



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Da viabilidade da inserção dos elementos acidentais do negócio jurídico - termo, condição e encargo - nos Termos de Ajustamento de Conduta que visem à proteção ao Meio Ambiente

Vera Regina Dias dos Santos e Silva

Rio de Janeiro
2016

VERA REGINA DIAS DOS SANTOS E SILVA

**Da viabilidade da inserção dos elementos acidentais do negócio jurídico - termo,
condição e encargo - nos Termos de Ajustamento de Conduta que visem à proteção ao
Meio Ambiente**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro

2016

DA VIABILIDADE DA INSERÇÃO DOS ELEMENTOS ACIDENTAIS DO NEGÓCIO JURÍDICO – TERMO, CONDIÇÃO E ENCARGO- NOS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA QUE VISEM À PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Vera Regina Dias dos Santos e Silva

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Assessora Jurídica do Grupo de Atuação Especializada em Meio Ambiente no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: verifica-se que os órgãos legitimados ao ajuizamento de ação civil pública em defesa do meio ambiente cada vez mais envidam esforços para tutelar esse direito por meio da celebração de termos de ajustamento de conduta, em razão dos suntuosos custos, da morosidade e dos fatores imponderáveis inerentes ao trâmite de uma demanda no judiciário, o que por diversas vezes torna a celebração do ajuste o meio mais eficaz da resolução do litígio. Ademais, com a promulgação do Novo Código de Processo Civil que estimula a resolução consensual dos conflitos e prevê a celebração do negócio jurídico processual, a tendência é que aumente consideravelmente a tutela do meio ambiente por meio desses ajustes. Nesse viés, no presente trabalho objetiva-se discutir a viabilidade da sujeição desses termos aos elementos acidentais do negócio jurídico, sem que isso implique em ofensa a natureza jurídica do ajuste, os limites para a sujeição, bem como as eventuais vantagens e desvantagens em tal conduta.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Tutela Coletiva. Termo de Ajustamento de Conduta. Natureza jurídica. Elementos acidentais do negócio jurídico. Termo. Condição. Encargo. Meio Ambiente.

Sumário - Introdução. 1. A natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta. 2. Da viabilidade de inserção de institutos atinentes ao direito privado nos Termos de Ajustamento de Conduta que visem à proteção ao meio ambiente. 3. Da condição, do termo e do encargo e os limites de sua inserção nos Termos de Ajustamento de Conduta. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este breve artigo tenciona analisar a viabilidade de sujeição do Termo de Ajustamento de Conduta ao termo, condição e encargo, suspendendo a sua eficácia ou até mesmo suprimindo, quando esse vise à tutela do meio ambiente.

O tema apresenta relevância jurídica, na medida em que perpassa pela controvérsia existente acerca da natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta e da viabilidade da inserção de elementos acidentais do negócio jurídico nesse, notadamente, quando o fim colimado é a tutela ao meio ambiente, direito indisponível da sociedade. De igual forma,

evidencia relevância social em razão de casos emblemáticos que afetam diretamente à coletividade terem sido balizados no bojo desses ajustes, o que tende a crescer com o Novo Código de Processo Civil, em razão do estímulo a resolução consensual do conflito.

Assim, no presente trabalho objetiva-se discutir os limites para a sujeição dos Termos de Ajustamento de Conduta que visem à proteção ao meio ambiente ao termo, condição e encargo, quando esses tutelem o meio ambiente, haja vista que a inserção desses elementos pode suspender ou até mesmo suprimir a eficácia de medidas essenciais do ajuste, o que poderia acarretar em violação ao direito da coletividade.

Dessa forma, pontifique-se que a exposição da controvérsia que paira na doutrina e na jurisprudência acerca da natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta consiste em um pressuposto para a análise da possibilidade da sujeição desse ajuste aos elementos acidentais, de modo que se inicia o primeiro capítulo apresentado a referida controvérsia, bem como o posicionamento que predomina no Superior Tribunal de Justiça.

Em seguida, no segundo capítulo, enfrenta-se a compatibilidade da inserção dos elementos acidentais do negócio jurídico nos termos de ajustamento de conduta, dada a sua natureza. Esse capítulo tem por objetivo comprovar a viabilidade da sujeição dos Termos de Ajustamento de Conduta aos elementos acidentais, sem que isso importe em ofensa à natureza jurídica desse.

O terceiro capítulo destina-se a apreciar até que ponto a inserção de elementos acidentais do negócio jurídico que suspendem a eficácia do ajuste não violariam o direito indisponível da coletividade. Nesse capítulo tenciona-se comprovar a possibilidade de inserção dos elementos acidentais nos Termos de Ajustamento de Conduta, desde que respeitados determinados limites e demonstrar as eventuais vantagens na inserção desse tipo de cláusula nos Termos de Ajustamento de Conduta.

A pesquisa realizada utiliza a metodologia dos tipos bibliográfica e pesquisa de campo, parcialmente exploratória e qualitativa, pois visa entender e interpretar a controvérsia existente na doutrina e na jurisprudência acerca da natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta, bem como analisar a viabilidade de sujeição desse ajuste ao termo, condição e encargo.

Por fim, cumpre esclarecer que a metodologia do tipo de pesquisa de campo desenvolver-se-á no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, órgão público com legitimidade para celebrar Termos de Ajustamento de Conduta e se mostra de suma importância para avaliar a real possibilidade prática de sujeição do ajuste aos elementos acidentais do negócio jurídico.

1. DA NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

O Termo de Ajustamento de Conduta foi introduzido no § 6º, do art. 5º, da Lei n. 7.347/85, por meio da promulgação do art. 113, da Lei n. 8.079/90, que o qualificou como título executivo extrajudicial. A inserção desse parágrafo na Lei n. 7.347/85 viabilizou que a tutela do direito transindividual ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja efetivada por meio de um ajuste entre o órgão legitimado e o iminente ou efetivo causador do dano.

Verifica-se que o legislador atento à possibilidade de em determinadas situações concretas, notadamente, diante de danos iminentes ou consumados e do real interesse do poluidor de adequar-se as exigências legais, ponderou que seria mais vantajoso permitir o ajuste entre o órgão legitimado e esse, do que em prol de uma alegada indisponibilidade dos direitos transindividuais vedar o acordo e, por consequência, impulsionar a submissão do impasse ao Poder Judiciário, em que vigoram fatores imponderáveis e suntuosos custos.

Ademais, impende registrar que da análise empírica de inquéritos civis instaurados pelo Ministério Público é possível extrair que, por diversas vezes, o poluidor objetiva ajustar-se e para tanto colabora com a investigação e propõe medidas concretas para a cessação da atividade poluidora, de modo que não admitir o acordo nessa hipótese representaria verdadeira ofensa ao direito transindividual.

Nesse sentido, Milaré¹ afirma que “em casos que tais, a recusa ao acordo não se justifica, porque nas ações coletivas o interesse reside menos em vencer a causa do que em obter, do modo menos oneroso, ou menos impactante, a melhor tutela para o conflito judicializado”

Feito esse breve introito acerca da inserção do Termo de Ajustamento de Conduta no ordenamento jurídico pátrio, insta destacar que essa inovação legislativa pôs fim a controvérsia até então existente acerca da possibilidade dos órgãos públicos firmarem ajuste cujo objeto contemple o direito transindividual ao meio ambiente, dada a predominância à época do entendimento da indisponibilidade material absoluta desse direito.

Todavia, embora a introdução legislativa tenha pacificado a possibilidade do ajuste, a doutrina não chegou a um consenso quanto à natureza jurídica desse, o que é fundamental para verificar o regime jurídico que será conferido ao Termo de Ajustamento de Conduta.

¹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 8.ed.rev.atual.refor.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1400.

Nessa esteira argumentativa, do teor das posições doutrinárias existentes é possível dividir a controvérsia acerca da natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta nas seguintes posições: transação, negócio jurídico e ato jurídico em sentido estrito.

Adepto do entendimento de que o Termo de Ajustamento de Conduta ostenta natureza jurídica de transação, Milaré² afirma que “[...] trata-se de mecanismo de solução de conflitos, com natureza jurídica de transação, já que preordenado à adoção de medidas acauteladoras do direito ameaçado ou violado, destinadas a prevenir litígio ou a pôr-lhe fim [...]”

Ocorre que parcela da doutrina critica essa posição, sobre o principal argumento de que é vedado no Termo de Ajustamento de Conduta a redução ou limitação do conteúdo de direito material, de modo que a natureza seria de negócio jurídico ou de ato jurídico.

Ana Luiza Nery³ defendendo que a natureza seria de negócio jurídico leciona que

[...] o compromisso de ajustamento é, essencialmente, um negócio jurídico bilateral, equiparado à transação, mas na forma *sui generis* deste instituto de direito privado. A vontade do compromissário não pode ser compreendida, apenas, como um mero comprometer-se a ajustar sua conduta às exigências legais. Por outro lado, evidencia-se a vontade do tomador do compromisso na celebração do negócio, e, também, na estipulação das obrigações bem como das condições de seu cumprimento. O compromisso de ajustamento é, portanto, negócio jurídico bilateral.

Frise-se que Nery, ao defender que se cuida de negócio jurídico, acaba por expor que tão somente o compromissário teria obrigações, o que leva ao entendimento, salvo melhor juízo, de que para ela o termo de ajustamento de conduta seria em verdade um ato jurídico, na medida em que consistiria no direito potestativo exercido pelo órgão legitimado contra o compromissário.

Noutro giro, na trilha do entendimento de que o termo de ajustamento de conduta seria um ato jurídico cita-se Mazilli⁴ e Carvalho Filho⁵. Este afirma que se cuida de ato jurídico, na medida em que o compromissário firmaria o ajuste reconhecendo de forma implícita que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, razão pela qual seria ato jurídico unilateral quanto à manifestação volitiva e bilateral quanto à formação, haja vista que nele intervém o poder público.

² Ibid., p.1402.

³ NERY Jr. Apud MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*.8.ed.rev.atual.refor.SãoPaulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.402.

⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos direitos difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 27.ed.rev.ampl e atual.São Paulo: Saraiva, 2014, p. 456.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A Ação Civil Pública comentários por artigos: Lei n. 7.347, de 24/7/85*. 4.ed.rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004., p. 78.

Já aquele defende que não é possível reconhecer a natureza apenas de ato administrativo unilateral, em virtude da existência de toda uma negociação prévia, com a definição de medidas que deverão ser adotadas pelo causador do dano, razão pela qual pontifica que “[...] é o compromisso de ajustamento de conduta um ato administrativo negocial por meio do qual só o causador do dano se compromete; o órgão público que o toma, a nada se compromete [...]”

Por fim, pontifique-se que o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que a natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta é a de transação, conforme se depreende dos acórdãos exarados nos autos dos Recursos Especiais n. 802060/RS⁶ e 596.764/MG⁷, dos quais impende trazer à baila os seguintes trechos:

[...] 2. O Termo de Ajustamento, por força de lei, encerra transação para cuja validade é imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia à caracterização deste negócio jurídico.

[...] 2. Do mesmo modo que o MP não pode obrigar qualquer pessoa física ou jurídica a assinar termo de cessação de conduta, o *Parquet* também não é obrigado a aceitar a proposta formulada pelo particular. Precedente.

3. O compromisso de ajustamento de conduta é um acordo semelhante ao instituto da conciliação e, como tal, depende da convergência de vontade entre as partes. [...]

Dessa forma, ante o exposto, verifica-se que a natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta é um tema que atormenta a doutrina pátria e de suma relevância prática, haja vista que a depender do tratamento jurídico conferido ao instituto se entenderá pela viabilidade ou não da aplicação da principiologia do direito privado, notadamente, dos elementos acidentais do negócio jurídico que podem suspender ou extinguir o adimplemento de determinadas obrigações pactuadas.

Assim, para fins deste trabalho, adota-se a corrente doutrinária que sustenta ser o termo de ajustamento um negócio jurídico bilateral, equiparado a transação, todavia, não no sentido comumente utilizado, mas sim uma transação híbrida, pois por meio desse instrumento as partes buscam a melhor solução para a efetiva tutela do meio ambiente e, por conseguinte, evitam a judicialização ou até mesmo põe fim a demanda judicial.

Diz-se que a natureza da transação é híbrida, pois embora as partes entabulem um acordo, formado pela manifestação bilateral de vontades, notadamente, pela consensualidade,

⁶ BRASIL. Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 802060/RS. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=802060&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 19/abr/2016.

⁷ BRASIL. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 596.764/MG. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=596764&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 19/abr/2016.

é vedado que transijam acerca do direito material tutelado, haja vista que esse se cuida de direito indisponível.

Na linha desse entendimento esposado, vale frisar que os doutrinadores que sustentam que o Termo de Ajustamento de Conduta seria uma transação, como a Ana Luiza Nery, Luís Sirvinskas e Édis Milaré, são uníssonos em afirmar, conforme leciona Geisa Rodrigues⁸ que seria um tipo de ajuste com características especial, em razão de contemplar direitos indisponíveis, de modo que “as concessões mútuas, típicas da transação do direito privado, apenas poderiam atingir esfera accidental do exercício de tais direitos, mas jamais versar sobre o direito material em si mesmo considerado”⁹

Dessa forma, não se pode olvidar que embora no presente trabalho se adote a corrente doutrinária que sustenta que a natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta é a de transação, o instituto ostenta peculiaridades que o diferenciam da transação inserta no art. 840 do CCB/2002¹⁰, as quais são de fundamental análise para o enfrentamento da viabilidade da inserção dos elementos accidentais no ajuste.

Nesse viés, insta consignar que a principal distinção entre a transação tal como preconiza o art. 840 do CCB/2002¹¹ e a transação *sui generis* do Termo de Ajustamento de Conduta reside no fato das concessões no ajuste não serem recíprocas, na medida em que conforme sustenta Nery¹² as concessões feitas pela administração são de pequena monta, o que não suprime dela a possibilidade de viabilizar a efetiva funcionalidade do ajuste, permitindo a negociação com o particular em posição de igualdade, ainda que em proporções diferenciadas.

Posta essa premissa, passa-se a analisar a viabilidade da sujeição dos Termos de Ajustamento de Conduta aos elementos accidentais do negócio jurídico.

2. DA INSERÇÃO DOS ELEMENTOS ACIDENTAIS DO NEGÓCIO JURÍDICO NOS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

⁸ RODRIGUES apud NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. O compromisso de ajustamento de conduta como transação híbrida e a problemática teorização da passagem do exercício do Poder Público para a tentativa de ajuste no âmbito privado. In: MILARÉ, Édis. A Ação Civil Pública após 25 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 101.

⁹ Ibid., p.101.

¹⁰ BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 11 jul 2016

¹¹ Vide nota 10.

¹² Ibid., p.109.

Exposta a controvérsia existente na doutrina quanto à natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta e evidenciada a adoção no presente trabalho do entendimento de que esse consiste em uma transação *sui generis*, torna-se possível analisar o regime jurídico que regerá esse ajuste e por consequência, verificar a viabilidade da inserção dos elementos acidentais do negócio jurídico nesse.

No que tange ao regime jurídico a ser observado quando da formalização do Termo de Ajustamento de Conduta, haja vista que conforme afirma Nery¹³ não se pode negar a existência: *i*) da vontade tanto do compromissário em ajustar sua conduta às exigências legais, como do órgão público tomador do ajuste que almeja restabelecer ou evitar o dano a direito transindividual; *ii*) de uma adequada negociação de cláusulas e do modo do adimplemento das obrigações; insta reconhecer a viabilidade de se aplicar o regime jurídico do direito privado.

Todavia, não se pode olvidar que o regime de direito privado será aplicado de forma restrita e mitigada, na medida em que o direito material tutelado por meio do ajuste, ora em análise, cuida-se do direito ao meio ambiente e, portanto, de titularidade da coletividade e de manifesto interesse público indisponível, razão pela qual o regime jurídico do direito público não apenas regerá o ajuste, como será o seu principal vetor.

Dessa forma, verifica-se que embora o Termo de Ajustamento de Conduta deva ser regido pelo regime do direito público se aplica também a principiologia do direito privado. Corroborando esse entendimento Nery ao dissertar acerca do regime jurídico que deve reger o esse ajuste afirma que: “deve respeitar a principiologia do direito público e do direito privado para cumprir os requisitos de validade do negócio jurídico, característica que distingue o ajustamento de conduta da transação, instituto de direito privado inserido no art. 840 do CC.”¹⁴

Assim, antes de admitir a aplicabilidade de algum instituto do direito privado nos Termos de Ajustamento de Conduta que visem à proteção ao meio ambiente é imperioso verificar se a incidência desse implicará em ofensa, redução, supressão ou renúncia do direito material indisponível, hipótese em que deverá ser afastada a incidência desse.

Nessa linha argumentativa, infere-se que os elementos acidentais do negócio jurídico: termo, condição e encargo, estão inseridos no capítulo III, do Título I, do Código Civil¹⁵, que disciplina o negócio jurídico eminentemente privado, de modo que cumpre

¹³ Ibid., p. 99.

¹⁴ Ibid., p. 111.

¹⁵ BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 11 jul 2016

analisar se seria possível estender a aplicação desses elementos ao Termo de Ajustamento de Conduta.

Com efeito, os elementos acidentais dos negócios jurídicos incidem no plano da eficácia do negócio, de modo que em sendo esse existente e válido, as partes podem condicionar a produção dos respectivos efeitos de determinada cláusula ou até mesmo de todo o ajuste a algum evento futuro certo ou incerto.

Nesse sentido, insta trazer à baila os ensinamentos da doutrinadora Ana Luzia Nery que afirma que:

A eficácia do compromisso de ajustamento de conduta inicia-se no momento em que o negócio é celebrado entre as partes, mas se o negócio estiver sujeito ao advento de condição ou de termo, seus efeitos se encontrariam limitados e, portanto, não se irradiariam totalmente no mundo jurídico.¹⁶

Dessa forma, tendo em vista que no Termo de Ajustamento de Conduta as partes pactuam as cláusulas, bem como o modo, a técnica e a forma de execução das obrigações, nada obsta que sejam inseridos nesse ajuste os elementos acidentais do negócio jurídico, desde que essa inserção não acarrete a supressão, redução ou renúncia ao interesse público indisponível.

Noutro giro, não se pode olvidar que a celebração de negócios jurídicos e a inserção nesse dos elementos acidentais não está adstrita ao campo estritamente civil, na medida em que aqueles se inserem na teoria geral do direito, não por outra razão que existem os negócios jurídicos administrativos e mais recentemente, com a promulgação da Lei n. 13.105/2015, os negócios processuais, o que reforça a viabilidade de aplicação dos elementos acidentais, enquanto instituto integrante de uma teoria geral do direito aos Termos de Ajustamento de Conduta.

Nesse sentido, conforme se depreende dos artigos 104 ao 184 do Código Civil¹⁷ o negócio jurídico consiste em uma manifestação de vontade humana que embora esteja de acordo com o ordenamento jurídico, produz efeitos consoante o acordado entre as partes.

Dessa definição de negócio jurídico à luz da teoria geral do direito, é possível reconhecer os Termos de Ajustamento de Conduta como negócios jurídicos, pois consistem em manifestações de vontade das partes que consignam os seus efeitos em prol do meio ambiente, direito material indisponível.

¹⁶ NERY, Ana Luiza de Andrade Fernandes. *O Compromisso de Ajustamento de Conduta*. Teoria e análise de casos práticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 223.

¹⁷ Vide nota 15.

Vale frisar que com o advento da Lei n. 13.105/2015, Novo Código de Processo Civil, é possível que as partes, segundo afirma Câmara: “(...) dentro de certos limites estabelecidos pela própria lei, celebrem negócios através dos quais dispõem de suas posições processuais”¹⁸, quando a causa abarcar direito que admite autocomposição.

Conforme já exposto, nos Termos de Ajustamento de Conduta que visam à proteção ao meio ambiente, embora o direito material seja indisponível é plenamente possível e até recomendável, a composição da forma, modo e tempo do adimplemento das obrigações, razão pela qual a tendência com a promulgação do Novo Código de Processo Civil é o aumento da solução dos conflitos por meio da autocomposição, sendo certo que eventuais negócios processuais que venham a ser celebrados por meio dos ajustes, podem ter a eficácia condicionada aos elementos acidentais.

Oportuno ressaltar, ainda, que o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da edição da Resolução n. 118/2014¹⁹, instituiu uma Política Nacional de Incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público, com o escopo de assegurar a máxima efetividade dos direitos, o que estimulará que esse legitimado firme negócios processuais e insira nesse os elementos acidentais, para prever o máximo de situações de prováveis ocorrência no curso do cumprimento do acordo e assim resguardar de forma efetiva e integral o meio ambiente.

Isso porque, pontifique-se que o órgão tomador do ajuste ao firmar o Termo de Ajustamento de Conduta não tem como precisar a evolução futura dos fatos que embasam esse, razão pela qual em determinadas situações é até aconselhável que as partes subordinem a eficácia negocial de determinada conduta ao desenrolar dos fatos.

Corroborando esse entendimento Menezes Cordeiro ao ressaltar a importância da inserção do elemento acidental condição nos ajustes destaca que esse “permite que as partes, que desconhecem a evolução futura dos fatos que assentam, [possam] subordinar a própria eficácia negocial ao desenrolar dos fatos”²⁰

Além disso, o compromissário após ter firmado um Termo de Ajustamento de Conduta que, por certo, denota *a priori* que está adequando o exercício de sua atividade à legislação, dificilmente almejará firmar aditivos ao ajuste que ampliem as suas obrigações, de modo que se o órgão tomador se antecipa e insere no termo situações que poderão ocorrer no

¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 126.

¹⁹ BRASIL. Resolução n. 118 do CNMP, de 01 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 28 novem. 2016.

²⁰ CORDEIRO Apud NERY, Ana Luiza de Andrade Fernandes. *O Compromisso de Ajustamento de Conduta. Teoria e análise de casos práticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 224.

decorrer do adimplemento e, por consequência, consigna obrigações a serem adotadas pelo executado, estará usando o instituto do direito privado para conferir efetividade ao interesse público.

Dessa forma, verifica-se a existência de vantagens em subordinar determinadas cláusulas do Termo de Ajustamento de Conduta aos elementos acidentais, de modo que cumpre pormenorizar as consequências da inserção de cada elemento desse no ajuste.

Com relação ao elemento acidental condição, a sua inserção no ajuste afetaria a eficácia de determinada cláusula obrigacional impedindo que ela produzisse efeitos até que ocorresse algum evento futuro e incerto, hipótese em que se denominaria condição suspensiva, ou ainda, em razão do advento do evento futuro e incerto, a cláusula deixaria de produzir efeitos, razão pela qual se denominaria de condição resolutiva.

Não obstante, também é viável inserir no Termo de Ajustamento de Conduta o elemento acidental termo, conforme ressalta a doutrinadora Ana Luiz Nery²¹, uma vez que é admissível que as partes fixem uma data certa para que determinada obrigação pactuada comece a produzir efeitos ou para que deixe de produzir os efeitos.

Pontifique-se que os elementos condição e termo devem ser utilizados com parcimônia pelas partes e como uma forma de efetivar o próprio princípio da precaução do direito ambiental, de modo a prever situações de possível ocorrência na execução do ajuste e de antecipar medidas que deverão ser adotadas pelo compromissário, o que evitará um novo desgaste em negociações e assegurará a proteção integral ao meio ambiente.

Noutro giro, com relação ao elemento acidental encargo, que consiste em um tipo de obrigação que é imposta ao compromissário de modo secundário, em virtude apenas do negócio está sendo firmado, verifica-se que não pode ser inserido nos Termos de Ajustamento de Conduta, na medida em que somente se aplicam aos contratos gratuitos, em que existe uma mera liberalidade de uma das partes, o que nada se assemelha à natureza do ajuste.

Ante o exposto, verifica-se que os elementos acidentais do negócio jurídico condição e termo, embora sejam institutos aplicáveis ao regime privado, podem ser inseridos nos Termos de Ajustamento de Conduta e na prática representam vantagens e efetivam o princípio da precaução do direito ambiental. Todavia, deve ser aplicado com parcimônia de modo a não adiar o adimplemento de uma obrigação essencial ao meio ambiente e para que obrigações essenciais não sejam submetidas a condições que podem nunca vir a ocorrer, o que poderia acarretar em ofensa ao direito coletivo tutelado, conforme se passa analisar.

²¹ Ibid., p.225.

3. DA CONDIÇÃO E DO TERMO: LIMITES E VANTAGENS DE SUA INSERÇÃO NOS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

A adoção do entendimento de que o Termo de Ajustamento de Conduta possui a natureza jurídica de transação híbrida permite a aplicação da principiologia do direito privado na negociação das obrigações, mas desde que seja para efetivar e resguardar o direito material tutelado, sendo vedado que sirva de instrumento para condicionar medidas essenciais no ajuste ao implemento de condições de incerta ocorrência.

A título exemplificativo insta ressaltar que nas tratativas da celebração do Termo de Ajustamento de Conduta entre o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) e a Secretaria de Estado do Ambiente (SEA) que tinha por objeto a revitalização e a recuperação do Complexo Lagunar da Baixada de Jacarepaguá foram inseridas diversas obrigações, sob a premissa de que as medidas que visem tão somente uma melhora na circulação hídrica (dragagem), conquanto necessárias, não alcançariam o objetivo de recuperação do Complexo Lagunar.²²

Isso porque o Grupo de Apoio Técnico Especializado em Meio Ambiente (GATE Ambiental) e o próprio Relatório Ambiental Simplificado realizado evidenciaram que para uma recuperação ambiental do Sistema Lagunar seria imperiosa a adoção de medidas que interrompessem o aporte de matéria orgânica (esgoto) nas lagoas, recuperassem a faixa marginal de proteção de toda bacia hidrográfica, a fim de evitar o carreamento de sedimentos para as lagoas, bem como um regular e permanente programa de monitoramento das medidas adotadas relativas à própria dragagem e a conseqüente troca hídrica, com indicadores específicos que demonstrassem a efetividade das ações implementadas.²³

Atento a essa realidade fática, a minuta de termo de ajustamento de conduta que foi inicialmente elaborada, estabelecia dentre outras obrigações à elaboração de um plano de gestão, contemplando ações integradas de saneamento, ordenamento urbano, fiscalização, monitoramento e educação ambiental.

Ocorre que o compromissário no curso das negociações inseriu uma cláusula, intitulada “Responsabilidade Fiscal”, que estipulava que todas as obrigações previstas no ajuste que

²² AUTOS DO INQUÉRITO CIVIL MA 1934, MPRJ 2002.00003668, 2002, instaurado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em trâmite no Grupo de Atuação Especializada em Meio Ambiente, vol IV, p. 868.

²³ Ibid, p. 435-490.

implicassem em despesas não previstas no orçamento fiscal do exercício financeiro, teriam sua exigibilidade:

[...] condicionada à inclusão, por requerimento dos seus respectivos dirigentes e aprovação pela ALERJ na lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e na lei orçamentária anual (LOA), quando as despesas assumidas fiquem adstritas a um único exercício financeiro e, nos demais casos, incluídas no plano plurianual (PPA) e disponibilizados os recursos na execução orçamentária.

Do teor do trecho acima transcrito, depreende-se que a SEA almejou condicionar medidas que seriam essenciais a efetiva recuperação e revitalização das lagoas ao elemento acidental condição, fato futuro e incerto, que poderia nunca vir a ocorrer, razão pela qual o Promotor de Justiça Dr. Sandro Fernandes Machado, à época integrante do Grupo de Atuação Especializada em Meio Ambiente- GAEMA rejeitou a referida contraproposta com o seguinte fundamento:

[...] resta inviável firmar um TAC nos termos propostos pela SEA, notadamente, em razão da submissão de todas as ações integradas de saneamento, ordenamento urbano, fiscalização e monitoramento a evento futuro e incerto, isto é, a condição suspensiva, o que impede que o ajuste produza os seus efeitos quanto a tais obrigações até que se implemente a condição, o que, frise-se, pode vir a nunca ocorrer.²⁴

Do teor desse caso exposto, verifica-se que a SEA utilizou o elemento acidental condição em seu favor e não como um meio de instrumentalizar a proteção integral ao meio ambiente, direito material que se visava tutelar por meio do ajuste, motivo pelo qual a contraproposta teve que ser rejeitada em sua integralidade.

Assim, da aplicação prática verifica-se que o limite para a inserção dos elementos acidentais do negócio jurídico no Termo de Ajustamento de Conduta é a própria efetivação do direito material tutelado, de modo que sempre que a utilização implicar em supressão ou redução desse direito deve ser rejeitado de plano a utilização, uma vez que o direito tutelado é indisponível.

Ademais, não se pode olvidar que o regime jurídico de direito público é o principal vetor do ajuste, de modo que a principiologia de direito privado somente será aplicada quando não importar em manifesta incompatibilidade com o regime de regência.

Assim sendo, a utilização dos elementos acidentais limitam-se a própria efetivação do direito material, de sorte que poderá ser utilizado de forma plena sempre que for para assegurar a proteção integral ao meio ambiente, não existindo qualquer ressalva nesse ponto.

²⁴ Ibid, p. 1.100.

Noutro giro, no que tange as eventuais vantagens da inserção dos elementos acidentais no ajuste, vale ressaltar que para enfrentar tal ponto a análise empírica se mostra de suma importância, razão pela qual foi entrevistado o Ilmo Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, José Alexandre Maximino Motta, integrante do GAEMA, o qual destacou que a utilização do elemento acidental é de suma importância na prática, uma vez que ao firmar o ajuste não é possível de antemão prever o desenrolar de todas as obrigações pactuadas.

Nessa esteira argumentativa, ele conclui destacando que na prática os elementos acidentais podem ser utilizados no ajuste, mas desde que em prol de uma tutela efetiva do meio ambiente, notadamente, de modo a contemplar as mais variadas situações que possam vir a ocorrer, em razão da impossibilidade posterior de se compelir o compromissário a adimplir obrigação que não esteja contemplada no ajuste, bem como a firmar um aditivo ou um novo acordo.

Dessa forma, verifica-se que embora exista uma discussão doutrinária acerca da natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta, o que a depender da corrente doutrinária que se adote possibilitará a inserção dos elementos acidentais do negócio jurídico, verifica-se que na prática esses elementos vem sendo inseridos nos termos de ajustamento de conduta firmados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, notadamente, em casos de grande relevância social como um meio de tentar ao máximo conferir efetividade a proteção integral do meio ambiente.

CONCLUSÃO

A análise da viabilidade de inserção dos elementos acidentais do negócio jurídico nos Termos de Ajustamento de Conduta que visem à proteção ao Meio Ambiente, assume extrema relevância jurídica em virtude da natureza jurídica controvertida desse ajuste, bem como da natureza indisponível do bem tutelado.

Dessa forma, iniciou-se este artigo com uma breve exposição das principais correntes doutrinárias acerca da natureza jurídica do ajuste, bem como se indicou como pressuposto a adoção do entendimento de que a natureza jurídica seria a de transação híbrida, para que doutrinariamente fosse possível analisar a viabilidade de inserção dos elementos acidentais no ajuste.

Isso porque a depender da natureza jurídica adotada, o regime jurídico aplicável seria distinto. Desta forma, tendo em vista a adoção da corrente doutrinária que sustenta que o

Termo de Ajustamento de conduta seria uma transação híbrida foi possível reconhecer a incidência tanto da principiologia de direito privado, como a de direito público.

Nessa esteira argumentativa, ressaltou-se que o regime de direito público seria o que regeria o ajuste, sendo o seu principal vetor, de modo que o regime de direito privado somente seria aplicável quando não implicasse em violação, redução ou supressão do direito indisponível tutelado.

Isso porque o artigo abarca os Termos de Ajustamento de Conduta que visem à proteção ao meio ambiente, logo, direito indisponível da sociedade, sendo exatamente nesse direito que residiria à limitação da utilização dos elementos acidentais, uma vez que esses poderiam ser inseridos sempre que fossem para efetivar o princípio da proteção integral ao meio ambiente e da precaução, mas jamais para condicionar a eficácia de obrigações essenciais a fatos futuros e incertos que nunca poderiam vir a ocorrer.

Dessa forma, objetivou-se discutir os limites para a sujeição dos Termos de Ajustamento de Conduta ao termo, condição e encargo, quando esses tutelam o meio ambiente, haja vista que as inserções desses elementos poderiam suspender ou até mesmo suprimir a eficácia de medidas essenciais do ajuste, o que acabaria por violar o direito da coletividade.

Nessa esteira argumentativa, foi exposto que os elementos acidentais do negócio jurídico se inserem no Código Civil e se aplicam eminentemente aos negócios jurídicos privados, embora a sua aplicação não esteja restrita ao campo do direito civil, haja vista que é tratado na teoria geral do direito, como um ajuste formado pela vontade das partes, de modo que seria aplicável também aos Termos de Ajustamento de Conduta.

Em seguida, frisou-se a existência de uma tendência crescente de formalização de Termos de Ajustamento de Conduta, como forma de autocomposição, em razão da promulgação do Novo Código de Processo Civil, que possibilita a realização de negócios processuais.

Outrossim, ressaltou-se que os elementos acidentais quando presentes incidiriam no plano da eficácia do ajuste, de modo que esse *a priori* teria que ser válido e regular para que se passe a análise dos elementos acidentais.

Com efeito, em seguida foi pormenorizada as consequências da inserção dos elementos acidentais condição e termo, bem como exposta a inviabilidade de fixação de encargo, em razão do ajuste em comento não ser um negócio gratuito.

Em seguida, foi trazido à baila uma análise empírica do tema, por meio da análise do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre a SEA e o Ministério Público do Estado do

Rio de Janeiro para a revitalização e recuperação do Complexo Lagunar, onde foi possível se depreender que na prática os elementos acidentais do negócio jurídico são utilizados para balizar os ajustes, todavia devem ser rejeitados sempre que implicarem em uma redução, supressão ou extinção do direito indisponível.

Por fim, constatou-se que doutrinariamente seria viável a inserção dos elementos acidentais do negócio jurídico nos Termos de Ajustamento de Conduta que visem à proteção ao meio ambiente e que na prática essa inserção vem sendo efetuada pelos órgãos legitimados ao firmar o ajuste, como meio de efetivar a proteção integral ao meio ambiente e o princípio da precaução.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 575.474. DF. Relator Ministro Marco Aurélio Belizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediato/?componente=ATC&sequencial=42922823&num_registro=201402249358&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 23.03.2016.

_____. Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 802060/RS. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=802060&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 596.764/MG. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=596764&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/leis/L7347orig.htm>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 jul. 2016.

_____. Resolução n. 118 do CNMP, de 01 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A Ação Civil Pública comentários por artigos: Lei n. 7.347, de 24/7/85. 4.ed.rev., ampl e atual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Rio de Janeiro: Jus Podium, 2012.

FARIAS, Humberto Dalla Bernardina Faria de. *O Compromisso de Ajustamento de Conduta no Direito Brasileiro e no Projeto da Lei da Ação Civil Pública. Direito Processual*, Rio de Janeiro, volume IV, 2009, pg. 25-53, mar., 2016.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Compromisso de Ajustamento de Conduta*. Espírito Santo: LTR, 2011.

INQUÉRITO CIVIL MA 1934, MPRJ 2002.00003668, 2002, instaurado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em trâmite no Grupo de Atuação Especializada em Meio Ambiente.

MANCUSSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos. Conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY, Ana Luiza de Andrade Fernandes. *O Compromisso de Ajustamento de Conduta*. Teoria e análise de casos práticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY, Ana Luiza de Andrade Fernandes. O compromisso de ajustamento de conduta como transação híbrida e a problemática teorização da passagem do exercício do Poder Público para a tentativa de ajuste no âmbito privado. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 100/120.

Questionários estruturados respondidos pelos Promotores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Drs. José Alexandre Maximínio Mota, Marcus Leal e Sandro Fernandes Machado.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*. 3. ed.rev.atual.ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre o Ministério Público e o Município do Rio de Janeiro, para a execução do projeto de revitalização da zona portuária do Estado do Rio de Janeiro.

Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre o Ministério Público e a Secretaria de Estado do Ambiente para a implementação do projeto de recuperação do Complexo Lagunar das Lagos de Jacarepaguá.