

## **Instrumentos de defesa dos direitos coletivos pelo MP**

Nos módulos anteriores, vimos, primeiramente, as regras que comandam atualmente a criação e utilização de precedentes no sistema jurídico brasileiro, e se há também viabilidade de sua produção e adoção no âmbito do Direito Administrativo. Em seguida, cuidamos dos direitos sociais, como são eles tratados em nossa atual Constituição, e alguns dos instrumentos judiciais aptos a torná-los efetivos, quando desrespeitados pelo Estado.

Chegados a este ponto, cabe perguntar: existe espaço para atuação ministerial quando não adotadas providências pelas autoridades competentes, para a Administração seguir decisões judiciais consubstanciadas em Súmulas dos Tribunais Superiores (vinculantes ou não), ou decisões que julgam recurso especial ou extraordinário pelo rito dos recursos repetitivos?

Uma rápida vista de olhos pela Constituição<sup>1</sup> e pela Lei 75/93<sup>2</sup> permite verificar que a ordem jurídica vigente incumbiu o Ministério Público da defesa dos direitos sociais contra a sua violação, inclusive pelo Poder Público, aí entendida também a sua omissão em torná-los efetivos. Para bem exercer essa função, contudo, foi necessária uma mudança de paradigma da atuação ministerial, que além das funções até então exercidas,<sup>3</sup> deveria atuar como verdadeiro advogado da sociedade não apenas no âmbito criminal, como até então, mas também em variadas questões cíveis, para fazer valer os direitos fundamentais postos na Constituição e outros direitos sociais estampados na legislação esparsa, num trabalho mais proativo.

A mudança nas funções foi radical. De mero interveniente nas ações postas pelos interessados, adotou o Ministério Público a função de partícipe na construção da cidadania de incontáveis brasileiros, como agente promotor da efetivação de direitos sociais. Essa nova postura implicou também a preocupação com a resolutividade da atuação, é dizer, o compromisso dos agentes ministeriais com a concreta solução da demanda em favor da sociedade, garantindo a efetivação do direito na maior amplitude viável e no menor tempo possível. Isso levou os membros do Ministério Público a privilegiar a atuação extraprocessual, já que é notória a dificuldade no Brasil, de se obter uma decisão judicial definitiva de mérito em curto

---

<sup>1</sup> Art. 129, inc. II e III.

<sup>2</sup> Art. 5º, inc. I, II, “d”, III, “e”, V, “a” e Art. 6º, VII, “c””d”, VIII e XII e XIV.

<sup>3</sup> Gavronski, Alexandre Amaral de Mendonça, Manual do Procurador da República, 2a. Edição, Salvador, JusPodivm, 2015, p. 671.

espaço de tempo. Em geral, somente quando se apresenta inviável a resolução pelos meios extraprocessuais postos à disposição do Ministério Público é que seus integrantes se valem da ação perante o Poder Judiciário.

Após a edição do Código do Consumidor, que especificou os direitos de ordem coletiva<sup>4</sup>, houve alguma dificuldade para o reconhecimento da possibilidade de atuação ministerial para além das lides consumeristas, tendo em vista a remissão feita pelo art. 117, à Lei da Ação Civil Pública (Lei 7347/85).<sup>5</sup> Não obstante, hoje a jurisprudência está sedimentada pela legitimidade da atuação do Ministério Público na defesa de outros direitos sociais, não relacionados à proteção do consumidor.

Portanto, cabe-lhe atuar na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Nas duas primeiras modalidades, o direito é indivisível e esse é o traço que distingue os direitos coletivos propriamente ditos, dos direitos individuais homogêneos, os quais se consideram acidentalmente coletivos.<sup>6</sup> No último caso, nem sempre o Ministério Público está legitimado a atuar, visto que os interesses são disponíveis. O critério que permite extrair a legitimidade da atuação, assentado pela jurisprudência, também aqui bem sedimentada, é a relevância do interesse social cuja proteção se busca.<sup>7</sup>

Nesse mister, o principal instrumento é a ação civil pública, trazida ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 7347, antes mesmo da última Constituição, já que veio a lume em 1985, e tem sido largamente utilizada, com sucesso, nos mais variados casos<sup>8</sup>, inclusive naqueles que têm gerado críticas por interferência em políticas públicas, cujo exemplo mais notório são as ações destinadas ao fornecimento de medicamentos ou procedimentos na área da saúde, referidas no módulo anterior.

Mencionamos até aqui, portanto, medidas judiciais, até mesmo algumas utilizadas por outros países como forma de superar as críticas feitas ao Poder Judiciário quando produz decisões que impactam sobremaneira políticas públicas,

---

<sup>4</sup> Lei 8078/90, Art. 81, parágrafo único, I, II e III.

<sup>5</sup> O art. 117 do CDC acrescentou à LACP, o art. 21, para dizer aplicável “à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

<sup>6</sup> Gavronski, Alexandre Amaral de Mendonça, ob. cit., p. 689.

<sup>7</sup> Alguns dos precedentes no STF são: RE-AgR 472789, RE 163231, RE 195056; no STJ podem-se citar: Resp 706791/PE, EREsp. 644821/PR. Gavronski, Alexandre Amaral de Mendonça, ob. cit., p. 695

<sup>8</sup> Apenas para ilustrar: para se obter vagas em creche, desocupação de área de proteção ambiental, proibição de cobrança de taxas por universidades públicas.

desorganizando-as.<sup>9</sup>

Importa lembrar, entretanto, que o Código de Processo Civil de 2015 deu grande ênfase às soluções consensuais, aos acordos, os quais devem ser prestigiados, já que, pondo fim às demandas por disposição voluntária das partes, sem aguardar a decisão judicial final, representam economia de tempo e recursos para todos, partes e Estado.<sup>10</sup> Mas bem antes da edição do atual CPC, os agentes ministeriais já vinham buscando amplamente a resolução dos conflitos mediante a composição dos interesses em choque, numa atuação extrajudicial ou extraprocessual,<sup>11</sup> visando a evitar as inúmeras e, muitas vezes, infundáveis discussões, muitas de ordem meramente processual, a postergar a solução definitiva do litígio, em detrimento do direito material reclamado.

Para isso, o Ministério Público tem à disposição, por força da lei, poderosos instrumentos capazes de evitar ou encerrar contendas judiciais: referimo-nos ao inquérito civil público, à notificação, à recomendação e ao Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), contemplados, o último, na LACP<sup>12</sup> e os demais, na LC 75/93<sup>13</sup>. Todos esses instrumentos prestam-se, no mínimo, a bem equacionar a questão discutida e o objeto pretendido, mas, muitas vezes, servem à própria resolução da controvérsia, prevenindo ou corrigindo ameaças ou lesão aos direitos cuja defesa foi atribuída ao Ministério Público. Se a recomendação for acolhida, ou se o TAC for cumprido, resolve-se o litígio.

O Inquérito Civil Público (ICP), como lembra Gavronski,<sup>14</sup> foi concebido como meio de instrução, de colheita de elementos aptos a documentar o conflito e as suas causas, de modo a bem aparelhar a posterior ação civil pública. No entanto, a prática revelou que, muitas vezes, a sua instrução já leva a autoridade a rever seu entendimento e a corrigir a conduta questionada, implicando, desde logo, na resolutividade almejada. Assim, de mero procedimento prévio e instrutório, passou a

---

<sup>9</sup> Referência às ações colombianas de Tutela nas quais a Corte Constitucional Colombiana reconheceu o “Estado de Coisas Inconstitucional” para adotar decisão dialógica estruturante e às ações da África do Sul, em que a Corte Constitucional Sul-Africana, determinou às partes se comprometessem significativamente frente aos valores constitucionais envolvidos (“Compromisso Significativo”), vistas no módulo anterior.

<sup>10</sup> Vide-se art. 3º e § 2º, arts. 165 a 175 e art. 334.

<sup>11</sup> Como prefere Gavronski, Alexandre Amaral de Mendonça, ob. cit., p. 631.

<sup>12</sup> Art. 5º, § 6º.

<sup>13</sup> Art. 6º, VII e XX, Art. 12. Há ainda a audiência pública, a qual não é aqui tratada porque serve precipuamente como meio de colheita de elementos para instrução dos feitos ministeriais – bastante importante na verdade - porém não leva, por si só, à resolução do conflito de interesses.

<sup>14</sup> Gavronski, Alexandre Amaral, ob. cit., p. 722.

ser também instrumento de solução de litígios. Ainda quando o Poder Público não altera sua postura espontaneamente no curso do inquérito civil público, pode-se lançar mão dos demais instrumentos mencionados. A recomendação e o TAC são amplamente utilizados no âmbito do ICP.

A recomendação, nos ensina Gavronski, “*é essencialmente um instrumento de concretização dos direitos coletivos que objetiva resolver a ameaça de lesão a direitos por meio do convencimento do destinatário quanto à correção das medidas recomendadas pelo Ministério Público*”<sup>15</sup>. Quando atendida, leva à imediata resolução da demanda, razão não havendo para propositura de demanda judicial. Mas ainda quando não atendida, apresenta grande utilidade, dado que enseja ao membro ministerial conhecer as razões da autoridade para manter sua posição. Isso possibilita melhor fundamentação da ação que vier a ser proposta, permitindo refutar, desde logo, os argumentos da autoridade, já de antemão conhecidos. Também pode ocorrer eventualmente, que o agente do Ministério Público se convença do acerto da conduta adotada pela autoridade, levando ao arquivamento do ICP ou do procedimento administrativo.

Presta-se a recomendação, não só à correção de rumos de uma atuação positiva da autoridade administrativa, como também serve a fazê-la agir quando se omite em situação na qual deveria atuar.

Lembra ainda Gavronski, que a recomendação pode ser usada também para sugerir alteração de normas em geral e da legislação em vigor, esclarecendo que face à ausência de sua coercibilidade, a expedição de recomendação desse teor não pode ser tomada como afronta ao princípio da separação de poderes.<sup>16</sup>

Mesmo quando não se possa ajuizar ação para forçar a autoridade administrativa à adoção das providências recomendadas entende-se válida sua expedição, em face da possibilidade de convencimento da autoridade, como já explicitado. Também acredita-se válida a recomendação ainda quando praticamente reproduz os termos de obrigação definida em lei, porque sinaliza para a autoridade que sua conduta é objeto das preocupações do Ministério Público, que deverá adotar medidas para sua correção, se esta não se fizer espontaneamente.

Passando-se aos requisitos para expedição da recomendação, importa referir, desde logo, que não se pode enviá-la fora de um inquérito civil público ou procedimento administrativo. O destinatário<sup>17</sup> deve estar bem identificado e ser competente para a adoção das medidas indicadas na recomendação, as quais

---

<sup>15</sup> Gavronski, Alexandre Amaral, ob. cit., p. 798.

<sup>16</sup> Gavronski, Alexandre Amaral, ob. cit., p. 843.

devem ser precedidas da fundamentação fática e jurídica.<sup>18</sup> Essas razões é que podem levar ao convencimento da autoridade, daí a sua importância, a par do dever de fundamentação que incumbe ao Ministério Público, na condução dos procedimentos de sua atribuição<sup>19</sup>. Seguem-se as medidas recomendadas, que devem ser as mais específicas possíveis, fixando-se prazo razoável para sua execução, que obviamente dependerá da complexidade das providências que deverão ser adotadas. Nos casos em que se recomenda apenas abstenção de determinada prática, sem se vislumbrar a necessidade de condutas comissivas para tanto<sup>20</sup>, o prazo fixado pode ser relativamente curto, porque nele o destinatário deverá apenas responder se acatará, ou não, a recomendação. Normalmente, fecha-se o instrumento com o aviso, ao final, das medidas que poderão ser adotadas em caso de não acatamento,<sup>21</sup> o que pode ser útil para a tomada de posição da autoridade frente à recomendação, já que lhe permite melhor avaliar as consequências de sua decisão.

Muitas vezes, a expedição de recomendação é a opção mais fácil e rápida para a solução do litígio, seja porque se trata de um ato unilateral, seja por não exigir poder de representação extraprocessual do seu destinatário, bastando que tenha competência para acatar a recomendação e adotar as medidas recomendadas.

Outra medida apta à eficiente resolução de conflitos no âmbito da tutela coletiva, onde se situa a proteção dos direitos fundamentais, é a notificação<sup>22</sup>. Esse instrumento é de uso restrito do Procurador Federal dos Direitos do Cidadão e dos Procuradores Regionais dos Direitos do Cidadão, bem assim dos Procuradores lotados em escritórios no interior das unidades federativas que cumulem tais funções. Nesse caso, pode o membro ministerial agir de ofício ou por representação, notificando a autoridade, primeiramente, a prestar informações sobre determinado ato comissivo ou omissivo. Após análise da resposta, na convicção de que está havendo desrespeito a direitos garantidos pela Constituição, deverá o agente do MP

---

<sup>17</sup> De observar-se no envio da recomendação à autoridade administrativa, o art. 8º, § 4º, da LC 75/93, que estabelece que a correspondência às altas autoridades da República ou de Estado estrangeiro é atribuição do Procurador Geral da República.

<sup>18</sup> Normalmente apresentadas na forma de “considerandos”.

<sup>19</sup> CF, art. 129, § 4º, c/c art. 93, IX.

<sup>20</sup> Tais como a alteração ou edição de atos normativos de molde a alterar rotina de trabalho, ou a modificação de programas de computador, por exemplo.

<sup>21</sup> De regra, a propositura de ação civil pública, podendo ser também ação por ato de improbidade administrativa, dependendo do caso, e/ou providências no âmbito criminal.

<sup>22</sup> Referida nos artigos 12 a 14 da LC 75/93.

notificar a autoridade para adotar as providências necessárias a prevenir a repetição do ato que implicou desrespeito ou que o faça cessar, se ainda em andamento. É o que se extrai do regramento legal. Sua natureza, finalidade, forma e conteúdo são similares às da recomendação.

Por fim, é necessário um exame do mais eficiente meio de resolução de conflitos envolvendo direitos coletivos de forma consensual, o compromisso de ajustamento de conduta (TAC), cujo instrumento é um termo assinado pelas partes e que consubstancia título executivo extrajudicial. Como diz o nome, trata-se de um compromisso, tomado do responsável pela lesão ou ameaça de lesão ao direito que se quer tutelar, de ajustamento de sua conduta às prescrições legais, sob pena de incorrer nas sanções convencionadas.

Embora ponha fim à demanda, como seu objeto é a defesa de direitos não disponíveis, o acordo, em verdade, dá-se sobre a forma de sua efetivação, prazo e lugar de cumprimento das obrigações reconhecidas, servindo também à explicitação de conceitos legais indeterminados aplicáveis à situação.<sup>23</sup> Daí resulta que o TAC não pode servir nunca a exonerar a parte interessada, isto é, o responsável pela lesão ou ameaça ao direito em questão, da concretização do direito questionado. De regra, constam do TAC obrigações de fazer e de não fazer, tal como se dá na ação civil pública. Há de registrar-se também, que a concretização específica do direito deve ser sempre priorizada, não podendo ser substituída por indenização quando viável a reparação específica.

São requisitos de validade do TAC, a forma escrita, agentes com capacidade e legitimidade<sup>24</sup> e objeto, isto é, as obrigações que devem assegurar fruição efetiva do direito coletivo tutelado. Claro também, que como nos demais negócios jurídicos, não podem existir vícios de vontade dos legitimados (por erro, dolo ou coação). O TAC, tal como a recomendação, deve conter os fundamentos fáticos e jurídicos que ensejam a sua celebração. Devem também ser previstas as cominações para o não cumprimento das obrigações assumidas no TAC, no prazo firmado. Tais cominações, normalmente consistem em multa diária, mas devem ser analisadas outras possibilidades, eventualmente mais eficazes, a garantir o cumprimento do TAC, como a nulidade de ato executado em desconformidade com as obrigações nele

---

<sup>23</sup> Gavronski, Alexandre Amaral, ob. cit., p.859.

<sup>24</sup> Em relação aos agentes ou órgãos públicos federais há norma expressa na LC 73/93 (art. 1º) que confere à Advocacia Geral da União, a representação judicial da União, seus órgãos e entes descentralizados. Além disso, há parecer vinculante do Advogado Geral da União (Parecer JT 04) que obriga a intervenção da AGU na celebração de TAC, pelo que adequado chamar a AGU a assinar TAC firmado com quaisquer destes entes públicos. Gavronski, Alexandre Amaral, ob. cit., pag. 864.

previstas.

Como assinalado em relação à recomendação, ainda quando as cláusulas do TAC representem mera reprodução da lei, é útil sua celebração, porque torna certo que a lei é aplicável à situação concreta em discussão e ainda, porque comina sanções aptas à imediata execução.

A mera celebração do TAC não põe fim à atividade ministerial, que deve seguir no acompanhamento do seu cumprimento, esse sim, motivo para o arquivamento do ICP que deu azo à feitura do acordo. É possível ainda sua celebração, quando já em curso ação civil pública, sujeitando-se, nesse caso, à homologação judicial.

Na hipótese de não ser cumprido, as penalidades cominadas no TAC podem ser cobradas desde logo. Dispensa-se a fase de conhecimento, tendo em vista que o TAC consubstancia, por força de lei, título executivo extrajudicial, como dito. Basta, portanto, o ajuizamento de ação destinada à sua execução. Mas para garantir-se sua plena eficácia como título executivo, precisa ser certo e líquido, ou seja, precisa discriminar claramente os sujeitos e seu objeto, contendo descrição a mais detalhada possível das obrigações assumidas pelo compromissário.

O TAC, como os outros meios de resolução extraprocessual, apresenta vantagens sobre a via judicial. Normalmente, é a forma mais efetiva e rápida da concretização do direito, vez que o responsável assume espontaneamente as obrigações a tanto necessárias, e nesse aspecto, é também superior à recomendação, que como vimos, é ato unilateral. Além disso, no TAC, o compromissário pode ultrapassar as imposições legais, para assumir outras obrigações não previstas na lei. Permite ainda, ajustar-se a conduta de vários atores num único instrumento. E finalmente, prevê sanções exigíveis de imediato em caso de não cumprimento.