrique Pierangelli, Ministério Público e magistratura: frutos de uma mesma árvore, cit., p. 234.

³⁹ Para Mártens, “conjuntamente com esses tribunais é que se formou a instituição do Ministério Público” (João Baptista Ferrão de Carvalho Mártens, O Ministério Público e a Procuradoria Geral da Coroa e Fazenda: história, natureza e fins, apud José Henrique Pierangelli, Ministério Público e magistratura: frutos de uma mesma árvore, cit., p. 234).

interesses da justiça envolvem tanto a Magistratura como o Ministério Público, circunstância que não escapou aos letrados da época, ditadas que são pelo bom-senso.”⁴⁰

Conforme ensina J. Canuto Mendes de Almeida⁴¹, no entanto, as atribuições do Ministério Público somente foram especificamente detalhadas no Livro I, Título 15º das Ordenações Manuelinas de 1521, incluindo, inclusive, a designação de um promotor nas correições.

Joaquim Cabral Neto defende uma época intermediária, no reinado de D. João I, com a edição do Livro das Leis e Posturas, que já conteria “algumas disposições reguladoras da intervenção dos procuradores do rei nas causas penais, bem como as atribuições de procuradores de justiça da Casa de Suplicação”.⁴²

Hugo Nigro Mazzilli defende as origens do Ministério Público nas Ordenações Afonsinas de 1447:

“Nas Ordenações Afonsinas de 1447 podemos encontrar traços da instituição do Ministério Público que foram desenvolvidos nas ordenações posteriores.

No Tít. VIII, Liv. I, das Ordenações Afonsinas, cuida-se do ‘Procurador dos Nossos Feitos’, consignado-se: ‘Mandamos que o Procurador dos Nossos Feitos seja Letrado, e bem entendido, para saber espertar, e allegar as cousas, e razões, que a Nossos

⁴⁰ José Henrique Pierangelli, *Ministério Público e magistratura: frutos de uma mesma árvore*, cit., p. 234.

⁴¹ J. Canuto Mendes de Almeida, *Processo penal, ação e jurisdição*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 218.

⁴² Joaquim Cabral Netto, *O Ministério Público na Europa Latina*, Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1974, p. 53.

Direitos pertencem, porque muitas vezes acontece, que por seu bom aviso aos Nossos Desembargadores som bem enformados, e ainda Nossos Direitos Reaes acrescentados. Ao qual Mandamos, que com grande diligencia, e muito amiúde requeira aos Veedores da Fazenda, e Contadores, e Juizes (...) e veja, e procure bem todos os feitos da Justiça, e das Viúvas, e dos Orfoões, e miseravees pessoas, que aa Nossa Corte vierem, sem levando delles dinheiro, nem outra cousa se salario, sem vogando, nem procurando outros nenhuus feitos, que a Nos nom perteeçam sem Nosso especial Mandado, como dito he.”⁴³

De toda sorte, esse modelo de Justiça lusitano, sem paradigma em outros direitos, e criado para atender às especificidades da sociedade daquele país, é que foi trazido para o Brasil.⁴⁴

Tal se deu notadamente a partir de 7 de março 1609, pelo Alvará do Rei Felipe III.⁴⁵

O Alvará criou um tribunal em Salvador, chamado “Relação do Brasil”, considerado como a primeira experiência e o ponto de partida da Justiça brasileira.

Edgard Costa descreve a composição do Tribunal de Salvador:

“Haverá na dita Relação dez desembargadores, entrando nesse número o Chanceler, o qual servirá de juiz da Chancelaria; três desembargadores de agravos; um ouvidor-geral; um juiz dos feitos da Coroa, Fazenda e Fisco e promotor de justiça.”⁴⁶

⁴³ Hugo Nigro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*, cit., p. 46-47.

⁴⁴ José Henrique Pierangelli, *Escritos jurídicos-penais*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 187.

⁴⁵ Abdon de Mello, *Ministério Público riograndense: subsídios para sua história*, Porto Alegre: Imprensa Oficial, 1943, p. 13.

⁴⁶ Edgard Costa, *Efemérides jurídicas*, Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, Instituto Nacional do Livro, 1961, p. 142.

Nota-se assim que na origem, o promotor de justiça era um magistrado, um desembargador.

A idéia é renovada pelo Alvará de 22 de abril de 1808, já com a família real no Brasil, da lavra do Príncipe Regente D. João VI, que criou o Tribunal da Mesa do Desembargo do Paço e da Chancelaria e Ordens, que designava um cargo de promotor a ser exercido por um magistrado nomeado.

O cargo de promotor de justiça e o de procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda eram ocupados por titulares distintos.⁴⁷

Comenta essa passagem histórica José Eduardo Sabo Paes:

“Em 1751, foi criada outra Relação na cidade do Rio de Janeiro. Esta viria a se transformar na Casa de Suplicação do Brasil em 1808, com a chegada da família real portuguesa ao Brasil, onde D. João VI, então príncipe regente, por edito de 22 de abril de 1808, criou o Tribunal de Mesa do Desembargado do Paço e da Chancelaria e ordens.”⁴⁸

3.1 O Ministério Público na Constituição do Império

Tanto no Brasil Colônia quanto no Brasil Império, o Ministério Público ainda mantinha substanciais diferenças em relação à instituição atual.

⁴⁷ Ronaldo Porto Macedo Júnior, *Evolução institucional do Ministério Público brasileiro*, in Maria Tereza Sadek, Org., *Uma introdução ao estudo da justiça*, São Paulo: IDESP; Sumaré, 1995, p. 23.

⁴⁸ José Eduardo Sabo Paes, *O Ministério Público na construção do estado democrático de direito*, cit., p. 168.

A pessoa do procurador-geral concentrava todas as atribuições inerentes à atividade ministerial, inviabilizando, via de consequência, qualquer análise ou consideração a respeito de uma genuína instituição.

Não se falava, de outra banda, de garantias, autonomia ou independência funcional.

Em realidade, os promotores públicos pouco se distanciavam de meros agentes do Poder Executivo.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, trouxe uma única disposição referente ao Ministério Público:

“Artigo 48 - No juízo dos crimes cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, acusará o procurador da coroa e soberania nacional.”

Nossa primeira Constituição, assim, não trouxe avanço ou tratamento sistematizado para a instituição do Ministério Público, tendo-se resumido a ligeiramente dimensionar exclusivamente suas funções criminais, quando ainda não se tratasse de infração sujeita a julgamento político, reservado a ministros e conselheiros de Estado.

Nada obstante o tratamento constitucional tímido do Ministério Público na primeira Constituição brasileira, em nível infraconstitucional, o Código de

Processo Penal do Império, de 1832, ocupou-se de sistematizar a atividade ministerial.⁴⁹

A reforma elaborada pela Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, veio a estabelecer critérios para o ingresso na função.

Como lembra Ruy Junqueira de Freitas Camargo:

“A Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, regulamentada pelo Dec. n. 120, de 21 de janeiro de 1843, estabelecia que ‘os promotores serão nomeados pelo imperador no município da Corte, e pelos presidentes nas províncias, por tempo indefinido; e servirão enquanto convier a sua conservação ao serviço público, sendo, caso contrário, indistintamente demitidos pelo imperador ou pelos presidentes da províncias nas mesmas províncias’. A legislação subsequente continuou a ignorar o Ministério Público como instituição, a exemplo do que aconteceu com a Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Dec. n. 4.824, de 22 de novembro do mesmo ano; nela só se falava dos seus agentes, os promotores públicos, que deveriam existir um em cada comarca, sempre, porém, de livre nomeação e demissíveis *ad nutum*.”⁵⁰

Não pode ser esquecida, por fim, a Lei de Ventre Livre (Lei n. 2.040, de 28.09.1871), que conferiu a promotores de justiça a atribuição de defesa dos fracos e indefesos, ao determinar que a eles cabia zelar para que os filhos livres de mulheres escravas fossem registrados.

⁴⁹ Antônio Cláudio da Costa Machado, *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, cit., p. 17.

⁵⁰ Ruy Junqueira de Freitas Camargo, *Perspectiva do Ministério Público na conjuntura constitucional brasileira*, *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 32, n. 71, p. 191, out./dez. 1970.

3.2 O Ministério Público na República: a Constituição de 1891

A primeira Constituição brasileira não havia sistematizado adequadamente o Ministério Público, sem indicação clara e definitiva do seu papel, atribuições, forma de ingresso, etc.

Ao menos do ponto de vista das atribuições, a legislação infraconstitucional, o Código de Processo Penal do Império, e suas alterações posteriores, acabou por melhor definir a perfil do Ministério Público, indicando também a maneira de nomeação dos promotores.

Proclamada a República, no entanto, a atuação de Campos Sales, então Ministro da Justiça do Governo Provisório, é que realmente impulsionou a instituição, a ela emprestando organicidade e o espaço no ordenamento negado nas legislações anteriores.

Campos Sales, assim, é personagem fundamental para a instituição do Ministério Público no Brasil.

Comenta sua profícua atuação José Eduardo Sabo Paes:

“Proclamada a República, em 1889, Campos Sales, Ministro da Justiça do Governo Provisório, até 22 de janeiro de 1891, muito fez pela organização judiciária, em geral, e pelo Ministério Público, em particular. Quando presidente, a grande obra de Campos Sales foi restaurar o equilíbrio econômico-financeiro. Mas, de

extrema relevância no nascedouro da República também foi a organização do Poder Judiciário. Da importância dessa realização, diz, expressivamente, o civilista Antônio Joaquim Ribas: 'Mas a reforma fundamental, aquela que deu cunho de sua individualidade na sistematização republicana, foi certamente, a que instituiu e organizou o Poder Judiciário da República'.⁵¹

Realmente, a atuação de Campos Sales na reorganização do sistema de justiça brasileiro foi muito importante, tendo-se adotado como documento básico e fundamental dessa reforma o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, o qual, inclusive, trazia rubrica própria para o Ministério Público.

No texto legal, já na exposição de motivos, se percebe claramente o posicionamento da instituição:

“O Ministério Público, instituição necessária em toda organização democrática e imposta pelas normas da justiça, está representada nas duas esferas da Justiça Federal. Depois do Procurador-Geral da República, vêm os procuradores seccionais, isto é, um em cada Estado.

Compete-lhe em geral velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devam ser aplicados pela Justiça Federal e promover ação pública onde convier. A sua independência foi devidamente resguardada.”

⁵¹ José Eduardo Sabo Paes, *O Ministério Público na construção do estado democrático de direito*, cit., p. 170.

A Constituição de 1891, no entanto, tratou de maneira incipiente o Ministério Público. As duas disposições a seu respeito eram lacônicas, e ao órgão não se concedeu qualquer autonomia.⁵²

A primeira se encontrava no parágrafo 2º do artigo 58: “O Presidente da República designará, entre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei.”

Anote-se que o artigo estava engajado na seção que cuidava do Poder Judiciário (Seção III), e que também havia definição da forma pela qual se elegeria, dentre os membros do Supremo, o Procurador-Geral.

A outra referência estava contida no parágrafo 1º do artigo 81, regulamentador da revisão criminal: “(...) a lei marcará os casos e a forma de revisão que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, *ex officio*, pelo Procurador-Geral da República.”

A disposição, na realidade, nada acrescentou em termos efetivos à instituição do Ministério Público, visto que nada estabeleceu ou definiu sobre seu perfil, valendo apenas para conferir legitimidade ativa para a revisão criminal, o que nada significa em termos orgânicos.

Notável assim que, ressalvado o valoroso esforço de Campos Sales em nível infraconstitucional, a república pouco acrescentou em termos de

⁵² José Eduardo Sabo Paes, *O Ministério Público na construção do estado democrático de direito*, cit., p. 171.

reconhecimento da institucionalização do Ministério Público, que mesmo nessa nova realidade não mereceu o devido tratamento constitucional, o que seria muito adequado, considerando a importância e gravidade das funções que historicamente já exercia.

3.3 A Constituição de 1934

A Constituição de 1934 foi a primeira a reconhecer a instituição do Ministério Público enquanto tal.

A instituição recebeu tratamento em capítulo próprio, destacado inclusive dos referentes aos tradicionais poderes (Seção I do Capítulo VI, “Dos órgãos de cooperação das atividades governamentais”).

Viu-se também, pela primeira vez, a outorga de garantias institucionais, como vitaliciedade (salvo sentença judicial, observada ampla defesa) dos titulares ingressos por concurso.

Ficou estabelecido no artigo 95 *caput* que o Ministério Público estaria organizado no âmbito federal, e, nos Estados, através de leis próprias.

O chefe do Ministério Público Federal nos juízos comuns seria o procurador-geral da República, nomeado pelo presidente e sujeito a aprovação pelo Senado Federal.

Os requisitos para a ocupação do cargo eram os mesmos estabelecidos para assunção ao Supremo Tribunal Federal, podendo ser conduzido qualquer do povo que os preenchesse.

A remuneração seria a mesma dos membros da Suprema Corte, havendo igualmente identidade em relação à possibilidade de demissão *ad nutum*.

Os demais cargos do âmbito federal seriam preenchidos por meio de concurso, sendo concedida, como visto, aos titulares, a vitaliciedade.

Por fim, vedou a Constituição aos procuradores-gerais, tanto da União como Estados, o exercício de outra atividade que não fosse o magistério.

Os Ministérios Públicos militar e eleitoral organizar-se-iam por meio de leis especiais.

Com a Constituição de 1934, já se nota, portanto, reconhecimento da importância da instituição e da necessidade de concessão de garantias para que seus membros se desincumbam adequadamente de suas atribuições.

Essa primeira experiência de constitucionalização do Ministério Público, desde logo, sinalizou a simetria com o Poder Judiciário, não somente na designação do procurador-geral dentre membros do Supremo, mas por expressamente fixar isonomia de vencimentos.

O grande avanço, no entanto, talvez tenha sido o tratamento da instituição de forma desvinculada e autônoma em relação aos tradicionais poderes.

3.4 O Ministério Público no Estado Novo: a Constituição de 1937

As conquistas não duraram muito tempo.

A Constituição de 1937 representou grande retrocesso ao constitucionalismo, em geral, e ao Ministério Público, em específico.

O período de 1937 a 1946 ficou conhecido como “Estado Novo”, verdadeira ditadura, cuja principal característica era a concentração de poderes no Executivo, com a minimização do parlamento, fenômeno de repercussão mundial, como bem se observou na Itália e Alemanha.

Uma única menção específica havia ao Ministério Público, no artigo 99:

“O Ministério Público Federal terá como chefe o Procurador-Geral da República, que atuará no Supremo Tribunal Federal e será de livre nomeação e exoneração do Presidente da República, o qual deverá escolher uma pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal.”

Havia previsão, também, de foro privilegiado para o procurador-geral, que seria submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

A escassez de normas relativas ao Ministério Público não foi, no entanto, o único retrocesso.

Muito significativo o fato de ter perdido o Ministério Público sua autonomia, voltando a ser tratado conjuntamente com outro poder, já que o artigo 99 encontrava-se situado na seção destinada ao Poder Judiciário, sob o título “Do Supremo Tribunal Federal”.

Além do artigo, existia previsão para que o procurador-geral da República se manifestasse nas hipóteses de pagamento de dívidas pela Fazenda Nacional em virtude de decisões judiciais, bem como criou-se o quinto constitucional.

A legislação infraconstitucional do período, por outro lado, foi mais generosa com a instituição.

No Distrito Federal, ficou regrada pelo Decreto-Lei n. 2.035, de 27 de fevereiro de 1940, que designava os membros da instituição, no entanto como “agentes do executivo”.

O referido Decreto-Lei atribuía ao Ministério Público a função de promover e fiscalizar, na forma prescrita na lei, o cumprimento e a guarda da Constituição, as leis, os regulamentos e as decisões (art. 63).

O maior destaque, contudo, veio com a edição de Código de Processo Civil de 1939.

As novas regras processuais incluíam a intervenção obrigatória do Ministério Público em inúmeras situações, realçando significativamente a figura do promotor de justiça como *custos legis*.

Os valores postos sob fiscalização do Ministério Público relacionavam-se principalmente com os interesses sociais indisponíveis, as relações de direito de família, casamento, registro e filiação, a defesa de incapazes e a defesa da propriedade privada.⁵³

Ainda em nível infraconstitucional, o Código de Processo Penal de 1941 acabou por firmar o Ministério Público como titular da ação penal, conferindo-lhe, inclusive, a faculdade de solicitar a abertura de investigações e outras diligências.

Nota-se nesse período, portanto, a par da retração institucional na Constituição Federal, algumas conquistas em sede infraconstitucional, com a fixação da titularidade da ação penal e a intervenção obrigatória em diversos processos cíveis relacionados a matérias de interesse social inalienável.

A afirmação do Ministério Público como fiscal da lei, criando certo ranço “parecerista” que até hoje persiste, se pode ser questionável por um lado, considerando a vocação institucional promotiva, agente, serviu ao menos para conferir melhor delineamento ao Ministério Público, sedimentando algumas de suas atribuições.

⁵³ José Eduardo Sabo Paes, *O Ministério Público na construção do estado democrático de direito*, cit., p. 174.

O retrocesso em termos constitucionais, no entanto, não ocorreu por coincidência ou acaso.

O fenômeno da minimização do Ministério Público, como demonstra a história, ocorre de maneira mais dramática nos momentos de enfraquecimento da democracia, situação política em que certamente não sobressai o interesse no fortalecimento de instituição destinada à defesa dos valores sociais, notadamente em razão do próprio Estado.

3.5 A Constituição de 1946

A afirmativa acima encontra endosso na Constituição de 1946.

Com a retomada democrática, como era de se esperar, o Ministério Público reassumiu boa parte de seu espaço constitucional. Novamente recebeu delineamento em título próprio (III), apartado dos demais poderes.

A carreira foi estruturada na União (art. 127) e nos Estados (art. 128). O ingresso na carreira era por meio de concurso, garantindo-se vitaliciedade no cargo após dois anos de estágio probatório, ultrapassado o qual somente se admitia a perda do cargo por sentença judicial ou processo administrativo, garantida ampla defesa.

Um importante avanço foi a garantia da inamovibilidade, salvo representação fundamentada do chefe do Ministério Público, com fundamento na conveniência do serviço. A vitaliciedade e a inamovibilidade foram conquistas relevantes, fruto da redemocratização e do reconhecimento de que as graves funções afetas à instituição demandavam a outorga de garantias aos seus membros.

Nada obstante, a autonomia do Ministério Público não foi a marca do perfil traçado pela Constituição de 1946.

O procurador-geral da República seguia sendo nomeado pelo presidente e exonerável *ad nutum* (art. 126).

Pior, no entanto, foi a atribuição à instituição da função de representação da União em juízo. Novamente se viu o Ministério Público na função de procurador do Estado, de advogado, circunstância que, inexoravelmente, comprometia expressivamente a autonomia para atuação em prol da sociedade.

3.6 A Constituição de 1967

A Constituição de 1967 trouxe poucas alterações em relação ao regime anterior.

Ficou mantida a organização dos Ministérios Públicos dos Estados (art. 139) e da União (art. 137) como carreira, com ingresso mediante concurso de provas e títulos, vitaliciedade após dois anos e inamovibilidade.

O procurador-geral da República continuava a ser escolhido pelo presidente e sujeito a ratificação do Senado (art. 138).

A atribuição de representar a União igualmente não foi alterada.

Quase nada, portanto, alterou-se em relação ao regime estabelecido na Constituição de 1946, à exceção de um sensível retrocesso.

O Ministério Público perdeu sede própria na Constituição, tendo sido tratado no capítulo referente ao Poder Judiciário (Seção IX, Capítulo VIII).

De avanço, apenas a equiparação aos juízes quanto a salários e aposentadoria.

3.7 A Emenda Constitucional de 1969

A Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, foi de tamanha abrangência, complexidade e profundidade que acabou sendo chamada de Constituição de 1969.

A medida tratava de praticamente todas as matérias do texto modificado, sendo absolutamente exaustiva e inovadora em relação ao texto anterior.

A emenda significou retrocesso para o Ministério Público, conseqüência condizente com a idéia de que o declínio democrático reflete em retração para a instituição.

No novo sistema, o Ministério Público passou a integrar uma Seção (VI) do Capítulo do Poder Executivo (VII), tendo sido agraciado com três artigos.

Nesse ponto, notável o prejuízo institucional.

Se ter perdido sede própria na Constituição de 1967 (inclusão no Capítulo do Poder Judiciário) já havia sido significativo, que dizer de ter sido incluído no Poder Executivo.

O concurso público, estabilidade e inamovibilidade foram mantidos (art. 95) e o procurador-geral da República era cargo de livre nomeação do presidente, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, reputação ilibada e notável saber jurídico.

A normatização da instituição manteve-se inalterada até 1977, quando se deu a edição da Emenda Constitucional n. 7.

A Emenda trouxe disposição (acrescentando ao art. 96 um parágrafo único) incumbindo a lei complementar, de iniciativa do presidente da República, estabelecer normas gerais a serem observadas pelos Ministérios Públicos dos Estados.

E a legislação veio com a edição da Lei Orgânica do Ministério Público em 14 de dezembro de 1981, a Lei Complementar n. 40.

A possibilidade de lei complementar estabelecer regras gerais sobre o Ministério Público certamente abriu espaço para a organização de instituição mais autônoma e voltada a sua verdadeira natureza, mas as dificuldades ainda existiam, notadamente considerando a atribuição de representação da União.

José Ribamar Soares bem comenta esse período:

“(...) até a Constituição de 1967 a função primeira do Ministério Público era a defesa dos interesses do Estado. A instituição se encontrava muito longe de ser defensora de direitos e interesses da sociedade, do povo, dos cidadãos. Primeiro, porque tinha o dever constitucional de defender o Estado; segundo porque a dependência, a subordinação ao Poder Executivo não lhe permitia atuar contra a Administração pública, já que o que se buscava era impedir e anular os atos que se revelassem contrários aos interesses públicos.”⁵⁴

⁵⁴ José de Ribamar Barreiros Soares, O papel do Ministério Público no controle da administração pública à luz da Constituição de 1988, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 32, n. 128, p. 232, out./dez. 1995.

4 O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

4.1 Contribuições à elaboração do texto constitucional

Ultrapassadas as dificuldades para a localização histórica exata das origens remotas do Ministério Público e observadas, pelo menos nos aspectos mais gerais, sua evolução do Brasil, necessário identificar o atual perfil constitucional da instituição.

A necessidade de tratamento constitucional, aliás, é irrefutável, como se refere Costa Machado, ao destacar que:

“Dada a enorme relevância do papel social desempenhado pelo Ministério Público, de defensor da sociedade perante o Poder Judiciário, cada vez mais avulta a necessidade de se lhe outorgar disciplina constitucional robusta, única compatível com as altas funções que as ordens jurídicas em todo mundo lhe têm confiado.”⁵⁵

Para tanto, não se tem por despicienda pequena evocação do momento social e político que envolveu a constituinte, bem como dos trabalhos que antecederam a Constituição da República de 1988, ao menos no que toca ao Ministério Público.

⁵⁵ Antônio Cláudio da Costa Machado, *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, cit., p. 36.

Na época (sem qualquer oscilação pessoal de orientação política), combatiam forças reacionárias e progressistas (trata-se de descrição típica, sem nenhuma pendência no sentido de identificar ou quedar para um ou outro lado).

Nessa toada (em simplista síntese, suficiente para o momento), havia os satisfeitos com o *status quo* e aqueles que pretendiam mudanças profundas nos conceitos de convivência.

José Afonso da Silva bem descreve o momento constituinte:

“A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começou assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da decisão dos Governadores em 1982. Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social. Frustrou-se, contudo, essa grande esperança.

Não desanimaram, ainda desta vez, as forças democráticas. Lançaram a candidatura de Tancredo Neves, então Governador de Minas Gerais, à Presidência da República. Concorreria pela via indireta no Colégio Eleitoral com o propósito de destruí-lo”.⁵⁶

Era a gestação e o projeto da Nova República, que acabou, em parte, frutificando:

⁵⁶ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 88.

“O povo emprestou a Tancredo Neves todo o apoio para a execução de seu programa de construção da Nova República, a partir da derrota das forças autoritárias que dominavam o país durante vinte anos (1964 a 1984). Sua eleição, a 15.1.85, foi, por isso, saudada como o início de um novo período na história das instituições políticas brasileiras, a que ele próprio denominara de a Nova República, que haveria de ser democrática e social, a concretiza-se pela Constituição que seria elaborada pela Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, que ele convocaria assim que assumisse a Presidência da República. Prometeu, também, que nomearia uma Comissão de Estudos Constitucionais a que caberia elaborar estudos e anteprojeto de Constituição a ser enviado, como mera colaboração, à Constituinte.

Sua morte, antes de assumir a Presidência, comoveu o Brasil inteiro. Foi chorado. O povo sentiu que as suas esperanças eram outra vez levadas para o além. Assumiu o Vice-Presidente, José Sarney, que sempre esteve ao lado das forças autoritárias e retrógradas. Contudo, deu seqüência às promessas de Tancredo Neves. Nomeou, não com boa vontade, a Comissão referida, que começou seus trabalhos sob intensa crítica da esquerda. Por muito tempo, a Comissão foi o único foro de debates sobre os temas constituintes e constitucionais. Logo que seu anteprojeto se delineara, viu-se que era estudo sério e progressista. Era a vez de a direita e de os Conservadores agredirem-na, e o fizeram com virulência.”⁵⁷

E o então presidente, cuja própria posse já fora controvertida (como se assume o lugar de quem não assumiu anteriormente), de toda sorte, complementou sua promessa, tendo apresentado a proposta de emenda constitucional, que ganhou o número 26 (27.11.1985), instigando os membros do Congresso (já deputados e senadores) a elaborarem uma nova Constituição.

⁵⁷ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 88-89.

A medida igualmente não deixou de ser polêmica, visto que outorga ao legislador ordinário poderes constituintes (isso sem entrar na discussão sobre um poder constituinte originário convocado pelo Texto Magno anterior).

O esmerado trabalho da comissão destinada a elaborar o anteprojeto da nova Constituição restou não aproveitado. Conjuntura política.

A Constituinte, pois, iniciou-se sem um projeto base a ser trabalhado. Essa passagem histórica é bem marcada por Celso Ribeiro Bastos:

“A exemplo da Constituição de 1946, que iniciou seus trabalhos sem um projeto anterior, a Assembléia convocada em 1987 também preferiu não partir de um projeto já elaborado.

Os trabalhos de uma comissão convocada pelo governo que ganhou o nome de seu Presidente ‘Afonso Arinos’ não transcenderam as dependências do Executivo, que preferiu não remetê-los à Constituinte.”⁵⁸

Sem um texto base, os trabalhos ficaram mais árduos, e inúmeras comissões e subcomissões, na prática quase autônomas, passaram a funcionar paralelamente, sem um maior nexos de integração, nada obstante a existência de uma comissão de sistematização.

O fato é relatado por Celso Ribeiro Bastos:

“Pelo relatório até agora feito, já dá para perceber o erro fundamental da Constituinte: pulverização de seus trabalhos em múltiplas subcomissões que eram obrigadas a trabalhar sem que tivesse havido qualquer aprovação prévia de diretrizes

⁵⁸ Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito constitucional*, 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p.147.

fundamentais. Isto conduzia necessariamente as subcomissões a enveredarem por um trabalho detalhista, minucioso e, o que é mais grave, receptivo a reclamos e pleitos vindos de todos os rincões da sociedade.”⁵⁹

Essa gama de controvérsias, de ingerências de todas as tonalidades, de falta de um projeto base e de uma diretriz mais acurada resultou em uma Constituição fluida, dirigente, talvez utópica, na qual todos os anseios das forças sociais se pretendiam contemplar, com pouca preocupação, no entanto, com sua efetiva aplicabilidade prática, com sua eficácia real.

Bem por isso, assim manifesta Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“A massa de disposições programáticas que incham as Constituições contemporâneas, mormente nos capítulos sobre a ‘ordem econômica’ e sobre a ‘ordem social’, igualmente contribui para a desvalorização da idéia de Constituição. Frequentemente fruto de desejos em descompasso com o possível, não raro essas normas permanecem letra morta. Ora, quando uma parcela da Constituição é ressentida como não cogente, a imperatividade de toda a Constituição com isso perde.”⁶⁰

Nesse contexto, constituiu-se o novo Ministério Público, talvez, ao que tudo indica, parte que despercebido da comunidade política tradicional.

⁵⁹ Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 148.

⁶⁰ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Estado de direito e Constituição*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 88.

Dentre os mais variados setores da sociedade que passaram a se mobilizar no sentido da obtenção da adequada guarida constitucional de seus interesses, lá também estava o Ministério Público.

Nem poderia ser diferente, na medida que não se admitiria à instituição furtar-se da assunção de papel de um dos atores de sua própria reformulação.

Como referido, para a organização dos trabalhos iniciais, encabeçada por Afonso Arinos, foi instituída uma “Comissão de Notáveis”, com cinquenta integrantes, que elaborou anteprojeto que acabou batizado com o nome de seu líder.

Já nesse ponto via-se intensa participação do Ministério Público.

O instrumento base contendo as pretensões da instituição surgiu em 1985, no IV Congresso Nacional do Ministério Público, ocorrido na cidade de São Paulo.⁶¹

O documento mais contundente, sistematizado e influente, no entanto, foi a chamada Carta de Curitiba.

Comenta esse momento histórico Hugo Nigro Mazzilli:

⁶¹ Carlos Bobadilha Garcia, O Ministério Público e Constituição, *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 47, n. 131, p. 93-106, set. 1985.

“Em vista da nova ordem constitucional que então se desejava diante do já antevisto fim do regime militar, o Ministério Público nacional também preparou o anteprojeto da parte que lhe tocava, no qual procurou responder às principais questões pertinentes à instituição. Sua proposta se chamava Carta de Curitiba, aprovada no 1º Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações de Ministério Público, realizado em junho de 1986, na Capital do Estado do Paraná.”⁶²

A Carta de Curitiba apresentou-se como o primeiro documento a refletir idéias de consenso do Ministério Público nacional, e realmente influenciou os trabalhos finais da Constituição, sendo visíveis suas premissas assumidas por inúmeros dispositivos do texto aprovado.

4.2 A instituição Ministério Público e seu conceito

Feita a referência histórica, nota-se que a Constituição de 1988 foi a primeira a tratar o Ministério Público com organicidade e harmonia, bem definindo suas principais atribuições, reconhecendo-o, enfim, como instituição.

Para a correta apreensão da assertiva, interessa averiguar o que se entende por instituição.

⁶² Hugo Nigro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*, cit., p. 114.

Para Luiz Fernando Coelho, instituição “aparece como um conjunto organizado de usos e costumes, que, tendendo a uma relativa permanência espaço-temporal, caracteriza o comportamento de um grupo social”.⁶³

Notam-se, assim, desde logo, dois relevantes elementos do conceito de instituição: sua relativa permanência espacial e temporal e a espontaneidade organizacional, já que caracteriza tudo aquilo que é organizado voluntariamente em uma sociedade.⁶⁴

A idéia institucional, portanto, contrapõe-se ao pensamento dogmático normativo, já que ela se impõe de maneira espontânea, independentemente de posituação, por ação de sua permanência, assim como se dá, por exemplo, com a família, a nação e o próprio Estado, enquanto instituição política.⁶⁵

Mas para a formação de uma instituição, não são suficientes permanência e espontaneidade.

Aliás, essas duas, na verdade, se apresentam como conseqüências naturais do outro elemento conformador da instituição: o seu significado social.

É a importância, a manutenção de objetivos e a alta significação social, em realidade, que garantem a permanência e voluntariedade da instituição, que

⁶³ Luiz Fernando Coelho, *Instituição (teoria da)*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo: Saraiva, 1980, v. 44, p. 511.

⁶⁴ J. M. de Carvalho Santos, *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, Rio de Janeiro: Borsoi, v. 27, p. 243.

⁶⁵ Francisco Xavier Pinheiro, *Instituições de direito*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo: Saraiva, 1980, v. 44, p. 525.

lhe emprestam conteúdo, significado, “espírito” e principalmente existência, independentemente, inclusive, de positividade normativa.⁶⁶

Na conclusão de Antônio Cláudio da Costa Machado:

“Em suma, de acordo com o pensamento que tem prevalecido na doutrina hodierna, entende-se que instituição seja toda organização nascida espontaneamente no seio da sociedade que, independentemente de regulamentação positiva, é reconhecida como ente jurídico ante a força intrínseca de sua destinação e pela sua permanência no espaço e no tempo.”⁶⁷

O próprio autor complementa seu pensamento, afinando as idéias de Ministério Público e instituição, ao referir que:

“O Ministério Público não é, nada mais, nada menos do que tudo isso, um ente eminentemente social, a princípio pré-jurídico, mas que sempre transcendeu os limites do direito positivo, e por isso se desenvolveu tanto, sendo hoje parte do próprio Estado para a concretização de uma das suas grandes aspirações: a realização da justiça. É algo que nasceu espontaneamente, como fruto de uma determinada necessidade social num determinado momento histórico, e que se desenvolveu por meio de novas necessidades em outros momentos, adquirindo o caráter de permanência durante esse processo de evolução. Na medida em que crescia, mais concreto e definido se tornou o seu escopo, mais claro se tornou o seu papel social. O Ministério Público é, portanto, este ser jurídico permanente, posto que extrapola o indivíduo no tempo

⁶⁶ Attilio Brunialti, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, Torino: UTET, 1896-1900, v. 2, p. 1 e 6, apud Antônio Cláudio da Costa Machado, *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, cit., p. 23, nota 6.

⁶⁷ Antônio Cláudio da Costa Machado, *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, cit., p. 23.

e no espaço, e que possui vida e disciplina próprias, forças e qualidades particulares e uma vocação especial de bem servir a própria sociedade que o criou.”⁶⁸

Podemos dizer, assim, que a Constituição de 1988 não criou ou recriou o Ministério Público, mas apenas, em nível positivo, o reconheceu, visto que, como instituição, e considerando os valores sociais que defendia, já era um ente permanente, que nasceu e se desenvolveu espontaneamente.

Não por outro motivo, estabeleceu o artigo 127 da Constituição Federal, que o Ministério Público “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

A idéia de permanência, como visto, já é ínsita à de instituição, mas não foi descabida a menção constitucional, para que fique inequivocamente expressa e bem clara a vedação ao constituinte derivado de, direta ou indiretamente, suprimir ou deformar, em nível positivo, aquilo que espontaneamente delineou-se no seio da sociedade.

Quanto a ser o Ministério Público essencial à função jurisdicional, pertinente a crítica de Hugo Nigro Mazzilli, para quem:

“(…) não deixa de ser duplamente incorreta: diz menos do que deveria ‘o Ministério Público tem inúmeras funções exercidas independentemente da prestação jurisdicional, como na

⁶⁸ Antônio Cláudio da Costa Machado, *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, cit., p. 24-25.

fiscalização de fundações, prisões, nas habilitações de casamento, na homologação de acordos extrajudiciais, na direção de inquérito civil, no atendimento ao público, nas funções de *ombudsman*, e ao mesmo tempo, paradoxalmente, diz mais do que deveria 'pois o Ministério Público não oficia em todos os feitos submetidos à prestação jurisdicional, e sim, normalmente, apenas naqueles em que haja algum interesse indisponível, ou, pelo menos, transindividual, de caráter social, ligado à qualidade de uma das partes ou à natureza da lide'.⁶⁹

4.3 Posicionamento constitucional

É distante de ser pacífico na doutrina o posicionamento que deve ocupar o Ministério Público em relação aos tradicionais poderes.

Há quem veja a instituição ligada ao Poder Legislativo, considerando que lhe incumbe a função de ser fiscal da lei.

Outros, no entanto, a relacionam ao Poder Judiciário, perante quem normalmente atua. Essa opção foi assumida pela Constituição de 1967.

A vinculação ao Poder Executivo ficou manifestada na Carta de 1969, positivando o entendimento no sentido de que as funções do Ministério Público são administrativas. Essa posição é assim defendida por Hugo Nigro Mazzilli:

⁶⁹ Hugo Nigro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*, cit., p. 146.

“Analisando suas principais funções institucionais que a Constituição e as leis conferem ao Ministério Público – a defesa da ordem jurídica, dos interesses indisponíveis, difusos e coletivos, a promoção da ação pública, o zelo pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionais –, vemos que todas elas têm natureza administrativa: incumbências como promover a ação pública ou opinar como *custus legis* não são atividades jurisdicionais (atuar junto ao Judiciário naturalmente não significa prestar jurisdição) nem legislativas (a tarefa de fiscalizar ou promover a observância das leis não se confunde com a típica atividade de sua elaboração).”⁷⁰

O posicionamento distanciado dos tradicionais poderes foi a alternativa acolhida pelos Textos de 1934, 1946 e o atual.

Vozes se manifestam ainda caracterizando o Ministério Público como que um quarto poder, tendo Alfredo Valladão chegado a afirmar que se Montesquieu tivesse escrito hoje *O espírito das leis*, por certo não seria tríplice, mas quádrupla a divisão de poderes.⁷¹

Interessante, a respeito, o pensamento de Sabo Paes:

“Em face do peculiar regime do qual desfruta na ordem jurídica brasileira, distinto dos demais poderes do Estado, mas qualitativamente equivalente ao regime jurídico-constitucional de tais órgãos, é inquestionável que o Ministério Público brasileiro é um órgão independente. Em efeito, na Constituição de 1988, apesar de não estar compreendido de maneira expressa entre os

⁷⁰ Hugo Nigro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*, cit., p. 138.

⁷¹ Alfredo Valladão, *Ministério Público: quarto poder do Estado, e outros estudos jurídicos*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973.

poderes do Estado, o Ministério Público se encontra estruturado de modo absolutamente idêntico àqueles, em tudo o que respeita a autonomia, garantias e prerrogativas.”⁷²

A discussão, no entanto, não parece apresentar expressivo sentido.

Como se sabe, o poder é uno, indivisível e indelegável, deferido ao povo, sendo que a consagrada expressão “divisão de poderes” só tem cabimento em respeito à tradição, visto que o adequado seria a menção a divisão de funções.

A divisão de “poderes” não tem por base critério técnico ou científico, cuidando-se, exclusivamente, de opção política, adotada para fins de permitir um controle recíproco em um sistema de freios e contrapesos, vedando que determinada autoridade ou órgão retenha em suas mãos tal número de competências que o instigue a ceder à tentação do arbítrio.

Dessa mesma maneira entende Sabo Paes, ao expressar que:

“Em essência a soberania é uma, pois existe apenas divisão das funções: de elaborar a lei (o chamado Poder Legislativo) e de aplicar a lei (no não contencioso, pela Administração, e no contencioso pelo Poder Judiciário). Os ramos do poder não são, em realidade, uma divisão apoiada em critérios científicos, senão num sistema de freios e contrapesos sobre os órgãos que exercem a soberania.”⁷³

⁷² José Eduardo Sabo Paes, *O Ministério Público na construção do estado democrático de direito*, cit., p. 183.

⁷³ *Ibidem*, p. 181.

O posicionamento do Ministério Público, assim, ficaria bem em qualquer dos tradicionais poderes, ou mesmo como um quarto poder, tendo em vista a irrelevância do tema que, em seu cerne, esbarra na unidade da soberania.

O que se tem, de fato, é que o constituinte de 1988, sem sombra de dúvida, distinguiu o Ministério Público, erigindo-o, praticamente, a uma posição de quarto poder, o tendo desvinculado dos demais e o tornado permanente, outorgando-lhe autonomia funcional, administrativa e importantíssimas atribuições, como a defesa da ordem jurídica, do efetivo respeito ao poderes públicos e do próprio regime democrático.

Além disso, tipificou como crime de responsabilidade do presidente da República atentar contra o livre exercício da instituição, no que a equiparou aos demais poderes do Estado; deu-lhe tratamento orçamentário idêntico ao Legislativo e Judiciário; conferiu aos seus membros as mesmas garantias asseguradas aos magistrados; e definiu foro especial ao procurador-geral da República, colocando-o exatamente no mesmo patamar que os demais chefes de poder.

Não se pode esquecer, principalmente, da titularidade exclusiva da ação penal pública, no que se observa com absoluta nitidez a outorga de parcela efetiva da soberania estatal.

Nada obstante, não se reveste de relevância o posicionamento dado ao Ministério Público, senão as garantias e ele emprestadas para exercer suas

elevadas atribuições de maneira autônoma, independente, e, ao menos do ponto de vista executivo, absolutamente desvinculada dos demais poderes, até porque lhe cabe fiscalizar todos.

Ser ligado ao Executivo, Legislativo, Judiciário, ou ser um quarto poder, não passa de mera opção do legislador, cabendo-lhe bem qualquer posicionamento, desde que assegurada a possibilidade de exercício de seu mister distante de subordinações.

A independência do Ministério Público, assim, independe de sua colocação dentro de qualquer poder, já que a independência, como lembra Mazzilli:

“(...) não decorrerá basicamente da colocação do Ministério Público neste ou naquele título ou capítulo da Constituição, nem de denominá-lo Poder de Estado autônomo ou não; antes, primordialmente, dependerá das garantias e instrumentos de atuação conferidos à instituição e a seus membros. E, naturalmente, dos homens que a integrem.”⁷⁴

De toda sorte, parece ter agido adequadamente nosso constituinte, uma vez que, além de conferir as desejadas e imprescindíveis garantias ao Ministério Público, mesmo não o tendo elevado à categoria de quarto poder (o que, além de desnecessário, poderia ser mesmo indesejável, quebrando com a clássica criação de Montesquieu), colocou-o em separado dos demais poderes, de forma a dirimir qualquer dúvida que eventualmente se suscitasse em termos de subordinação.

⁷⁴ Hugo Nigro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*, cit., p. 139.

A par das garantias, a desvinculação constitucional apontou para sentido incontroverso e bastante firme, repudiando qualquer forma de hierarquização, posto que, como bem coloca Costa Machado:

“(…) da mesma forma como o Ministério não deve estar preso ao Executivo, cujas ingerências podem comprometer o bom desempenho de suas atribuições, também não é lógico que se vincule ao Judiciário, uma vez que a defesa eficiente dos interesses indisponíveis da sociedade perante este se subordina, de igual modo, à preservação da sua independência no que concerne à propositura de ações e intervenções em processos instaurados *inter alios*.”⁷⁵

4.4 Visão geral do Ministério Público na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 é o ponto mais elevado da evolução constitucional do Ministério Público.

Nesse texto, além de mantidas as tradicionais hipóteses de atuação, houve sensível ampliação, notadamente com a confiança à instituição da tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Mais que isso, o Ministério Público ganhou total autonomia em relação aos demais poderes, bem como perfil que permite a definição inequívoca dos fins

⁷⁵ Antônio Cláudio da Costa Machado, *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, cit., p. 37.

a que se destina, firmando a instituição como instrumento da soberania popular, envolvida na consecução dos princípios e objetivos fundamentais traçados pelo constituinte originário.

O Ministério Público, como desejável, foi acolhido em seção própria, a primeira dentro do capítulo “Das funções essenciais à Justiça”, iniciando-se no artigo 127, com sua definição.

Os princípios institucionais, a serem melhor abordados no item seguinte, da indivisibilidade, unidade e independência funcional, foram colocados em destaque (art. 127, § 1º).

Recebeu também autonomia funcional e administrativa, juntamente com a faculdade de elaboração de sua proposta orçamentária (art. 127, § 2º).

O ingresso na carreira se dá através de concurso público de provas e títulos (art. 127, § 3º).

O Ministério Público da União abrange o Ministério Público Federal, o do Trabalho, o Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (art. 128, inc. I).

O chefe do Ministério Público da União é o procurador-geral da República, nomeado pelo presidente dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta do Senado Federal.

Admite-se uma recondução (art. 128, § 1º). A destituição somente pode ocorrer com autorização da maioria absoluta do Senado (art. 128, § 2º).

A escolha da chefia do Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal obedece a regime diverso. A nomeação do procurador-geral é feita pelo governador do Estado, a partir de lista tríplice elaborada pela própria instituição, dentre seus integrantes (art. 128, § 3º).

O procurador-geral cumpre mandato de dois anos, permitida uma única recondução. A destituição somente é possível se autorizada pela maioria absoluta da Assembléia Legislativa (art. 128, § 4º).

Tanto na União quanto nos Estados e no Distrito Federal, a organização da instituição dá-se mediante a elaboração de leis complementares, cuja iniciativa é facultada aos respectivos procuradores-gerais (art. 128, § 5º).

Sempre se deve observar, no entanto, as garantias de: vitaliciedade, após dois anos de exercício, hipótese em que somente perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado; inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado interno competente, por voto de dois terços de seus membros, assegurada a ampla defesa; e irredutibilidade de vencimentos (art. 128, inc. I).

A par das garantias, existem as vedações de: recebimento, a qualquer título, sob qualquer pretexto, de honorários, percentagens ou custas processuais;

exercer advocacia; participar de sociedade comercial, na forma da lei; exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas em lei (art. 128, inc. II).

As funções institucionais, a serem abordadas em capítulo seguinte, não exaustivamente, encontram-se elencadas no artigo 129.

A teor do parágrafo 2º do artigo 129, as funções de Ministério Público somente podem ser exercidas por integrantes da carreira, vedando-se completamente a figura do promotor *ad hoc*.

De grande relevância institucional a vedação da representação judicial e a consultoria de entidades públicas, medida que colocou o Ministério Público em sua devida posição, aproximando-o de sua natureza, corrigindo distorção que por muito tempo permeou o sistema.

A Constituição de 1988, assim como se viu em linhas gerais, formatou instituição forte, independente e vocacionada à tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis, circunstâncias que levaram Hugo Nigro Mazzilli a afirmar que:

“Reconheceu o constituinte de 1988 que a incipiente abertura democrática que vivemos não poderia dispensar um Ministério Público forte e independente, que efetivamente possa defender as liberdades públicas, os interesses difusos, o meio ambiente, as vítimas não só da violência como as da chamada criminalidade do

colarinho branco – ainda que o agressor seja muito poderoso ou até mesmo se o agressor for o governo ou o governante. Reconheceu, aliás, que o Ministério Público é um dos guardiães do próprio regime democrático.”⁷⁶

Não podem deixar de ser lembradas, ainda sobre esse novo perfil constitucional do Ministério Público, as clássicas palavras de Geraldo Ataliba, para quem a instituição se define como:

“(…) o órgão institucional do Estado, que não fala em nome do Governo, que nada tem a ver com o Governo. É uma magistratura de pé, dotada de vitaliciedade, inamovibilidade e de irredutibilidade de vencimentos, para dispor de condições objetivas de independência, na persecução do interesse público primário. É aquilo que a Lei Orgânica do Ministério Público brasileiro chama de ‘defesa dos interesses e direitos indisponíveis da sociedade’. Não do Estado, mas da sociedade. Dá direitos à sociedade, existe para a sociedade. Foi feita pela sociedade a lei constitucional. E a sociedade tem direitos, tem interesses e consagra princípios e valores que estão acima do interesse da Administração, que eventualmente hoje estão em mãos de fulano, beltrano, do partido tal ou da corrente qual. São eventuais, transitórios, passageiros, contingentes, em confronto com a grandeza do interesse público primário, fixado na Constituição e nas leis que – desdobrando a Constituição – fixam, delimitam, dão-lhe conteúdo, sentido e alcance.”⁷⁷

Vejamos agora, de maneira mais detalhada, os princípios constitucionais que orientam o Ministério Público.

⁷⁶ Hugo Nigro Mazzilli, *O Ministério Público e a Constituição de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 20.

⁷⁷ Geraldo Ataliba, Propostas à Constituinte sobre a ação fiscalizadora dos tribunais de contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 54, p. 96, 1986.

4.5 Princípios constitucionais atinentes ao Ministério Público

A Constituição de 1988, a mais generosa com o Ministério Público, detalhou não somente o perfil da instituição, suas atribuições e finalidades, como estampou os princípios que a regem.

Fê-lo no artigo 127, afirmando serem princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a autonomia funcional.⁷⁸

Alguns autores, buscando referência do direito francês, tido como berço da instituição, procuram ainda incluir nesse rol a hierarquia.⁷⁹

Buscam extrair mais esse princípio da idéia de unidade que norteia a instituição.

A afirmativa não parece correta, já que a Constituição confere expressamente independência funcional aos membros do Ministério Público no exercício de suas atribuições, estampada no princípio de autonomia funcional.

Essa autonomia funcional quer dizer que “cada um de seus membros age segundo sua própria consciência jurídica, com submissão exclusivamente ao

⁷⁸ Cuida-se de reprodução literal do artigo 2º da Lei Complementar n. 40/81, a antiga Lei Orgânica do Ministério Público.

⁷⁹ Hely Lopes Meirelles, Parecer sobre o Ministério Público *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 123, p. 183, out. /dez. 1983.

direito, sem ingerência do Poder Executivo, nem dos juízes nem mesmo dos órgãos superiores do próprio Ministério Público”.⁸⁰

Hierarquia, em nosso sistema, que nesse ponto difere do modelo francês, se faz presente exclusivamente no âmbito administrativo, considerando, nesse aspecto, a chefia exercida pelo procurador-geral, seu poder de designar, de solucionar conflitos de atribuição, etc., não se podendo cogitar de ingerência no sentido funcional, assegurada que é a autonomia funcional aos membros da instituição, que nas causas que lhe são afetas, dispõe de ampla liberdade decisória.

No aspecto puramente administrativo, a toda evidência, as decisões da chefia da instituição devem ser acatadas, o que nada influi na possibilidade sempre presente de o membro da instituição, em sua atividade fim, em sua função executiva, deliberar estritamente em conformidade com sua convicção.

Assim, eventuais recomendações funcionais jamais poderão se revestir de caráter vinculativo, cogente, obrigatório, senão de meramente orientador, já que as garantias ofertadas aos membros do Ministério Público o foram para que possam eles servir aos interesses da lei, e não dos governantes.⁸¹

⁸⁰ Antônio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 177.

⁸¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1981, p. 294.

Unidade, em realidade, não que dizer mais do que a integração de todos os membros da instituição em um só órgão, sob a direção unificante de um único chefe.

Ser “una e indivisível a instituição significa que todos os seus membros fazem parte de uma só corporação e podem ser indiferentemente substituídos um por outro em suas funções, sem que com isso haja alguma alteração subjetiva nos processos em que oficiam (quem está na relação processual é o Ministério Público, não a pessoa física do promotor ou curador)”.⁸²

Assim, “a divisão do Ministério Público em diversos organismos se produz apenas para lograr uma divisão racional de trabalho, mas todos eles atuam guiados pelos mesmos fundamentos e com as mesmas finalidades, constituindo-se, pois em uma única instituição”.⁸³

O princípio da unidade, no entanto, ao menos na prática, somente se observa dentro de cada Ministério Público.

Conforme comenta Hugo Nigro Mazzilli:

“Embora o *caput* do artigo 128 da Constituição fale que ‘o Ministério Público’ abrange o da União e o dos Estados, dando uma idéia de unidade entre todos eles, na verdade, a unidade que se pode conceber entre o primeiro e os demais é mais conceitual que efetiva: só quer dizer que o ofício que todos eles exercem é o

⁸² Antônio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, cit., p. 177.

⁸³ José Eduardo Sabo Paes, *O Ministério Público na construção do estado democrático de direito*, cit., p. 183.

mesmo ofício de *ministério público*, a que aludem as leis. Mas, num Estado federado como o nosso, seria irreal falar numa verdadeira unidade entre o Ministério Público de um Estado e o de outro, ou entre esses e o Ministério Público da União.”⁸⁴

Relaciona-se diretamente com o princípio da unidade e da indivisibilidade, que, como visto, significa que, observadas as normas legais, os membros do Ministério Público podem substituir-se uns pelos outros.

Evidentemente, só se pode cogitar em indivisibilidade onde haja unidade, pelo que a indivisibilidade real também só existe dentro de cada Ministério Público, já que somente ali se observa unidade, e mesmo assim limitada pela independência funcional dos membros da instituição, que deve ser respeitada pelo procurador-geral respectivo.⁸⁵

Delineado o Ministério Público e os princípios que o informam, resta averiguar suas principais atribuições funcionais.

4.6 Funções institucionais do Ministério Público

4.6.1 Introdução

O Ministério Público, originariamente, e não só em nosso país, foi concebido como órgão destinado à atuação vinculada à titularidade da ação penal

⁸⁴ Hugo Nigro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*, cit., p. 156.

⁸⁵ José Frederico Marques, *Tratado de direito processual penal*, cit., v. 2, n. 463.

pública, como instituição que, desinteressadamente, promovesse a persecução criminal frente ao Judiciário, como resultado da consagrada idéia de que o *jus puniende* pertence ao Estado.

Em sua evolução no direito pátrio, no entanto, passou o Ministério Público a incorporar atribuições em demandas judiciais não-penais, tendo-se tornado *custos legis*, órgão interveniente em processos cíveis visando à fiscalização da aplicação da lei em determinadas causas.

Durante longo tempo, portanto, o Ministério Público somava à bem resolvida questão da titularidade da ação penal também outras atribuições cíveis, talvez até por sentido corporativo, talvez até por uma deficiente compreensão do efetivo papel institucional, colocadas de maneira pouco técnica e elaborada.

Bem comentam esse período Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz e João Lopes Guimarães Júnior:

“Em todo esse período, a falta de um tratamento destacado no plano constitucional e de uma definição legal mais precisa levaram à ausência de um perfil melhor delineado do Ministério Público, com a inexistência de uma política de atuação claramente estabelecida. Inúmeras funções passaram a ser cometidas à instituição de forma quase aleatória, sem maior reflexão sobre o grau de adequação que guardariam com seu papel (a Curadoria de Casamentos talvez seja o exemplo maior).”⁸⁶

⁸⁶ Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz; João Lopes Guimarães Júnior, A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional: 1992, in Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, *O Ministério Público e a afirmação da cidadania*, São Paulo: Ed. pelo Autor, 1997, p. 77.

Esse processo histórico e a ausência de perfil delineado acabaram criando situações desencontradas, ilógicas e muitas vezes até juridicamente inconciliáveis.

Bom exemplo nos oferecem os próprios Antônio Augusto de Mello Ferraz e João Lopes Guimarães Júnior⁸⁷, ao lembrar da intervenção ministerial num mandado de segurança onde se discute a existência de uma obrigação tributária e, paradoxalmente, deixar de haver intervenção, em debate idêntico, quando travado na ação de repetição de indébito; ou mesmo quando mencionam a intervenção numa ação de usucapião, na qual se discute a aquisição e perda de direito patrimonial, se essa intervenção não ocorre em outras ações que também têm por objeto direitos patrimoniais e que também têm consequências registrárias, como a de desapropriação e a execução.

Mas a indefinição quanto ao perfil do Ministério Público foi suprimida com a edição da Constituição de 1988.

Após a entrada em vigor do novo Texto Constitucional, não mais existe incerteza no que tange ao real papel do Ministério Público.

De instituição destinada quase que exclusivamente à promoção da ação penal e intervenção, na qualidade de *custos legis*, de maneira mais ou menos aleatória, em causas cíveis de menor espectro social, viu-se, a teor do artigo 127

⁸⁷ Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz; João Lopes Guimarães Júnior, A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional: 1992, cit., p. 78.

da Constituição Federal, redesenhada como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a quem se atribuiu a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Com esse notável avanço, deixou o Ministério Público sua atividade, até então quase que meramente processual, para assumir responsabilidades em áreas de acentuada repercussão social, como a probidade administrativa, o meio ambiente, a defesa do consumidor, dos direitos constitucionais do cidadão, das pessoas portadoras de deficiência, crianças e idosos, da habitação e do urbanismo, etc.

A nova realidade constitucional do Ministério Público, delineado agora de maneira expressa e bem definida, determina, por evidente, e conseqüentemente, uma revisão nas atribuições tradicionais da instituição, de modo a promover uma adaptação a novas funções e, eventualmente, o abandono de algumas outras.

Não me parece possa ser diferente: se inequívoca e inquestionável a profunda alteração no perfil constitucional do Ministério Público, inexorável a necessidade de conseqüente adaptação de sua forma de atuação.

No mínimo desastrado defender que mesmo após as dramáticas modificações experimentadas pelo Ministério Público, deve ele funcionar da mesma maneira.

Entendimento nesse sentido representaria mais que mero apego ao conservadorismo, porém verdadeira e flagrante inconstitucionalidade, tendo em vista a clareza das novas determinações da Carta Magna, que não podem deixar de ser observadas por mero tradicionalismo.

Também esse aspecto não passou despercebido na esmerada análise de Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz e João Lopes Guimarães Júnior:

“Essa nova doutrina – ou, talvez melhor dizendo, essa nova ideologia – de Ministério Público, deverá, entre outros aspectos fundamentais, e a partir de uma exegese lógico-sistemática da Constituição Federal, considerar e explicar: a) a *ratio assendi* de o Ministério Público, isto é, seu novo e verdadeiro papel, sua missão institucional; b) a dimensão política e social de sua atuação; c) a adaptação de suas funções cíveis tradicionais ao novo perfil constitucional; d) a reestruturação de sua atuação na esfera penal, ensejando medidas que lhe possibilitem interferir diretamente na realidade criminal; e) a construção de uma nova estrutura administrativa interna e a adoção de uma nova postura de atuação funcional.”⁸⁸

Inegável, por seu turno, que na definição do novo desenho institucional do Ministério Público, optou o legislador fundante por marcá-lo como órgão agente, promovedor, ativo, espontâneo, provocador da atividade jurisdicional na tutela de interesses metaindividuais e de amplo espectro social.

⁸⁸ Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz; João Lopes Guimarães Júnior, A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional: 1992, cit., p. 73.

Tanto é assim que o verbo “promover” é empregado quatro vezes no texto constitucional (art. 129), enquanto não se observa uma única passagem onde haja expressa menção à atividade meramente interveniente.

A mudança está aí, operou-se, não havendo como negar esse fato, muito menos suas implicações.

Nesse diapasão, toda a legislação infraconstitucional, notadamente a anterior à Constituição Federal, que determina a intervenção do Ministério Público na esfera cível, deve ser revista, reanalisada, reinterpretada, sob o ponto de vista de sua recepção pela nova ordem, ou das adaptações que para tanto se precise promover.

Essa realidade não passou ao largo dos órgãos da administração superior do Ministério Público de São Paulo, tanto que, após amplo debate institucional, paulatinamente, vários atos normativos foram editados sobre o tema de racionalização de serviços, como os ns. 243/2000 (sobre manifestações em grau de recurso das partes), 289/2002 (envolvendo habilitações de casamento), 286/2002 (relacionado a ações rescisórias), e 295/2002 (sobre usucapião).

Além dos atos, a tendência de racionalização é observada em decisões do procurador geral de justiça, em sede de conflitos de atribuições, como na que consagrou a flexibilização nas intervenções em mandados de segurança.⁸⁹

⁸⁹ *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, Poder Executivo, de 11.10.2002., p. 39-40.

Mais recentemente, em continuidade ao processo de racionalização, a Procuradoria Geral de Justiça e a Corregedoria Geral do Ministério Público, sensíveis à necessidade de agilização na readaptação das funções institucionais, fizeram editar o Ato n. 313/03, de 24 de junho de 2003, talvez o mais amplo e profundo até agora expedido, onde, se lê, em seu artigo 1º, que “em matéria cível, intimado como órgão interveniente, poderá o membro da instituição, ao verificar não se tratar de causa que justifique a intervenção, limitar-se a consignar concisamente a sua conclusão, apresentando, neste caso, os respectivos fundamentos”.

Tão importante quanto o conteúdo desse artigo são as considerações que o antecedem, que bem ajudam a esclarecer o seu sentido e as próprias colocações que até aqui procuramos fazer:

“(...) considerando:

1. a necessidade de racionalizar a intervenção do Ministério Público no Processo Civil, notadamente em função da utilidade e efetividade da referida intervenção em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis;
2. como decorrência, a imperiosidade de reorientar a atuação ministerial em respeito à evolução institucional do Ministério Público e ao perfil traçado pela Constituição da República (artigos 127 e 129), que nitidamente priorizam a defesa de tais interesses na qualidade de órgão agente;
3. a justa expectativa da sociedade de uma eficiente, espontânea e integral defesa dos mesmos interesses, notadamente os relacionados com a probidade administrativa, a proteção do patrimônio público e social, a qualidade dos serviços públicos e de relevância pública, a infância e juventude, as pessoas portadoras de deficiência, os idosos, os consumidores e o meio ambiente;

4. a iterativa jurisprudência dos Tribunais pátrios, inclusive sumuladas, em especial dos Egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça; e

5. a exclusividade do Ministério Público na identificação do interesse que justifique a intervenção da Instituição na causa;

Resolvem editar, na forma dos artigos 10, XII, da Lei Federal n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e artigos 19, inciso I, letra 'd' e 42, inciso XI, da Lei Estadual Complementar n. 734 de 26 de novembro de 1993, respeitada a independência funcional dos membros da Instituição e, portanto, sem caráter vinculativo, o seguinte Ato:

(...)"

Assim, imperioso reavaliar o tradicional posicionamento do Ministério Público quando interveniente em ações cíveis de menor repercussão social, analisando, em cada caso, e a partir da verificação das situações que determinam a presença ministerial em um feito, se a manifestação de mérito de faz necessária, se está conforme seu remodelado perfil constitucional, ou se representa atuação ultrapassada e sem nenhum sentido lógico atual, apenas tendente a subtrair-lhe as já escassas energias de que não pode abrir mão para fazer frente aos seus novos desafios.

Para tanto, essencial especular, no novo contexto, os reais motivos que impõem a presença do promotor de justiça em um processo.

4.6.2 Principais funções institucionais

A teor do artigo 127 da Constituição Federal, “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Resta evidenciado, assim, que as atribuições principais da instituição são a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Em relação à defesa da ordem jurídica, assinala-se que não significa que deva o Ministério Público genericamente velar pelo cumprimento de todas as leis em vigência no país.

À exceção de sua atuação no Supremo Tribunal Federal, onde haverá de intervir em todo e qualquer feito⁹⁰, incumbe ao Ministério Público fiscalizar o cumprimento das leis que se encontrem inseridas em sua esfera de atribuições.

Assim, nessa sede, interpretando sistematicamente o Texto Constitucional, conclui-se que deverá zelar o Ministério Público pela defesa da ordem jurídica, em especial naquelas matérias que digam respeito à tutela do regime democrático, dos interesses sociais, dos individuais indisponíveis e do bem da coletividade.

⁹⁰ Artigo 103, parágrafo 1º da Constituição Federal.

Também incumbe ao Ministério Público a defesa do regime democrático, entendido esse, conforme ensinamento de Ataliba Nogueira, como “aquele em que o povo, de acordo com o seu entender livre, toma decisões concretas em matéria política ou, ao menos, decide quais hajam de ser as linhas diretivas a que se deve ater a ação dos que são colocados no governo”.⁹¹

Sobre essa atribuição, com acerto afirma Eurico de Andrade Azevedo, que “a manutenção da ordem democrática e o cumprimento das leis são condições indispensáveis à existência de respeito e ao estabelecimento da paz e da liberdade entre as pessoas. Há, pois, uma íntima relação, delimitada em lei, entre o equilíbrio da vida social e o fiel exercício das funções próprias do Ministério Público”.⁹²

A síntese do exercício democrático está no poder do povo de editar leis e de escolher seus representantes, sendo o zelo pela regulamentação dessas atividades o melhor modo de cuidar o Ministério Público do regime.

Além disso, em um Estado verdadeiramente democrático, deve-se também observar a compatibilidade vertical da produção legislativa em geral, de forma que uma lei não tenha por conteúdo sentido autoritário, arbitrário ou despótico, fatos que configurariam a própria negação da democracia, com uso inadequado de representação popular.

⁹¹ José Carlos de Ataliba Nogueira, *Teoria geral do Estado*, São Paulo: USP, 1966, p. 67.

⁹² Eurico de Andrade Azevedo, *Autonomia administrativa e financeira do Ministério Público. Justitia 60 anos*, São Paulo, n. especial, p. 1.010, 1987.

Dessa maneira, no exercício de sua função de defesa da ordem democrática, deverá o Ministério Público propor o mandado de injunção, na hipótese de ausência de norma que torne viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, já que, nessas situações, certamente se terá um vácuo a cercear a efetividade da vivência democrática.

Também assim quando agir através de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão de medida que torne efetiva norma constitucional, ou quando fiscalizar os pleitos eleitorais, os processos de suspensão e perda de direitos políticos ou mesmo velar pela liberdade de funcionamento dos partidos políticos.

A ação direta de inconstitucionalidade é outra medida que pode ser identificada com a função de zelo ao regime democrático, na medida que, pelo instrumento e pela fiscalização da compatibilidade vertical das normas, se estará resguardando a fidelidade ao mandato outorgado e a manutenção do regime democrático, que não prescinde da idéia de legalidade geral.

Não se pode olvidar, por seu turno, que a efetiva tutela do regime democrático se faz somente com um Ministério Público forte, mas, mais que isso, com um Ministério Público independente, que tenha condições de, no exercício específico dessa função, eventualmente impugnar atos dos próprios detentores do poder.

Os interesses sociais e individuais indisponíveis têm sua tutela colocada como função essencial do Ministério Público.

Falamos aqui, em realidade, de trato com o interesse público.

A lógica da atividade e da intervenção ministerial será, então, a tutela do interesse público, que se observa tanto nas hipóteses em que se vislumbre um interesse indisponível, quanto naquelas em que, embora não se destaque a indisponibilidade por natureza, se tenha como necessária e socialmente relevante a atuação Institucional.

A atuação do Ministério Público, assim, limita-se às hipóteses em que haja uma indisponibilidade total ou parcial do interesse em litígio, ou quando, mesmo não havendo interesse a rigor indisponível, sua defesa convenha à coletividade.

No caso de interesses indisponíveis, a intervenção poderá ser justificada em razão da natureza da lide, como nas ações de estado, ou pela qualidade da parte, como a existência de interesse de incapaz.

Sobre a questão, temos o ensinamento de Hugo Nigro Mazzilli:

“Mais importante que discutir a forma como se exterioriza a atuação do Ministério Público num processo, é buscar a causa que o traz ao processo. São três as causas: a) o zelo de interesse indisponível ligado a uma pessoa (*v.g.*, um incapaz); b) o zelo de interesse indisponível ligado a uma relação jurídica (*v.g.*, em ação

de nulidade de casamento); c) o zelo de um interesse, ainda que não propriamente indisponível, mas de suficiente abrangência ou repercussão social, que aproveite em maior ou menor medida a toda a coletividade (v.g., em ação para a defesa de interesses individuais homogêneos, de largo alcance social).⁹³

Praticamente não existe discordância no que tange à atuação do Ministério Público quando se trate de direitos indisponíveis, tanto nas hipóteses de indisponibilidade total, quanto nas de parcial (investigação de paternidade, guarda de filhos, valor de alimentos, etc.).

Outra é a situação, no entanto, quando se quer vislumbrar interesse público também nas demandas que não se refiram diretamente a interesses indisponíveis, mas que apresentem vasto espectro social.

Defendendo a legitimidade ministerial para essa segunda situação, vale transcrever trecho extraído da decisão do Superior Tribunal de Justiça que discute a legitimidade do Ministério Público para a atuação na defesa dos interesses dos consumidores em qualquer de suas modalidades, levando em consideração, inclusive, com didática clareza, a razões de ordem prática para tanto:

“In casu, trata-se de taxa de iluminação pública, que vem sendo exigida, de toda a coletividade – habitantes de uma cidade inteira – ilegal e inconstitucionalmente. É certo que todos os moradores daquele município são titulares de direitos individuais homogêneos, pela identidade desses direitos tendo em vista a origem e a ação dirigida contra uma única entidade pública. Apesar de se cuidar da proteção de direitos individuais, a origem

⁹³ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 62-63.

comum recomenda a defesa de todos através de um único instrumento processual, legitimando-se o Ministério Público para o respectivo manuseio, recomendando-se a providência, não só pela relevância social que a própria lei conferiu a esses direitos (individuais homogêneos), pelo número de pessoas que envolvem, igualando-se aos interesses coletivos, mas, ainda, em face da economia processual, não se justificando o ajuizamento de inumeráveis demandas, todas com o mesmo objetivo, que encarecem e postergam a justiça e a prestação jurisdicional. Vale aqui a transcrição de trecho da formulação do Ministério Público: ‘retirar do *parquet* a possibilidade de atuar na defesa de direitos individuais homogêneos, de grande parte da população de uma cidade, significa impor ao contribuinte o desnecessário ônus de impugnar, a cada mês, o crédito tributário inconstitucional. Isso porque, como já afirmado, inviável, *in casu*, a arguição de inconstitucionalidade pela via direta. O resultado seria catastrófico, não apenas pelo enorme número de demandas judiciais necessárias à proteção dos direitos do contribuinte, que poderiam e podem ser resguardados mediante uma ação somente, bem como pelo fato de, aí sim, poder abrir-se a porta para decisões diversas sobre a mesma matéria, em benefício de alguns e em prejuízo de outros contribuintes.’ (STJ – RESP n. 49272/RS, 1ª Turma, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 21.09.1994, v.u., *DJU*, de 17.10.1994, p. 27.868).

Vasto, por outro lado, o acervo jurisprudencial a respeito da legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses desse jaez. Nesse sentido:

“ILEGITIMIDADE DA PARTE – Ativa – Ação civil pública – Ministério Público – Recomposição da mata por irregular desmatamento em loteamento – Pedido fundamentado no Código de Defesa do Consumidor – Normas de ordem pública e interesse social – Legitimidade ocorrente – Recurso não provido. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo,

decorrendo ainda legitimação extraordinária do Ministério Público segundo o artigo 129, III da Constituição Federal.” (AC n. 171786-1/Franca – CCIVF 2 – Rel. Urbano Ruiz – j. 07.08.1992).

“LEGITIMIDADE DE PARTE – Ativa – Ocorrência – Ministério Público – Ação civil pública – Ilegalidade sobre a cobrança de mensalidades escolares – Ação coletiva que visa o resguardo de direitos constitucionais, individualmente homogêneos, posto na alçada do Código de Defesa do Consumidor – Recurso não provido. O direito à educação é garantido por comando constitucional de ordem pública, não se subsumindo a critérios ditados pelo direito privado.” (Agravo de Instrumento n. 191.160-1/São José do Rio Preto – Rel. Benini Cabral – j. 20.04.1993).

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Legitimidade *ad causam* – Ministério Público – Propositura em defesa de interesses de adquirentes de unidades em conjunto habitacional, ameaçadas de ruína – Risco à integridade física dos moradores – Interesses individuais indisponíveis, ou de transcendente importância social – Caracterização – Preliminar de ilegitimidade rejeitada – Decisão mantida – Inteligência dos artigos 81, parágrafo único, III e 82, I do Código de Defesa do Consumidor; 127, *caput*, e 5º, *caput* da Constituição Federal. O Ministério Público tem legitimação extraordinária para propositura de ação coletiva, em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, quando sejam estes indisponíveis, ou, sendo embora disponíveis, expressem valores jurídicos de transcendente importância social, como os de adquirentes de unidade de conjunto habitacional, cujos vícios de construção lhes ameaçam a todos a integridade física.” (Agravo de Instrumento n. 261.450-1/Leme – 2ª Câmara de Direito Privado – Rel. Cezar Peluso – j. 23.04.1996 – v.u.).

Também esse o posicionamento da mais abalizada doutrina. Citemos as lições ministradas por Nelson Nery Junior, ao comentar o Ministério Público e as ações coletivas:

“A tendência legislativa é, portanto, a de alargar, sempre que necessário e possível, a legitimidade do Ministério Público e dos demais colegitimados, para a defesa de direitos metaindividuais em juízo. Os doutos entendimentos em contrário estão, portanto, na contramão da evolução do direito positivo brasileiro, *concessa maxima venia*.

No artigo 5º dessa mesma LACP, encontra-se legitimado o MP para agir na defesa dos bens jurídicos tutelados pela LACP.

O Ministério Público tem, portanto, legitimidade para ingressar com ação civil pública na defesa de ‘qualquer outro interesse difuso ou coletivo’ (art. 1º, n. IV, LACP). Entre outros, são exemplos de interesse difuso ou coletivo: a) a higidez do mercado financeiro; b) a correta instituição e cobrança de impostos, taxas e contribuições de melhoria; c) a proteção dos aposentados; d) a proteção da comunidade indígena (CF 129, art. V); e) a proteção da criança e do adolescente (v. ECA 208 ss); f) a proteção das pessoas portadoras de deficiências (Lei 7.853/1989); g) a proteção dos investidores no mercado mobiliário (Lei 7.913/1989); h) a defesa do patrimônio público e social (CF, art. 129, III); i) a proteção do patrimônio público contra o enriquecimento ilícito de agente ou servidor público (LEnl - Lei 8.429/1992); j) a proteção do meio ambiente (natural, cultural, do trabalho etc.); k) a *proteção do consumidor* (CDC); l) a proteção da vida, saúde e segurança das pessoas.

O artigo 129, n. IX, CF autoriza a lei a cometer outras atribuições ao Ministério Público, além das enumeradas nos oito incisos antecedentes, desde que sejam compatíveis com suas finalidades institucionais.

O artigo 82 do CDC confere legitimidade ao Ministério Público para ajuizar ações coletivas na defesa de direitos difusos, coletivos e *individuais homogêneos* dos consumidores. Assim

agindo, a lei infraconstitucional (CDC) agiu em conformidade com a Constituição Federal, porque a defesa do consumidor, além de garantia fundamental (art. 5º, n. XXXII, CF), é matéria considerada de interesse social pelo artigo 1º do CDC.

Como é função institucional do Ministério Público a defesa dos interesses sociais (art. 127, caput, CF), essa atribuição dada pelo art. 82 do CDC, obedece ao disposto no art. 129, n. IX, CF, pois a defesa coletiva do consumidor, no que tange a qualquer espécie de seus direitos (difusos, coletivos ou individuais homogêneos) é, ex vi legis, de interesse social.”⁹⁴ (g.n.)

Mais adiante, prossegue o autor lembrando o interesse social das ações coletivas:

“As soluções do direito privado tradicional, bem como do processo civil ortodoxo não mais atendem as necessidades do povo brasileiro quanto aos conflitos metaindividuais. Esta é a razão pela qual a esses conflitos devem ser aplicadas as regras do direito metaindividual e, no processo civil, as regras do processo civil coletivo, que é formado pelas ações coletivas, com o seu regime jurídico.

Assim, sempre que se estiver diante de uma ação coletiva, estará aí presente o interesse social, que legitima a intervenção e a ação em juízo do Ministério Público (CF 127 *caput* e CF 129 IX).

De conseqüência, toda e qualquer norma legal conferindo legitimidade ao Ministério Público (CF 129 IX) para ajuizar ação coletiva, será constitucional porque é função institucional do parquet a defesa do interesse social (CF 127 *caput*).

Como o CDC 82 I confere legitimidade ao MP para ajuizar ação coletiva, seja qual for o direito a ser defendido nessa ação, haverá legitimação da instituição para agir em juízo. O CDC 81 par. ún.

⁹⁴ Nelson Nery Junior, O Ministério Público e as ações coletivas, in Édís Milaré (Coord.), *Ação civil pública: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 357.

diz que a ação coletiva poderá ser proposta para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (incs. I a III). *O argumento de que ao MP não é dada a defesa de direitos individuais disponíveis não pode ser acolhido porque em desacordo com o sistema constitucional e do CDC, que dá o tratamento de interesse social à defesa coletiva em juízo. O parquet não pode, isto sim, agir na defesa de direito individual puro, por meio de ação individual. Caso o interesse individual seja homogêneo, sendo defendido coletivamente (CDC 81 par.ún. III), essa defesa pode e deve ser feita pelo Ministério Público (CDC 82 I, por autorização da CF 129 IX e 127 caput).” (g.n)*

Valiosas, igualmente, as ponderações de Rodolfo de Camargo Mancuso, exaltando a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ações no interesse de direitos individuais homogêneos caracterizados pela indisponibilidade, que pode apresentar-se de várias maneiras, inclusive quando haja extraordinária dispersão de lesados e conveniência econômica, social e jurídica, citando até em seu texto outros doutrinadores, como Kazuo Watanabe, Hugo Nigro Mazzilli e Nelson Nery Junior:

“Como se vê, não é convincente a exegese de cunho literal ou gramatical, que intenta excluir a legitimação do MP em matéria de interesses individuais homogêneos, ao argumento de que no artigo 129, III da CF não consta menção a esse tipo de interesse. Mais confiável nos parece o critério da indagação acerca da natureza do interesse que vem afirmado como ‘individual homogêneo’, o que pode se aferido a partir de duas verificações: a) se sua homogeneidade deriva de origem comum (CDC, art. 81, III); b) se, ademais, apresenta a nota da ‘indisponibilidade’ (CF, art. 127, parte final). Nem discrepa desse entendimento a interpretação, já sumulada no âmbito do próprio MP paulista, como se colhe da Súmula n. 7: ‘O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que

tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.'

Essa exegese conta com o respaldo doutrinário de Kazuo Watanabe, ao comentar o artigo 82 do CDC, em face do artigo 129, III da CF: 'Em linha de princípio, somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do *parquet*. Foi a relevância social da tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador a atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular, mesmo em se tratando de interesses e direitos disponíveis'. Assim também parece ser o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli: 'A defesa de interesses individuais pelo Ministério Público, por meio de ação civil pública, só se pode fazer enquanto se trate de direitos indisponíveis, que digam respeito à coletividade como um todo, única forma de conciliar essa iniciativa com a destinação institucional do Ministério Público (art. 127, *caput*, da Constituição da República).'

No mais, ainda sob o aspecto terminológico e de interpretação sistemática, cabe lembrar que o artigo 117 do CDC acrescentou artigo (21.11) à Lei 7.347/85 estendendo a esta, no cabível, 'os dispositivos do título III'. Ora, esse título III trata da 'defesa do consumidor em juízo' e nele se encontram tanto o dispositivo (art. 81, III) que se refere a 'interesses ou direitos individuais homogêneos', como aquele (art. 83) que admite 'todas as espécies de ações' para a tutela dos 'direitos e interesses protegidos por este Código'. E o artigo 110 do CDC, a seu turno, acrescentou um inciso (IV) ao artigo 1º da Lei 7.347/85, por modo que o objeto da ação civil pública ali regulada passou a abranger 'qualquer outro interesse difuso ou coletivo'. Por fim, ainda dentro desse título III do CDC encontra-se o capítulo que trata 'das ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos' (arts.

91 a 100), lendo-se no artigo 92 que 'o Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei'.

Por outras palavras, sendo autor o MP, a indisponibilidade interesse individual homogêneo se impõe como 'elemento integra do tipo', até porque de outro modo tudo se reduziria a uma simples 'soma' de interesses individuais, resolúvel em termos de litisconsórcio, ativo facultativo (CPC, art. 46), com outorga de mandato judicial ao advogado (CPC, art. 37; E. OAB, arts. 1º, I e 3º). Remanesce a questão de saber como pode se dar a genesis dessa indisponibilidade, ou seja: se fica 'subentendida' pelo fato de se tratar de ação coletiva envolvendo interesses aglutinados pela 'origem comum' ou se ainda persiste a exigência de demonstração de que tais interesses apresentam relevância social, por seu largo espectro na sociedade civil. Em suma, impende saber: a) se o fato do ajuizamento da ação coletiva por um dos colegitimados, envolvendo interesses que estão uniformizados pela unidade de origem, já é suficiente para caracterizá-los como 'individual homogêneos', ou, b) se além disso ainda se faz necessário um *plus*, a saber, a demonstração da indisponibilidade dos citados interesse: o primeiro entendimento parece corresponder ao pensamento de Nelson Nery Junior, quando averba: 'O feixe de direitos individuais ainda que disponíveis, que tenham origem comum, qualifica esse direitos como sendo individuais homogêneos (CDC 8 I, parágrafo único III), dando ensejo à possibilidade de sua defesa poder ser realizada coletivamente em juízo (CDC 81, *caput* e parágrafo único, III). Essa ação coletiva é deduzida no interesse público em obter-se sentença, única, homogênea, com eficácia *erga omnes* da coisa julgada (CDC 103, III), evitando-se decisões conflitantes. Por essa razão está o MP legitimado a propor em juízo a ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos (CF 129, IX; CDC 82) ou de intervir obrigatoriamente, como custos legis, mas que forem ajuizados pelos demais colegitimados do CDC 82 (CDC 92)'.

C) Quando o autor da 'ação coletiva' for o MP e se tratar, *in statu assertionis*, de um interesse 'individual homogêneo', parece-nos

que, a par da uniformidade decorrente da origem comum, ainda se faz necessária a nota da indisponibilidade, dado não haver como minimizar tal exigência contida no artigo 127 da Constituição Federal. *Todavia, insta deixar claro que essa qualidade pode decorrer de fatores diversos, tais como: o número particularmente expressivo de sujeitos abrangidos na órbita do interesse considerado (ex.: participantes de 'consórcios' de bens duráveis); a elevada totalização pecuniária correspondente ao interesse (ex.: poupadores em cadernetas de poupança); a prevalecente natureza de ordem pública da matéria (v.g., índice de correção de mensalidades escolares); a convincente demonstração, in concreto, da evidente conveniência do tratamento processual coletivo da matéria, interessando evitar a multiplicação desmesurada de ações individuais, com o risco adicional de decisões divergentes.*

A propósito, escreveu Kazuo Watanabe: 'Certamente como bem adverte Andrea Proto Pisani, não se deve restringir a legitimação para agir do Ministério Público apenas aos casos em que esteja presente o interesse geral e indiferenciado de natureza publicística, incumbindo-lhe também a tutela dos interesses coletivos específicos de natureza privatística.

Mas, não se pode ir ao extremo de permitir que o Ministério Público tutele interesses genuinamente privados sem qualquer relevância social (como os de condôminos de um edifício de apartamentos contra o síndico ou contra terceiros, ou os de grupo de uma sociedade contra outro grupo da mesma sociedade, a menos que esteja inequivocamente presente, por alguma razão específica, o interesse social), sob pena de amesquinamento da relevância institucional do *parquet*, que deve estar vocacionado, por definição constitucional, à defesa 'da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF).'

Quer dizer: o artigo 127 da CF fala em 'indisponibilidade', mas como ali não constam os elementos para sua conceituação, parece razoável a exegese no sentido de que aquela nota pode advir de mais de uma causa ou motivo, como os antes delineados,

não se reduzindo, pois, à clássica acepção de 'interesse público', até porque esse fundamento já informa a legitimação genérica de atuação do MP no cível (CPC, art. 82). Pode dar-se que o interesse, embora individual em sua essência, se apresente notavelmente numeroso, tal seja o espectro do segmento social concernente (ex.: interesse dos pais de alunos de 'cursinhos' preparatórios aos vestibulares, em que seja fixado certo índice de correção das mensalidades; interesse dos usuários de talões de cheque em que certo imposto não incida sobre as movimentações financeiras; interesse dos proprietários de veículos automotores em que os obstáculos nas vias públicas ('lombadas') obedçam estritamente às normas regulamentares e somente sejam alteados pelo órgão competente).

De tudo ressalta a evidente conveniência se não já a imperiosidade em que temas de natureza coletiva recebam tratamento processual coletivo, ou, no dizer de Kazuo Watanabe, impõe-se cada vez mais a necessidade de 'molecularização das demandas múltiplas (atomizadas)', ou seja: quando virtualmente se afigure que inúmeras ações individuais serão ajuizadas envolvendo direito ou interesse socialmente relevante, que se apresente homogêneo pela unidade da origem, o ajuizamento deve fazer-se em modo coletivo. Tão relevante é o interesse público em que causas iguais recebam tratamento judiciário idêntico, que a Emenda Constitucional n. 3/93 acrescentou parágrafo (2º) ao artigo 102 da Constituição, dispondo que 'as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo'. E presentemente, como se sabe, tramita no Congresso projeto de lei voltado à instituição da chamada súmula vinculante sinalizando o reconhecimento de que a singularidade da jurisdição não pode servir de razão suficiente para que situações jurídicas assemelhadas recebam diversa solução jurisdicional.

Sobre esse aspecto, o D. Relator do r. acórdão do STJ, antes mencionado, Min. Demócrito Reinaldo, pôs em realce a nota da economia processual, ‘não se justificando’, diz S. Exa., ‘o ajuizamento de inumeráveis demandas todas com o mesmo objetivo, que encarecem a justiça e postergam a prestação jurisdicional’ (REsp. n. 49.272-6/RS). Com efeito, impõe-se o trato processual em modo coletivo das lides envolvendo ‘interesses de massa’, em qualquer gradação do universo coletivo, e é nesse sentido que se vem posicionando o legislador brasileiro, na esteira de tendência universalmente verificada.

O presente estudo tem por objetivo, pois, contribuir modestamente para o esclarecimento conceitual dos interesses individuais homogêneos, em relação aos quais é lícito esperar uma postura receptiva e progressista por parte da doutrina e jurisprudência, na medida em que sua efetiva tutela contribui, de um lado, para o alívio da sobrecarga judiciária e, de outro, para outorgar ao jurisdicionado a segurança de que situações jurídicas análogas receberão tratamento judicial uniforme.”⁹⁵ (g.n.).

Parece estar se sedimentando, pelo visto, que, além das hipóteses de indisponibilidade absoluta ou relativa da demanda (ligada a pessoa ou a relação jurídica), também se vislumbra interesse público nas lides de grave repercussão social, admitindo-se, assim, também aqui, a atuação do Ministério Público.

Deve-se, por fim, destacar a correta interpretação a ser dada à expressão “interesse público”, quando se fala de tutela pelo Ministério Público.

⁹⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores* (Lei 7.347/85 e legislação complementar), 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 445.

Nos dizeres de Renato Alessi⁹⁶, o interesse público compreende o interesse público primário e o secundário: não há confundir o interesse do bem geral (interesse público primário) com o interesse da Administração (interesse público secundário), pois este último é apenas o modo como os órgãos governamentais vêem o interesse público.

Somente zela o Ministério Público pelo interesse público primário, o qual, muitas vezes, não coincide com o secundário. Vale dizer, trata o Ministério Público do interesse da sociedade, da coletividade, e não da Administração.

4.6.3 Outras funções previstas na Constituição Federal

A par da tutela da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, estabelece a Constituição Federal outras atribuições para o Ministério Público.

Na realidade, essas outras atribuições, mais que inovar em relação ao rol estampado no *caput* do artigo 127, apresentam-se como instrumentos para que aquelas missões sejam cumpridas.

Nesse sentido, tem a exclusividade da ação penal pública (art. 129, I da CF), atribuição tradicional que remonta à própria origem da instituição.

⁹⁶ Renato Alessi, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 3. ed., Milano: Giuffrè, 1960, p. 197.

Duas são as atribuições históricas do Ministério Público: a defesa dos interesses do rei e a legitimidade para a ação penal, não olvidando que, na antigüidade, também se admitia a acusação privada.

Se a evolução institucional levou o Ministério Público ao distanciamento, até o efetivo abandono do exercício da defesa do rei, por outro lado, aproximou-o cada vez mais da atividade ligada à persecução penal, função que atualmente exerce de forma privativa.

Não pode ficar sem destaque, no entanto, que no atual modelo, o Ministério Público não age como acusador implacável e irascível, mas posta-se com imparcialidade, movido pela justiça, a verdade real e seu livre convencimento, tanto que, não raro, tendo em vista as provas consolidadas nos autos, o próprio promotor de justiça sustenta a absolvição dos acusados.

Nada obstante a privatividade da ação penal pública, a persecução penal brasileira admite a ação penal privada, quando da inércia imotivada do Ministério Público (ação penal privada subsidiária), e para determinados crimes em que se entende que o bem maior lesado encontra-se na esfera íntima da vítima, e não na sociedade.

Na privatividade da ação penal é que se manifesta de maneira mais candente a detenção pelo Ministério Público de parcela da soberania estatal, mesmo porque, em toda hipótese, sempre será a instituição a decidir finalmente sobre a propositura ou não da ação penal, na medida que, não aceito o

arquivamento pelo juiz, definirá a questão o procurador-geral de justiça (art. 28 do CPP).

Incumbe também ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos, dos serviços de relevância pública e dos direitos assegurados na Constituição Federal (art. 129, II da CF).

Aqui se destaca o exercício de atividade de verdadeiro defensor da população.

Constitucionalizando atribuição cometida há pouco tempo, através da Lei n. 7.347/85, colocou-se à disposição do Ministério Público a ação civil pública para a defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Relevante nesse ponto a reintrodução da extensão residual “e outros interesses difusos e coletivos”, que houvera sido vetada quando do processo legislativo que deu origem à Lei n. 7.347/85.

Cabe ao Ministério Público a função institucional de promover a ação de inconstitucionalidade e a representação para fins de intervenção da União e dos Estados nos casos previstos na Constituição, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal e a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 129, IV da CF). Assim também a defesa em juízo dos direitos e interesses das

populações indígenas (art. 129, V da CF) e o controle externo da atividade policial.

Para o cumprimento de suas funções, tanto na área cível quanto na penal, pode o Ministério Público realizar investigações, podendo utilizar-se de notificações e requisições.

Por fim, ao finalizar o elenco das atribuições do Ministério Público, colocou o constituinte originário norma de encerramento admitindo à instituição o exercício de qualquer outra atividade, desde que compatível com suas finalidades institucionais.

Da análise de todas as atribuições afetas ao Ministério Público, resta nítido que alcançou a instituição grau de maturidade constitucional e definição precisa de sua missão, sendo que o engrandecimento da carreira e a gravidade das funções assumidas desnudam a importância que historicamente representou a instituição para a sociedade.

4.7 Interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

Por ser objeto do instrumento a que nos dedicaremos na segunda parte deste trabalho, nos interessa, com a amplitude que para a hipótese se exige,

abordar a temática dos direitos metaindividuais e suas modalidades, já que sua tutela se inclui entre as atribuições afetadas ao Ministério Público.

A primeira tarefa é diferenciar interesse transindividual de interesse público, e também do particular.

Pois bem, sobre o interesse público já nos dedicamos linhas acima, lembrando, inclusive, da distinção formulada por Alessi sobre interesse público primário e secundário.

Para o momento, suficiente lembrar que o interesse público é o geral, global, o da sociedade como um todo, associado que deve ser ao “bem de toda a população, a uma percepção geral das exigências da sociedade”.⁹⁷

Polariza com o interesse privado, que contrapõe os indivíduos em suas inter-relações.

Pois bem, entre eles, existe uma gama de direitos e interesses, que se não desperta atenção de toda a comunidade, e também não diz respeito ao inter-relacionamento entre particulares, recai sobre grupo de pessoas.

Mazzilli os descreve:

⁹⁷ Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 152.

“Entre o interesse público e o interesse privado, há, pois, interesses metaindividuais ou coletivos, referentes a um grupo de pessoas (como os condôminos de um edifício, os sócio de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados do mesmo patrão). São interesses que excedem os âmbito estritamente individual mas não chegam a constituir interesse público.”⁹⁸

Tais são os metaindividuais, que sempre existiram, mas que apenas modernamente vêm experimentando o reconhecimento e tratamento compatíveis com sua dimensão.

Watanabe descreve a importância desse seu *status*:

“A necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável, impediu por muito tempo que os interesses pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade, como, por exemplo, os interesses relacionados ao meio ambiente, à saúde, à educação, à qualidade de vida, etc., pudessem ser havidos por juridicamente protegíveis. Era a estreiteza da concepção do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava a essa tutela jurídica”.⁹⁹

O conceito de interesses transindividuais vem da própria lei, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que os definem em seu artigo 81, a partir de suas modalidades:

⁹⁸ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, cit., p. 39.

⁹⁹ Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 623-624.

“Artigo 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 que sejam titulares pessoas indeterminadas ligadas entre si por circunstância 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.”

Resumidamente, consideram-se difusos os interesses ou direitos transindividuais de natureza indivisível (quanto ao objeto), de que sejam titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato. Assim, por exemplo, o interesse à pureza do ar atmosférico.

Interesses ou direitos coletivos 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. Tome-se como exemplo consorciados que sofrem um aumento ilegal das prestações.

Note-se que tanto os interesses difusos quanto os coletivos são marcados pela indivisibilidade, somente que, nos difusos, essa indivisibilidade é absoluta, tendo em vista a completa impossibilidade de determinação dos próprios sujeitos, considerando-se que totalmente indefinida a titularidade do direito ou interesse;

em relação aos coletivos, a titularidade é apenas relativa, na medida que, conquanto também aqui a comunhão de interesses implique no fato de que a satisfação de um só atenda a todos, possível afetar-se o direito a um grupo, categoria ou classe de pessoas.

Direitos ou interesses individuais homogêneos são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis de origem comum, ou seja, oriundos das mesmas circunstâncias de fato¹⁰⁰. É o que ocorre, por exemplo, com adquirentes de produtos fabricados em série com defeitos.

Vale ressaltar que os interesse difusos, os coletivos e os individuais homogêneos integram a categoria dos interesses metaindividuais ou coletivos (em sentido amplo), assim compreendidos os referentes a um grupo de pessoas e que excedem o âmbito estritamente individual, distinguindo-se entre si, no entanto, de acordo com sua origem.

Em conclusão, tem-se como interesses difusos aqueles a que estão ligadas pessoas por uma situação de fato, e presente indivisibilidade absoluta, tanto quanto aos sujeitos (que são indetermináveis), quanto ao objeto (a solução do caso atende indistintamente a todos); nos coletivos, a ligação se dá por uma mesma relação jurídica base e a indivisibilidade é apenas relativa, já que, conquanto determináveis os sujeitos (são, pois, identificáveis, diferindo dos difusos), o objeto permanece indivisível (a solução de um caso atente a todos); por fim, nos individuais homogêneos, não existe indivisibilidade (os sujeitos são

¹⁰⁰ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, cit., p. 42.

identificáveis e a solução do caso de um não implica igual resultado para os demais), estando eles, apenas, diante da mesma circunstância de fato.

No âmbito do Ministério Público, ressalte-se, não é qualquer direito individual homogêneo alcançado por sua legitimação.

Conforme determinação constitucional, incumbe à instituição velar pelos interesses sociais (o que inclui, inquestionavelmente, os difusos e coletivos) e os individuais indisponíveis (art. 127 da CF).

Os direitos individuais homogêneos desfrutam de matiz individual e, portanto, para estarem ao alcance do Ministério Público, devem ostentar a marca da indisponibilidade.

Essa indisponibilidade que se exige para a legitimação do Ministério Público, nada obstante, pode não decorrer diretamente da natureza do direito, admitindo-se da mesma forma as oriundas de circunstâncias outras, que podem levar o interesse a tornar-se compatível com a finalidade da instituição, tais como a dimensão do dano, e expressivo número de lesados, os valores envolvidos, etc.

A respeito, aliás, já se posicionou o Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, ao editar a Súmula n. 7:

“Súmula n. 7 - O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles

cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (v.g., dignidade da pessoa humana, saúde e segurança das pessoas, acesso das crianças e adolescentes à educação); b) nos casos de grande dispersão dos lesados (v.g., dano de massa); c) quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a implementação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas perspectivas econômica, social e tributária."

Explicar a utilização da expressão "interesse" pode facilitar a compreensão do tema.

Importa destacar que para a matéria em questão, parcela significativa da doutrina preferiu o termo "interesses" a "direitos", o que se explica pela própria dimensão fluida que encerra o universo do difuso, coletivo e individual homogêneo, que não coaduna com o sentido direto e de identificação com a própria norma observado na usual aplicação do termo direito.

Considera-se que o vocábulo "direitos" encontra-se irremediavelmente impregnado de caráter individualista, não atendendo adequadamente à denominação de um nova gama de direitos, nos quais os titulares podem não ser identificáveis.

Sobre a maior amplitude da idéia de interesse, nos ensina Carvalho Filho, concluindo, nada obstante, em última instância, que são igualmente direitos:

"A figura do interesse sempre foi distinta da noção de direito, tendo aquela sentido mais amplo que o desta. Carnelutti associava a noção de interesse à de necessidade dos indivíduos,

de modo a caracterizá-lo como uma posição do homem favorável à satisfação de uma necessidade. Nem todo interesse, porém, recebe a proteção jurídica, e, sendo assim, não enseja a possibilidade de qualquer mecanismo de satisfação. O interesse que a ordem jurídica confere elementos de proteção é o interesse jurídico. Somente quando o indivíduo for titular desse interesse é que poderá socorrer-se dos instrumentos que a lei põe a seu alcance para que seja ele satisfeito.

(...)

Desse modo, em que pesa a divulgação da expressão interesses difusos e coletivos não só na doutrina, como até mesmo no texto constitucional, a idéia que encerra há de ser a de que interesses juridicamente protegidos, vale dizer, interesses necessariamente integrantes do círculo relativo aos direitos subjetivos. Quando se fala, pois, em interesses difusos e coletivos, dever-se-á conceber a noção de que se trata de direitos difusos ou coletivos.”¹⁰¹

Pugnando pela sinonímia, expõe Kazuo Watanabe:

“Os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.”¹⁰²

Quanto ao direito material subjacente ao interesse difuso em si, podem ser manejados pelos legitimados todos aqueles previstos na lei da ação civil pública, para os quais inexistente qualquer tipo de restrição.

¹⁰¹ José dos Santos Carvalho Filho, *Ação civil pública: comentários por artigos: Lei n. 7.347, de 14-7-85, 3 ed.*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 27.

¹⁰² Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 623.

Assim, não existem direitos metaindividuais que não possam ser objeto de tutela através dos instrumentos processuais legalmente previstos.

A respeito, a mensagem de Mancuso:

“Hoje pode-se dizer que o objeto da ação civil pública é o mais amplo possível, graças à (re)inserção da cláusula ‘qualquer outro interesse difuso ou coletivo’ (inc. IV do art. 1º da Lei 7.347/85, acrescentado pelo art. 110 do CDC). Essa abertura veio na seqüência, potencializada por duas inovações advindas no bojo da Lei 8.884, de 11.06.1994: a) no *caput* do artigo 1º da Lei 7.347/85 a responsabilidade ali referida agora se estende aos danos morais (e não somente aos patrimoniais); b) a ação pode também referir-se à ‘infração da ordem econômica’ (inc. V do art. 1º da Lei 7.347/86).”¹⁰³

Também Mazzilli:

“Qualquer interesse difuso ou coletivo pode hoje ser defendido por meio da ação civil pública ou coletiva. O CDC e a LACP complementam-se reciprocamente: em matéria de defesa de interesses metaindividuais, uma é de aplicação subsidiária para o outro; por isso, e em tese, cabe também defesa de qualquer interesse individual homogêneo por meio da ação civil pública ou coletiva.

Inexiste taxatividade na defesa judicial de interesses metaindividuais. Além das hipóteses expressamente previstas em diversas leis (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, crianças e adolescentes, pessoas portadoras de deficiência, investidores lesados no mercado de valores imobiliários, ordem econômica, livre concorrência) – qualquer outro interesse difuso,

¹⁰³ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*, 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 40.

coletivo, ou individual homogêneo pode em tese ser defendido em juízo pelo Ministério Público e demais legitimados do artigo 5º da LACP e do artigo 82 do CDC.”¹⁰⁴

Para os fins a que se destina este estudo, tais ponderações sobre os direitos e interesses metaindividuais e suas modalidades nos parecem suficientes.

¹⁰⁴ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, cit., p. 91.

5 TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

5.1 Origem e antecedentes

Valioso instrumento colocado ao alcance do Ministério Público para a resolução das contendas envolvendo interesses metaindividuais, o Termo de Ajustamento de Conduta é previsto no parágrafo 6º do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), com a redação dada pelo artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

Trata-se de instituto integrante de legislação processual que não é objeto de nossa análise, mas cuja avaliação, apartada de seu contexto originário, não prejudicará o intento de apresentar visão mais ampla e genérica sobre o tema, a fim de oferecer exclusivamente o seu delineamento fundamental, com passagem pela observação de seu embasamento legal, natureza jurídica, limites e hipóteses de emprego, e, em especial, como pode ser utilizado como instrumento para a solução extrajudicial de conflitos envolvendo interesses metaindividuais, como visto na introdução ao trabalho, atualmente o meio eficaz para a consecução do objetivo.

A gênese do instituto, sempre ligada às exigências de uma realidade histórica, é ponto de partida inafastável para sua correta compreensão.

Para Geisa de Assis Rodrigues:

“Podemos, contudo, afirmar que o instituto surgiu na mesma ambiência social que gerou a Constituição Federal de 1988, um momento de redemocratização das instituições e de adaptação do ordenamento jurídico aos móveis políticos estabelecidos pela nova ordem. A sociedade brasileira era já uma verdadeira sociedade de massas, sem que houvesse, entretanto, uma adequada proteção das relações que devido à sua incidência e padronização a caracterizam, quais sejam as relações de consumo.”¹⁰⁵

Assim, a Constituição Brasileira de 1988, que trouxe consigo, como contraponto às idéias individualistas e abstracionistas, o reconhecimento do direito fundamental relacionado à possibilidade de o indivíduo ser considerado como integrante de uma coletividade, e, mais que isso, reconheceu a existência de direitos e interesses metaindividuais, ainda que indivisíveis, tanto quanto ao sujeitos como quanto ao seu objeto, serviu como pano de fundo para o surgimento do termo de ajustamento de conduta.

Ocorre que essa nova gama de direitos e interesses demandava também novos instrumentos para composição de eventuais conflitos que os envolvessem, tendo-se alvitado o ora em estudo como eficaz para tanto, o que se comprovou com a prática.

Justamente essa específica função relacionada à composição de interesse transindividuais é que bem diferencia o termo de ajustamento de conduta de seus antecedentes mais próximos.

¹⁰⁵ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 100.

Nelson Nery Junior indica como antecedente primeiro o artigo 55 da Lei n. 7.244/84 do Juizado de Pequenas Causas:

“Esta providência é fruto da experiência da revogada Lei de Pequenas Causas (Lei 7.244, de 7.11.84), que conferia ao acordo extrajudicial, celebrado entre as partes e referendado pelo órgão do Ministério Público, natureza de título executivo extrajudicial (art. 55, parágrafo único). Tal sistema foi mantido pelo artigo 57, parágrafo único, da Lei dos Juizados Especiais (LJE – Lei n. 9.099/95), que revogou e substituiu a Lei de Pequenas Causas.”¹⁰⁶

Realmente, assim dispunha a legislação revogada: “Valerá como título executivo o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público.”

A criação do novo título executivo, que nada mais fez senão alargar as atribuições do Ministério Público, acertadamente aproximando-o da comunidade, e ampliar o acesso à justiça, notadamente através de instrumento destinado a prevenir acúmulo de demandas, com evidentes benefícios à população e ao próprio Estado, nada obstante, como toda novidade, não foi acolhido sem ressalvas.

À época, sobre o dispositivo, com veemência posicionou-se Lauria Tucci:

“O mesmo, entretanto, não poderá acontecer, em nenhum processo instituído, relativamente à atividade do Ministério Público, a cujos órgãos são conferidas atribuições (e não

¹⁰⁶ Nelson Nery Junior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 894-895.

competência, como consta da preceituação analisada), desempenhadas, normalmente, junto a juízes e tribunais. Daí, conseqüentemente, como frisado de início, a inconstitucionalidade e a irrealizabilidade do disposto no artigo 55, ao conferir referendo do órgão 'competente' (sic) do Ministério Público a mesma eficácia da sentença homologatória de acordo extrajudicial."¹⁰⁷

Os reclamos, no entanto, mormente considerando as vantagens que o instituto envolvia, sem embargo de sua flagrante constitucionalidade, por adequar-se perfeitamente ao perfil do Ministério Público, em especial ao esculpido na Constituição de Federal de 1988, que sepultou a ranço no sentido de que ao Ministério Público compete apenas reportar-se ao Poder Judiciário, acabaram não encontrando eco, e o instituto foi prestigiado em legislações futuras.

Dessa forma, a Lei n. 8.953/94 incluiu esse mesmo instrumento ratificado pelo Ministério Público no rol dos títulos executivos do artigo 585 do Código de Processo Civil. (inc. II).

Também a Lei n. 9.099/95 (art. 57, parágrafo único), que mesmo, como visto, revogando a antiga lei do Juizado de Pequenas Causas (Lei n. 7.244/84), criadora inicial da providência, manteve, nesse aspecto, redação idêntica.

Ressalvados os instrumentos antecedentes, bem como sua inegável relevância precursora, o amparo legal do termo de ajustamento de conduta, sua natureza e finalidade são bem outras.

¹⁰⁷ Rogério Lauria Tucci, *Manual do juizado especial de pequenas causas*, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 303.

É pertinente mencionar, antes de verificar o tratamento legal da matéria, que o compromisso de ajustamento de conduta é experiência genuinamente brasileira, não encontrando similitude nem origens em ordenamento alienígena.

Como pontua Geisa de Assis Rodrigues:

“Nas considerações dos autores que conceberam o instituto não há qualquer menção e uma influência alienígena mais direta. Como já tivemos a oportunidade de demonstrar, a proteção dos direitos transindividuais no ordenamento brasileiro é extremamente original. A partir de nossa cultura, tanto social quanto jurídica, sem romper com a tradição de tutela de direitos em um sistema filiado à cultura romano-germânica, soubemos nos apropriar de algumas lições das *class actions* norte-americanas e criar um sistema ímpar de tutela desses direitos. Como exemplo de criações nacionais nesse campo temos a posição do Ministério Público na defesa dos direitos transindividuais, a existência do inquérito civil público e também o termo de ajustamento de conduta. Embora existam institutos similares em outros ordenamentos, não vislumbramos em nossa pesquisa nenhum preceito normativo que se identifique plenamente com o ajustamento de conduta brasileiro, especialmente quanto à sua extensão e eficácia.”¹⁰⁸

É a mesma análise de Nelson Nery Junior: “O nosso sistema de tutela jurisdicional dos interesses e direitos difusos e coletivos difere do regime das *class actions* do direito norte-americano.”¹⁰⁹

¹⁰⁸ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, cit., p. 111-112.

¹⁰⁹ Nelson Nery Junior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 793 e 794.

5.2 Posicionamento legal

O termo de ajustamento de conduta não foi previsto na redação original da Lei n. 7.347/85.

Nada obstante, a só existência da lei da ação civil pública e a instauração do inquérito civil abriram favorável horizonte para a criação do instituto e a composição voluntária de conflitos envolvendo interesses metaindividuais, mostrando ser viável prevenir a propositura de ações coletivas.

É o que mostrou a observação e o interesse dos envolvidos na prevenção de demandas ainda na fase do inquisitório cível.

Tal aspecto não passou despercebido à análise de Geisa Assis Rodrigues, que adequadamente posiciona, inclusive, que a maior flexibilidade em relação a ajustes envolvendo interesses coletivos, até então tidos como indisponíveis, no âmbito do próprio Poder Judiciário, é que abriu as portas para a solução negociada extrajudicial, no bojo das práticas desenvolvidas nos inquéritos civis:

“Podemos configurar, assim, a ocorrência de conciliação nas ações coletivas como uma contribuição para se conceber a tutela extrajudicial dos conflitos. A negociação judicial desses direitos, ainda que se revista de um maior controle, já que realizada sob o crivo do Poder Judiciário, abriu caminho para se imaginar um instituto como o ajustamento de conduta, uma vez que logrou compatibilizar a possibilidade do acordo com a indisponibilidade

inata desses direitos. O mais importante desafio que se apresentava para uma tutela extrajudicial fora vencido pela permissão do recurso à composição judicial. Por outro lado, a atuação administrativa do Ministério Público, especificamente no inquérito civil público previsto na Lei n. 7. 347/85, demonstrou a possibilidade de se solucionar o conflito sem a necessidade de provocar a máquina jurisdicional. Muitas vezes, como já se comentou (...), a mera instauração do inquérito civil público resulta na solução do conflito, ou porque a conduta lesiva ao direito transindividual nem sequer se inicia, ou porque seus efeitos maléficos são plenamente reparados, tornando ausente o interesse jurídico de se propor a ação judicial. Assim, o exercício do inquérito civil público contribuiu para a conformação normativa do instituto ao demonstrar a potencialidade da solução extrajudicial para a composição desses conflitos.”¹¹⁰

Preparado o ambiente, demonstrada a necessidade, eficácia e utilidade, a inclusão definitiva do termo de ajustamento de conduta na Lei da Ação Civil Pública veio com a concretização constitucional da determinação para a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor¹¹¹, que se materializou na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O Código, entre outras inquestionáveis utilidades, teve também o mérito de renovar e revigorar e ampliar o alcance da Lei da Ação Civil Pública, como ela compondo uma relação de complementaridade processual, e a ela emprestando

¹¹⁰ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, cit., p. 105.

¹¹¹ O artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, determinou ao Congresso Nacional a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer que “dentro de 120 dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”. O Código, muito embora a formação do Conselho Nacional do Consumidor remetesse à época da própria Assembleia Nacional Constituinte, veio com atraso, tendo sido publicado apenas em 12 de setembro de 1990.

seus inovadores institutos para o enfrentamento e resolução das demandas transindividuais.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, foi ampliado contundentemente o objeto da ação civil pública, que se presta atualmente à defesa de qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, e admite toda modalidade de sentença.

E tudo por conta do artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor, que ao acrescentar o artigo 21 à Lei da Ação Civil Pública, nada mais fez senão estender a ela o seu Título III, que trata de defesa do consumidor em juízo, tendo passado a ação civil pública a admitir qualquer tipo de pedido.

Válidas as lições de Rodolfo de Camargo Mancuso, exaradas em artigo tendente a estudar, de forma comparativa, o objeto da ação civil pública:

“Os interesses que podem ser tutelados na ação civil pública são: os do meio ambiente; dos consumidores; dos bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico; e agora, mercê da reinserção do inciso IV ao artigo 1º da Lei n. 7.347/85, pelo artigo 110 do CDC, também ‘qualquer outro interesse difuso ou coletivo’, valendo, a propósito desta expressão, o comentário que fizemos supra. Quando do advento da Lei n. 7.347/85, a ação civil pública somente apresentava característica de ação com pedido ressarcitório ou cominatório (arts. 1º e 11). Mas agora, tendo o artigo 117 do CDC acrescentado um artigo (21) à Lei da Ação Civil Pública, autorizando a extensão a esta do sistema processual do CDC, trasladou-se para a ação civil pública todo o disposto no título III do CDC (‘da defesa do consumidor em juízo’), e portanto, o que se contém no artigo 83 do CDC que se refere a ‘todas as

espécies de ação'; por essa exegese, a ação civil pública hoje comporta pedidos de várias naturezas: desconstitutivo, mandamental, cautelar, condenatório, a par do ressarcitório e do cominatório."¹¹² (g.n.)

Em outra passagem, agora em obra específica:

“Em resumo, o que hoje se pode dizer sobre o objeto da ação civil pública é que ele é o mais amplo possível, graças à (re)inserção da cláusula ‘qualquer outro interesse difuso ou coletivo’ (inc. IV do art. 1º da Lei 7.347/85, acrescentado pelo art. 110 do CDC). Essa abertura veio, na seqüência, potencializada por duas inovações advindas no bojo da Lei 8.884, de 11.06.1994 : a) no *caput* do artigo 1º da Lei 7.347/85 a responsabilidade ali referida agora se estende aos danos morais (e não somente patrimoniais); b) a ação pode também referir-se à infração da ordem econômica (inc. V do art. 1º da Lei 7.347/85). Como afirma Hugo Nigro Mazzilli, atualmente ‘inexiste portanto, sistema de taxatividade para a defesa de interesses difusos e coletivos’. De outro lado, mercê de engenhoso sistema de complementaridade entre a parte processual do Código de Defesa do Consumidor e o processo da Lei da Ação Civil Pública (CDC, arts. 83, 90, 110; Lei 7.347/85, art. 21 acrescentado pelo art. 117 do CDC), pode-se afirmar, como Nelson Nery Junior que ‘não há mais limitação ao tipo de ação, para que as entidades enumeradas na LACP, artigo 5º, e CDC, artigo 82, estejam legitimadas à propositura da ACP para a defesa em juízo, dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.”¹¹³

¹¹² Rodolfo de Camargo Mancuso, Uma análise comparativa entre os objetos e as legitimações ativas das ações vocacionadas à tutela dos interesses metaindividuais: mandado de segurança coletivo, ação civil pública, ações do código de defesa do consumidor e ação popular, *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, n. 160, p. 181, out./dez. 1992.

¹¹³ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 36.

Contundente sobre a questão, Motauri Ciocchetti de Souza:

“Pois bem: a LACP trouxe restrição quanto aos ritos processuais (e tipos de provimento jurisdicional) que poderiam ser utilizados em defesa dos interesses metaindividuais.

O artigo 83 do CDC, no entanto, suprimiu essa limitação ao permitir o uso de qualquer espécie de ação (e de provimento jurisdicional, diga-se) para a tutela dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos.”¹¹⁴

Waldo Fazzio Júnior igualmente comenta a ampliação dos limites da ação civil pública com o advento do Código de Defesa do Consumidor:

“O pedido na *ação civil pública* de improbidade pode ser meramente declaratório, constitutivo (positivo ou negativo) e/ou condenatório, ante o que consta do artigo 3º da Lei n. 7.347/85 (LACP), modificado pelo artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, porque para a defesa dos direitos e interesses difusos são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Por exemplo, ação declaratória de nulidade de contrato administrativo cumulada com a condenação ao prefeito ao ressarcimento do dano.”¹¹⁵

Mas o Código de Defesa do Consumidor, a par de genericamente ampliar as possibilidades de utilização da ação civil pública, foi além e, por meio de seu artigo 113, expressamente nela inseriu o instrumento do termo de ajustamento de conduta, acrescentando o parágrafo 6º ao seu artigo 5º:

¹¹⁴ Motauri Ciocchetti de Souza, *Ação civil pública e inquérito civil*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 25.

¹¹⁵ Waldo Fazzio Júnior, *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*, São Paulo: Atlas, 2000, p. 279-280.

“Artigo 113 - Acrescentem-se os seguintes parágrafos 4º, 5º e 6º ao artigo 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985:

§ 4º - O requisito de pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 5º - Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

§ 6º - Os órgãos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

Dessa forma, restou criado formalmente o compromisso de ajustamento de conduta, não novamente sem contestações, como usual nas hipóteses de inovações.

Ocorre que o dispositivo transcrito, em tese careceria de vigência, na medida que no próprio Código de Defesa do Consumidor trouxera dispositivos idênticos, no parágrafo 3º do artigo 82 e no parágrafo único do artigo 92, que restaram vetados.

Pela lógica defendida, teríamos tido uma espécie de veto implícito, pois, rechaçadas as regras precedentes, desnecessária igual referência ao subsequente.

Voz firme nesse sentido fez ecoar Theotônio Negrão:

“Os §§ 5º e 6º foram acrescentados pelo artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor.

Acontece, porém, que, ao vetar o artigo 92, § ún., do CDC, o Presidente da República também vetou expressamente (e não implicitamente), esses §§ 5º e 6º (v. *DOU* 12.9.90, supl., p. 11). Provavelmente, como esse veto foi feito *incidenter tantum*, no meio das considerações relativas ao artigo 92, § ún., não se prestou atenção ao fato de que aí também se vetavam os §§ 5º e 6º do artigo 5º da Lei 7.347. Assim, por engano, a publicação oficial do Código de Defesa do Consumidor os deu como sancionados, quando em realidade, foram vetados.

A publicação, no Diário Oficial, do texto vetado, como se tivesse sido aprovado, obviamente não pode trazer como conseqüência ser considerado em vigor, pois o Congresso jamais rejeitou o veto, que, portanto, ainda subsiste, à espera de ser aprovado ou rejeitado.”¹¹⁶

Em nota seguinte, complementa o autor sua idéia:

“Ora, projeto de lei, vetado, não é lei; e o artigo 585-VII do CPC é expresso em declarar que só é título executivo extrajudicial aquele a que, por disposição expressa, a lei atribui força executiva. Logo, como não existe lei, porque a disposição do § 6º foi vetada, também não é possível falar, neste caso, em título executivo.”¹¹⁷

Precedente jurisprudencial em contrário, inclusive, é criticado por Negrão:

“O eminente Min. Ruy Rosado, em voto acompanhado por todos os seus ilustres pares, diz o seguinte, com relação à nota anterior: Procurei obter na Câmara dos Deputados a documentação sobre a tramitação e votação da referida mensagem, pela qual verifiquei que realmente não existe veto ao artigo 113. Faltou na mensagem

¹¹⁶ Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor*, 36. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, nota 8 ao artigo 5º, p. 1.071.

¹¹⁷ *Ibidem*, nota 9 ao artigo 5º, p. 1.071.

da Presidência da República a expressa menção ao artigo 113 do CDC, que assim não foi objeto de veto; nem em referência constante daquele documento, quando se tratava de justificar o veto do artigo 92, veio a ser votada no Congresso Nacional como compreensiva de tal veto (*RSTJ* 134/401, citação da p. 406).

A informação que deram na Câmara dos Deputados ao ilustre Ministro relator não é exata. Houve veto expresso, conforme de pode ver do *DOU* 12.9.90, suplemento, p. 11, 2ª col. (pomos à disposição dos interessas cópia xerográfica desta publicação, onde se lê: Assim, também, vetam-se, no aludido artigo 113, as redações dos §§ 5º e 6º).

Sem expressa rejeição desse veto, portanto, os referidos parágrafos não podem ser considerados em vigor.”¹¹⁸

A tese, contudo, não pode ser aceita, e não foi, como demonstrado por nossos tribunais¹¹⁹, segundo a imensa maioria das lições doutrinárias, e principalmente pela consagração da utilização do instituto com importante sucesso e utilidade.

Alexandre de Moraes bem apresenta as características do veto no Brasil:

“1. Expresso: sempre decorre da manifestação da vontade do Presidente, no prazo de 15 dias úteis, pois, em caso de silêncio, a própria Constituição Federal determina a ocorrência de sanção. 2. Motivado ou formalizado: o veto há de ser sempre motivado, a fim de que se conheçam as razões que conduziram à discordância, se referentes à inconstitucionalidade ou à falta de interesse público ou, até, se por ambos os motivos. Esta exigência decorre da necessidade do Poder Legislativo, produtor último da lei, de examinar as razões que levaram o Presidente da República ao

¹¹⁸ Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor*, cit., nota 8 ao artigo 5º, p. 1.071.

¹¹⁹ STJ – RESP n. 222.582-MG, 1ª Turma, rel. Milton Luiz Pereira, j. 12.03.2002, *DJU*, de 29.04.2002, p. 166, *JTJ* 240/10.

veto, analisando-as para convencer-se de sua manutenção ou de seu afastamento, com a conseqüente derrubada do veto. Além disso, o veto é formal, pois deverá ser feito por escrito, juntamente com suas razões.”¹²⁰

Em nosso ordenamento, portanto, o veto há que ser sempre formal, não tendo sido admitida a figura o veto implícito.

Dessa forma, não tendo o artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor recebido menção expressa na mensagem presidencial, não se pode tê-lo como vetado, até porque, sem essa indispensável formalização, não teriam mesmo os congressistas como bem avaliá-lo, não se podendo admitir que as razões expressas para determinada disposição sejam utilizadas para avaliação de outras, conduta que, se aceita, poderia levar a interpretações imprevisíveis e incontroláveis.

Este o sentir de Geisa de Assis Rodrigues:

“Ora, o veto *power*, importante contribuição do direito constitucional americano aos países de regime de governo presidencialista, é em regra expresso, podendo ser implícito quando o ordenamento jurídico assim o faculta. O artigo 66 da Constituição Federal não prevê essa possibilidade. A regra, portanto, no nosso sistema é a de que o veto tem que ser sempre explícito e relativo formalmente a todos os dispositivos aos quais se quer vetar, o que quer dizer que quando se trata de veto parcial o Chefe do Executivo deve demonstrar a recusa em sancionar formalmente cada artigo, parágrafo, inciso ou alínea. Na verdade, tecnicamente o presidente não formalizou o veto ao artigo 113.

¹²⁰ Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, 8. ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 519.

Por conseguinte, não se pode defender a existência de um veto incidental porque as razões do veto de um dispositivo não podem ser aplicáveis a outro que não expressamente vetado. Se por descuido ou cochilo do Executivo o veto não foi apostado a preceitos idênticos, estes encontram-se em pleno vigor. Devemos combater a interpretação de Theotônio Negrão porque muitos podem dela tentar se valer para descumprirem a norma que instituiu o ajustamento de conduta, por conseguinte limitando o acesso à justiça de toda a coletividade, beneficiária da previsão normativa de um mecanismo adequado para o deslinde de diversos conflitos coletivos.”¹²¹

Também a posição de José dos Santos Carvalho Filho:

“Conforme observação feita por Theotônio Negrão, o dispositivo teria sido vetado pelo Chefe do Executivo, embora a publicação oficial não o tivesse excluído do texto. Como, entretanto, a publicação veiculou o dispositivo, propiciou seu caráter de obrigatoriedade, razão por que deve ser considerado vigente e eficaz.”¹²²

Do mesmo autor, em trabalho diverso:

“Em nosso entender, apesar dessas observações, o dispositivo está em pleno vigor. Se o Chefe do Executivo, por descuido ou não, vetou determinado dispositivo e não o fez em relação a outro de idêntico conteúdo, não há como deixar de considerar eficaz o dispositivo não vetado. Só com o veto expresso não se consuma por inteiro o ciclo de formação da lei. Por outro lado, se a publicação oficial da lei não suprimiu o dispositivo, o efeito é, sem dúvida, o de que se encontra em plena vigência. Assim, como a promulgação indica o atestado de existência da lei, a publicação

¹²¹ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, cit., p. 107-108.

¹²² José dos Santos Carvalho Filho, *Ação civil pública*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 199.

tem por objeto fazê-la conhecida e obrigatória pela eficácia afirmativa de que todos a conhecem. Lembra Pontes de Miranda que executoriedade e obrigatoriedade caracterizam, respectivamente, a promulgação e a publicação.”¹²³

Mazzilli vai além, e contesta diretamente a atualidade dos próprios fundamentos dos vetos:

“O veto entendeu juridicamente imprópria a equiparação de compromisso administrativo a título executivo extrajudicial. É que, no caso, o objetivo do compromisso é a cessação ou a prática de determinada conduta, e não a entrega de coisa certa ou pagamento de quantia fixada. O argumento é fraco: nada teria impedido que a lei criasse título executivo extrajudicial a partir de uma ato administrativo, como o faz com a certidão de dívida ativa da Fazenda ou com títulos extrajudiciais de obrigação de fazer. Poderia sim ter sido objetada na época a possível inconveniência de tornar título executivo mero compromisso de ajustamento de conduta fundado em obrigação extrajudicial de fazer, ilíquida por essência. Mas hoje essa objeção perdeu o significado, pois a Lei n. 8.953/94 alterou o sistema codificado e permitiu execução de obrigação de fazer fundada em título executivo extrajudicial. Assim, tem qualidade de título executivo extrajudicial o instrumento de transação ou o compromisso de ajustamento referendado pelo Ministério Público. Deixou de ter relevo o entendimento de que teria havido veto ao artigo 5º, § 6º da LACP, embora a doutrina já viesse entendendo que esse dispositivo estava em plena vigência.”¹²⁴

¹²³ José dos Santos Carvalho Filho, *Ação civil pública: comentários por artigos*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 126.

¹²⁴ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, cit., p. 202-203. O autor lembra inclusive o escólio de outros doutrinadores: “Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *Código de Processo Civil*, cit., nota ao art. 5º, § 6º, da LACP; Vicente Greco Filho, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, cit., p. 377-378; Arruda Alvim et al., *Código do consumidor*, cit., p. 509; Rodolfo C. Mancuso, *Comentários*, cit., p. 281; Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 516.”

Em abono, não pode ficar esquecido que, além da regra genérica a que se refere o parágrafo 6º do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, o ajustamento de conduta igualmente é previsto, com a mesma redação, e sem qualquer veto, em inúmeras outras normas específicas, tais como: artigo 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90); Lei Antitruste (Lei n. 8.884/94); Lei do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 9.605/98); Lei da Soja Transgênica (Lei n. 10.814/2003).

5.3 Objeto

Conquanto o compromisso de ajustamento guarde relação antecedente com os institutos mencionados, com eles não apresenta identidade, seja tendo em vista sua aplicação, seja considerando o seu objeto.

Na realidade, instrumentos como o do artigo 585, II do Código de Processo Civil, ou do artigo 57 da Lei n. 9.099/95, valem para a resolução de direitos individuais e disponíveis, pelos titulares dos interesses, que realizam concessões recíprocas, referendadas pelo Ministério Público.

Geisa de Assis Rodrigues refere-se ao objeto desses institutos:

“No primeiro temos uma transação típica, realizada entre partes maiores e capazes sobre direitos disponíveis, que pode ser referendada pelo Ministério Público, por defensor público ou pelos advogados dos transatores. É um instrumento de tutela de direitos individuais. Pode até haver pluralidade de partes nos pólos ativo

ou passivo da transação, mas há sempre identidade entre o titular do direito e aquele legitimado a transigir. A lei dota o título de eficácia executiva presumindo que a chancela pública do Ministério Público e da Defensoria Pública, ou o referendo dos advogados das partes, garantam a razoabilidade do acordo, bem como a plena ciência das suas implicações jurídicas pelos que dele participam. Os protagonistas da formação do título são apenas as partes que transigem e que manifestam sua vontade. O integrante do Ministério Público, o defensor público e o advogado podem apenas mediar esse acordo, atuar para favorecê-lo, mas figuram como coadjuvantes. Não há, repita-se, nenhum tipo de inovação na regra geral de transação seja sob a perspectiva objetiva ou subjetiva.”¹²⁵

No termo de compromisso de ajustamento, a situação é bem outra. De início, Ministério Público e demais legitimados não são apenas participantes, mas tomam para si os compromissos, muito embora não sejam os titulares dos direitos ou interesses objeto do ajuste.

Objeto dos compromissos de ajustamento, por sua vez, são os direitos e interesses metaindividuais, em todas as suas modalidades, difusos, coletivos ou individuais homogêneos, não havendo qualquer razão plausível para que qualquer deles seja afastado.

Podem versar eles sobre o patrimônio público, incluído o histórico, meio ambiente, urbanismo, direitos do consumidor, ordem econômica, saúde, educação, cidadania, direitos de crianças, adolescentes, pessoas idosas e portadoras de deficiência, trabalhadores, indígenas, etc.

¹²⁵ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, cit., p. 111.

Para as duas questões, modalidades de direitos e seu conteúdo material, em conclusão, a resposta é bastante simples: todos os direitos e interesses metaindividuais relacionados a qualquer matéria que, em tese, possa ser demanda por meio da ação civil pública, pode também ser objeto de compromisso de ajustamento de conduta.¹²⁶

Para o tipo de obrigação admitida no compromisso de ajustamento, a solução é a mesma, ou seja, até por imperativo de ordem lógica, toda modalidade de pedido aceita em sede de ação civil pública pode figurar no ajuste, e, como se viu, não há qualquer limitação ao provimento jurisdicional a ser formulado por meio da ação civil pública.

Conforme anotado linhas acima, por força do artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública, acrescido pelo artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor, foi estendida à primeira toda a parte processual da especial consumerista, contida em seu Título III, com o que passou a ação civil pública a agasalhar toda e qualquer tipo de obrigação prevista ou não vedada em lei, obrigações essas, por consequência, que podem também ser incluídas no termo de ajustamento.

Resistência maior se observa em relação a compromissos de ajustamento que contemplem obrigação de dar ou indenizar, pela ótica de que constituir-se-iam em espécie de transação, repudiada por parte da doutrina, envolvendo renúncia ao direito material tutelado.

¹²⁶ Excetuem-se apenas, por expressa determinação legal (§ 1º do art. 17), as questões envolvendo a persecução e imposição das penas relativas à improbidade administrativa, conforme prevista na Lei n. 8.429/92: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*.”

Refutando qualquer solução que não seja a reparação específica, vale referência a Francisco Sampaio:

“Não obstante serem tais medidas positivas – em vista de garantirem investimentos em empreendimentos ecológicos, por parte de quem haja causado dano ambiental, ao mesmo tempo que contornam a excessiva delonga de processos judiciais devem ser vistas com cautela, uma vez que a destruição de um ecossistema não pode ser compensada pela proteção de qualquer outro, como, por exemplo, pela criação de reserva florestal de características e em local absolutamente diversos do meio degradado. Ademais, não sendo os órgãos público legitimados à celebração de tais acordos, mas toda a coletividade, titular do direito a ver os danos ambientais integralmente reparados pelos respectivos responsáveis, valem para esses acordos todas as ressalvas feitas à admissibilidade de negócios jurídicos que versem sobre direitos difusos e coletivos.”¹²⁷

A insurgência não procede. Primeiramente, como veremos, o compromisso de ajustamento de conduta pode sim, sem óbices, assumir natureza transacional.

Em segundo lugar, mesmo considerando que a reparação específica é sempre a mais desejável, existem situações em que é ela impossível na prática, não restando outra solução para reparação à coletividade senão a indenização.

Imagine-se, por exemplo, degradador que vem a eliminar um exemplar da fauna silvestre. Como poderá repor ele essa vida? Como substituir o indivíduo?

¹²⁷ Francisco José Marques Sampaio, *Negócio jurídico e direitos difusos e coletivos*: com referências ao Projeto de Código Civil 634/75, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 118.

Não sendo a impunidade o conveniente, e inviável a reparação específica, atende melhor ao interesse metaindividual que indenize o agente a comunidade, de alguma forma mitigando os males de sua conduta, e permitindo, ao menos, com seu dinheiro, a adoção de medida ambiental compensatória. Não se deve desprezar, por seu turno, o caráter educativo e preventivo geral da providência.

Não se pode simplesmente repudiar pois, quando materialmente inviável a reparação específica, a obrigação de dar ou indenizar.

Consigne-se, por oportuno, que o termo de ajustamento de conduta se presta exclusivamente à prevenção ou reparação de direito ou interesse metaindividual ameaçado ou lesado, não produzindo quaisquer efeitos nas sendas criminal e administrativa.

Através do compromisso de ajustamento, então, não se impõem sanções penais ou administrativas, assim como a sua celebração não impede que essas venham a ser impostas por meio dos instrumentos próprios. Simplesmente, o ajustamento não conduz a qualquer influência criminal ou administrativa, podendo apenas, no máximo, influenciar positiva ou negativamente a quantificação de eventual pena.

5.4 Natureza

O compromisso de ajustamento tem por objeto a reparação de interesses transindividuais, por natureza indisponíveis, tendo como legitimados órgãos que não são os titulares dos direitos, porque ele tem como objeto direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos pertencentes a parcela da sociedade, e não aos legitimados extraordinários, por isso mesmo indisponíveis.

Mazzilli assim descreve: “Na defesa de interesses difusos coletivos ou individuais homogêneos, os co-legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva não agem em busca de direito próprio e sim interesses metaindividuais.”¹²⁸

Geisa de Assis Rodrigues se aprofunda na questão:

“Ao verso, o ajustamento de conduta é celebrado pelo Ministério Público ou pelos demais órgãos públicos legitimados com a outra parte. São os entes públicos os personagens principais dessa trama, posto que atuam como parte no acordo. Nesses casos a titularidade do direito não coincide com a legitimidade para firmar o ajuste de conduta, uma vez que os direitos transindividuais não pertencem aos que podem celebrar o ajuste. Por isso a lógica do instituto é completamente diversa, já que o ajustamento de conduta existe para a composição extrajudicial de direitos transindividuais, constituindo hipótese de tutela coletiva de direitos.”¹²⁹

¹²⁸ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, cit., p. 201.

¹²⁹ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, cit., p. 112.

Essas peculiaridades deságuam na indagação a respeito da natureza jurídica do instituto, tema sobre o qual diverge a doutrina.

O que se busca descortinar é: ostenta, ou pode ostentar, o compromisso de ajustamento de conduta, natureza jurídica de transação?

Geisa de Assis Rodrigues expõe sobre os posicionamentos existentes sobre o tema:

“Podemos agrupar as posições doutrinárias acerca do tema basicamente em duas correntes: uma reputa que o ajuste de conduta seria uma transação¹³⁰, e a outra que seria um ato jurídico diverso, no sentido amplo do vocábulo.¹³¹

Praticamente todos os autores que enquadram o ajuste como transação evidenciam que não seria o caso de uma transação ordinária, mas sim de uma transação especial diante da indisponibilidade intrínseca dos direitos transindividuais bem como da diversidade entre os legitimados a celebrar o ajuste e os titulares do direito material em questão. Assim, a realização de concessões mútuas, o que é típico nas transações, só poderia atingir uma esfera accidental do exercício desses direitos, ou seja, as condições de tempo, lugar e modo, mas jamais versar sobre o próprio cerne do direito.

Essa excepcionalidade não descaracteriza o instituto como transação, uma vez que, apesar dessa esfera diminuta de possibilidade de transigência, o instituto teria uma eficácia típica de transação, qual seja prevenir ou encerrar o conflito. Ademais, a

¹³⁰ Os seguintes autores são representantes desse entendimento: Hugo Nigro Mazzilli, Rodolfo de Camargo Mancuso, Edis Milaré, Nelson Nery Junior (embora também fale em ato unilateral), Paulo de Bessa Antunes, Fernando Grella Vieira, Sérgio Shimura, José Marcelo Menezes Vigliar, Rita Tomasso, Marco Antônio Pereira, Celso Pacheco Fiorillo, João Bosco Leopoldino da Fonseca, Carlyle Popp, Edson Vieira Abdala, Patrícia Miranda Pizzol e Daniel Roberto Fink.

¹³¹ Não consideram transação: Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, José dos Santos Carvalho Filho, Francisco Sampaio, Hindemburgo Chateaubriand Filho, Maria Aparecida Gugel, Isabella Franco Guerra e Roberto Senise Lisboa.

própria lei teria admitido a possibilidade de transação desse direito indisponível ao prever o permissivo do ajustamento.

Outra parcela dos autores compreende que o ajustamento de conduta não é uma hipótese de transação, mas sim de ato ou negócio jurídico. Não seria transação devido à natureza indisponível desses direitos. Não haveria uma verdadeira transação, ainda, porque o conteúdo do direito em questão não pode ser reduzido ou limitado, aliás, ponto em que praticamente toda a doutrina é concorde. Essa indisponibilidade objetiva dos direitos transindividuais é agravada pelo problema da legitimação subjetiva do exercício desses direitos, o que torna ainda mais inadequada a compreensão do ajustamento de conduta como transação. Por outro lado, em regra os direitos transindividuais têm natureza extrapatrimonial, o que retiraria da esfera de abrangência da transação.”¹³²

Ao final, descortina a autora seu pensar, pendente contrariamente ao caráter transacional do termo de ajustamento de conduta:

“É uma negócio da Administração que também tem natureza de equivalente jurisdicional, por ser um meio alternativo de solução de conflito. Podemos concluir que o ajustamento de conduta é um acordo, um negócio jurídico bilateral, que tem apenas o efeito de acertar a conduta do abrigado às exigências legais.”¹³³

Carvalho Filho é enfático ao negar a natureza de ajuste bilateral ao termo de ajustamento:

“A um primeiro exame, poder-se-ia considerar o compromisso de ajustamento de conduta como um acordo firmado entre o órgão público legitimado para a ação civil pública e aquele que está

¹³² Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, cit., p. 142.

¹³³ *Ibidem*, p. 159.

vulnerando o interesse difuso ou coletivo protegido pela lei. Não obstante, a figura não se compadece com os negócios bilaterais de natureza contratual, razão porque entendemos que não se configura propriamente como acordo. Como a lei alude ao ajustamento da conduta às exigências legais, está claro que a conduta não vinha sendo tida como legal, senão nada haveria para ajustar. Por outro lado, ao empregar o termo tomar o compromisso, o legislador deu certo cunho de impositividade ao órgão público legitimado para tanto. Ora, ante esses elementos o compromisso muito mais se configura como reconhecimento implícito da ilegalidade da conduta e promessa de que esta se adequará à lei.

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

A natureza jurídica do instituto é, pois, a de ato jurídico unilateral quanto à manifestação volitiva, e bilateral somente quanto à formalização, eis que nele intervém o órgão público e o promitente.”¹³⁴

Assim também entende Fernando Reverendo Vidal Akaoui:

“Portanto, envolvendo o objeto do compromisso de ajustamento de conduta de direitos indisponíveis, entendemos que a utilização do termo transação não seja adequada a demonstrar o que de fato ocorre, na medida em que margem alguma de disponibilidade sobre o objeto (leia-se concessões mútuas) é conferida aos co-legitimados a tomar o compromisso de ajustamento de conduta.”¹³⁵

¹³⁴ José dos Santos Carvalho Filho, *Ação civil pública: comentários por artigos*, 3. ed., 2001, cit., p. 203-204.

¹³⁵ Fernando Reverendo Vidal Akaoui, *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 69.

Bem como Maria José Lopes de Araújo Saroldi:

“O fato de compor litígio não determina necessariamente que o ajustamento de conduta seja qualificado como transação, visto que a marca da indisponibilidade dos interesses difusos impede, pois seu objeto alcança apenas os direitos patrimoniais de caráter privado.

O Ministério Público ao assinar um termo de ajustamento de conduta (TAC) não está transigindo. O que seria objeto do pedido na ação civil pública deverá estar contemplado no termo, vislumbrando sempre a obrigação de cessar a atividade causadora do dano e sua integral reparação, bem como a implantação de medidas de controle para prevenção de ocorrências futuras.”¹³⁶

Também Paulo Márcio da Silva:

“Convém lembrar que, na ACP, o Ministério Público atua na defesa de interesses indisponíveis, na qualidade de substituto processual apenas, fato que inviabiliza, por completo, o instituto da transação quando se tratar de direitos metaindividuais, conforme magistério de Isabella Franco Guerra.”¹³⁷

E Motauri Ciocchetti de Souza:

“Não pode o tomador do compromisso, portanto, verdadeiramente transigir: a ele não é permitido dispensar o interessado da adoção de toda e qualquer providência que se faça necessária para a reparação ou prevenção do dano.

(...)

¹³⁶ Maria José Lopes de Araújo Saroldi, *Termos de ajustamento de conduta de gestão de resíduos sólidos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 73.

¹³⁷ Paulo Márcio da Silva, *Inquérito civil e ação civil pública: instrumentos de tutela coletiva*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 144.

Com efeito, embora deva o termo assegurar a cabal reparação ou prevenção do dano, nada obsta que o tomador do compromisso e o interessado transijam, por exemplo, acerca dos prazos e da forma de adoção das medidas.”¹³⁸

Mazzilli não é tão direto, mas por vezes parece aceitar a tese transacional, excepcionado apenas as ações para imposição das penas relativas à improbidade administrativa:

“Posto detenha disponibilidade sobre o conteúdo processual do litígio, o legitimado extraordinário não tem disponibilidade do conteúdo material da lide. Como a transação envolve disposição do direito material controvertido, a rigor o legitimado de ofício não poderia transigir sobre os direitos dos quais não é titular.

Não obstante essas considerações, aspectos de conveniência prática recomendavam a mitigação da indisponibilidade da ação civil pública, que, aliás, já tinha sido atenuada até mesmo na área penal.

(...)

Sensível, pois, a esses aspectos práticos, a lei fez concessões. Embora vedando transações nas ações de responsabilização civil dos agentes públicos em caso de enriquecimento ilícito, admitiu compromissos de ajustamento em matéria de defesa de interesses difusos e coletivos.”¹³⁹

Já em outra oportunidade:

“(...) não podem órgãos públicos legitimados dispensar direitos ou obrigações, nem renunciar a direitos, mas devem limitar-se a tomar, do acusado do dano, obrigação de fazer ou não fazer (ou

¹³⁸ Motauri Ciocchetti de Souza, *Ação civil pública e inquérito civil*, cit., p. 62.

¹³⁹ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, cit., p. 201-202.

seja, a obrigação de que este torne sua conduta adequada às exigências da lei).”¹⁴⁰

Reconhecendo a possibilidade de transação, temos o magistério de Rodolfo de Camargo Mancuso:

“Embora a transação implique naturalmente concessões recíprocas (CC, art. 1.025), é de se presumir que a concessão que haja de ser feita pelo autor em face do réu haverá que ser compatível com o salutar propósito de que o interesse metaindividual venha afinal a ser resguardado (como seria se a ação prosseguisse até final deslinde de seu mérito).”¹⁴¹

Daniel Roberto Fink defende a transação:

“(…) em sendo transação, apesar de sua natureza peculiar por envolver interesses não patrimoniais e não privados, o regime jurídico do ajustamento de conduta deve obedecer, no que couber, o regime da transação tal como previsto pelo direito civil.

(…)

O termo de ajustamento de conduta tem como natureza jurídica constituir-se em transação, de cunho contratual, com eficácia de título executivo extrajudicial.”¹⁴²

E Nelson Nery Junior:

¹⁴⁰ Hugo Nigro Mazzilli, Os compromissos de ajustamento de conduta, in José Carlos de Freitas (Coord.), *Temas de direito urbanístico* 3, São Paulo: Ministério Público do estado de São Paulo; Imesp, 2001, p. 267.

¹⁴¹ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*, 7. ed., cit., p. 234.

¹⁴² Daniel Roberto Fink, Alternativa à ação civil pública ambiental: reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta, in Edis Milaré, *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 119-120.

“É possível a transação em matéria de direitos difusos e coletivos, analisada em face de cada caso concreto. Na hipótese da carne importada sob suspeita de Chernobyl, afastou-se a tese sobre indisponibilidade do direito material em ação civil pública, no caso concreto, já que o bem tutelado integra a classe dos chamados direitos difusos, uma vez que, julgado o mérito, a carne importada fora considerada prestável ao consumo humano. Sendo o âmago da questão a proteção aos interesses de todos e inexistente qualquer nocividade no produto, protegida está a sociedade, reputando-se perfeitamente viável a transação e julgando-se extinto o procedimento recursal.”¹⁴³

Sobre a transação civil, convém reproduzir o normatizado pelos artigos 840 e 841 do Código Civil:

“Artigo 840 - É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

Artigo 841 - Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.”

Tenho que, nada obstante as ponderáveis considerações, o caráter indisponível do direito em análise e a diversidade entre os legitimados para o ajuste e os titulares do direito material, não podemos negar caráter transacional ao compromisso de ajustamento, com todos os consectários daí decorrentes.

Posicionamento em sentido contrário, embora jurídica e academicamente possam ser considerados defensáveis, se distanciam profundamente do ideário, prática e objetivo do instituto, e poderia mesmo conduzi-lo à inutilidade.

¹⁴³ Nelson Nery Junior, Compromisso de ajustamento de conduta: solução para o problema da queima da palha da cana-de-açúcar, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 692, p. 37, jun. 1993.

Ora, fosse o compromisso de ajustamento exclusivamente uma adequação do agente às exigências legais, o que o diferenciaria da própria lei? Qual a vantagem do agente na pactuação?

Quer-se dizer que absolutamente desnecessária a existência de um instituto que diga apenas que a lei deve ser cumprida.

Ajustamento nesses moldes estaria bastante próximo de uma norma geral e abstrata, repetidora da lei que, por definição, já é provida de cogência, independentemente de outra determinação ou pactuação que lhe empreste essa força.

Também não haveria, em termos práticos, e em uma constatação cética e bastante realista, qualquer interesse para o agente na assinatura de termo de ajustamento, independentemente de alguma contrapartida.

O que levaria um transgressor a comprometer-se, singelamente, ao cumprimento intransigente da lei, modificando seu comportamento, sem receber qualquer benefício ou “premiação” por sua obediência? Reconhecimento moral? Exigências de consciência?

Penso que não podemos nos inebriar por uma visão romântica e retórica, mormente considerando o cotidiano de nosso Poder Judiciário, sendo claro para o infrator que simplesmente entre assinar um termo de ajustamento, que nada mais signifique que a antecipação pura e simples de uma decisão judicial, e aguardar

propriamente por uma decisão judicial, que pode demorar incontáveis anos, muito mais vantajosa a segunda opção.

Por que, então, repita-se, celebrar o compromisso de ajustamento? Diletantismo? Arrependimento?

Como vimos, a Lei da Ação Civil Pública, a Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor e outros textos legais consagraram o reconhecimento de uma gama de direitos e interesses de extrema relevância para a sociedade e carentes de um adequado tratamento, os chamados direitos metaindividuais ou transindividuais.

Preocuparam-se tanto com a efetividade desses direitos que criou-se um instrumento visando, inclusive, sua tutela extrajudicial, o termo de compromisso de ajustamento de conduta.

Assim, conquanto reconheçamos que direitos transindividuais são por natureza indisponíveis, avaliando a imperiosidade e muitas vezes absoluta urgência de sua proteção, ou mesmo sua prevenção, incompatíveis com a morosidade e formalidade de um processo judicial, preferiu o legislador flexibilizar essa indisponibilidade, de molde que, em hipóteses extremas, receba o direito ou o interesse a efetivação possível e aceitável, muito mais vantajosa, não raro, que proteção alguma, ainda que não seja integralmente a prevista na lei.

Cuida-se de licença ao pragmatismo, tendo em vista, ainda que a afirmativa possa desenvolver aparente contradição, a gravíssima relevância dos interesses em debate, até mesmo porque, uma vez jurisdicionalizada a questão, o que garantiria a adequação integral e absoluta do comportamento do agente à lei? O que estaria a assegurar que uma decisão, certamente muito mais distante, desgastante e onerosa não fosse menos vantajosa que o conquistado, desde logo, extrajudicialmente?

Sobre esse aspecto em particular, não podemos concordar com o posicionamento de Geisa de Assis Rodrigues, quando assevera que “em termos práticos essa medida de justiça será aferida quando o ajuste propiciar que se obtenha uma proteção mais efetiva ou pelo menos idêntica ao que se obteria em juízo”.¹⁴⁴

Como se pode antecipar uma decisão judicial para fins de averiguar se um acordo extrajudicial a ela seria, “ao menos”, idêntico? Em uma época em que se rechaça veementemente o positivismo, a idéia do dever ser, e se prestigia e eleva a averiguação a respeito da justiça da aplicação da norma, recheada de subjetivismos, tese fervorosamente acalentada, inclusive, pela própria autora, como tentar antever uma decisão judicial e tomá-la como referência para negócio jurídico?

¹⁴⁴ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, cit., p. 123.

Aliás, se os legitimados para o termo de ajustamento são também, com completa autonomia, para a propositura da ação civil pública, o que garantirá que realizem pedido perfeito e adequado à completa e irrestrita adequação do comportamento do agente às determinações da lei e à completa reparação do bem lesado?

Se não se controla sequer o pedido em eventual ação civil pública, que dizer de futura sentença.

Difícil garantir com segurança, e analisando aqui apenas o aspecto prático, que demanda judicial possa trazer resultados mais positivos no sentido da tutela e efetivação de interesses metaindividuais (na preocupação maior) do que um termo de compromisso de ajustamento extrajudicial, ainda que, à primeira vista, possa parecer não ter sido o acordo tão abrangente.

Não se há que ter pudor, portanto, com a flexibilização da indisponibilidade dos direitos metaindividuais, ou mesmo indisponíveis, quando vem ela da própria lei, como na hipótese.

Valem, aqui, as lições de Sílvio Venosa:

“O direito indisponível fica subordinado ao controle, maior ou menor, do Estado. Certos direitos de família, por sua natureza, são indisponíveis, porque a lei veda-lhes a disponibilidade ou então lhes impõe certos limites. Assim, nos termos do artigo 1.035, não podem ser objeto de transação direitos não patrimoniais e os de natureza pública. *O Poder Público só pode*

*transigir quando expressamente autorizado por lei ou regulamento. Os direitos indisponíveis, direta ou indiretamente, afetam a ordem pública.*¹⁴⁵ (g.n.)

Importa destacar, por outro lado, que a transação, conforme definida na lei civil, deve ser aplicada com parcimônia, apenas em situações limites, reservadas à avaliação de órgãos públicos, permeada ainda por sistemas de controle, visando a maximização de sua tutela e tendo em vista o primado do acesso à justiça, e a contínua busca de formas alternativas de efetivação de direitos.

Sobre acesso à justiça, aliás, podemos transportar, pela adequação à hipótese, o ministério de Mauro Cappelletti:

“Devemos estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos de remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedentes.”¹⁴⁶

Também deve ser ponderado, que nesta seara, a indisponibilidade do direito, muitas vezes, não vem diretamente de sua própria natureza, mas do fato de não serem os legitimados os titulares dos direitos em contenda.

¹⁴⁵ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, São Paulo: Atlas, 2001, v. 3, p. 280.

¹⁴⁶ Mauro Cappelletti, Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça, *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 19, n. 74, p. 81, abr./jun. 1994.

Mas essa outra objeção não pode encontrar eco, e a diversidade apontada não inviabiliza a tese esboçada, ao contrário, pode vir em seu abono.

Não pode ser simplesmente desconsiderado o fato de que, dos legitimados à ação civil pública, apenas os órgãos públicos tenham sido agraciados com a possibilidade de firmarem compromisso de ajustamento.

Assim o foi justamente pela compreensão de que órgãos públicos, em especial o Ministério Público, estão, em tese, melhor preparados para o exercício de certo grau de disponibilidade em relação a interesses metaindividuais, e porque, em relação a eles, os sistemas de controle são institucionalizados e mais eficientes.

Não pode essa opção do legislador restar ignorada, como se a restrição, em relação aos legitimados para a ação, no que toca à legitimidade para firmar compromissos de ajustamento, fosse despida de qualquer significado, quase que uma coincidência, um mero acaso.

Justamente confiou o legislador a certos órgãos públicos (expressão a ser adequadamente definida em momento oportuno) o poder de avaliar os custos e benefícios, para a tutela de interesses de destacada relevância, como os metaindividuais, do enfrentamento de demanda judicial, sempre de desfecho imprevisível, ou da solução extrajudicial da questão, ainda que com alguma flexibilização em relação à absoluta identidade de adequação do comportamento do agente à previsão legal.

Sempre se repete, não sem acerto, que inexistente identidade entre os legitimados para o acordo e os titulares dos direitos metaindividuais. É verdade, mas, quais então, objetivamente, seriam esses titulares? Quem pessoalmente poderia, despedido do manto da legitimação extraordinária, invocar essa legitimidade? Quem, em conclusão, no mundo real e fenomênico, poderia manejar esses direitos?

Alguém deve fazê-lo, alguém tem de fazê-lo, afastada a teorização e a virtualidade, e nada de estranho existe em que a lei o indique, mormente quando essa indicação recai sobre órgãos públicos.

Estamos diante de outra situação, na qual os óculos do processo individualista comum não permitem perfeita visão quando se fixa a vista nos interesses metaindividuais.

A legitimação extraordinária do processo comum é diversa dessa.

Lá o substituído existe realmente, é palpável, identificável, individualizável. Nos direitos metaindividuais, como preceder a essa particularização dos verdadeiros titulares do direito, se ela se apresenta como absolutamente incompatível com a própria teleologia da proteção dos interesses coletivos *latu sensu*?

A indisponibilidade dos direitos metaindividuais, assim, não quando derivada de sua natureza, mas da legitimação extraordinária de seus defensores, deve ser observada com maior cautela, na medida que o substituído encontra-se diluído no conceito de coletividade, e alguém deve tutelar esses direitos, porque impossível, na prática, sua agilização pelos chamados titulares ordinários.

Quem resolve a pendência é a lei, ao indicar os legitimados que, embora pela doutrina tradicional não sejam os titulares, devem ser dotados de autonomia suficiente para tutelar direitos de extrema relevância, mas que se não forem por eles zelados, não o serão por mais ninguém, já que inexiste viabilidade real de assunção do substituído.

Note-se que não se pretende descaracterizar a indisponibilidade dos direitos metaindividuais, apenas se fala em sua flexibilização, em situações que, a critério de autoridade pública indicada em lei, ficam eles melhor atendidos por meio de uma solução extrajudicial, ainda que não perfeitamente amoldada à proteção legal.

O direito remanesce indisponível. Não confiou a lei a órgão a faculdade de abrir mão de interesses pertencentes a terceiros, mas apenas lhes outorgou a possibilidade de, sem renunciá-los, emprestar-lhes efetividade da melhor maneira possível, ainda que em medida inferior à legal.

Marco Antônio Marcondes Pereira sintetiza o que se quer exprimir, embora se refira a ajustamentos realizados no bojo de ação civil pública:

“Os interesses difusos e coletivos, apesar de não serem de ordem patrimonial, não podem se subordinar à regra do artigo 1.035 do CC pelas seguintes razões: a) esse dispositivo foi editado sob o manto de uma ordem jurídica diversa da que se tem atualmente; b) no momento em que se reconhece constitucionalmente a tutela dos interesses coletivos, não se pode impedir a efetivação deles, cerceando a atuação de quem por eles compete lutar; c) o Ministério Público, bem como as pessoas do artigo 5º, *caput*, ostenta legitimação autônoma para propositura da ação civil pública, logo não lhe empecem as limitações da condição de substituto processual do direito processual comum; d) a indisponibilidade do direito não será afetada porque o que será objeto de transação será a maneira de implementação mais rápida do interesse tutelado e ficará prestigiada a instrumentalidade do processo; e e) a Lei da Ação Civil Pública prevê a possibilidade de compromisso de ajustamento (art. 5º, § 6º).”¹⁴⁷

Repita-se, a flexibilização (e não renúncia), que é da lei, e confiada a órgãos específicos, tem como objetivo maior viabilizar a tutela de interesses metaindividuais e permitir que, de alguma maneira, sem ilusões e romantismos, seja o compromisso de ajustamento também interessante para a pessoa do suposto infrator, sob pena de inviabilizar-se a aplicação do instituto e, em última instância, a própria tutela do tão caro interesse.

Dessa forma, tem-se que o compromisso de ajustamento implica sim em concessões recíprocas, muito embora, em regra, não constem do termo

¹⁴⁷ Marco Antônio Marcondes Pereira, Transação no curso da ação civil pública, *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 16, p. 124-125, out./dez. 1995.

obrigações a serem assumidas pelo compromissário, que ficam implícitas na própria idéia de não acionar judicialmente o comprometente, e de que dele não serão exigidos outros compromissos além dos assumidos, sempre observando a impossibilidade de renúncia integral do direito ou interesse, mas apenas visando a maneira mais eficiente de tutelá-lo. Com as concessões, não se flexibiliza o direito material em si, mas a maneira de melhor resguardá-lo que, para determinada hipótese, pode não ser exatamente a prevista em lei.

Assim, por exemplo, um termo de ajustamento envolvendo matéria ambiental que, por questões relevantes, não preveja a restauração da área especificamente degradada, mas a compensação, com ganho, em área diversa. Não poderia tal ajuste ser interessante para o degradador e atender suficientemente o interesse metaindividual envolvido?

E em um município, onde, por exemplo, se paga, em prática longínqua e imemorável, parcela de vencimentos a servidores públicos, tida por ilegal. Atenderia melhor ao interesse da coletividade, por meio de acordo, estancar desde logo, e de forma definitiva, a sangria aos cofres públicos, independentemente da restituição das quantias já percebidas de maneira irregular pelos servidores, ou demandar judicialmente a questão, com a possibilidade da continuidade dos pagamentos ainda por muitos e muitos anos (de duração do processo em todas suas instâncias) para, num futuro distante, talvez, com alguma sorte, lograr êxito no feito, para então, e só então, tentar dar início ao processo de execução, tão moroso e arrastado quando o processo principal, e com chances mínimas de sucesso (seja pelo desaparecimento dos réus, de seus bens, de

ambos, ou mesmo pela insuficiência de seus recursos)? Qual situação resguardaria melhor o erário? Qual solução sairia mais barata e eficiente, a da lei ou a flexibilizada? E os servidores, aceitariam o ajustamento se, mesmo assim, tivessem que devolver todos os valores recebidos? Que vantagem teriam em antecipar em anos e anos uma decisão judicial, e não só uma decisão judicial, mas aquela com o pior desfecho a eles tecnicamente possível?

Patrícia Miranda Pizzol¹⁴⁸ apresenta o exemplo de termo de ajustamento celebrado com empresa degradadora, mas à beira da falência, em que se acerta a indenização com redução de 20%. Nada mais correto, inteligente e de espírito público. Desprezados os 80%, qual a chance de receber-se judicialmente alguma coisa? Quanto tempo essa absolutamente improvável indenização levaria para concretizar-se na via judiciária? Qual solução melhor atende aos interesses da comunidade: ser indenizada em 80% ou nada receber? Por outro lado, não fosse a concessão, que interesse teria a empresa no ajuste? Que razão a levaria a ajustar-se?

Tanto o termo de compromisso de ajustamento é negócio transacional, bilateral, envolvendo prestações equivalentes, que a primeira delas a ser ofertada pelo legitimado é a não propositura de ação contra o agente, que tem nessa concessão mote inicial para mover-se na direção do acordo.

Essa concessão mínima sempre existe, e serve, ao menos inicialmente, para afastar a alegação do sentido de ser o compromisso de ajustamento simples,

¹⁴⁸ Patrícia Miranda Pizzol, *Liquidação nas ações coletivas*, São Paulo: Lejus, 1998, p. 146.

puro e unilateral ato de ajustar-se a pessoa, que implicitamente reconhece conduta ofensiva a interesse transindividual, seu comportamento ao previsto em lei.

Mas essa concessão pode não ser suficiente para ultimar o compromisso e bem atender ao interesse metaindividual, pois figurar no pólo passivo de demanda judicial pode ainda parecer mais atraente ao agente, situação em que outras concessões podem ser analisadas, sem renúncia integral do direito e sempre considerando o benefício a ser experimentado pelo titular do direito.

De toda sorte, a flexibilização foi acatada na prática da realização dos compromissos de ajustamento, ao menos pelo Ministério Público, de longe o legitimado mais vigoroso.

Tanto assim que o Conselho Superior do Ministério Público, órgão institucional que, como se verá, é o responsável pela homologação dos arquivamentos de inquéritos civis e procedimentos no bojo dos quais se tenha celebrado compromisso de ajustamento de conduta, editou a seguinte Súmula:

“Súmula n. 4 - Tendo havido compromisso de ajustamento que atenda integralmente à defesa dos interesses difusos objetivados no inquérito civil, é caso de homologação do arquivamento do inquérito.”

Akaoui interpreta a súmula no sentido de que afasta ela a possibilidade de transação no compromisso de ajustamento, tese que defende.¹⁴⁹

Mas nosso entendimento é diverso. Na esteira do vaticinado, temos que a súmula consagra a viabilidade da transação no âmbito do compromisso de ajustamento.

Ocorre que refere-se ela unicamente a atendimento integral à defesa dos interesses difusos objetivados no inquérito civil.

Não se fala, assim, e adequação da conduta à lei, em medida idêntica a eventual decisão judicial, em impossibilidade de concessões, e também não se faz qualquer referência à indisponibilidade de direitos.

Pela compreensão que se faz mostrar, apenas se preocupa o Conselho Superior do Ministério Público com o bom atendimento da demanda metaindividual objeto do inquérito civil (ou assemelhado), sem maiores formalismos ou restrições, e sem exigência de que esse atendimento se dê exatamente pela forma prescrita em lei.

É a flexibilização, o bom-senso, a vivência das Promotorias de Justiça e a sobrevivência prática do instituto prevalecendo sobre as teses meramente acadêmicas (sem embargo de defendermos a flexibilização a partir também de argumentos jurídicos).

¹⁴⁹ Fernando Reverendo Vidal Akaoui, *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*, cit., p. 70.

Por fim, mas não menos relevante, é que considerando o tipo de legitimidade engendrada para a ação civil pública, como vimos, concorrente e disjuntiva, difícil mesmo seria falar em renúncia ao direito material tutelado em ato praticado por um só legitimado, já que não estando qualquer dos co-legitimados satisfeito com o ajuste formulado, ou entendendo-o insuficiente, poderá adotar as medidas de sua competência para eventual correção.

Sobre essa possibilidade, atente-se a Mazzilli: “Se qualquer dos co-legitimados à ação civil pública não aceitar o compromisso de ajustamento tomado, poderá desconsiderá-lo e buscar os remédios jurisdicionais cabíveis.”¹⁵⁰

Eventual compromisso em que concessões tenham sido negociadas, dessa forma não esgotam definitivamente a discussão acerca da tutela do interesse metaindividual seu objeto, não se podendo falar como decorrente de disposição do direito. Poder-se-á dizer, no máximo, que apenas parte do problema foi resolvida, sem impedimento algum para possível complementação.

Não adimplida a obrigação ajustada, o termo de compromisso de ajustamento assume natureza jurídica de título executivo extrajudicial.

Nos dizeres de Sérgio Shimura, título extrajudicial é “o documento ou ato documentado, tipificado em lei, que contém uma obrigação líquida e certa que viabiliza o uso da ação executiva”.¹⁵¹

¹⁵⁰ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, cit., p. 209.

¹⁵¹ Sérgio Shimura, *Título executivo*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 112.

A tipificação, por sua vez, vem do já analisado parágrafo 6º do artigo 5º da Lei n. 8.429/85, e do permissivo constante do artigo 585, VII do Código de Processo Civil.¹⁵²

Eventual execução dar-se-á nos termos da legislação processual civil, com preferência pelo cumprimento específico da obrigação.

5.5 Legitimados

Quanto aos legitimados para tomarem termo de compromisso de ajustamento de conduta, temos como plúrima a opção do legislador, que recaiu sobre vários titulares.

Sobre legitimação dessa natureza, ao mesmo tempo plural e autônoma, tradicional a expressão cunhada por Barbosa Moreira, que a chamou de *concorrente e disjuntiva*: “A legitimação concorrente (e disjuntiva) dos co-titulares, que ficam habilitados a agir em juízo, na defesa do interesse comum, quer isoladamente, que mediante a formação de um litisconsórcio voluntário.”¹⁵³

É assim a legitimação para a ação civil pública estabelecida no artigo 5º da lei de regência:

¹⁵² “Artigo 585 - São títulos executivos extrajudiciais (...) VII - todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva;”

¹⁵³ José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de direito processual*: terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 198.

“Artigo 5º - A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:

I - esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil;¹⁵⁴

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

Desses legitimados para a ação, no entanto, nem todos o foram para a participação no termo de compromisso de ajustamento de conduta.

Da matéria, cuida o parágrafo 6º do mesmo artigo 5º:

“§ 6º - Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

Note-se que, em relação aos legitimados para a ação, a lei foi mais restritiva ao eleger os legitimados para o compromisso de ajustamento, agraciando apenas aqueles que chamou de órgãos públicos.

A restrição não parece carecer de sentido.

¹⁵⁴ O artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor inseriu um parágrafo 4º nesse artigo, dispensando o requisito da pré-constituição, quando, a critério judicial, “haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

Cuidando-se de interesses da mais alta relevância, pertinentes a parcela muitas vezes expressiva da coletividade, transacionar extrajudicialmente a respeito deles parece tarefa melhor amoldada a entes públicos, normalmente perenes, constituído de profissionais em regra especialistas e com dedicação exclusiva na matéria, e sujeitos a sistema mais adequado de controle.

Sobre a opção pela legitimação para o compromisso de ajustamento apenas de órgãos públicos, referiu-se Rodrigues:

“A opção mais conservadora do legislador pode ser atribuída à própria natureza dos direitos envolvidos, combinada com a maior margem de insegurança envolvida na solução extrajudicial de conflitos. Justifica-se, de conseguinte, uma maior cautela no momento de se elencar o rol dos legitimados à celebração do ajuste de conduta.”¹⁵⁵

Akaoui justifica a medida:

“Certamente que, longe de querer destinar todas as associações a uma vala comum, tentou o legislador evitar que algumas delas, que muito embora tenham presentes os requisitos constitutivos exigidos para que seja legitimada à propositura da ação civil pública, mas não tenham capacidade técnica ou moral para firmar o acordo para resguardo do bem jurídico difuso ou coletivo tutelado, venham a se aventurar nesse campo.

Com efeito, poderá ocorrer de alguma associação, por dolo ou culpa, vir a firmar título que não atenda ao interesse da coletividade, podendo causar prejuízos ao bem comum ou coletivo.”¹⁵⁶

¹⁵⁵ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, cit., p. 160.

¹⁵⁶ Fernando Reverendo Vidal Akaoui, *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*, cit., p. 73.

Complementa sua idéia com interessante menção ao princípio da publicidade:

“Outro ponto que nos parece de extrema relevância é quanto à publicidade do compromisso de ajustamento de conduta, pois, enquanto os órgãos públicos estão obrigados a dar ampla publicidade de seus atos, em homenagem ao princípio insculpido no *caput* do artigo 37 de nossa CF, à mesma obrigação não estariam ligadas as associações civis, o que poderia trazer inúmeros prejuízos para a efetivação das medidas tendentes à correção das ilegalidades praticadas em face dos interesses difusos e coletivos.

Realmente, não tendo a coletividade e os demais órgãos públicos notícia do ajustamento de conduta, poderiam ser tomadas medidas desnecessárias em face do responsável, assim como os termos daquele acordo não seriam de conhecimento geral, para análise e eventual crítica.”¹⁵⁷

Para a propositura da ação, entidades privadas são admitidas, o que é elogiável, não somente por estimular a organização da sociedade civil, como por ampliar as possibilidades de tutela de interesses tão caros. Mas, não se pode esquecer que na ação, além da figura do magistrado, sempre existirá a intervenção do representante do Ministério Público, a outorgar maior segurança e oficialidade ao debate.

Como entidades privadas não têm regulamentadas formas de controle de sua eventual atividade extrajudicial na condução do tema, melhor mesmo, por cautela, e não desconfiança, que não tenham sido autorizadas, isoladamente, a

¹⁵⁷ Fernando Reverendo Vidal Akaoui, *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*, cit., p. 73.

firmar compromissos, o que não as inibe nem lhes alivia da tarefa de buscar soluções negociadas nos conflitos com que se deparem, bastando, no caso de sucesso, para oficializá-los, submetê-los a referendo do Ministério Público, no termos da legislação ordinária.¹⁵⁸

Mancuso propõe sugestão semelhante:

“Nada obstante, presentes a interpretação teleológica (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5º), e a instrumentalidade-efetividade do processo, seria pensável que, mediante a prévia oitiva do órgão do Ministério Público, como *custos legis* (Lei 7.347/85, art. 5º, § 1º), mesmo àquelas entidades (associações civis, fundações privadas, sindicatos) pudesse ser estendida a possibilidade de celebração de termo de ajustamento, quando o justificassem a excepcionalidade da espécie, a particular relevância do interesse metaindividual considerado e a clara idoneidade da solução negocial, o que ora fica sugerido, ainda como contribuição *de lege ferenda*.”¹⁵⁹

Sobreleva compreender, por outro lado, o que quis dizer a lei ao referir-se a “órgãos públicos”, expressão de que não se valeu ao elencar, no *caput* do dispositivo, os legitimados para a ação.

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, órgãos públicos se definem como “unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições

¹⁵⁸ Artigo 585, II do Código de Processo Civil.

¹⁵⁹ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*, 7. ed., cit., p. 233.

do Estado (...). Os órgãos não passam de simples repartições internas da pessoa cuja intimidade estrutural integram, isto é, não têm personalidade jurídica”.¹⁶⁰

Para Hely Lopes Meirelles, são “centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem”.¹⁶¹

Especificamente para o tema, órgãos públicos são também definidos por Carvalho Filho: “A expressão órgão público tem sentido jurídico bem definido. Órgão público é o compartimento da estrutura organizacional administrativa ao qual é cometida competência para o desempenho de determinadas funções.”¹⁶²

A expressão não foi lançada com rigor técnico.

Ficaria afastado da melhor interpretação, e inclusive do bom senso, imaginar que embora pessoas jurídicas de direito público e entidades de personalidade jurídica pública figurem entre os legitimados para ação, apenas órgãos despersonalizados de seu organograma administrativo desfrutassem da legitimação para firmar compromissos de ajustamento.

Aliás, a própria ausência de personalidade jurídica dessas estruturas traria problemas de ordem técnica para a ultimação do ajuste.

¹⁶⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 85.

¹⁶¹ Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 16. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 58.

¹⁶² José dos Santos Carvalho Filho, *Ação civil pública: comentários por artigos*, 3. ed., 2001, cit., p. 200.

A posição é reforçada por Carvalho Filho:

“Não se confundem os órgãos e as pessoas jurídicas. Estas são as entidades dotadas de personalidade jurídica, o que as torna aptas a adquirir direitos e contrair obrigações no mundo jurídico. Os órgãos são partes internas das pessoas, traduzindo mera divisão de trabalho através da desconcentração de funções, objetivando maior celeridade e eficiência na atuação da pessoa a cuja estrutura pertencem. Apenas como esclarecimento, o Estado membro é uma pessoa jurídica de direito público, mas suas secretarias, superintendências, departamentos, divisões e outros compartimentos que lhe integram a estrutura orgânica caracterizam-se como órgãos públicos (estaduais). Por sua natureza, portanto, são despersonalizados e, salvo em situações extremamente peculiares, não têm capacidade jurídica própria. Há dois elementos nos órgãos públicos: um subjetivo, concernente aos agentes, pessoas físicas, que os integram; outro objetivo, relacionado com as funções que lhes são atribuídas. Sendo assim, não há como deixar de reconhecer um vínculo jurídico indissociável entre o Estado e seus órgãos e agentes. Nesse vínculo, a vontade do órgão e do agente é imputada diretamente ao Estado, ou seja, quando o órgão e seu agente expressam sua manifestação volitiva, é como se esta se originasse diretamente do próprio Estado. Os efeitos jurídicos dessa manifestação ficam imputados ao Estado, pouco importando se o desempenho funcional se houve com aspectos positivos ou negativos.”¹⁶³

A dicção correta da lei indica para a vedação para compromissos de ajustamento exclusivamente das entidades privadas admitidas para a ação, ressaltando os demais legitimados públicos.

¹⁶³ José dos Santos Carvalho Filho, *Ação civil pública: comentários por artigos*, 3. ed., 2001, cit., p. 200.

Para Carvalho Filho:

“O sentido da expressão órgãos públicos no texto em exame tem sentido mais amplo. Aqui o legislador não quis referir-se estritamente às partes componentes das pessoas públicas, como é o sentido técnico. Pretendeu contemplar, com vistas ao compromisso de ajustamento de conduta, as pessoas dotadas de personalidade jurídica de direito público e o Ministério Público, único órgão com legitimidade natural para a ação civil pública. Enfim, a permissão contida na lei se direcionou para o lado público dos legitimados, com exclusão dos entes privados.”¹⁶⁴

Rodrigues concorda com a maior amplitude da expressão:

“No entanto, reputamos, na companhia de toda a doutrina, que a lei adotou um significado mais amplo de órgãos públicos para dar uma ênfase às atribuições públicas de quem poderá promover a tutela extrajudicial desses direitos. Sem sombra de dúvida podem celebrar ajustes o Ministério Público, a União, o Estado e o Município.”¹⁶⁵

Esses mesmos os legitimados, digamos, inquestionáveis: as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e o Ministério Público.

Entre os primeiros, embora haja omissão na redação original da Lei da Ação Civil Pública, incluía-se o Distrito Federal, já que a falha, que não dispunha de qualquer cabimento, foi corrigida pelo artigo 21, introduzido pelo Código de

¹⁶⁴ José dos Santos Carvalho Filho, *Ação civil pública: comentários por artigos*, 3. ed., 2001, cit., p. 201.

¹⁶⁵ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, cit., p. 162.

Defesa do Consumidor, para determinar a aplicação à lei de seu Título III (no art. 82, II desse Título, há expressa menção ao Distrito Federal).

As autarquias e fundações de direito público também dispõem de legitimidade pacífica.

Alguns órgãos públicos típicos (desde que integrantes de pessoa federativa, autarquia ou fundação de direito público) também podem ser legitimados. Assim os Procons, ou órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente. O permissivo vem introduzido em leis esparsas e, em especial para defesa do consumidor, no artigo 82, III do Código de Defesa do Consumidor.

Rodrigues defende a legitimidade das agências executivas reguladoras, “novos modelos de organização administrativa do Estado, que também são pessoas jurídicas de direito público”.¹⁶⁶

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Agência executiva é a qualificação dada à autarquia ou fundação que celebre contrato de gestão com órgão da Administração direta a que se acha vinculada, para a melhoria da eficiência e redução de custos.

(...)

Essas entidades estão disciplinadas pelos Decretos federais ns. 2.487 e 2.488, de 2.2.98, que falam em autarquias e fundações qualificadas como agências executivas. São, na realidade,

¹⁶⁶ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, cit., p. 162.

autarquias e fundações e, em decorrência dessa qualificação, passam a submeter-se a regime jurídico especial.

(...)

Agência reguladora, em sentido amplo, seria, no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração direta ou entidade da Administração indireta com função de regular as matérias que lhes são afetas. Nesse sentido, a única coisa que constitui inovação é o próprio vocábulo, anteriormente não utilizado para designar entes da Administração Pública.

(...)

Não existe lei específica disciplinando as agências reguladoras; elas estão sendo criadas por leis esparsas, como as de ns. 9.427, de 26.12.1996, 9.472, de 16.07.1997, e 9.478, de 06.08.1997, que instituíram, respectivamente, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, a Agência Nacional de Petróleo – ANP.”¹⁶⁷

A ponderação é razoável.

Tomando as agências executivas sempre forma de autarquias ou fundações públicas; e sendo as agências reguladoras nada mais do que inovação terminológica para indicar órgãos da Administração direta ou indireta, temos que, em realidade, nenhuma nova figura administrativa foi criada, encaixando-se ambas as entidades perfeitamente na definição de “órgãos públicos” a que faz referência a lei de regência.

Os conselhos profissionais também podem celebrar compromissos de ajustamento, conquanto autarquias federais.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, São Paulo: Atlas, 2000, p. 387-389.

¹⁶⁸ O artigo 58 da Lei n. 9.649/98, que as tornava pessoas jurídicas de direito privado, foi, nessa parte, julgada inconstitucional (ADI-MC n. 1717/DF, rel. Min. Sidney Sanches).

Ficam sem legitimidade as associações, fundações públicas de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista, nada obstante, para as duas últimas, existir certa divergência doutrinária.

Carvalho Filho afasta definitivamente a legitimidade dessas entidades:

“Não a terão, todavia, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas de direito privado (porque, embora da Administração Pública, são dotadas de personalidade de direito privado), bem como as associações que preencham os requisitos do artigo 5º, I e II. Nenhuma destas últimas pode qualificar-se como órgão público, por mais ampla que seja a interpretação do texto legal.”¹⁶⁹

José Emmanuel Burle Filho e Wallace Paiva Martins Júnior¹⁷⁰ a defendem, sob o argumento de que, embora operem em regime de direito privado, têm como marca pública necessária a legitimá-las a presença do Estado em sua criação e gerenciamento.

Geisa de Assis Rodrigues faz concessões a essas entidades, conforme a atividade que exerçam:

“Nesse ponto, alteramos nosso entendimento anterior que nunca admitia a legitimidade das sociedades de economia mista e as empresas públicas para tomarem o compromisso de ajustamento de conduta. Na verdade, também para efeitos de celebração de

¹⁶⁹ José dos Santos Carvalho Filho, *Ação civil pública: comentários por artigos*, 3. ed., 2001, cit., p. 201.

¹⁷⁰ José Emmanuel Burle Filho; Wallace Paiva Martins Júnior, Compromisso de ajustamento de conduta e entidades paraestatais, *Revista do Ministério Público Paulista*, São Paulo: APMP, p. 90, jul./ago. 1996.

ajustamento de conduta, vale a distinção entre as sociedades de economia mista e as empresas públicas prestadoras de serviços públicos e as exploradoras de atividade econômica. As prestadoras de serviço podem ter, entre suas atividades, a celebração de ajustamento de conduta, sendo que as exploradoras do domínio econômico não poderiam ter essa atribuição.”¹⁷¹

É acompanhada por Akaoui: “Portanto, sob nossa ótica as empresas públicas e sociedades de economia mista somente estarão legitimadas a tomar o compromisso de ajustamento de conduta quando tiverem como escopo a prestação de serviço público.”¹⁷²

Tenho que às sociedades de economia mista e empresas públicas deve sempre ser negada a legitimidade.

Essas entidades, seja qual for a atividade que desempenhem, terão sempre como traços caracterizadores, entre outros, a personalidade jurídica de direito privado, o desempenho de atividade de natureza econômica e a vinculação aos fins definidos na lei instituidora.¹⁷³

Com tais características, principalmente por atuarem em atividade industrial ou comercial, muitas vezes em regime de concorrência com empresas privadas, não dispõem as entidades da isenção necessária para assumir legitimidade desse jaez, e nem ostentam a natureza jurídica exigida para tanto.

¹⁷¹ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, cit., p. 163.

¹⁷² Fernando Reverendo Vidal Akaoui, *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*, cit., p. 78.

¹⁷³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, cit., p. 331

O fato de eventualmente prestarem serviço público não altera essa realidade, nem a natureza jurídica das entidades.

Se prestam serviços públicos não exclusivos, continuam a praticar atos comerciais ou industriais, equiparando-se, nessas condições, a concessionários de serviço público porque, a teor do que dispõe o artigo 175 da Constituição Federal, somente nessa modalidade é que serviços públicos podem ser executados por terceiros.

Sobre o tema, assim se posiciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Isto quer dizer que a empresa estatal que desempenha serviço público é concessionária de serviço público submetendo-se à norma do artigo 175 e ao regime jurídico dos contratos administrativos, com todas as suas cláusulas exorbitantes, deveres perante usuários e direito ao equilíbrio econômico financeiro.”¹⁷⁴

Dessa forma, ainda que a empresa pública preste serviço público, continuará com personalidade de direito privado, equiparando-se a concessionário, entidade desprovida de legitimidade para tomar compromissos de ajustamento de conduta.

A preocupação dessas entidades, seja qual atividade exerçam, até porque devem perseguir a finalidade que lhes confere a lei instituidora, é bem outra, já que sua destinação natural segue essencialmente o ideário das

¹⁷⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, cit., p. 330.

empresas privadas, visando o exercício de atividade econômica lucrativa, atividade essa que não coaduna com a defesa de interesses metaindividuais, senão com a do equilíbrio econômico e sucesso financeiro da própria empresa.

A distinção quanto à atividade, assim, não produz efeitos no que tange à legitimidade para obtenção extrajudicial de compromissos relacionados a interesses transindividuais, influenciando apenas para designar para essas entidades, em suas atividades comerciais ou industriais, regime jurídico administrativo.

Não discorda Mazzilli:

“Ora, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica de produção e comercialização de bens ou prestação de serviços devem ter função social e sujeitar-se a formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade. Contudo, em nosso entender, não são as mais indicadas para tomar compromissos de ajustamento dos causadores de danos a interesses metaindividuais. Como exploram a atividade econômica em situação análoga ao regime jurídico próprio das empresas privadas, não raro não terão isenção suficiente para buscar a só defesa do interesse público primário.”¹⁷⁵

Às organizações sociais também não se deve emprestar legitimidade. São elas “pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do

¹⁷⁵ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, cit., p. 206-207.

Estado, com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo instituído por meio de contrato de gestão”.¹⁷⁶

As organizações sociais, ao que tudo indica, trata-se de forma anômala (instituída pela MP n. 1.591/ 1997), de constitucionalidade absolutamente questionável (discussão essa sem espaço neste trabalho), de transferência de atividades públicas a terceiros, com o fito, aparentemente exclusivo, de permitir ao administrador furtar-se do regime jurídico de direito público a que se vincula.

São entidades, que embora sem fins lucrativos, obviamente remuneram seus profissionais, assumindo serviços anteriormente prestados diretamente pelo próprio Estado, utilizando-se dos mesmos espaços, pessoal e patrimônio públicos, sem submissão, no entanto, ao regime de administração pública. Simplesmente, as mesmas pessoas, no mesmo local, com os mesmo recursos, fazem a mesma coisa, porém livres das conhecidas “amarras” inerentes à atividade administrativa pública.

De qualquer forma, as organizações sociais dispõem de natureza jurídica privada, realizando exclusivamente as atividades previstas no contrato de gestão a que se vinculam, não desfrutando de legitimidade ou mesmo aptidão para a confecção de compromissos de ajustamento de conduta.

Dos órgãos legitimados para o compromisso de ajustamento, à exceção do Ministério Público, se exige, ainda, a pertinência temática.

¹⁷⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, cit., p. 311.

Sobre o tema, assim vaticina Rodrigues:

“Por outro lado, só há legitimidade material da União Federal, do Estado, do Distrito Federal, do Município, dos seus órgãos públicos legitimados, de suas autarquias e fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços para celebrar ajuste, se houver pertinência temática entre o conteúdo do ajuste e as atribuições do ente público.”¹⁷⁷

A pertinência temática, expressão cunhada pelo Ministro Celso de Mello¹⁷⁸, é, para Lênio Luiz Streck, uma “relação de pertinência entre o objeto da norma questionada e o interesse do proponente (...)”.¹⁷⁹

Falando sobre a ação civil pública em si, em lição que pode ser transportada para o compromisso de ajustamento, assim se coloca Mazzilli: “Nas ações civis públicas e coletivas, o interesse processual do Ministério Público é presumido; já as pessoas jurídicas de direito público interno e os demais co-legitimados devem demonstrar em concreto o interesse.”¹⁸⁰

Em outra passagem, esmiúça a idéia de pertinência temática para os órgãos públicos legitimados:

“Já o requisito da pertinência temática significa que: a) as entidades e órgãos da Administração direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, devem estar especificamente

¹⁷⁷ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, cit., p. 166.

¹⁷⁸ STF – ADI n. 913-3/DF, rel. Min. Moreira Alves, *Revista dos Tribunais*, v. 718, p. 283.

¹⁷⁹ Lênio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 543.

¹⁸⁰ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, cit., p. 160.

destinados à defesa dos interesses metaindividuais, objetivados na ação coletiva que, como legitimados ativos, pretendem propor; (...).”¹⁸¹

Adequada nos parece a exigência, baseada em aspectos técnicos e desprovida de cunho meramente restritivo de legitimidade, o que, de resto, sequer seria elogiável.

Determinados legitimados atuam especificamente em determinada área de conhecimento, ou dispõem de competência restrita, não tendo à sua disposição, muitas vezes, condições técnicas e científicas para adoção de providências em relação a matérias estranhas ao seu atuar cotidiano.

Restaria sem sentido, e carente da segurança necessária, no sentido da adequada tutela do interesse, que o IBAMA, por hipótese, firmasse ajuste na área do consumidor, a ANATEL na de petróleo, ou mesmo o Município em interesse que tange à União.

No pólo passivo, todos podem figurar no compromisso de ajustamento, pessoas físicas, jurídicas, de direito público (incluindo os poderes constituídos, Administração, Legislativo e Judiciário) ou privado, órgãos públicos, com ou sem personalidade jurídica, bem como pessoas morais¹⁸², tais como massas falidas e condomínios, desde que possam ou tenham praticado conduta ofensiva a

¹⁸¹ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, cit., p. 150.

¹⁸² Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, cit., p. 174.

interesses metaindividuais tutelados pela Lei da Ação Civil Pública ou pela legislação que a integra e complementa.

Sobre a terminologia a ser empregada em relação aos atores do compromisso de ajustamento, interessante mencionar Maria José Lopes de Araújo Saroldi:

“A terminologia utilizada nos TACs ainda é motivo de controvérsia. Alguns autores, como Mazzilli (2000), consideram Compromissário o órgão público legitimado para tomar o compromisso e Compromitente aquele que promete adequar sua conduta. Para outros autores, como Rodrigues (2000), esta terminologia é invertida. Portanto, consideram-se as duas formas corretas, devendo especificar no início do termo o papel de cada um e discriminar todos os dados relevantes à qualificação daquele que assume o compromisso de fazer ou deixar de fazer alguma coisa.”¹⁸³

5.6 A legitimidade do Ministério Público

A solução para o Ministério Público, no entanto, é diversa.

Cuida-se de instituição especificamente criada, destinada, treinada e acostumada à tutela de interesses metaindividuais, sendo o ato principal, inclusive como tem mostrado a prática das Promotorias de Justiça, a formalização dos

¹⁸³ Maria José Lopes de Araújo Saroldi, *Termos de ajustamento de conduta de gestão de resíduos sólidos*, cit., p. 71.

compromissos de ajustamento, podendo, via de conseqüência, atuar em qualquer área em que aplicável o instituto.

E nem poderia ser diferente. Se o Ministério Público é legitimado para o todo da ação civil pública, incluindo todos os assuntos por ela passíveis de tutela, e podendo os termos de ajustamento ter por objeto todas as matérias veiculáveis por esse meio, conseqüente a absoluta amplitude de sua atuação.

Concordando com o exposto, e referindo-se às resistências oriundas de terras alienígenas, assim pondera Mancuso:

“Tais críticas podem, quiçá, ser válidas para outros países, mas não se aplicam, à toda evidência, ao Ministério Público em nosso país, instituição una e indivisível, permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, vocacionada à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127 e § 1º). As estatísticas demonstram a absoluta superioridade do número de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público, em face daquelas propostas pelos outros co-legitimados.

(...)

Simpósios, congressos, criação de órgãos específicos relacionados à tutela dos interesses difusos são indicativos de que o *Parquet* é bastante atuante na defesa dos interesses metaindividuais, mormente nas áreas da relação de consumo, da defesa do meio ambiente e do patrimônio cultural.”¹⁸⁴

Sobre a prelavência do Ministério Público na defesa dos interesses metaindividuais, a crítica de Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz:

¹⁸⁴ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*, 7. ed., cit., p. 106-107.

“Não deixa de preocupar a larga preponderância dessa instituição quando se trata de atuação em defesa de interesses difusos (com certeza é ela responsável pela atuação em mais de 90% dos casos). Preocupa pois esse é um sintoma claro da fragilidade de nossa democracia, na medida em que revela o grau ainda incipiente de organização da chamada ‘sociedade civil’, a grave crise nacional da educação, a baixa consciência dos cidadãos quanto aos seus direitos mais elementares, o sentimento generalizado da impotência diante da impunidade.”¹⁸⁵

Deve ficar registrado, em abono, que, dos co-legitimados, o Ministério Público é o único aparelhado com o inquérito civil público, e que exerce o mister da defesa de interesses matindividuais com exclusividade, diferentemente dos demais que, ordinariamente, desempenham outras funções.

A circunstância é lembrada por Rodrigues:

“As razões já apresentadas para demonstrar que o Ministério Público é o protagonista da tutela judicial podem ser invocadas para afirmar o mesmo na esfera extrajudicial, acentuadas pelo fato de as associações não poderem celebrar ajuste de conduta. Sendo o Ministério Público instituição vocacionada para a tutela de direitos, não tendo nenhum outro tipo de atribuição como ocorre com todos os demais co-legitimados responsáveis pelas múltiplas atividades de administração pública, é esperado que o *Parquet* exerça um papel de relevo na celebração do ajustamento de conduta.”¹⁸⁶

¹⁸⁵ Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania, in Édis Milaré (Coord.), *Ação civil pública: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 64.

¹⁸⁶ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, cit., p.166.

Acentuando o papel do Ministério Público da defesa de interesses matindividuais, acrescenta Mazzilli: “Seu mister desenvolve-se tanto na esfera extrajudicial, como na judicial, chegando a propor, num só ano, apenas na Comarca da Capital, milhares de ações civil públicas.”¹⁸⁷

Logo adiante:

“Ora, nestes anos todos, o Ministério Público brasileiro especializou-se com a criação de promotorias de proteção ao meio ambiente, consumidor, ao patrimônio público, à cidadania, às pessoas portadoras de deficiência, aos idosos, etc.

(...)

Insista-se, enfim: o que importa não são apenas as garantias da instituição, mas também a forma com que seus agentes se desincumbem de seus misteres, em defesa da lei e não dos interesses dos governantes e poderosos. E, em termos de garantias institucionais, a Constituição de 1988 as deu ao Ministério Público. Em termos pragmáticos, embora na esfera da responsabilização de governantes em exercício não tenha havido progressos no Ministério Público dos Estados, no mais, basta ver, nestes anos todos de vigência da LACP, o significativo número de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público em todo o país, em defesa especialmente do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio cultural.”¹⁸⁸

Akaoui traz interessante pesquisa sobre a efetividade da atuação do Ministério Público na confecção de compromissos de ajustamento:

¹⁸⁷ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, cit., p. 154-155.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 159.

“E não resta dúvida de que o instrumento tem sido muito utilizado pelos legitimados, notadamente pelo Ministério Público, sendo de trazer a colação alguns dados estatísticos:

- No ano de 2001, o Ministério Público do Estado de São Paulo contabilizou 245 compromissos de ajustamento de conduta somente no mês de setembro.

- Entre os meses de janeiro e outubro de 2001, o Ministério Público de Santa Catarina arquivou 386 procedimentos de investigação (aí incluídos inquéritos civis, procedimentos administrativos e peças de informações) com compromisso de ajustamento de conduta.

- Entre agosto de 2001 e julho de 2002, o Ministério Público do Estado de São Paulo firmou 2.726 compromissos de ajustamento de conduta.”¹⁸⁹

Pelo que se tem, desta forma, seja em termos legais, seja em termos práticos, sempre visando o interesse maior da tutela dos direitos metaindividuais, não se há como restringir, sob qualquer forma ou argumento, a legitimidade do Ministério Público para firmar compromissos de ajustamento de conduta.

Nesse sentido a própria orientação do Pretório Excelso, explicitada no seguinte julgado: “A custódia da lei, deferida ao Ministério Público, não pode sofrer restrições, na exegese de norma processual, coarctando-lhe o pleno desempenho do ofício.”¹⁹⁰

¹⁸⁹ Fernando Reverendo Vidal Akaoui, *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*, cit., p. 68.

¹⁹⁰ STF – RE n. 92656-9/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Néri da Silveira, v.u., j. 03.12.1984, *Lex-JSTF* n. 92, p. 73.

Em termos mais específicos e sintéticos, o órgão do Ministério Público legitimado para o ajuste é o mesmo a que se confere atribuição para a instauração do inquérito civil respectivo e propositura de eventual ação civil pública, conforme determinado nas regras de distribuição interna de atribuições, já que cabe exclusivamente a cada Ministério Público, por meio de ato do chefe da instituição, disciplinar essa questão.

Nada impede, ao contrário, pode ser muito recomendável, que mais de um membro do Ministério Público, com atribuição diversa, firme o acordo.

Ocorre que, não raro, ténue a linha que separa uma atribuição ministerial de outra, quando determinado fato efetivamente invade a seara de mais de uma delas.

Assim, determinada conduta pode interessar tanto, por exemplo, ao meio ambiente ou cidadania, quanto infância e juventude, ou pessoas portadoras de deficiência, sento interessante, nessas hipóteses, que todos os membros do Ministério Público com atribuição nas matérias compareçam ao ajuste.

Como não poderia ser diferente, em relação ao termo de compromisso de ajustamento, se aplicam as regras atinentes à suspeição e impedimento dos órgãos do Ministério Público, assim como ocorre na propositura da ação civil pública e na própria instauração do inquérito civil.

5.7 Formalização

Seguindo na esteira dos atos administrativos em geral¹⁹¹, o termo de compromisso de ajustamento, salvo raras exceções¹⁹² e eventuais normatizações particulares de determinado Ministério Público, não guarda forma rígida e específica.

Sem embargo, para a preservação do ajuste, sua correta inteligibilidade e eficácia, alguns aspectos não podem ser desprezados, como bem observa, sobre a importância de alguma formalização, Carlos Alberto da Mota Pinto:

“a) assegurar uma mais elevada dose de reflexão das partes. Nos negócios formais, o tempo que medeia entre a decisão de concluir o negócio e sua celebração permite repensar o negócio e defende as partes contra a sua ligeireza ou precipitação – dá-lhes oportunidade de medir a importância e os riscos do acto. No mesmo sentido concorre a própria solenidade do formalismo; b) assegura os termos definitivos do negócio da fase pré-contratual (negociação); c) permite uma formulação mais precisa e completa da vontade das partes; d) proporciona uma mais elevado grau de certeza sobre a celebração do negócio e seus termos, evitando-se perigos ligados à falível prova por testemunhas; e) possibilita uma certa publicidade do acto, o que interessa ao esclarecimento de terceiro.”¹⁹³

¹⁹¹ O artigo 22 da Lei n. 9.748/99 estabelece que “os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”.

¹⁹² O Sistema Nacional do Meio Ambiente tem forma prevista no artigo 76-A da Lei n. 9.605/98, assim como o compromisso de cessação a cargo do CADE, previsto na Lei n. 8.884/94.

¹⁹³ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 3. ed., Coimbra: Coimbra, 1996, p. 430-431.

Realmente, inexistisse um mínimo de formalidade, observado o princípio da instrumentalidade, em eventual execução, a contenda poderia derivar para a lembrança do que foi ou não ajustado, ao invés de guinar para o objeto da transação.

Para fins de certeza e segurança, portanto, alguns aspectos devem ser considerados.

Não se prescinde, dessa forma, que o ajuste seja reduzido a termo, em vernáculo, do qual conste, em detalhes, a qualificação dos envolvidos, visando assegurar, inclusive, eventual execução.

É recomendável que se inclua no termo seu amparo legal.

As considerações a respeito da motivação do ato são extremamente pertinentes, visando imprimir-lhe conexão lógica com suas cláusulas.

Espaço específico para a minuciosa expressão do objeto e objetivos do ajuste nos parece de todo relevante.

As cláusulas e compromisso assumidos pelo aderente, por evidente, não podem deixar de ser observadas, pena de repercussão na própria existência do instrumento.

Previsão sancionatória é obrigatória, e nem poderia ser diferente, já que em futura execução, o título deve ostentar liquidez.

A desatenção quanto à cláusula penal vem ocasionando insanáveis inconvenientes no cotidiano dos legitimados, tornando írritos inúmeros compromissos, redundando, além disso, em desperdício de tempo, dinheiro e energia dos envolvidos, a par de, e aqui o mais relevante, serem inaptos para o resguardo do bem jurídico tutelado.

Não por outro motivo, ao menos no âmbito do Ministério Público paulista, o Conselho Superior do Ministério Público fez editar a Súmula n. 9.

“Súmula n. 9 - Só será homologada a promoção de arquivamento de inquérito civil, em decorrência de compromisso de ajustamento, se deste constar que seu não cumprimento sujeitará o infrator a suportar a execução do título extrajudicial ali formado, devendo a obrigação ser certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto.”

Evidentemente, sem liquidez e certeza, não se constitui título, conforme ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery: “O título que autoriza a execução é aquele que *prima facie* evidencia certeza, liquidez e exigibilidade que permitem que o credor lance mão de pronta e eficaz medida para o cumprimento da obrigação a que o devedor se prestou a cumprir.”¹⁹⁴

¹⁹⁴ Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 1.020, nota 1.

O relevante em um compromisso de ajustamento, para o bem do resguardo do direito transindividual envolvido, é que a obrigação assumida seja efetivamente adimplida, pelo que a multa a ser fixada não pode constituir-se em opção admitida no ajuste, devendo ser utilizada como instrumento cominatório, e não compensatório, porque nessa última hipótese, equivaleria a uma alternativa ao compromitente quanto ao cumprimento da obrigação.

Esse entendimento também restou sumulado pelo Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo:

“Súmula n. 23 - A multa fixada em compromisso de ajustamento não deve ter caráter compensatório, e sim cominatório, pois nas obrigações de fazer ou não fazer normalmente mais interessa o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor que o correspondente econômico.”

Os valores porventura advindos de execução deverão ser revertidos ao fundo de que trata o artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública, e essa menção deve ser expressa no termo.

Despiciendas menções que apenas fazem repetir a lei de regência, como salientar que a eficácia do compromisso depende de ratificação por órgão superior, e outras que a valham.

Testemunhas instrumentárias são desnecessárias, e inconveniente item por meio do qual venha o compromitente a expressamente reconhecer sua responsabilidade ou a prática de ato ilícito.

Importante no compromisso é que o agente se ajuste, resguardado o interesse metaindividual visado, pouco importando o reconhecimento de culpa, que, no mais, demonstra a prática, configura empecilho à ultimação do ato.

Akaoui¹⁹⁵ discorda, argumentando que a admissão da ocorrência do dano ou risco do dano, pode evitar futura discussão acerca da existência do fato, em sede de eventuais embargos do devedor.

No entanto, como lembrado pelo próprio autor, em se tratando de título executivo extrajudicial, o espectro de defesa em sede de embargos é amplo (art. 475 do CPC), significando que até essa cláusula de admissão pode ser questionada, como qualquer outra, a partir, inclusive, de suposto vício de consentimento.

Parece-nos, desta forma, que a precaução aventada acaba por não produzir resultado prático na eventualidade dos embargos, enquanto que remanesce presente, com a exigência da cláusula, o entrave relacionado à aderência do compromissário.

De toda sorte, a preocupação fica de alguma forma atendida com a inclusão detalhada no termo de suas razões e objeto, da maneira como acima sugerido, que substituem, com proveito, e menos traumas, a menção expressa a responsabilidade ou culpa, afastando também a discussão a respeito da

¹⁹⁵ Fernando Reverendo Vidal Akaoui, *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*, cit., p. 87-88.

ocorrência do fato, até porque, não tivesse ocorrido algum, não haveria motivo para a própria confecção do ajuste.

A fixação de prazo depende do objeto de ajuste, só se fazendo imprescindível quando haja termo para o adimplemento da obrigação. Em muitas situações, por seu turno, cláusula desse jaez é ilógica, senão de todo indesejável, notadamente quando o convencionado se refere a obrigação de não fazer.

5.8 Validade

Primeiro requisito de validade dos compromissos de ajustamento é que tenham sido firmados por pessoas com poderes legais para tanto.

Assim, cuidando-se de órgão público, deverá ser assinado pela agente munido de competência para a prática do ato.

Do lado dos comprometentes, há que se observarem a regras de capacidade civil, de forma que aquele que venha a se obrigar tenha plena capacidade de assumir obrigações.

Quando se trata de pessoa jurídica, é imperioso que quem a represente no termo tenha capacidade para em nome dela transigir, ou seja, poder de decisão.

No que tange ao Ministério Público, como vimos, regra geral, deverá comparecer no termo aquele promotor de justiça que sobre a matéria teria, conforme as regras institucionais internas, atribuição para a instauração do inquérito civil e eventual propositura de ação civil pública.

O que ocorre, no entanto, se o termo for firmado por membro diverso daquele previsto na regra de atribuição?

Três soluções se apresentam. A primeira vem no sentido de que o compromisso seria nulo, considerando a ilegitimidade do representante do Ministério Público que o firmou. Uma segunda tese implica em que o termo seja ratificado pelo órgão com atribuição. Na terceira, postula-se pela normal validade do instrumento, desde que seu conteúdo se mostre adequado aos fins a que se destina.

O primeiro posicionamento não merece guarida. Com efeito, como delineado na primeira parte deste trabalho, tem o Ministério Público entre seus princípios institucionais a unidade e indivisibilidade.¹⁹⁶

Disso decorre que todos os representantes do Ministério Público integram uma mesma instituição, e que podem, sem modificação de partes no negócio ou processo, substituírem-se uns aos outros.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Artigo 127, parágrafo 1º da Constituição Federal.

¹⁹⁷ Relembremos a lição de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: “Ser una e indivisível a instituição significa que todos os seus membros fazem parte de uma só corporação e podem ser indiferentemente substituídos um por outro em suas funções, sem que com isso haja alguma alteração subjetiva nos processos em que oficiam (quem está na relação processual é o Ministério Público, não a pessoa física do promotor ou curador).” (*Teoria geral do processo*, cit. p. 177).

Ora, parte no termo de ajustamento é o Ministério Público, e não este ou aquele membro, sendo que essa eventual alteração pessoal não pode influenciar na legitimidade para o negócio.

Em suma, o legitimado não é o promotor de justiça, mas o Ministério Público, de onde se abstrai que eventual invalidação por esse motivo não reserva pertinência lógica ou jurídica.

A tese no sentido de que a validade ou não se vincula ao conteúdo do compromissado encontra adeptos como Geisa de Assis Rodrigues:

“Conforme já demonstrado, reputamos que sendo adequado e razoável o ajustamento de conduta, atendendo o mesmo plenamente a tutela do direito transindividual a ser protegido, não se deve, sob pena de descuidar dos valores e fins a que visa atender o instituto, reputá-lo nulo ou sem efeito, mesmo se for celebrado por órgão do Ministério Público que não tenha atribuição para tanto, ou por ente público fora de pertinência temática de suas atribuições. Retomaremos a esse ponto mais adiante.”¹⁹⁸

Na retomada:

“Há, portanto, necessidade da conjunção de uma irregularidade subjetiva ativa e de uma irregularidade objetiva para que se possa invalidar o ajuste, sob pena de comprometermos a norma. Por exemplo, se o Ministério Público do Estado celebra um ajuste com uma empresa cujo objeto é o atendimento pleno da norma trabalhista que determina o fornecimento gratuito de

¹⁹⁸ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, cit., p. 172.

equipamentos de proteção individual, como óculos máscara e luvas a seus empregados, não pode o Ministério Público do Trabalho anular esse ajuste com base única e exclusivamente na falta de atribuição do *Parquet* estadual. Precisaria de outros argumentos como, *v.g.*, a inadequação dos equipamentos previstos.”¹⁹⁹

Com o devido acatamento, no que se refere a entes isentos de pertinência temática, a propositura nos parece exageradamente permissiva.

A pertinência temática é requisito que envolve a própria legitimidade do ente compromissário e, sobre esse aspecto, não há como transigir: órgão público que não atende à pertinência temática não é parte legítima para figurar em termo de compromisso de ajustamento de conduta.

Para o ajuste somente podem comparecer os entes legalmente legitimados. Não existe situação intermediária, ou se é ou não se é legitimado, envolvendo a questão muito mais que mero dilema de representação, este sim, como veremos, perfeitamente sanável.

Vincular à “justiça” do conteúdo do ajustamento a validade de termo firmado por órgão do Ministério Público desprovido de atribuição, da mesma maneira, não nos parece o mais razoável.

¹⁹⁹ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, cit., p. 202.

O acerto ou não de determinado ajuste contempla importante grau de subjetividade para servir de critério para consideração sobre a validade do compromisso.

A avaliação restaria a quem, ao órgão que firmou, ou àquele munido de atribuição legal para tanto?

Mesmo elevando a discussão ao órgão superior de controle do negócio (quando o debate envolve Ministérios Públicos de estruturas diversas, como proposto), a dúvida remanesceria: o critério prevalente seria de qual deles?

Nessas circunstâncias, a solução intermediária, a exigir a ratificação pelo órgão com atribuição, se nos apresenta como a mais jurídica e menos conflitante.

Em realidade, quando o entrave se relaciona à atribuição entre órgãos do Ministério Público, a discussão da legitimidade cede espaço para a reflexão atinente à representação, no caso, compreendida, *mutatis mutandis*, como capacidade postulatória.

Tendo em conta que a substituição de um promotor de justiça por outro não envolve entrave de legitimidade, fica para determinação o órgão que, naquela situação específica, estaria capacitado para representar a instituição.

Lembrando Calamandrei, Moacyr Amaral Santos explicita a idéia de *ius postulandi*:

“*lus postulandi*, na definição de Calamandrei, ‘é poder de tratar diretamente com o juiz, de expor-lhe diretamente os pedidos e as deduções das partes’. Preferimos conceituá-lo como direito, correspondendo-lhe não poucos e pesados deveres. No mais, achamos perfeita a definição do notável jurista italiano: é direito de tratar diretamente com o juiz, de expor-lhe os pedidos e deduções das partes. Ou, mais sinteticamente, usando a conceituação do mesmo Calamandrei: é o poder ou direito ‘de agir e de falar no processo em nome e no interesse das partes’.”²⁰⁰

Transportando, ao menos a idéia, para o extrajudicial, resta que a manifestação de promotor de justiça sem atribuição não induz ilegitimidade, mas falha de representação, que pode ser sanada, igualmente com adaptação, nos termos do artigo 13 do Código de Processo Civil, e, no caso particular, com o comparecimento do representante com atribuição e de seu órgão de controle, tendo sido bem recebida pela jurisprudência esse tipo de solução.²⁰¹

Dessa forma, restaria solvida a irregularidade, e ainda mais, ficariam resguardadas as prerrogativas legais do promotor de justiça com atribuição.

Excepcionamos, apenas, evidentemente, sem adentrar na temática do promotor natural²⁰², ora inoportuna, as hipóteses de designação especial

²⁰⁰ Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 366.

²⁰¹ STF – HC n. 72.904/PB, 2ª Turma, rel. Min. Maurício Correa, j. 30.04.1996, *DJU*, de 03.12.1999, p. 3; STF – HC n. 65.132/DF, Pleno, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 12.08.1987, *DJU*, de 04.08.1987, p. 18.286.

²⁰² Pensamos que o instituto, embora válido, pode ser mitigado. Aceitamos a idéia de que, assim como fazem os grandes escritórios, para determinadas e específicas demandas, considerando sua complexidade, relevância e abrangência, possa, para dirimir a controvérsia, ser designado promotor de justiça mais ajustado, desde que tal se dê a partir de critérios objetivos e não arbitrários, e sem prejuízo da imparcialidade como primado inafastável da atuação ministerial. O que se persegue é o melhor resguardo possível do bem jurídico tutelado, em prol da sociedade, destinatária final das atividades do Ministério Público, relembro, por fim, que a medida é perfeitamente legal, diante de unidade e indivisibilidade que marcam a instituição.

promovida pelo chefe da instituição, quando, em realidade, inexistiria controvérsia de competência.

Eventuais conflitos de atribuição, caso ocorram, que fique anotado, devem ser solucionados na forma da lei.

Do ponto de vista objetivo, para que não se torne írrito, o termo deve observar o mínimo de formalismo visto no item anterior, ou seja, deve ser reduzido a termo, em vernáculo, conter cláusulas obrigacionais para o compromitente (que podem incluir qualquer modalidade de obrigação), cláusula penal (para conferir-lhe liquidez) e, quando compatível, prazo para adimplemento da obrigação.

A validade do compromisso de ajustamento firmado por órgão público que não seja o Ministério Público fica condicionada à sua participação e referendo no acordo.

A tese não é pacífica, e Carvalho Filho bem resume a posição de seus detratores:

“Reconhecendo, embora, a importância do múnus atribuído ao Ministério Público nesse tipo de proteção, não vemos na lei qualquer vislumbre de obrigatoriedade nessa intervenção. Ao contrário, limita-se ela a regular, no artigo 5º, a atuação ministerial dentro do processo judicial, estabelecendo, de modo claro, que o Ministério Público se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei (art. 5º, § 1º). ‘No processo’ diz a norma. Se assim diz a lei, a ampliação interpretativa pode

alcançar, quando muito, a hipótese em que o compromisso é levado a órgão judicial para homologação, como visto acima, mas não pode chegar ao extremo de abranger aquele que é firmado extrajudicialmente com a interveniência de outro órgão público legitimado.”²⁰³

Embora mereçam respeito os argumentos, eles não convencem.

E assim o é não somente porque exerce a instituição papel de fiscal da lei amparado em cláusula geral de interesse público, independente, portanto, de permissivo específico, mas também porque é permanente e a única exclusivamente designada para a defesa dos interesses metaindividuais.

É fato que a lei se refere a “processo”, mas essa norma demanda algum alargamento, para alcançar os termos de ajustamento. Ora, se na ação judicial, situação de maior segurança e formalidade, é obrigatória a participação do Ministério Público, não se a pode dispensar em ato muito mais singelo e suscetível a equívocos como o termo de ajustamento, isso não somente pela mencionada vocação ordinária da instituição, mas também por seu próprio aparelhamento e experiência no trato do assunto, que poderão ser muito úteis para o deslinde da controvérsia, além de emprestar maior confiabilidade e credibilidade ao ajuste, qualidades essas emprestadas da própria imagem da instituição.

²⁰³ José dos Santos Carvalho Filho, *Ação civil pública: comentários por artigos*, 3. ed., 2001, cit., p. 206.

Em acréscimo, acima da extensão interpretativa, vem a Constituição Federal, que confia ao Ministério Público a tutela de interesses metaindividuais, sem qualquer tipo de limitação, mister da qual deve se desincumbir em quaisquer circunstâncias, inclusive nos compromissos de ajustamento em que não apareça como compromissário.

Assim defende Fernando Grella Vieira, ao destacar que:

“Se é imprescindível a participação do Ministério Público como fiscal da lei nas ações propostas pelos demais co-legitimados, a mesma razão há de prevalecer para tornar obrigatória sua participação na celebração do compromisso extrajudicial, eis que se trata, da mesma forma, de exercer a competência constitucional que lhe foi reservada quando à defesa dos interesses sociais, em ato do qual resultará definição das obrigações (liquidez e certeza) e, conseqüentemente, título executivo.”²⁰⁴

Com a mesma felicidade posiciona-se Akaoui:

“Questão de altíssima relevância, e que nos parece bastante interessante, é no sentido de estar presente, ainda que como anuente do compromisso, o Ministério Público, sob pena do título ser inválido no mundo jurídico.

Tal posicionamento advém do entendimento de que, se o legislador determinou a intervenção obrigatória do Ministério Público, como fiscal da lei, nas ações civis públicas em que não seja autor, mesmo naquelas em que órgão públicos estejam encabeçando o pólo ativo das mesmas, então o mesmo deve

²⁰⁴ Fernando Grella Vieira, A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta, in Edis Milaré, *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 234.

ocorrer no compromisso de ajustamento de conduta, sob pena de o mesmo não alcançar a necessária eficácia.”²⁰⁵

Comunga da tese Rodrigues, mesmo após apresentar o posicionamento contrário:

“Existem duas correntes na doutrina quanto à obrigatoriedade de o Ministério Público participar na celebração dos ajustes firmados pelos demais órgãos públicos: uma que a entende obrigatória e a outra que defende ser dispensável. Os autores do primeiro grupo afirmam que a obrigatoriedade é a única interpretação compatível com o sistema de tutela dos direitos transindividuais, porque se o Ministério Público tem que intervir necessariamente em todas as ações civis públicas que não tenha tentado, se é o único legitimado com poderes para instaurar o inquérito civil, requisitar informações e serviços para proteger esses direitos, não se pode imaginar que a solução extrajudicial envolvendo tais conflitos possa ser realizada sem a sua interveniência. O segundo grupo da doutrina compreende, todavia, que na ausência de norma expressa determinando a intervenção obrigatória do Ministério Público esta não pode ser deduzida do sistema.

Conquanto sejam bastante razoáveis os argumentos professados pela segunda corrente, a interpretação mais consentânea com os princípios e valores da tutela dos direitos transindividuais é aquela que reconhece como obrigatória a intervenção do Ministério Público quando o ajuste for celebrado por outro órgão público. Com efeito, foi reservado ao Ministério Público papel de protagonista da defesa dos direitos transindividuais, como tivemos a oportunidade de demonstrar (...). Quando não é o titular da iniciativa de tutela do direito, seja no âmbito judicial ou extrajudicial, deve o Ministério Público fiscalizar a atuação dos demais co-legitimados.

²⁰⁵ Fernando Reverendo Vidal Akaoui, *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*, cit., p. 94.

Nem se diga que seria necessária a expressa previsão legal para que os compromissos de ajustamento de conduta fossem submetidos à fiscalização do Ministério Público. Ao contrário de sua postulação como parte, a atuação como fiscal da lei do Ministério Público independe de autorização específica, uma vez que a cláusula geral de interesse público sempre pode ser invocada.”²⁰⁶

Igualmente Paulo César Pinheiro Carneiro:

“No caso do compromisso de acertamento ser realizado por órgão público legitimado que não o Ministério Público, este último deverá, em qualquer hipótese, participar do mesmo, como interveniente, sob pena de se o ter como absolutamente ineficaz. Isto porque, em nosso país, a proteção dos direitos difusos e coletivos tem na atuação do Ministério Público o seu pilar, ainda que na qualidade de *custos legis*.

(...)

Seria absolutamente ilógico que o legislador exigisse a intervenção do Ministério Público sempre que houvesse processo, presente, portanto, o juiz, e não a exigisse nos casos do compromisso de ajustamento de conduta, que é público, mas não pode fiscalizar uma atividade que tem o mesmo objetivo (a proteção dos direitos difusos e coletivos) de natureza particular. É justamente na atividade realizada fora do processo, não pública, que a intervenção do Ministério Público seria mais importante e conveniente, não só para verificar os limites do compromisso, seu cumprimento, bem como adotar, desde logo, as medidas judiciais necessárias à eventual execução pelo seu descumprimento.”²⁰⁷

²⁰⁶ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, cit., p. 197.

²⁰⁷ Paulo César Pinheiro Carneiro, A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta (Lei da Ação Civil Pública), in James Tubenchlak; Ricardo Bustamante (Coords.), *Livro de estudos jurídicos*, Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, v. 6, p. 238-239.

Na esfera do Ministério Público, a existência de prévio inquérito civil não é requisito de validade do compromisso de ajustamento.²⁰⁸

O inquérito civil, na dicção de Mazzilli, “é investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública”.²⁰⁹

Cuida-se, pois, à semelhança, nesses aspectos, do inquérito policial, de peça inquisitorial e informal, desprovida de contraditório, com utilidade e importância exclusivamente internas, para a integração do convencimento do promotor de justiça acerca de determinado fato, através da colheita unilateral de provas, não sendo imprescindível, aliás, sequer para a propositura da ação civil pública, quando, sem ele, dispuser o representante institucional de elementos seguros e suficientes.²¹⁰

Com essas características, não podemos alçar o inquérito civil ao patamar de requisito essencial ao compromisso de ajustamento.

²⁰⁸ Contra, Geisa de Assis Rodrigues: “Do mesmo modo, consideramos que o ajuste celebrado pelo Ministério Público deve ser necessariamente uma das etapas do inquérito civil ou do procedimento administrativo investigatório. A dicção do artigo 112 da Lei Complementar paulista 734, de 26 de novembro de 1993, reflete essa simbiose entre ajuste de conduta e inquérito civil: ‘O órgão do Ministério Público, nos inquéritos civis que tenha instaurado e desde que o fato esteja devidamente esclarecido, poderá formalizar, mediante termo nos autos, compromisso do responsável quanto ao cumprimento das obrigações necessárias à integral reparação do dano’.” (*Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, cit., p. 198-199).

²⁰⁹ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, cit., p. 227.

²¹⁰ Nos termos do artigo 282 do Código de Processo Civil, para a propositura de ação, não se exige mais do que os documentos essenciais ao seu ingresso: “A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.”

Pode ele, em não raras oportunidades, ser útil para auxiliar na cabal apuração de fatos, mas, nas hipóteses em que, independente dele, esteja o promotor de justiça em condições de firmar o acordo, nada exige a sua instauração, muito menos apenas para cumprimento de exigência formal, o que, no mais, constituir-se-ia em desperdício e excessiva burocracia, contrapondo-se aos princípios da instrumentalidade, eficiência e economicidade, que devem orientar, também, a atividade ministerial.

É também o pensar de Carneiro: “O compromisso de ajustamento tanto pode ser extrajudicial, realizado no inquérito civil ou em procedimento avulso, sem homologação judicial, como judicial, realizado no processo ou levado em procedimento avulso à homologação judicial.”²¹¹

Avulta lembrar que para os co-legitimados, não se apresenta qualquer exigência de procedimento prévio para a celebração do ajuste, não havendo cabimento que a providência seja apontada como requisito inafastável apenas para o Ministério Público, pilar fundamental da defesa dos interesses metaindividuais.

Ainda no âmbito do Ministério Público de São Paulo, questão ruidosa é o condicionamento, por sua Lei Orgânica, da eficácia do termo de compromisso de ajustamento à homologação do arquivamento do respectivo inquérito civil de onde foi tirado, pelo seu Conselho Superior.²¹²

²¹¹ Paulo César Pinheiro Carneiro, A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta (Lei da Ação Civil Pública), cit., p. 237.

²¹² Parágrafo único do artigo 112 da Lei Complementar n. 734/93.

Não nos parece que a eficácia do ajustamento fique dependente dessa homologação.

Deve ficar firme o reconhecimento da importância da remessa dos autos ao controle por órgão da organização superior da instituição, para que fiscalize a amplitude do acordo, a regularidade do encerramento das investigações, e, se o caso, determinação de novas diligências, somente que a eficácia do ajuste não pode ficar dependente dessas providências.

Com efeito, a lei de regência, a Lei da Ação Civil Pública (Lei federal n. 7.347/85), não dispõe sobre essa exigência, que não poderia ter sido imposta pelo legislador paulista, até em razão de ausência de competência legislativa.

O compromisso de ajustamento de conduta visa, em última instância, a formação de título executivo extrajudicial, matéria inegavelmente relacionada à criação de lei processual civil, cuja competência legislativa exclusiva incumbe à União, nos termos do que dispõe o inciso I do artigo 22 da Constituição Federal:

“Artigo 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.”

Competência privativa, segundo José Afonso da Silva, se dá “quando enumerada como própria de uma entidade, com possibilidade, no entanto, de delegação”.²¹³

²¹³ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 20 ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 479.

Da delegação cuida o parágrafo único desse mesmo artigo 22:

“Parágrafo único - Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.”

Desconhecemos, por outro lado, lei complementar que tenha delegado ao Estado de São Paulo poder para legislar sobre a formação de títulos executivos extrajudiciais.

É o pensamento exposto por Mazzilli:

“Ora, essa lei orgânica estadual do Ministério Público expediu comando írrito: não só violou o modelo federal – que não impôs essa condição – como ainda tentou legislar sobre o momento da constituição de título executivo, matéria de direito substantivo processual. Cometeu o mesmo absurdo que faria o legislador estadual se tentasse dizer que o cheque só teria eficácia de título executivo a partir da terceira recusa de pagamento pelo banco sacado, ou a partir de quando protestado.”²¹⁴

Não havendo previsão legal válida, não pode a concordância do Conselho Superior do Ministério Público constituir-se em condição suspensiva do compromisso ajustado, condição, aliás, de todo inconveniente, por retardar o atendimento de demanda de relevância transindividual, que por vezes pode apresentar-se urgente.²¹⁵

²¹⁴ Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 311-312.

²¹⁵ Contra: Fernando Grella Vieira, *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta*, cit., p. 243. Fernando Reverendo Vidal Akaoui admite a revisão do Conselho Superior do Ministério Público como condição resolutive, e não suspensiva do compromisso de ajustamento (*Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*, cit., p. 84-85).

Mais não fosse, o reconhecimento da ratificação pelo Conselho Superior do Ministério Público como cláusula suspensiva da eficácia do ajuste implicaria em situação curiosa, na qual somente o órgão protagonista para a tutela dos interesses metaindividuais estaria sujeito à condição, que não incide sobre os demais co-legitimados.

Para os co-legitimados, dessa maneira, inexistente determinação legal para controle por órgão superior, de onde se retira que a revisão não é considerada seu requisito de validade.

Nesse sentido leciona Rodrigues:

“Quando se trata de órgão público diverso do Ministério Público, não há nenhuma norma legal que permita inferir a eventual ocorrência de um controle interno. O agente público com competência para celebrar o ajuste não necessita, assim, se submeter a nenhum tipo de supervisão específica.”²¹⁶

A publicidade do ato, embora de todo conveniente (para terceiros, já que o compromitente, obviamente, não pode alegar desconhecimento), não foi elevada a requisito de sua validade, ao menos aquela formal, não havendo exigência legal para a publicação de extrato do compromisso em órgão oficial.

²¹⁶ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*, cit., p. 220.

5.9 Modificações no compromisso de ajustamento

Para os participantes de um compromisso de ajustamento, no que se refere à eventual necessidade de alteração da avença, vige a regra geral para os atos jurídicos, no sentido de que eles se desfazem pela mesma forma que se fazem.

Havendo interesse em rever cláusulas do compromisso, poderão compromitente e compromissário reunir-se para rediscutir e repactuar a matéria.

Cuidando-se de ajuste celebrado por órgão do Ministério Público, o novo termo, da mesma maneira que o anterior, deverá novamente ser submetido ao Conselho Superior do Ministério Público.

Se, porém, algum co-legitimado não figurante no compromisso discordar de suas cláusulas, e não houver, entre os pactuantes, interesse na sua modificação, não se há como admitir a propositura de ação civil pública que tenha o mesmo objeto do compromisso de ajustamento.

O termo de compromisso de ajustamento deve oferecer um mínimo de estabilidade ao compromitente, com a garantia, ao menos, de que os assuntos pactuados não possam ser rediscutidos via judicial. O compromisso caracteriza-se justamente como uma alternativa à jurisdição, impedindo a sua invocação para a rediscussão de matéria já acertada.

É típica hipótese de carência de ação pela ausência de interesse de agir, já que, com o compromisso, desaparece a necessidade de provimento jurisdicional sobre a controvérsia seu objeto.

Não se pode admitir ao co-legitimado que intente ação civil pública desconsiderando a existência do compromisso firmado, posto que ele existe e produz seus regulares efeitos jurídicos, em especial, impedindo direito de ação para a mesma questão.

Para co-legitimado discordante de compromisso, dessa forma, já que vedada rediscussão de seu conteúdo, a única alternativa possível é a propositura de ação tendente a impugnar o termo realizado.

Este o sentir de Hindemburgo:

“Os co-legitimados não podem propor a ação, devem impugnar o termos. De nada serviria aquele instrumento extrajudicial se não tornasse preclusa a rediscussão do mérito da situação jurídica acertada e, como maior razão, não se teria sequer como justificativa a sua executoriedade que a lei somente vincula a documentos que atestam um estado de satisfatória certeza.”²¹⁷

Como já visto, o termo de ajustamento firmado por um dos legitimados não inviabilizada a mobilização dos demais, que podem livremente adotar todas as medidas judiciais e extrajudiciais ao seu alcance, evidentemente, no entanto, apenas para questões que não tenham sido objeto do acerto, o que não impede,

²¹⁷ Hindemburgo Chatebriand Filho, Aspectos jurídicos do compromisso de ajustamento de conduta, 1999, p. 15 (Inédito – Obtido na Biblioteca do Ministério Público de São Paulo).

portanto, que o co-legitimado atue, por exemplo, no sentido de exigir outras obrigações do compromitente, para a reparação ou prevenção de danos que não constaram do ajuste, ainda que relacionados a um mesmo fato.

Não se trata, aí, em realidade, de modalidade de modificação de ajuste, mas de novo compromisso, com objeto diverso.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na introdução deste trabalho, foram apresentados os principais motivos da pouca efetividade do Poder Judiciário, inclusive com o oferecimento de dados estatísticos sobre a movimentação processual e o crescente número de feitos que a cada ano se acumulam.

O Ministério Público, suas origens históricas, bem como sua evolução no Brasil, é o tema da segunda parte da dissertação.

Destaque especial, e item próprio, ganhou o perfil constitucional da instituição, conforme estatuído pela vigente Carta Constitucional, porque, nas experiências anteriores, não havia o Ministério Público sido tratado com tal organicidade e harmonia, com definição clara e precisa de seu posicionamento na esfera do poder e de suas atribuições.

Assim, criou-se instituição inovadora em relação aos paradigmas internacionais, notadamente por sua atuação na área cível, na tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A atribuição, já esboçada na Lei da Ação Civil Pública, restou consagrada na Constituição Federal e complementada, sob o aspecto processual, pelo Código de Defesa do Consumidor.

Na porção final, trata-se especificamente do termo de compromisso de ajustamento de conduta, oferecendo seu delineamento fundamental, com passagem pela observação de seu embasamento legal, natureza jurídica, limites e hipóteses de emprego, e, em especial, como pode ser utilizado, como instrumento tendente à solução extrajudicial de conflitos envolvendo interesses metaindividuais.

Propõem-se interpretações sobre temas pouco abordados no acervo doutrinário, com o intuito de complementar lacunas observadas no trato da matéria.

Em suma, o objetivo deste trabalho é a descrição das dificuldades atuais pelas quais passa nosso Poder Judiciário e a proposição de alternativa para a situação, através dos termos de ajustamento de conduta, notadamente quando manejados pelo Ministério Público, para a tutela dos interesses mais caros a grupos sociais, que são os difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Com efeito, efetivamente se nos parece que a gravidade de direitos dessa natureza, inclusive por sua extensão e amplitude, demanda tutela definitiva célere, que não pode ser fornecida pelo Poder Judiciário, sendo possibilidade altamente interessante que lance mão, para tanto, o Ministério Público, de expediente ágil, não contencioso e conciliador.

REFERÊNCIAS

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

ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: G. Kraft, 1945. v. 1.

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1997.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

ALMEIDA FILHO, Amaro Alves de. Estudo sobre o Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 45, n. 123, p. 13-24, out./dez. 1983.

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária: o processo psicológico e a verdade judicial*. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1946. v. 3. (Coleção Studiun).

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975. v. 2.

_____. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. v. 1.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ATALIBA, Geraldo. Propostas à Constituinte sobre a ação fiscalizadora dos tribunais de contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 54, p. 87-106, 1986.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Autonomia administrativa e financeira do Ministério Público. *Justitia*, 60 anos, São Paulo, n. especial, p. 1.007-1.017, 1999. (Texto publicado em 1987).

BACHA, Sérgio Reginaldo. *Mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 19. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOFF, Leonardo. *O despertar da águia*. 2. ed. São Paulo: Vozes, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUENO, Jose Antonio Pimenta, Marques de São Vicente, 1803-1878. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. Ed. anotada, atual. e compl. por José Frederico Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

BURLE FILHO, José Emmanuel; GOMES, Maurício Augusto. *Ministério Público, as funções do Estado e seu posicionamento constitucional*. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 53, n. 153, p. 41-58, jan./mar. 1991.

BURLE FILHO, José Emmanuel; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Compromisso de ajustamento de conduta e entes paraestatais, *Revista do Ministério Público Paulista*, São Paulo, APMP, p. 90, jul./ago., 1996.

CABRAL NETTO, Joaquim. *O Ministério Público na Europa Latina*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1974.

CAMARGO, Ruy Junqueira de Freitas. Perspectiva do Ministério Público na conjuntura constitucional brasileira. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 32, n. 71, p. 191-200, out./dez. 1970.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

_____. *Direito constitucional e a teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 19, n. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta (Lei da Ação Civil Pública). In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo (Coords.). *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993. v. 6.

CARVALHO FILHO, José dos Santos *Ação civil pública: comentários por artigos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

_____. *Ação Civil Pública: comentários por artigo: Lei n. 7.347, de 24-7-85*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. 27.

CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. *Os valores constitucionais fundamentais: esboço de uma análise axiológica-normativa*. Coimbra: Coimbra, 1982.

CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. *Aspectos jurídicos do compromisso de ajustamento de conduta*. 1999. 16 p. (Inédito – Obtido junto à Biblioteca do Ministério Público de São Paulo).

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Luiz Fernando. Instituição (teoria da). In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 44, p. 511-518.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. In: MARCILIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 1998.

COSTA, Edgard. *Efemérides jurídicas*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, Instituto Nacional do Livro, 1961.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1979.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ESTELLITA, Guilherme. *O Ministério Público e o processo civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2000.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes. O poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional: 1992. In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. *O Ministério Público e a afirmação da cidadania*. São Paulo: Ed. pelo Autor, 1997. p. 72-85.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

_____. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Estado de direito e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, v. 5, 1992.

_____. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

FRIEDE, Roy Reis. *Curso analítico de direito constitucional e de teoria geral do estado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRONTINI, Paulo Salvador. Ministério Público, Estado e Constituição: pela explicitação constitucional das atribuições próprias do Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 37, n. 90, p. 247-256, jul./set. 1975.

GARCIA, Carlos Bobadilha. O Ministério público e Constituição. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 47, n. 131, p. 93-106, set. 1985.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JAGUARIBE, Helio. *Um estudo crítico da história*. Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Paz e Terra, 2001. v. 2.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Tradução de João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1962.

LASSALE, Ferdinand. *Que es una constitución?* Traducción de W. Roces. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1946.

LIMA, Hildebrando de; BARROSO, Gustavo (Orgs.). *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. 9. ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 1957.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira (Coord.). *A Constituição na visão dos Tribunais: interpretação e julgados artigo por artigo (arts. 1º-43)*. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Gabinete da Revista; São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

LYRA, Roberto. *Theoria e pratica de promotoria pública*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1937.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Evolução institucional do ministério público brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Uma introdução ao estudo da justiça*. São Paulo: IDESP; Sumaré, 1995.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do ministério público no processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAC LEAN ESTENOS, Percy. *El proceso penal em el derecho comparado*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1946.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Uma análise comparativa entre os objetos e as legitimações ativas das ações vocacionadas à tutela dos interesses metaindividuais: mandado de segurança coletivo, ação civil pública, ações do Código de Defesa do Consumidor e ação popular. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 54, n. 160, p. 181-203, out./dez. 1992.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. 2.

_____. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Os compromissos de ajustamento de conduta. In: FREITAS, José Carlos de (Coord.). *Temas de direito urbanístico*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo; Imesp, 2001. v. 3.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O Ministério Público e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. O Ministério Público no processo penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 65, n. 494, p. 269-272, dez. 1976.

_____. Procedimento penal "ex-officio" e Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 71, n. 564, p. 429-433, out. 1982.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 16. ed. atual. por Arnold Wald. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental*. 25. ed. atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Parecer sobre o Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 123, p. 183/189, out. /dez. 1983.

MELLO, Abdon. *Ministério Público riograndense: subsídios para sua história*. Porto Alegre: Imprensa Oficial, 1943.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MILARÉ, Edis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *O Ministério Público e a ação ambiental*. São Paulo: APMP, 1988. (Série Cadernos Informativos).

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES JÚNIOR, Flávio Queiroz de. *Da estrutura filosófica do Ministério Público*. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 45, n. 123, p. 25-39, out./dez. 1983.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOTTA, J. Alves da. *Na promotoria pública*. São Paulo: Saraiva, 1932.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 1998.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 2000.

_____. Compromisso de ajustamento de conduta: solução para o problema da queima da palha da cana-de-açúcar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 692, p. 31-39, jun. 1993.

_____. O Ministério Público e as ações coletivas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1966.

PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do estado democrático de direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. Transação no curso da ação civil pública.

Revista Direito do Consumidor, São Paulo, n. 16, p. 116-127, out./dez. 1995.

PETROCELLI, Biagio. *O Ministério Público, órgão da Justiça*. *Justitia*, São Paulo,

Ministério Público de São Paulo, ano 30, v. 61, p. 173-189, abr./jun. 1968.

PIERANGELLI, José Henrique. *Escritos jurídicos penais*. 2. ed. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Ministério Público e Magistratura: frutos de uma mesma árvore. *Justitia*,

São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 44, n. 117, 117, p. 233-237,

abr./jun. 1982.

_____. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru, SP:

Jalovi, 1983.

PINHEIRO, Francisco Xavier. Instituições de direito. ENCICLOPÉDIA Saraiva do

Direito. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 44, p. 523-538.

PINTO, Luiza Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a*

legitimidade material da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. actual, 11.

reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 282 a 443*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 4.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Reflexões sobre o perfil do Ministério Público de ontem, de hoje e do 3º milênio. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 63, n. 194, p. 51-75, abr./jun. 2001.

RASSAT, Michèle-Laure. *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha. *Em nome do povo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

SALGADO, César. O Ministério Público e os atributos de sua dignidade. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 43, n. 114, p. 131-140, jul./set. 1981.

SAMPAIO, Francisco José Marques. *Negócio jurídico e direitos difusos e coletivos: com referências ao Projeto de Código Civil 634/75*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filisófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

SAROLDI, Maria José Lopes de Araújo. *Termos de ajustamento de conduta de gestão de resíduos sólidos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Traducción y prólogo de F. Ayala. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1934.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Paulo Márcio. *Inquérito civil e ação civil pública: instrumentos de tutela coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVEIRA, Valdemar César da. O Ministério Público é livre no exercício do “jus persecuendi”. Deve, portanto, concluir livremente pelo modo ditado por sua consciência de homem e de magistrado. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público de São Paulo, v. 2, p. 391-403, 1940-1941.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. O papel do Ministério Público no controle da administração pública à luz da Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 32, n. 128, p. 231-235, out./dez. 1995.

SOBRINHO, Osório Silva Barbosa (Org.). *A Constituição Federal vista pelo STF*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

SOUZA, Motaury Ciocchetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SOUZA, Nelson Oscar de. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEMER, Michel. *Elementos do direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

TUCCI, Rogério Lauria. *Manual do Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Saraiva, 1985.

VALLADÃO, Alfredo. *Ministério Público: quarto poder do Estado, e outros estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973.

VELLANI, Mário. *Il Pubblico Ministero nel processo*. Bologna: Nicola Zanichelli, 1965. v.1, t. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 2001. v. 3.

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

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.