

Princípios da celebração do compromisso de ajustamento de conduta em matéria ambiental

Resumo

Nas considerações iniciais do artigo será apresentado a conformação normativa do compromisso de ajustamento de conduta, solução extrajudicial de conflito, prevista no direito brasileiro. Em seguida, serão abordados os objetivos e os princípios reitores da prática do instituto. Serão examinados o princípio do acesso à justiça, da tutela preventiva, da tutela específica, o da aplicação negociada da norma jurídica e o princípio democrático. Nas considerações finais faremos um brevíssimo balanço sobre a importância do instituto.

1. Considerações iniciais

O compromisso de ajustamento de conduta é uma solução extrajudicial de conflito que tem sido muito utilizada na proteção do meio ambiente no direito brasileiro ¹. 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. O Código de Defesa do Consumidor teve como propósito promover o acesso à justiça dos consumidores, além de ensejar uma tutela mais adequada dos demais direitos transindividuais ao renovar a lei da ação civil pública ². Essa renovação não se limitou ao aperfeiçoamento da esfera judicial de proteção desses direitos, ao prever o compromisso de ajustamento de conduta a lei de consumo concebeu um instituto de proteção extrajudicial de direitos metaindividuais, ampliando o sistema de garantia desses direitos.

Indica-se como antecedente do ajuste de conduta o parágrafo único do artigo 55 da lei do Juizados de Pequenas Causas ³, 7244/84, que dispunha: “*Valerá como título executivo o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão compe-*

¹ Em pesquisa realizada em nossa tese de doutorado, constatamos que no âmbito do Ministério Público Federal 60% dos ajustes celebrados versavam sobre a tutela do meio ambiente. Vide. Ação civil pública e Termo de ajustamento de conduta. RJ: Forense, 2002.

² O artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor dispõe: “Acrescente-se à lei n.º 7347, de 24 de Julho de 1985, o seguinte dispositivo renumerando-se os seguintes: Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8078, de 11.09.1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.” Segundo Nelson Nery Junior, que participou ativamente da elaboração dessa lei, há uma perfeita interação entre os sistemas do CDC e da LACP. (p. 869. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. RJ: Forense universitária, 2000.)

³ Nesse sentido NERY JR, Nelson. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. RJ: Forense universitária, 2000, pp. 894-895.

tente do Ministério Público.”⁴ Tal dispositivo foi o precursor da possibilidade da atuação do Ministério Público gerar um título executivo extrajudicial. Essa verdadeira inovação no nosso sistema jurídico permitiu que se imaginasse uma nova amplitude para a atuação do Ministério Público. De outro modo, influenciou sobremaneira o legislador de processo estando hoje prevista não só na Lei de Juizados Especiais norma de mesmo conteúdo, como também no elenco de títulos executivos extrajudiciais do artigo 585, inciso II, do Código de Processo Civil. E essa é uma contribuição muito importante quando vige no sistema brasileiro o princípio da tipicidade dos títulos executivos, descabendo a “*convergência da manifestação da vontade dos figurantes*”⁵ para criar a cláusula executiva. Portanto, a contribuição do legislador das pequenas causas para a criação do instituto do ajustamento de conduta foi permitir que o acordo firmado perante o Ministério Público tivesse a natureza de título executivo extrajudicial. Mas ainda era uma espécie de tutela tradicional de direitos subjetivos. O ajustamento de conduta foi muito além dessa possibilidade ao se constituir em solução extrajudicial de conflito de direitos transindividuais realizada pelo próprio Ministério Público, e por outros órgãos públicos para compor conflitos relativos a direitos indisponíveis.

Podemos também arrolar como precursora da possibilidade da celebração do compromisso de ajuste por órgãos públicos a própria prática administrativa do Estado contemporâneo de se adotar, em determinadas situações, decisões que importem, em uma certa medida, negociação sobre a forma de cumprimento das normas legais ligadas a interesses da comunidade. Conforme muito bem assinala Agustín Gordillo⁶ a noção de poder de polícia deve ser substituída pela de regulamentação⁷: a uma porque a atuação da Administração Pública só se realiza em observância ao princípio da legalidade, em completo antagonismo à idéia primeira de que a polícia pudesse enfeixar no agente público um poder residual não previsto na lei; a duas porque não se limita apenas às técnicas de limitação de direitos mas também de promoção dos mesmos⁸. É possível que nessa atividade de regulação o Poder Público, desde que nos limites da lei, aplique a medida de “polícia” após uma fase de conciliação, desempenhando também uma clara função educativa. É a “participação

⁴ Dispositivo idêntico está previsto na lei n.º 9099/95, que instituiu os Juizados Especiais de causas cíveis de menor complexidade e que revogou a lei nº 7244/84.

⁵ Assis, Araken. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VI. RJ: Forense, 1999. p. 177.

⁶ *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 2, 3.ª edición. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 1998. Pg. 15.

⁷ No mesmo sentido no direito brasileiro Sundfeld, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenador*. SP: Malheiros, 1993.

⁸ Diz o autor portenho: “*Promoción del bien común y prevención de peligros o perturbaciones que afecten al bien común no son, pues, términos disímiles ni mucho menos antitéticos: ambos significan exactamente lo mismo; el carácter que se imputa al “poder de policía” no tiene pues sentido. Ejemplos: obligar a un miembro de la colectividad a aceptar la instalación de aguas corrientes y servicios cloacales es tanto prevenir un daño a la salubridad colectiva como promover la salubridad común. Al obligarse a plantar árboles se promueve el asentamiento de los suelos y la oxigenación dela ire, pero al mismo tiempo se previene la erosión excesiva del suelo y la falta de oxigenación adecuada. Cuando se prohíbe abusar de una posición dominante en el mercado, tener ganancias excesivas en virtud de un monopolio conferido por el Estado, etcétera, se promueve el buen orden de la economía nacional; pero al mismo tiempo se reprimen las tarifas y ganancias excesivas, etcétera, que dañan a esa economía. Y así sucesivamente.*” p. 16 de op. cit.

⁹ Sobre o assunto vide Barbosa de Melo. “Introdução às formas de concertação social”, in *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, vol. IX, 1983, pp. 86 e ss.

concertada”⁹, ou “participação negociação”¹⁰ em que se adequa a conduta do cidadão desviado para evitar ou reparar um dano ao interesse público.

Na área ambiental “a conciliação dos interessados é valiosa como fase procedimental tanto para licenciar uma atividade como para puni-la,”¹¹ havendo, inclusive, segundo Michel Prieur, um princípio de “*négociation avec les polluers*”¹². No direito brasileiro poderíamos citar como um exemplo dessa atuação administrativa concertada a possibilidade de celebração de “acordos visando à transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental” prevista no inciso 4.º do artigo 8.º da lei 6938/81.

Ocorre que essa negociação só se limita à responsabilidade administrativa, e não resulta na formação de um título executivo extrajudicial, duas características que a apartam do compromisso de ajustamento de conduta. De qualquer sorte, o que houve de contribuição desse tipo de prática administrativa, que pode ser considerada como um antecedente do ajuste de conduta, é justamente a possibilidade de se favorecer, em certos casos, a solução negociada de conflitos que envolvam direitos de toda a coletividade.

Podemos citar, também, 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 7347/85, demonstrou a possibilidade de se solucionar o conflito sem a necessidade de provocar a máquina jurisdicional. Muitas vezes, 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.

Conjugadas a previsão de eficácia executiva de acordos celebrados pelo Ministério Público, a experiência da prática administrativa concertada, a possibilidade de composição de direitos transindividuais indisponíveis e a adequação da tutela extrajudicial desses direitos,

¹⁰ Antunes, Luíz Filipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo. Para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Almedina, 1989.

¹¹ Machado, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. SP: Malheiros, 1999. P. 125.

¹² Droit de l'environnement. “La politique de l'environnement se caractérise par son caractère pédagogique. Il convient de convaincre et de persuader plutôt que de contraindre les auteurs de la pollution de cesser leurs activités nuisables. Bien que le droit de l'environnement apparaisse pour l'essentiel comme un régime de police visant à limiter ou interdire les pollutions par les actes unilatéraux autoritaires, la réalité administrative est plutôt en faveur de mesures concertées et négociées avec les industriels. Cette attitude est admissible si elle n'aboutit pas à un laxisme excessif ou à des dérogations abusives et si elle ne s'accompagne pas d'une insuffisance ou d'une absence de contrôle.” p. 116.

constatada na condução dos inquéritos civis públicos, tivemos o nascimento do instituto do termo de ajustamento de conduta. Por fim previsto no parágrafo 6.º do artigo 5.º da Lei 7347/85 consoante a redação dada pelo artigo 113 da lei 8078 de 11 de Setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*: “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”.

Além da instituição genérica do termo de ajustamento de conduta para qualquer tipo de direito transindividual, há normas específicas que disciplinaram a questão. Assim, o ajustamento de conduta também foi previsto expressamente e com idêntica redação, no artigo 211 da Lei 8069/90 — Estatuto da Criança e do Adolescente; na lei 8884/94¹³, que prevê a possibilidade do compromisso de cessação de atividades de empresa investigada por infração à ordem econômica (em nosso entender uma espécie de ajustamento de conduta)¹⁴, e na lei 9.605/98, com a redação dada pela Medida Provisória 1949-28 de 26 de Outubro de 2000, que disciplina a celebração de termos de ajustamento de conduta pelos órgãos do Sistema Nacional de Meio Ambiente¹⁵. Mais recentemente a Medida Provisória n.º 131, de 25 de Setembro de 2003, convertida na lei 10814, de 15 de Dezembro de 2003,

¹³ “Art. 53 Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE *ad referendum* do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada. §1.º O termo de compromisso conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas: a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido; b) o valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do art. 25; c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização. §2.º O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo. §3.º As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE, se comprovada a sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízos para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica. §4.º O compromisso de cessação constitui título executivo extrajudicial, ajuizando-se imediatamente a sua execução em caso de descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização, na forma prescrita no art. 60 e seguintes”.

¹⁴ No mesmo sentido Fonseca, João Bosco Leopoldino da *Lei de proteção da concorrência. Comentários à lei antitruste*. RJ: Forense, 1995. Pp. 154.

¹⁵ Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores. §1.º O termo de compromisso a que se refere este artigo destinar-se-á, exclusivamente, a permitir que as pessoas físicas e jurídicas mencionadas no *caput* possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes, sendo obrigatório que o respectivo instrumento disponha sobre: I — o nome, a qualificação e o endereço das partes compromissadas e dos respectivos representantes legais; II — o prazo de vigência do compromisso, que, em função da complexidade das obrigações nele fixadas, poderá variar entre o mínimo de noventa dias e o máximo de três anos, com possibilidade de prorrogação por igual período; III — a descrição detalhada de seu objeto, o valor do investimento previsto e o cronograma físico de execução e de implantação das obras e serviços exigidos, com metas trimestrais a serem atingidas; IV — as multas que podem ser aplicadas à pessoa física ou jurídica compromissada e os casos de rescisão, em decorrência do não-cumprimento das obrigações nele pactuadas; V — o valor da multa de que trata o inciso anterior não poderá ser superior ao valor do investimento previsto; VI — o foro competente para dirimir litígios entre as partes. § 2.º No tocante aos empreendimentos em curso até o dia 30 de março de 1998, envolvendo construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, a assinatura do termo de compromisso deverá ser requerida pelas pessoas físicas e jurídicas interessadas, até o dia 31 de dezembro de 1998, mediante requerimento escrito protocolizado junto aos órgãos competentes do SISNAMA, devendo ser firmado pelo dirigente máximo do estabelecimento.

condicionou a comercialização da safra de soja transgênica de 2004 no Brasil à celebração de compromisso de ajustamento de conduta pelos agricultores ¹⁶.

Cabe-nos, ainda, indagar se essas previsões normativas teriam se inspirado mais diretamente em um instituto análogo do direito estrangeiro. Na verdade, 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 neste 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.

2. Teleologia e princípios reitores da prática do compromisso de ajustamento de conduta

Consoante muito bem aduzido pelo Professor Paulo César Pinheiro Carneiro ¹⁷, o ajuste de conduta é um instituto estabelecido em favor da tutela dos direitos transindividuais, ou seja, não é finalidade da norma favorecer o violador do direito. De conseguinte, não foi a regra concebida para assegurar um eventual direito do transgressor da norma no sentido de poder, em determinadas situações, descumpri-la ou cumpri-la de forma mais flexível, assim, o compromisso de ajustamento de conduta jamais pode se configurar como um passaporte para degradar o meio ambiente.

Na verdade, não há óbice algum ao violador da norma tomar a iniciativa da celebração do ajuste requerendo que o mesmo seja realizado, mas a lei “*não sufragou o direito ad-*

§ 3.º Da data da protocolização do requerimento previsto no parágrafo anterior e enquanto perdurar a vigência do correspondente termo de compromisso, ficarão suspensas, em relação aos fatos que deram causa à celebração do instrumento, a aplicação de sanções administrativas contra a pessoa física ou jurídica que o houver firmado. § 4.º A celebração do termo de compromisso de que trata este artigo não impede a execução de eventuais multas aplicadas antes da protocolização do requerimento. § 5.º Considera-se rescindido de pleno direito o termo de compromisso, quando descumprida qualquer de suas cláusulas, ressalvado o caso fortuito ou de força maior. § 6.º O termo de compromisso deverá ser firmado em até noventa dias, contados da protocolização do requerimento. § 7.º O requerimento de celebração do termo de compromisso deverá conter as informações necessárias à verificação da sua viabilidade técnica e jurídica, sob pena de indeferimento do plano. § 8.º Sob pena de ineficácia, os termos de compromisso deverão ser publicados no órgão oficial competente, mediante extrato.” Divergimos nesse ponto de Daniel Roberto Fink que entende que esse compromisso é uma outra modalidade de ajustamento de conduta. P. 129 Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre a vantagem do termo de ajustamento de conduta) in *Ação civil pública Lei 7347/1985 — 15 anos* (Coord. Edis Milarê), SP: RT, 2001.

¹⁶ Art. 3.º Os produtores abrangidos pelo disposto no art. 1.º, ressalvado o disposto nos arts. 3.º e 4.º da Lei n.º 10.688, de 13 de junho de 2003, somente poderão promover o plantio e comercialização da safra de soja do ano de 2004 se subscreverem Termo de Compromisso, Responsabilidade e Ajustamento de Conduta, conforme regulamento, observadas as normas legais e regulamentares vigentes. Parágrafo único. O Termo de Compromisso, Responsabilidade e Ajustamento de Conduta, de uso exclusivo do agricultor e dos órgãos e entidades da administração pública federal, será firmado até o dia 9 de dezembro de 2003 e entregue nos postos ou agências da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, nas agências da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil S.A.

¹⁷ “*Aliás é preciso deixar bem claro que o ajustamento de conduta não se destina à proteção do terceiro, que precisa acertar a sua conduta às exigências legais, mas sim, dos destinatários indeterminados, no caso dos direitos difusos, ou determináveis, no caso de interesses coletivos, a quem ele visa resguardar e proteger.*” P. 237, A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta. Op., cit.

quirido de poluir”¹⁸. A realização do termo de ajuste de conduta tem que ocorrer à luz do fim da norma, ou seja, só deve ocorrer quando se revelar a melhor solução para a tutela do direito ambiental. Não só a própria celebração do ajuste deve estar sob a égide desse fim normativo como também o seu próprio conteúdo sempre deve favorecer à proteção do ecossistema, e não ser um meio de conceder condições mais favoráveis aos violadores da norma. Caso contrário, firmar um ajuste de conduta será um prêmio para quem viola o meio ambiente¹⁹. Por todas essas razões o Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade n.º 2083 concedeu em parte a liminar para considerar os efeitos administrativos do ajuste de conduta previsto na supracitada lei 9.605/98 como uma regra de transição, só valendo para as empresas que já atuavam antes da edição da lei²⁰.

O ajuste de conduta tem como outro importante fim ensinar a prevenção da lesão ao meio ambiente. Teremos oportunidade de desenvolver esse ponto adiante, pois vislumbramos a existência de um verdadeiro princípio da prevenção, que deve reger a aplicação da regra. Como é cediço, a reparação de danos ecológicos, de nítido viés repressivo, é, em muitos casos, inviável. A possibilidade do ajuste de conduta “*antecipar-se à sentença de cognição*”²¹, e até mesmo, quando possível, evitar a ocorrência do dano, existe justamente para ampliar esse seu atributo preventivo.

De igual modo, a norma tem como fim ensinar uma tutela mais rápida desse tipo de direito, uma vez que as decorrências da lentidão dos mecanismos formais de justiça se tornam dramáticas para a sua proteção. A relevância dos direitos transindividuais estimulou o legislador a engendrar um mecanismo mais expedito para a sua tutela do que o transcurso do processo.²²

Conquanto as atividades ínsitas à celebração do ajustamento de conduta sejam patrocinadas por recursos públicos, podemos considerá-las menos onerosas que a movimentação

¹⁸ Millaré, Edis. Op. cit. p. 378.

¹⁹ Por isso muito relevante a crítica do Instituto sócioambiental sobre a edição dessa norma através de uma Medida provisória 1710/98, inserida na lei 9605/98: “*Enquanto isso, a MP 1710/98 vem propiciando a oportunidade para que os empreendedores que jamais se preocuparam em regularizar as suas atividades aos padrões ambientais continuem operando à margem da lei, em detrimento da saúde pública, das espécies da fauna e flora ameaçadas de extinção e daqueles que, assumindo sua responsabilidade, adequaram suas atividades aos limites legais.*” (p. 2. Acordos ambientais beneficiam empresas. André Lima, in Parábolas n.º 46, ano 5, Dezembro de 1998)

²⁰ A decisão do STF nos autos da ação direta de inconstitucionalidade n.º 2083-8/DF, requerida pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Verde, e relatada pelo Ministro Moreira Alves de 3 de Agosto de 2000, foi a seguinte: “*O Tribunal, por unanimidade, conheceu, em parte, da ação e, nessa parte, por maioria, deferiu parcialmente a medida cautelar para, dando ao ato normativo atacado — hoje Medida Provisória n.º 1949-25, de 26 de junho de 2000 — interpretação conforme à Constituição, suspender, ex nunc e até final julgamento desta ação, a eficácia dele fora dos limites da norma de transição e, portanto, no tocante à sua aplicação aos empreendimentos e atividades que não existiam anteriormente à entrada em vigor da Lei n.º 9605, de 12 de fevereiro de 1998, vencido, em parte, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que concedia integralmente a cautelar. Votou o Presidente. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. — Plenário, 03.08.2000*” (site do STF www.stf.gov.br).

²¹ Miranda, Francisco Cavalcante Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*, RJ: Forense, 1974-1977, vol. 9, p. 219.

²² Como podemos perceber na pesquisa que realizamos uma considerável parcela dos ajustamentos de conduta — 56% — foram celebrados em até seis meses, e 86% em até um ano, comprovando ser este um meio expedito de se obter um título executivo. Comparando-se com o tempo médio para a obtenção do título executivo judicial, o ajuste se revela extremamente vantajoso por sua brevidade na definição do conflito, já que a investigação coordenada pelo professor Paulo César Pinheiro demonstra que apenas 19,6% das ações civis públicas foram decididas definitivamente em um ano.

da máquina jurisdicional. O cidadão brasileiro tem muita dificuldade em saber o quanto realmente custa manter as atividades públicas. Não teríamos condições, por exemplo, de descobrir em termos numéricos e exatos quanto custa para o contribuinte a celebração do ajuste, e qual a economia que essa atividade representa ²³. Empiricamente, contudo, é fácil perceber que é menos oneroso, não só do ponto de vista econômico como social, a realização do ajuste em lugar da prestação jurisdicional.

Não é o caso de nos rendermos a uma concepção econométrica do direito, que reduz a proteção jurídica a uma relação custo-benefício. Pretendemos, apenas, evidenciar que a economia de recursos públicos deve ser privilegiada sempre que possível, ainda mais quando se trata de um país de poucos recursos econômicos como o Brasil. Se por um lado, se evita a ida ao Judiciário e o dispêndio que dela derivaria; e por outro, não há uma oneração significativa de energia e meios dos órgãos públicos legitimados para a celebração do ajuste, posto que as atividades de investigação da lesão ao meio ambiente ocorrem e são custeadas quer o ajuste de conduta seja celebrado ou não.

Em outra perspectiva, também o ajuste é menos dispendioso porque a provocação dos órgãos públicos para a tutela do direito ao meio ambiente pelos cidadãos ou pelas associações, que eventualmente pode redundar no ajustamento de conduta, não pressupõe que o indivíduo recolha pessoalmente nenhum tipo de custas ou taxa. ²⁴ Ademais, por meio do ajuste se pode obter do obrigado o pagamento de todas as despesas públicas que a sua transgressão motivou como o custeio das perícias para identificar a dimensão do dano ambiental, os custos de publicidade, etc.

Uma outra finalidade clara da norma é que muitas vezes a tutela extrajudicial se afigura a mais adequada para esse tipo de direito. Não estaria o nosso sistema de proteção dos direitos transindividuais completo sem o permissivo de se garantir a preservação do direito com uma tutela mais informal e com ênfase na negociação. Sendo o fim da norma a adequada tutela desses direitos, não condiz com o instituto a possibilidade de reduzir o âmbito de proteção do direito transindividual. Não se pode, assim, admitir que o ajuste importe em renúncia do direito a ser protegido e nem implique restrição indevida do mesmo.

²³ Todavia, dados de pesquisa norte-americana comprovam a menor onerosidade da solução extrajudicial de conflito: *"The cost per case for BCS (Bureau of Consumer services) cases is considerably lower than that required for processing formal complaints through the PUC (Public Utility Commission). The average cost per case for mediation cases for 1981-1982, for example, was approximately \$16. (These figures are based on the cost of the mediation unit staff and supervision, divided by the number of cases per year.) Informal complaints, which tend to require more extensive investigation and negotiation, average about \$15 per case for the same period. (This latter figure is based on the cost of the unit and supervision, divided by only the cases requiring investigation. The costs of processing and investigating compliance actions, inquiries, and opinions are not included in this calculation — and are an additional benefit). These figures compare very favorably to the average cost of the adjudication of formal complaints. For the same period, the PUC estimates that the adjudication of formal complaints cost from \$1,000\$ to \$1,500 peer complaint annually for the Administrative Law Judge (not including other Law Bureau or PUC costs) and na estimated \$800 to \$ 1,000 to the company (not to mention the costs of the consumer)"* HYMAN, Drew. p. 68. "Utility consumer dispute settlement: a regulatory model for mediation, arbitration, and class advocacy" in Conflict resolution and public policy. New York: Greenwood Press, 1990.

²⁴ No direito brasileiro, a regra é que o processo administrativo seja gratuito, sobretudo quando o cidadão não haurir nenhum benefício do mesmo, como determina a lei n.º 9.874/99: "Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: XI — proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei."

Destacaremos os princípios que, ao nosso juízo, devem nortear a compreensão da matéria. A própria dicção econômica da norma principal que concebeu o ajuste nos impõe que, na sua aplicação, nos valhamos de vários princípios que, tal qual muito bem demonstrado por Daniel Sarmento ²⁵, podem importar em conflito de valores e necessária ponderação de bens. O que pretendemos agora é estudar alguns princípios que devem regular o ajustamento de conduta, porque “*contienen predecisiones sobre los ultteriores valores que hay que encontrar y que se tienen que mantener dentro del marco señalado por la predecisión, que debe dar satisfacción al principio.*” ²⁶

2.1 Ajuste de conduta e o princípio do acesso à justiça

É próprio do Estado democrático de direito a preocupação com a ampliação do acesso à justiça, que seria uma nova versão do que Hanah Arendt denominou de o “*direito de ter direitos*” ²⁷. O acesso à justiça tem uma preocupação pragmática, embora não utilitarista, da justiça, porque a concebe como um valor concreto que pode ser medido nas coisas do cotidiano, na prática específica de cada instituto jurídico, ou até mesmo na renovação das bases de toda teoria jurídica, especialmente a processual.

Com efeito, podemos dizer com Cappelletti que há um movimento teórico “*que repudia o enfoque meramente formalístico dos institutos jurídicos que integra um ‘movimento universal de acesso à Justiça’*” ²⁸. E talvez a força desse movimento consista justamente em se voltar à temática da Justiça toda vez que refletimos sobre um instituto jurídico. Vamos além do estudo meramente normativo, posto que consideramos fundamental a investigação sobre a experiência do preceito jurídico, de modo a se apurar se o mesmo tem implicações concretamente justas. Qualquer análise, por mais microscópica que seja, deve se valer da preocupação com a consecução desse valor, que é ao mesmo tempo essência e predicado do Direito. O compromisso de ajustamento de conduta surgiu no contexto de se procurar meios alternativos de proteção de direitos transindividuais, de forma a contribuir para uma tutela mais adequada desses direitos. Podemos dizer que integra a terceira onda de acesso à justiça. O ajuste de conduta não objetiva substituir a atividade jurisdicional, que inclusive já conta com mecanismos mais eficientes para a garantia desses direitos, mas complementá-la nos casos em que a solução negociada se revele mais apropriada. Aliás, quando seu cumprimento não é espontâneo é o Judiciário que pode garantir a sua efetividade.

O compromisso enseja a conciliação pré-processual de direitos que são em essência indisponíveis. Para conceber um novo mecanismo de composição de conflitos envolvendo direitos transindividuais o legislador, no evidente intuito de propiciar novas formas de tutela desses direitos, superou uma tradição de limitar os benefícios da solução negociada apenas aos direitos marcadamente disponíveis. Por outro lado, a introdução do compro-

²⁵ Sarmento, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. RJ: Lumen Juris, 2000. p. 56.

²⁶ Larenz, Karl. *Derechos Justo. Fundamentos de etica juridica*. Madrid: Civitas, 1993. p. 33.

²⁷ apud ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade. No rastro de Hannah Arendt*. RJ: Forense Universitária, 1989. p. 26.

²⁸ Cappelletti, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. Revista de Processo 74/ p. 81.

misso também foi ousada, posto que conferiu a legitimidade da negociação a quem não é o verdadeiro titular do direito, a quem não pode dispor do mesmo.

A nota da indisponibilidade do direito e a questão da titularidade do mesmo devem ser sempre levadas em conta na interpretação da regra do ajuste de conduta. A concepção desse mecanismo alternativo, que permite que direitos tão fundamentais como a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado, possam se beneficiar das evidentes vantagens da conciliação, amplia o acesso à justiça, posto que representa uma tutela mais adequada desses direitos.

Por isso a aplicação desse instituto não pode importar de forma alguma em limitação do acesso à justiça da proteção jurídica do meio ambiente, nem de direito individual. Sendo, em verdade, esta a sua medida de justiça. Assim, no compromisso de ajustamento de conduta não pode haver disposição sobre o dever de respeitar o patrimônio natural. Não pode haver qualquer tipo de renúncia ao direito objeto do compromisso, nem qualquer tipo de concessão sobre o efetivo atendimento do direito. 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.

O princípio do acesso à justiça está intimamente ligado à idéia de proporcionalidade ²⁹. Uma de suas manifestações é que os prazos e condições fixados para a adequação da conduta às exigências legais devem ser adequados para a proteção do ecossistema em questão. Não há como se fixar um padrão abstrato de prazos ou de condições a serem cumpridas. A singularidade de cada situação é que permitirá se chegar à formulação das cláusulas adequadas ao gravame concreto a ser reparado ou evitado com a celebração do ajuste.

De outro modo, também é o valor da proporcionalidade que determina que a tutela dos direitos, tanto judicial quanto extrajudicial, deve prestigiar a forma que se revele menos onerosa para os demais direitos protegidos pelo sistema. Portanto, na formulação do compromisso deve se estabelecer a conduta que ao mesmo tempo que represente adequação à norma se revele menos gravosa para o obrigado. A tutela dos direitos transindividuais não autoriza afronta aos direitos dos que violaram a norma além do estritamente necessário. Por exemplo, no caso de um ajustamento de conduta que visa evitar a implantação de um empreendimento potencialmente lesivo ao meio ambiente, restando evidenciado que se a indústria utilizar um dado equipamento antipoluição não há o risco da lesão ambiental, deve o ajuste privilegiar essa hipótese, ao invés de insistir na inviabilidade total do empreendimento. De certo, que basta ao empresário não se submeter a um ajuste que

²⁹ Na verdade, existe um verdadeiro princípio da proporcionalidade vide Guerra Filho, Willis Santiago. "Notas em torno do princípio da proporcionalidade", in *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Vol. I Coimbra: Coimbra Editora, 1996. "O princípio da proporcionalidade, entendido como um 'mandamento de otimização' (*Optimierungsgebote*) do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídica- e faticamente possível, tem um conteúdo que se reparte em três 'princípios parciais' (*Teilgrundsätze*): 'princípio da proporcionalidade em sentido estrito' ou 'determinação de sopesamento' (*Abwägungsgebot*), 'princípio da adequação' e 'princípio da exigibilidade' ou 'determinação do meio mais suave' (*Gebot des mildesten mittels*). O 'princípio da proporcionalidade em sentido estrito' determina que se estabeleça uma correspondência normativa e o meio empregado, a qual deve ser juridicamente a melhor possível. (...) Os subprincípios da adequação e da exigibilidade, por seu turno, determinam que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, 'adequado'." P. 259-260.

considere muito oneroso. O problema é que se os órgãos legitimados não levarem em conta essa importante dimensão do acesso à justiça haverá, provavelmente, uma menor efetividade da norma que preconiza o ajustamento de conduta, e consequentemente todos os fins que a mesma colima.

Importante, portanto, que sempre que possível os obrigados sejam assistidos por advogados no momento da celebração do ajuste. Muitas vezes o advogado sabe avaliar melhor do que seu cliente os benefícios da celebração do ajuste, bem como pode adverti-lo sobre todas as decorrências jurídicas desta pactuação, que tem eficácia de título executivo extrajudicial. Até mesmo para o degradador efetivo ou em potencial conhecer a possibilidade de se evitar uma ação judicial através do ajuste de conduta a atuação do advogado é importante. Contudo, como os serviços de assessoramento jurídico tem um preço significativo, se reproduz também no momento da celebração dos ajustes a desigualdade econômica presente na sociedade brasileira. As pessoas jurídicas de direito público, as pessoas jurídicas de direito privado, as pessoas naturais bem aquinhoadas economicamente, são acompanhadas nas tratativas de celebração do ajuste por seus advogados, e aquelas que não têm condições materiais ficam desassistidas. Na verdade, esse é um grave problema de falta de acesso à justiça, uma vez que inexistem instituições que prestem assistência judiciária preventiva e extrajudicial, já que as Defensorias Públicas, quando existentes, sequer dão conta das demandas de defesa judicial ³⁰.

Mesmo assim, é óbvio que a presença do advogado não é indispensável para a celebração do ajuste, porque se trata de uma atividade administrativa, e que só se aperfeiçoa mediante a manifestação clara da vontade do obrigado. É de se presumir, ainda, que os órgãos públicos legitimados façam o papel de esclarecimento da função do ajustamento de conduta no processo de persuasão do obrigado.

Por outro lado, essa necessária proporcionalidade do teor do ajustado deve ser mantida enquanto há o cumprimento do dever compromissado, sendo admissível a alteração do conteúdo do ajuste quando o seu cumprimento se tornar um sacrifício excessivo, desde que não se reduza a proteção do direito ambiental, nem se lese direitos individuais. Pode se aplicar analogicamente ao compromisso de ajuste ambiental a norma do §3.º do artigo 53 da lei 8884/94: *“as condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica.”*

2.2 Ajuste de conduta e princípio da tutela preventiva

Outro princípio que deve ser atendido pelo compromisso de ajustamento de conduta, e que reforça tudo o quanto antes se falou sobre acesso à justiça, é o princípio da tutela

³⁰ Anota muito bem a questão Horácio Wanderlei Rodrigues: *“Outro problema que se coloca ao efetivo acesso à justiça é a quase que completa inexistência, em alguns Estados da Federação, de instituições encarregadas de prestar assistência jurídica preventiva e extrajudicial. Com relação à representação profissional junto à administração pública, esquece-se muitas vezes que o processo administrativo é processo, embora não jurisdicional, e como tal também nele a parte tem o direito de ser acompanhada de um profissional preparado para orientá-la e defendê-la.”* P. 50. *Acesso à Justiça no direito processual brasileiro*. SP: Acadêmica, 1994.

preventiva dos direitos, que preconiza que sempre que possível o sistema jurídico deve evitar a ocorrência dos atos ilícitos e dos danos. O compromisso foi concebido como um mecanismo de solução extrajudicial de conflito justamente para propiciar essa prevenção.

A prevenção, que é importante para o trânsito das relações jurídicas em geral, assume um enorme relevo na tutela dos direitos transindividuais. Já em 1978 Barbosa Moreira, em lição lapidar sobre o tema, aduzia: *“Considere-se por um instante o caso do interesse na sanidade do ambiente, ou na preservação das belezas naturais e do equilíbrio ecológico, ou na honestidade das mensagens da propaganda; o do interesse em que não se ponham à venda produtos alimentícios ou farmacêuticos nocivos à saúde, em que funcionem com regularidade e eficiência os serviços de utilidade pública, prestados pela Administração ou por particulares, e assim por diante. Se a Justiça civil tem um papel aí a desempenhar, ele será necessariamente o de prover no sentido de prevenir ofensas a tais interesses, ou pelo menos de fazê-las cessar o mais depressa possível e evitar-lhes a repetição; nunca o de simplesmente oferecer aos interessados o pífio consolo de uma indenização que de modo nenhum os compensaria adequadamente do prejuízo acaso sofrido, insuscetível de medir-se com o metro da pecúnia.”*³¹

Portanto, o esquema de ressarcimento pecuniário, tradicionalmente concebido como um equivalente razoável³², não permite, nem de longe, a proteção adequada desses direitos. Como muito bem assevera Marinoni *“trata-se da tutela preventiva, a única capaz de impedir que os direitos não patrimoniais sejam transformados em pecúnia, através de uma inconcebível expropriação de direitos fundamentais para a vida humana.”*³³ O equivalente pecuniário sempre é desnaturado quando se trata de reparação de dano extrapatrimonial³⁴, e existe não para corresponder plenamente à reparação do dano mas para mitigar os efeitos perversos da violação do direito e coibir a impunidade daqueles que o violaram.

O compromisso de ajustamento de conduta pode ser um importante veículo para se evitar a prática de atos ilícitos, ou a continuidade de sua ocorrência, haja ou não um

³¹ *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, in Temas de Direito processual civil, 2 série. SP: Saraiva, 1980. P. 24.

³² O que se considera equivalente é o que o direito assim define, a equivalência é um conceito cultural. Conforme anota Paulo Bessa: *“O conceito de equivalência é conceito cultural e deve ser investigado à luz de considerações históricas, sociais, políticas, econômicas e jurídicas. Não se deve pensar que o conceito de equivalência deve ser tomado literalmente, pois mesmo as legislações mais primitivas sempre perceberam a impossibilidade de uma reprodução absolutamente igual do bem danificado.”* (p. 73, op. cit.) De qualquer maneira o equivalente pecuniário tradicional se revela muito insatisfatório na tutela dos direitos transindividuais. Sob outra perspectiva, mas na mesma linha Barbosa Moreira: *“Dê-se de barato que haja direitos suscetíveis de lesados, comportar reintegração integral. Ainda com relação a esses, será difícil de atingir a perfeita coincidência entre a realidade e a norma, quando menos pela razão óbvia de que a atividade processual, por mais bem ordenada que seja, nos textos e na prática, sempre, consome algum tempo, durante o qual fica o titular do direito privado da utilidade a que fazia jus segundo o direito material. O proprietário pode recuperar a coisa de que outrem se apoderara, o credor pode receber a importância que lhe era devida, mas nem sequer nessas hipóteses será lícito dizer que o processo lhes assegurou, efetivamente, vantagem igual à que gozariam se não ocorresse a lesão.”* (*Tutela sancionatória e tutela preventiva*, in Temas de Direito processual civil, 2 série. SP: Saraiva, 1980. P. 22)

³³ *Tutela inibitória*. SP: RT, 1998. P. 14.

³⁴ Sergio Severo abordando o tema afirma: *“De acordo, com Mário Júlio de Almeida Costa, prevalece o critério negativo, considerando-se os danos não patrimoniais como aqueles que não têm expressão econômica, os quais se reportam a valores de ordem espiritual, ideal ou moral.”* (P. 43. *Os danos extrapatrimoniais*. Saraiva: São Paulo, 1996.)

dano configurado ao direito transindividual. Assim, tal como a tutela inibitória judicial ³⁵ o ajuste de conduta pode prover, principalmente, para o futuro. Estabelece como deve ser a conduta do obrigado daí por diante em relação à observância daquele direito. Em muitas situações o ajuste de conduta inaugura um novo tipo de relacionamento entre o obrigado e os titulares do direito transindividual, sendo uma importante forma de promover a “*justiça coexistencial*” ³⁶. Temos, por exemplo, o caso de um ajustamento de conduta que estabeleceu exigências, além das previstas no licenciamento ambiental, que pudessem resguardar a prática de danos ambientais na exploração turística de um parque ecológico.

Por isso, desde que se afigure possível a ocorrência do ilícito, com ou sem a probabilidade de um dano imediato, devem os legitimados a celebrar o ajuste tentar realizá-lo, pois assim não se perde a oportunidade de proporcionar essa tutela tão desafiante para o nosso sistema jurídico. Mesmo que o ilícito ou o dano já tenha ocorrido a função de evitar novos danos ainda é preventiva e absolutamente importante. Destarte, quando já haja um dano ao ecossistema, além da previsão da reparação deste, se possível de forma integral, deve o ajuste cumprir fielmente sua função preventiva estipulando obrigações que, se cumpridas, mitiguem a possibilidade de novos ilícitos e suas consequências.

De fato, na tutela do meio ambiente essa questão assume contornos dramáticos, porque “*não podem a humanidade e o próprio direito contentar-se em reparar e reprimir o dano ambiental. A degradação ambiental, como regra, é irreparável. Como reparar o desaparecimento de uma espécie? Como trazer de volta uma floresta de séculos que sucumbiu sob a violência do corte raso? Como purificar um lençol freático contaminado por agrotóxicos?*” ³⁷

A prevenção é, inclusive, princípio do próprio direito ambiental “*concernindo à prioridade que deve ser dada às medidas que evitem o nascimento de atentados ao ambiente, de molde a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar a sua qualidade.*” ³⁸

Não é à toa que neste ramo do direito tenha se desenvolvido o princípio do poluidor pagador, o qual não é um salvo-conduto para poluir mediante pagamento, mas sim uma forma de “*afastar o ônus do custo econômico das costas da coletividade e dirigi-lo diretamente ao utilizador dos recursos ambientais, mesmo que inexista dano plenamente configurado*” ³⁹, com evidente fundamento na prevenção.

A prevenção pode ensejar que o obrigado assuma comportamentos comissivos ou omissivos, dependendo do caso concreto. Por isso o ajuste, em regra, veicula obrigações de fazer e de não fazer, pois essas são as que melhor se amoldam à sua natureza preventiva.

³⁵ A tutela inibitória deve ser voltada para o futuro “*independentemente de estar sendo dirigida a impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. Note-se, com efeito, que a inibitória, ainda que empenhada apenas em fazer cessar o ilícito ou a impedir a sua repetição, não perde a sua natureza preventiva, pois não tem por fim reintegrar ou reparar o direito violado.*” Marinoni, op. cit. p. 29.

³⁶ Boaventura de Souza Santos. “*O direito e a comunidade. As transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados.*” in Revista Direito e Avesso, Brasília, col. II, n.º 3, pp.138-156, jan./jul. 1983. P. 139.

³⁷ Fábio Feldman na apresentação ao livro *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*, de Edis Milaré e Herman Benjamim. SP: RT, 1993. P. 5.

³⁸ Milaré, Edis. Op. cit. P. 102

³⁹ Paulo Bessa. Op. cit. P. 221.

Como muito bem assevera Marinoni ⁴⁰, a tutela inibitória só se aperfeiçoa quando à exigência do cumprimento do dever de evitar o ilícito ou o dano está vinculada a possibilidade de fixação de uma medida coercitiva que desestime o devedor à prática ou à reiteração do ilícito. A fixação da multa como medida de pressão psicológica na formação da vontade do devedor é fundamental para o melhor desempenho da função preventiva do ajuste. Outras medidas coercitivas também podem ser estipuladas no ajuste como a fiança bancária, a garantia hipotecária e outras.

Tal qual na vida em geral, prevenir é melhor do que remediar, mormente quando pode não existir o remédio eficaz para combater o mal. Assim, em virtude desse valor perseguido pela norma do ajuste deve-se privilegiar a tutela preventiva; em segundo lugar permitir a reparação integral do dano; e, só em última hipótese, ensejar que o ajuste tenha medidas apenas de ressarcimento. Nesse último caso deve restar evidenciado a impossibilidade da reparação, a excepcionalidade da situação que indica o ressarcimento como a única medida possível e a identidade desta com uma provável tutela judicial.

2.3 Ajuste de conduta e princípio da tutela específica

Como podemos perceber, o compromisso de ajustamento deve ser um meio de privilegiar, sempre que possível, a tutela preventiva de direitos. Sob uma outra perspectiva podemos dizer que o ajustamento de conduta também deve ensejar a tutela específica das obrigações. Embora não estejamos em sede de tutela judicial, consideramos apropriado se aplicar o princípio da tutela específica a essa forma de solução extrajudicial de conflito, porque o conteúdo do ajuste deve, em regra, recuperar a situação anterior à prática do ilícito ou do dano ao bem ambiental.

Para fins de nosso estudo podemos considerar como tutela específica, adaptando as palavras de Barbosa Moreira, o conjunto de remédios e providências tendentes a proporcionar àquele que será beneficiado cum o cumprimento da prestação o preciso resultado prático atingível por meio do adimplemento ⁴¹. Conquanto se possa falar em tutela específica nas obrigações pecuniárias, a questão existe principalmente para as obrigação não pecuniárias de fazer e de não fazer.

Muitas dessas obrigações, na verdade, não são obrigações no sentido estrito, posto que têm gênese na norma positiva, e não na autonomia da vontade. São deveres jurídicos impostos a todos pela lei. Mas segundo a tradição do direito brasileiro, especialmente do direito processual, as disposições normativas que se referem à obrigação sempre abrangem o conceito de dever jurídico ⁴². O ajustamento de conduta é, em regra, palco justamente da

⁴⁰ Op. cit., p. 30.

⁴¹ Moreira, Barbosa. *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*. Temas de direito processual civil. 2 série. SP: Saraiva, 1980. P. 31.

⁴² Artigo 461 do CPC: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação e fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1.º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se ou autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2.º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa. § 3.º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a

negociação sobre o cumprimento desses deveres jurídicos, que são típicos no atendimento aos direitos não patrimoniais, como, v.g., o dever de promover o licenciamento ambiental das obras de potencial impacto ao ecossistema, o dever de preservar o patrimônio histórico nacional, o dever de exercer de forma adequada o serviço de vigilância sanitária sobre o comércio de medicamentos, etc.

Sem exagero, podemos afirmar que a única tutela plenamente adequada para a satisfação desses deveres jurídicos para com a comunidade é a tutela específica. O ressarcimento não nos fornece uma resposta razoável. Por isso, também é medida de acesso à justiça a preocupação com a tutela específica dessa modalidade de obrigação, e podemos nos regozijar que no sistema processual brasileiro exista essa clara tendência. Bem ilustrativa é a possibilidade de que títulos extrajudiciais que estabeleçam obrigações de fazer e de não fazer terem a eficácia executiva, bem como a atual disciplina do artigo 461 do CPC ⁴³. Admitir a formação de títulos executivos extrajudiciais que contenham essas obrigações é uma evidente ruptura com o esquema “processo de condenação mais execução forçada”, tão *mimado* ⁴⁴ por legisladores e doutrinadores.

Aliás, deve-se à nossa reforma processual de 1994 essa nova valorização da tutela específica, que acabou por importar em um fundamental estímulo à celebração dos ajustamentos de conduta. A eficácia executiva do ajustamento ficava muito comprometida na sistemática anterior, porque como não se podia executar obrigações de fazer e de não fazer advindas de título executivo extrajudicial, o ajuste ou tinha uma previsão de pagamento de quantia pelo ressarcimento, ou acabava apenas funcionando como um elemento de prova para a ação de conhecimento, o que o desqualificava como meio de obter a tutela específica, ou tornava necessária a homologação judicial.

E é por essa importante dimensão que o ajustamento de conduta pode ter na tutela específica que as obrigações nele contidas devem ser certas e determinadas, além de líquidas. Na formação do ajuste, portanto, deve-se levar em conta esse importante princípio da tutela específica para que haja a satisfação plena do direito ao meio ambiente.

qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4.º O Juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5.º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. § 6.º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. Nesse sentido a respeito da aplicabilidade do artigo 461 do CPC aos deveres jurídicos Carreira Alvim: “*Primeiro, porque o art. 461 do Código não distingue entre obrigação convencional ou legal (ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus); segundo, porque essa sempre foi a tradição do nosso direito processual, admitindo Código de Processo civil (art. 302, XII), ação cominatória a quem, por lei ou convenção, tivesse o direito de exigir de outrem que se abstinhasse de ato ou prestasse fato dentro de certo prazo. Inúmeras outras hipóteses previstas nesse artigo tinham suporte em autênticas obrigações legais.*” (Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. P. 43.)

⁴³ “A luz desses dados, não parece restar qualquer dúvida quanto à prioridade reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro à tutela específica, assim como o papel secundário e subsidiário que em relação a ela desempenha a tutela ressarcitória ou por equivalente. Na ausência de cumprimento espontâneo de obrigação não pecuniária, a opção pela tutela específica do direito a ela correspondente está plenamente garantida pelo ordenamento jurídico, seja pela possibilidade de tal direito estar, desde logo, consagrado em título executivo extrajudicial, seja pela obrigatoriedade de que, sendo esse direito demonstrado em processo de conhecimento, ele venha a ser consagrado em título executivo extrajudicial.” (Op. cit. p. 44.)

⁴⁴ Expressão do professor Barbosa Moreira. In *Tutela sancionatória e tutela preventiva*. Op. cit. P. 22.

2.4 Ajuste de conduta e aplicação negociada da norma jurídica

Como é cediço, a tutela jurisdicional dos direitos transindividuais impõe desafios inéditos para o Poder Judiciário. Além da responsabilidade típica da atividade judicial, a tutela desses direitos pressupõe, necessariamente, a derrocada do mito da neutralidade do juiz ⁴⁵, pois o expõe como um ator político. A conflituosidade inata dos direitos transindividuais implica que no caso concreto o juiz tenha que definir qual o interesse que deva prevalecer, decidindo, por exemplo, entre a proteção de um ecossistema ou a manutenção da atividade econômica que o ameaça. De certo que a resposta adequada já está dada no sistema jurídico, mas o processo de definição dessa resposta exige uma nova responsabilidade do juiz.

Além de uma nova *performance* do julgador a tutela dos direitos transindividuais exige um novo tipo de processo. Boaventura de Sousa Santos considera que a legalidade capitalista pode ser constituída por três componentes estruturais básicos — a retórica, a burocracia e a violência — que se articulam segundo modos característicos. Cada um destes elementos constitui uma forma de comunicação e uma estratégia de tomada de decisão. Assim, *“a retórica baseia-se na produção da persuasão e de adesão voluntária através da mobilização do potencial argumentativo de sequências e artefatos verbais e não verbais socialmente aceites. A burocracia baseia-se na imposição autoritária através da mobilização do potencial demonstrativo do conhecimento profissional, das regras formais gerais e dos procedimentos hierarquicamente organizados. A violência baseia-se no uso ou ameaça da força física.”* ⁴⁶

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

O compromisso de ajustamento de conduta, sendo uma atividade extrajudicial, pode ser incluído como uma modalidade de solução mais adequada para determinados tipos de conflitos nos quais devam ser ponderados vários interesses, principalmente porque nele pode-se vivenciar, com mais desenvoltura, o elemento da retórica. Essa pluralidade de interesses que impõe desafios cruciais à tutela judicial clássica pode ser muito bem percebida em um processo de negociação. A negociação permite uma administração otimizada de conflito em que vários aspectos, na maior parte das vezes de matiz não jurídico, podem ser contemplados para se encontrar a melhor solução.

A característica informal da negociação, na qual os passos para se chegar a um bom termo não estão aprioristicamente definidos, contribui para a sua maior adequação. Portanto, a informalidade presente na possibilidade de negociação é altamente compatível com a construção da forma mais efetiva de proteção dos direitos transindividuais. A inexistência de um rito padronizado permite que a condução da negociação possa levar em

⁴⁵ Para uma abordagem interessante sobre o assunto vide Dallari, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. SP: Saraiva, 1996.

⁴⁶ Boaventura de Sousa Santos, op. cit. p. 142.

conta as particularidades do caso concreto, o que se revela muito mais desafiador quando se trata de processo judicial, a despeito de todo o esforço para torná-lo um palco no qual seja possível a conciliação. Por exemplo, o contato existente entre o órgão legitimado a celebrar o ajuste e o obrigado é direto, e a qualquer tempo essa comunicação pode ser ativada, sem as formalidades do rito processual, o que permite que se leve em conta, no momento de se celebrar o ajuste, dados que não estão necessariamente formalizados. As marchas e contramarchas do processo de negociação ensejam, em muitos casos, o conhecimento efetivo da situação a ser ajustada, v.g., a condição econômica do obrigado, as causas que o levaram ao não cumprimento da norma, os óbices que precisa superar para cumpri-la, assim como a urgência em que a adequação à lei deve ser feita, os anseios da comunidade que se sente lesada pela transgressão da norma, etc.

Boaventura de há muito constatou a tendência em se ensejar uma alternativa à decisão adjudicada pela justiça profissional e burocratizada ⁴⁷. No caso do ajuste de conduta temos um meio termo entre a deformalização plena da administração da solução de conflitos de direitos por leigos e a tutela jurisdicional. O compromisso é uma faculdade conferida a órgãos públicos com um alto grau de profissionalização como, por exemplo, o Ministério Público. Mas é ao mesmo tempo uma forma diferenciada, com uma lógica própria, de se obter a solução do conflito, se comparado com a prestação jurisdicional. O resultado encontrado nos dois tipos de tutela não deve ser diferente, mas o caminho para se chegar a esse resultado é que pode ser diverso.

A participação na formação da decisão daqueles que por ela se obrigarão é uma nota relevante para o sucesso dessa justiça consensual. O transgressor ou iminente transgressor tem necessariamente seu ponto de vista considerado na elaboração das cláusulas do ajuste, o que pode ser fundamental para que não venha a descumpri-lo. Ao reconhecer que deve assumir tais obrigações, de forma espontânea e sem uma ordem de autoridade, o sistema o admite na formulação do compromisso, ainda que a margem de conformação da justa forma de conciliação seja pequena, devido às características já anotadas da tutela desses direitos.

Com efeito, porque essa é uma decisão participativa, embora não concebida, como já assinalado, para favorecer o obrigado, o ajuste pode também ser uma importante medida de justiça por constituir o meio menos gravoso de se obter o objetivo da norma daquele que dela se desviou ou que pode vir a fazê-lo. O ajustamento de conduta tem uma importante carga simbólica, que é demonstrar que aquele que descumpriu um direito fundamental da coletividade quer rever a sua conduta. Assim, a condução do ajuste deve ser realizada em uma perspectiva não repressiva, sem idéias pré-concebidas. Por isso não precisa haver um reconhecimento explícito de culpa por parte do obrigado, mesmo porque nos casos de responsabilidade civil ambiental, no direito brasileiro, a culpa é absolutamente irrelevante⁴⁸. A

⁴⁷ Op. cit. p. 140.

⁴⁸ Parágrafo 1.º do artigo 14 da lei 6938/1981 — Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

desnecessidade de confissão ou reconhecimento de culpa é elemento facilitador da celebração do ajuste, o que muitas vezes não se consegue em juízo, quando a imagem do responsável já pode ter sido arranhada publicamente pelo só fato do ajuizamento da ação.

Na verdade, o ajuste de conduta, na visão de Lídia Passos, seria integrante de uma nova engenharia jurídica ⁴⁹. Uma engenharia que dedica um espaço todo especial à formulação normativa negocial, uma vez que as partes da conciliação “*não se limitam a promover o desdobramento lógico-formal das normas legislativas e procedimentais já estabelecidos, mas o desdobram construtivamente ao normatizar situações específicas e inéditas.*” ⁵⁰ Não queremos afirmar que o ajustamento de conduta crie novas normas jurídicas, mas o mesmo pode representar decorrências concretas da norma, que dificilmente poderiam ser divisadas à primeira vista.

2.5 Ajuste de conduta e princípio democrático

O Estado democrático de direito representa a conquista do reconhecimento de direitos de terceira geração, bem como de uma adequada tutela dos mesmos. A possibilidade da lesão ou ameaça de lesão a esses direitos estar sindicada à revisão judicial também é uma ilação coerente da normatividade desse princípio constitucional.

A primeira relação entre o ajuste de conduta e o princípio democrático é a de consequência e causa. Embora não haja uma previsão expressa na Constituição Federal brasileira, como no caso da tutela judicial ⁵¹, a tutela extrajudicial de direitos transindividuais também pode ser enfocada como uma concretização mais efetiva das decorrências normativas desse princípio. Quando o legislador do Código de Defesa do Consumidor, editado em atendimento a um preceito constitucional específico ⁵², concebeu o ajustamento de conduta, o fez para complementar o quadro de proteção de direitos transindividuais. Por isso que podemos dizer, sem medo de errar, que o ajustamento de conduta é um meio de se honrar os fundamentos do Estado Democrático de Direito, haurindo sua legitimidade da própria ordem constitucional.

A concepção do ajustamento de conduta não ofende de forma alguma o monopólio da jurisdição. Primeiro, porque não é obrigatório, pois depende da expressa vontade do transgressor da norma, segundo porque sua execução forçada só pode ocorrer em sede judicial.

Sob uma outra perspectiva, o ajustamento de conduta deverá, para atender plenamente ao princípio democrático, preencher certos requisitos. Um deles é a necessidade de que

⁴⁹ Ver interessante dissertação de mestrado sobre *Validade e eficácia da norma jurídica. Justiça ambiental no gerenciamento dos recursos hídricos*. Do mestrado da PUC/SP. Diz a autora “A identificação de cenários fortes e vinculantes de pronunciamento do direito, divorciados da concepção monolítica e exclusivamente estatal de formulação normativa — restrita à prestação judicial, executiva e aos parlamentos — enfatiza a conformação de uma nova engenharia jurídica, informada por valores pluralistas consensuais e democráticos, que encontram na atuação negocial (e não mais na exclusivamente adjudicatória) uma nova expressão do conceito de justiça e, portanto, dos critérios de identificação do próprio direito.” P. 7.

⁵⁰ Passos, Lídia. Op. cit. p. 40.

⁵¹ Artigo 5º, XXXV da CF.

⁵² Artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou a elaboração do Código de Defesa do Consumidor em 120 dias.

haja um mínimo de regras sobre a celebração do ajuste em cada instituição legitimada, de modo a que se motive a existência de uma cultura de realização de ajustes, e ao mesmo tempo se assegure que os mesmos serão realizados da forma mais adequada possível. O conhecimento dessas regras por todos também permitirá o controle dessa importante atuação administrativa.

Com efeito, a negociação entre o órgão público e o agente violador da norma de direito transindividual está sujeita a algumas disfunções que podem ocorrer em virtude de *“especificidades de ordem técnica, pressões de interesses setoriais (mídia, interesses de governo, de grupos econômico, etc.), ou à ausência de perspectiva geral e abrangente que deve informar a gestão dos interesse públicos.”*⁵³ Reputamos que uma sistematização normativa mínima pode mitigar a influência desses fatores no momento da celebração do ajuste. A melhor forma de enfrentar os riscos da negociação⁵⁴, que tenha como objeto um direito da coletividade, é justamente refletir sobre esse processo de barganha, procurando se guiar por determinados princípios que possam indicar as situações concretas em que se afigura cabível a negociação, assim como o conteúdo adequado da mesma.

No item anterior percebemos que a aplicação da norma no ajuste, conquanto haja os limites da indisponibilidade, não se dá de uma forma autômata. Ao permitir que o órgão legitimado considere as condições do caso concreto, o legislador enseja uma flexibilidade de sua aplicação, que nada mais é que uma forma criativa de se aplicar a norma. Esse processo pressupõe, em uma determinada escala, a tomada de decisões políticas.

Portanto, a tutela, judicial ou extrajudicial, dos interesses transindividuais quase sempre implica realizações de *“escolhas políticas”*, ante a conflituosidade peculiar a estes direitos. Assim, uma solução técnico-jurídica de proteger um dado momento um ecossistema pode implicar a erradicação de várias modalidades de atividades econômicas, com repercussões sociais enormes. Em outra situação, preservar um importante patrimônio histórico pode ser incompatível com um novo traçado urbano proposto para soluções de problemas de trânsito. Esses exemplos ilustram o quão tormentoso pode ser a definição do interesse transindividual que deva prevalecer, notadamente quando não há uma demonstração normativa clara de qual o interesse que deva ser resguardado.

Obviamente que é possível se identificar qual o valor a ser prioritariamente protegido, segundo uma regra de ponderação. Entretanto, concretizar as deliberações políticas do legislador não é um processo automático de aplicação normativa, mormente quando se trata da defesa desses interesses, cuja titularidade é de todos, mas quase sempre o exercício de sua tutela, inclusive para possibilitá-la, é limitado. Não haveria condições de todos

⁵³ P. 56. Passos, Lídia. Op. cit.

⁵⁴ Antônio Fonseca comentando os riscos da atuação negocial do CADE afirma lucidamente que: *“Certamente, o desempenho de uma função promocional como a aqui definida expõe a agência às influências de grandes agentes, que pode usar a mídia como um veículo de pressão, prestígio e poder. Na prática, essa influência poderá ocorrer via destaques na imprensa e, dessa forma, canalizar forças políticas para reduzir o peso da agência ou neutralizar suas ações com base em critérios não jurídicos, ou comissionar a cobertura da imprensa de modo a angariar a opinião pública. Tudo isso sugere que a agência deve adotar uma atuação discreta, mas não renunciar a sua vocação conciliatória. A agência deve, sim, mostrar-se refratária às pressões, já que não há como eliminá-las, e não se submeter aos seus encantos.”* P. 9 do voto proferido no Ato de Concentração n.º 54/95. Relator: Conselheiro Antônio Fonseca, Requerentes: Cia Petroquímica do Sul — COPESUL, OPP Petroquímica S/A, OPP Polietilenos S/A e Ipiranga Petroquímica S/A, Interessada: Petroquímica Triunfo S/A.

os interessados na tutela da defesa do meio ambiente comparecerem na sede do órgão público para celebrar um ajustamento de conduta. Por isso, é de fundamental importância que a deliberação de celebrar o ajuste, bem como a definição de seu conteúdo sejam as mais democráticas possíveis ⁵⁵.

Pelo fato da celebração do ajuste estar limitada pelo ordenamento jurídico à adaptação da conduta do transgressor da norma às exigências legais, pode-se considerar democrática a eleição, realizada pelo representante do povo, de órgãos públicos legitimados a promovê-la. A formação do ajuste não pressupõe deliberações políticas que não estejam previamente previstas na lei, implícita ou explicitamente. São órgãos cuja legitimação técnica, prevista no ordenamento constitucional, também desempenha um papel importante na concretização de direitos, mesmo porque podem estar menos sujeitos aos interesses pessoais e partidários, que comandam, mais de perto, a atuação dos representantes políticos da Nação. Por isso é democrática a possibilidade de se conferir a órgãos públicos, de índole técnica, a possibilidade de negociação desses direitos, dentro dos estritos limites legais.

Mas o processo de tomada de decisões deve ser o mais participativo possível. O aspecto fundamental do Estado Democrático de direito é que se pretende, em níveis cada vez maiores, ensinar a participação dos cidadãos nas decisões que possam influir na sua vida. Portanto, o ideal é propiciar mecanismos de participação na formação da decisão do órgão legitimado na celebração do compromisso. Já há reclamos de setores da sociedade civil afirmando quanto à celebração dos ajustes que *“é preciso impor mecanismos de participação daqueles que serão afetados e a obrigação de transparência dos atos ou procedimentos administrativos relacionados a tais acordos.”* ⁵⁶

Tanto será mais democrático o ajuste quanto sua celebração seja mais transparente. A publicidade do mesmo é fundamental para garantir o controle de seus termos pela sociedade, e permitir que se averigüe se o mesmo não representou nenhum tipo de violação ao acesso à justiça. Em muitos momentos a publicidade oficial não será suficiente para ensinar esse controle, e por isso é importante que sejam utilizados os meios de comunicação de massa para permitir o conhecimento da prática do ajuste. A publicidade também garante uma maior eficácia do pactuado no compromisso.

Apesar de não haver uma previsão normativa que imponha instrumentos de participação para elaboração e celebração do ajuste, consideramos que pela aplicação do princípio democrático podemos favorecer a incidência desses instrumentos. A decisão final sobre o ajuste, no entanto, sempre será do órgão legitimado, porque não há determinação legal de vinculação à deliberação da sociedade, o que, aliás, nem seria necessariamente interes-

⁵⁵ Conforme assevera Randolph Lucas *“A palavra democracia e seus derivativos aplicam-se a processos de decisão. Em sentido grego original, uma decisão é democraticamente tomada se a resposta à pergunta Quem a toma? for aproximadamente todos, contrastando com as decisões tomadas somente pelos mais qualificados para fazê-lo, como em uma meritocracia, ou aquelas tomadas por um único homem, como em uma autocracia ou monarquia. Em segundo lugar, a palavra democrático veio explicar a maneira pela qual se chega a uma decisão, ela dá origem a um advérbio, quando responde à pergunta Como uma decisão é tomada? Uma decisão é tomada democraticamente se ela é alcançada mediante discussão, crítica e acordo. Em terceiro lugar, a palavra é utilizada para caracterizar o espírito dentro do qual a decisão é tomada. Uma decisão será democrática se visar ao interesse de todos, e não apenas aos de uma facção ou de um partido.”* (p. 4. *Democracia e participação*. Trad. de Cairo Paranhos Rocha. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.)

⁵⁶ In *“Parábolicas”* publicação mensal do Instituto Sócioambiental. P. 2.

sante, devido à possibilidade de sua manipulação. Ademais, não se deve retirar dos órgãos públicos a responsabilidade pela adoção da medida mais adequada. O que se advoga é que esse processo deliberativo precisa para ser democrático ser o mais participativo possível, ensejando um amplo controle sobre a decisão do órgão público ⁵⁷.

Por isso, consideramos bastante recomendável que a elaboração do ajuste possa ser acompanhada por aquele que motivou a atuação administrativa, independentemente de quem a tenha formulado, cidadão ou associação. Esse acompanhamento deve ser feito através da intimação do representante informando sobre a possibilidade de celebração do ajuste, e de seus termos solicitando uma manifestação sobre o fato. No momento da celebração do ajuste também pode-se ensinar sua presença como testemunha, uma vez que as partes do ajuste são apenas o órgão público e o obrigado. E também por todos aqueles que tenham interesse no deslinde da questão, notadamente nos casos de maior complexidade. Essa participação também pode ocorrer em audiência pública, quando se deve ouvir todos os interessados na questão, e sopesados os pontos de vista divergentes ⁵⁸.

No mesmo sentido, deve-se ensinar a participação de representantes de grupos que tenham seus direitos coletivos em questão no ajuste. Nesse caso a situação é mais delicada, porque os direitos em jogo são do grupo, que, ao nosso juízo, devem sempre ser ouvidos antes de se firmar o ajuste. Assim, em ajustes envolvendo matéria ambiental e direitos indígenas as lideranças comunitárias indígenas devem sempre ser ouvidas no processo de negociação.

Como já mencionado, um importante mecanismo de compreensão de todos os interesses envolvidos na questão, principalmente quando a mesma apresenta múltiplas facetas, é a audiência pública, convocada estritamente para se conhecer a opinião da comunidade sobre a proposta de negociação. Como já falamos alhures, *“a audiência pública é um instrumento de participação cidadã utilizada para a adoção dos mais variados projetos políticos em muitos países.”* ⁵⁹

⁵⁷ Disciplinando o processo administrativo em geral a lei 9874/99 estabelece a possibilidade da utilização de instrumentos de participação: Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. § 1.º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas. § 2.º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais. Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo. Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas. Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

⁵⁸ Comentando a respeito da questão no direito ambiental Paulo Affonso Leme Machado aduz, com bastante argúcia: “É de se tirar uma clara lição: a Administração precisa ser interlocutora dos dois lados interessados ou em confronto. Dessa forma, não é eficaz nem ético que só se negocie ou se comunique com o empresário. Devem estar presentes as vítimas em potencial e as associações ambientais com representatividade. Ordenando-se essa fase, de modo a evitar-se a morosidade e tumulto, poder-se-á chegar, algumas vezes, a soluções conciliatórias. Contudo, não se deve pensar que diante de todas as questões se chegará à situação que agrada a todas as partes: nessa ocasião, superada a fase de consulta e da conciliação, a Administração decidirá. Para que sua decisão seja realmente independente é preciso que nas fases anteriores todas as partes tenham tido a oportunidade de serem ouvidas e de tomar conhecimento de todos os pontos de vista acaso divergentes.” Op, cit. pg. 125

Na verdade, o estabelecimento de rotinas democratizantes da celebração de ajustamento de conduta é fundamental para se atender o que Luhmann ⁶⁰ define como legitimação pelo procedimento, uma vez que as soluções advindas dessa negociação, em que a sociedade também se considera partícipe, podem ter uma eficácia social muito maior. Será a única forma de combatermos o *deficit de legitimidade*, na expressão de Habermas, que hoje, de uma certa forma, existe com a celebração dos ajustes sem qualquer controle social, como registra a preocupação de representante da organização não governamental Instituto Socioambiental: *“Tudo leva a crer que há a necessidade de se desenvolver limites precisos e objetivos aos poderes atribuídos aos órgãos competentes para celebrarem termos de ajustamento de conduta em matéria ambiental. Mais do que o estabelecimento de critérios técnicos, já que seria impraticável prever todos os tipos de impactos ambientais passíveis de ajustamento, é preciso impor mecanismos de participação daqueles que serão afetados e a obrigação de transparência dos atos ou procedimentos administrativos relacionados a tais acordos”* ⁶¹.

3. Considerações finais

A celebração do compromisso de ajustamento de conduta tem uma enorme potencialidade de ensejar uma tutela mais expedita, econômica e adequada aos conflitos que envolvem a prevenção e a reparação de danos causados ao meio ambiente. Todavia, ainda viceja uma certa insegurança quanto à celebração do ajuste entre aqueles que se preocupam com a proteção de nossos recursos naturais.

Mesmo após catorze anos de vigência da norma a prática de celebração dos ajustes de conduta ainda não está plenamente consolidada, ora por falta de ousadia em se utilizar do instrumento, ora por seu uso inadequado. Com efeito, o risco da indevida transação no ajuste é bem presente, a ausência de regras claras na maior parte nos órgãos públicos legitimados não contribui para a construção de uma cultura da “negociação sem concessões”, fundamental para o sucesso do ajuste, e até mesmo, uma certa ausência de publicidade dos ajustes frustra o ideal de participação dos demais interessados na tutela do meio ambiente no controle dessa importante forma de solução extrajudicial de conflitos.

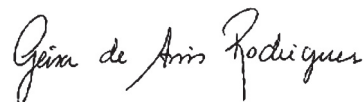
Esses e outros problemas devem ser enfrentados com coragem e serenidade para que superemos o desafio de dar concretude a uma norma que, se bem aplicada, pode complementar, de forma bastante positiva, o sistema brasileiro de proteção jurídica ao meio ambiente. Não é exagerado afirmar que a todo momento não podemos olvidar que de nosso talento empreendedor depende a manutenção da vida como hoje a conhecemos, e o bom uso do ajustamento de conduta será um importante legado para as futuras ge-

⁵⁹ P. 335. “Da audiência pública como instrumento de participação popular no licenciamento ambiental independente de realização de estudo de impacto ambiental”, in *Anais do Congresso Internacional de direito ambiental*. São Paulo: Instituto O direito por um planeta verde, 1996. Pp. 331-339

⁶⁰ Para um estudo sobre o assunto a obra clássica de Niklas Luhmann *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

⁶¹ Lima, André. *Acordos beneficiam empresas*. P. 2 do jornal Parabólicas informativo do Instituto Socioambiental.

rações, pelo que pode representar em garantia de qualidade de vida para todos os seres vivos e o meio ambiente que os circunda. Sendo o Brasil país de importantes recursos naturais é interesse de todos, inclusive dos nossos irmãos de além-mar, o sucesso dessa solução extrajudicial de conflito.



(Geisa de Assis Rodrigues)

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra