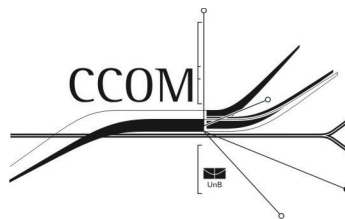


KARINE MEDEIROS DIAS

A Celebração de Termo de Compromisso
de Ajustamento de Conduta no Âmbito
da Agência Nacional de Telecomunicações
e suas Principais Implicações

CADERNOS CCOM

VOLUME X



Série: CADERNOS CCOM - VOLUME X

Monografia defendida como requisito de aprovação no V Curso de Especialização em
Regulação de Telecomunicações da UnB - 2006.

Orientador: Márcio Nunes Iório Aranha Oliveira

COORDENADOR GERAL

Murilo César Ramos

PROJETO GRÁFICO

Núcleo de Multimídia e Internet - NMI/
UnB

EQUIPE EDITORIAL

Preparação de originais

Daniela Garrossini e Maria do C. Rigon

Revisão

Catarina Felix

Editoração Eletrônica

Suhelen Chaves e Luciana Lobato

Capa

Cristiane Arakaki

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB

EDITORA FACULDADE DE TECNOLOGIA - FT

Campus Universitário Darcy Ribeiro,
Asa Norte - Brasília - DF - Brasil
CEP: 70910-900 - Caixa Postal: 04386
Fone: +55 (61) 3307-2305 / 3307-2300
Fax: +55 (61) 3273-8893
e-mail: ftd@unb.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Bibliotecária responsável: Catarina Felix dos Santos Soares CRB 514/1ª região)

D541c Dias, Karine Medeiros.

A Celebração de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta no Âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações e suas Principais Implicações / Karine Medeiros Dias; Marcio Nunes Iório Aranha de Oliveira (Orientador). - Brasília: Faculdade de Tecnologia/UnB, 2008.

74 p.: Il. - (Cadernos CCOM; Volume X).

ISBN:

1. Telecomunicações. I. Título. II. Karina Medeiros Dias. III. Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações (CCOM). IV. Marcio Nunes Iório Aranha de Oliveira (Orientador).

CDU 621

INTRODUÇÃO	1
1 O TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA	3
1.1 A natureza jurídica	3
1.2 A Eficácia	14
1.3 Os limites ao compromisso de ajustamento de conduta	25
2 A LEGITIMIDADE DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES PARA CELEBRAR TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA	31
3 AS PRINCIPAIS IMPLICAÇÕES ADVINDAS DA CELEBRAÇÃO DE TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NO ÂMBITO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL	41
3.1 Os poderes da Anatel na esfera administrativa que tem por objetivo manter a adequada prestação do serviço objeto da concessão	41
3.2 O Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações - PADO	57
3.2.1 A fase processual adequada para a celebração do termo de ajustamento de conduta	60
3.2.2 A Estipulação de Cláusula de suspensão do PADO	62
3.2.3 A estipulação de cláusula de arquivamento do PADO	66
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

INTRODUÇÃO

Com este trabalho, pretende-se demonstrar as principais implicações advindas da celebração do termo de compromisso de ajustamento de conduta previsto no § 6º do artigo 5º da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, mais conhecida como Lei de Ação Civil Pública - LACP, no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, para a proteção dos direitos e interesses difusos e coletivos no contexto das telecomunicações brasileiras.

Por tratar de um instituto ainda pouco adotado pela Agência Nacional de Telecomunicações, porém bastante atraente em virtude da possibilidade de se obter resultados de modo mais célere e eficaz para a proteção dos direitos difusos e coletivos no setor de telecomunicações, a presente monografia tem por objetivo organizar uma síntese das mais importantes idéias que envolvem o estudo, e buscar melhor compreensão dos conceitos que surgiram com a criação dessa espécie de compromisso.

Inicialmente, o trabalho apresenta os principais aspectos relacionados ao instituto termo de compromisso de ajustamento de conduta, tais como a divergência de entendimentos acerca de sua natureza jurídica, a sua eficácia de título executivo extrajudicial e as vantagens decorrentes de tal característica, bem como as limitações e vedações impostas ao compromisso a fim de que sua celebração esteja devidamente alinhada aos princípios da razoabilidade e da legalidade.

Em seguida, passa-se a uma análise sobre a legitimidade da Agência Nacional de Telecomunicações para tomar termo de compromisso de ajustamento de conduta do interessado frente ao disposto na Lei de Ação Civil Pública e na Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei Geral de Telecomunicações - LGT. Neste capítulo, são apontados os motivos para a implantação dos entes reguladores sob a perspectiva de uma nova modalidade de intervenção estatal, o importante papel desempenhado pela Anatel na mediação dos interesses que envolvem o setor regulado e, por fim, a harmonia que deve existir entre as suas atribuições e o objeto do termo de compromisso de ajustamento de conduta.

Ao final do trabalho, são identificadas as principais implicações advindas da celebração do termo de ajustamento de conduta no âmbito da

Anatel. Inicialmente, são tratados os poderes da Anatel, na qualidade de ente regulador do setor de telecomunicações e de poder concedente, com vistas a assegurar o seu objetivo máximo, qual seja a adequada prestação do serviço sob o regime público e, desse modo, limitando-se o presente estudo a uma abordagem da aplicação do instituto nos procedimentos administrativos de cunho sancionatório instaurados no âmbito das concessões. E, a partir de uma análise acerca das peculiaridades existentes entre a natureza da atuação e das atribuições da Anatel e do Ministério Público, na figura de fiscal da lei, são levantados os principais aspectos decorrentes dessa distinção para fins de celebração de termo de compromisso de ajustamento de conduta.

Deve-se salientar, finalmente, que não é pretensão desse trabalho construir idéias definitivas acerca do tema abordado, servindo apenas de estudo para colocação de algumas idéias sobre a matéria em exame com o objetivo de instigar o aprofundamento da discussão.

1 O TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

1.1 A natureza jurídica

A tutela dos direitos coletivos e difusos relacionados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, dentre outros, consolidou-se efetivamente com o advento da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, a denominada Lei de Ação Civil Pública – LACP, que veio disciplinar a ação civil pública de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a tais direitos, devidamente recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio do seu artigo 129, inciso III, *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (BRASIL, 1985, grifo nosso).

Trata-se de lei formal, posto que dispõe sobre os instrumentos de realização dos direitos e de efetivação dos deveres estabelecidos nas diversas leis materiais vigentes que cuidam da defesa dos interesses difusos e coletivos, possuindo a natureza de ação não-penal, em razão de não ser discutido em seu âmbito o cometimento de ilícito penal, e, por fim, de caráter público, em virtude de possibilitar que a ação seja ajuizada por órgão do Estado, como por exemplo o Ministério Público. Nesse sentido é a lição de Carvalho Filho (2001, p. 2-3):

[...] pode-se afirmar que a Lei n.º 7.347/85 é de natureza eminentemente formal, visto que se destina a regular a ação protetiva dos vários direitos subjetivos e deveres jurídicos relativos ao meio ambiente, ao consumidor e a outros interesses coletivos e difusos.

[...] o adjetivo civil indica meramente que a ação tem natureza não-penal, não se voltando, portanto, a pedidos condenatórios decorrentes da prática de ilícitos penais. Já o adjetivo pública deve ser visto como antagônico a ação privada, de modo a indicar que a ação pode ser deflagrada por órgão do próprio Estado [...].

O artigo 1º da referida lei enumera o rol dos direitos protegidos pelo instituto da ação civil pública, deixando de ser taxativo a partir da edição da Lei n.º 8.078, de 11 de dezembro de 1990, que aprova o Código de Defesa do Consumidor, cujo artigo 110 acrescentou o inciso IV, posteriormente reenumerado para inciso V pela Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001, estendendo a tutela para qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Lei n.º.347, de 1985.

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - à ordem urbanística;

IV - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

V - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

VI - por infração da ordem econômica.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados (BRASIL, 1985, grifo nosso)

Nesse ponto, *mister* ressaltar que a definição dos interesses ou direitos difusos e coletivos, antes tratada apenas pela doutrina, foi apropriadamente estabelecida no direito positivo por meio do Código de Defesa do Consumidor que, em seu artigo 81, assim conceituou:

Lei n.º 8.078, de 1990.

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

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; [...] (BRASIL, 1990, grifo nosso)

Embora não seja o escopo específico do presente estudo, a título de esclarecimento vale transcrever os comentários de Mazzilli (2002, p. 46-48) sobre os interesses difusos e coletivos:

Os interesses difusos compreendem grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos.

[...] exemplo: uma propaganda enganosa pela televisão envolve, sem dúvida alguma, questões fáticas e jurídicas; contudo, o que reúne o grupo para fins de proteção difusa é o fato do acesso efetivo ou potencial à propaganda enganosa.

Coletivos, em sentido estrito, são interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunidas por uma relação jurídica básica comum.

[...] Assim, por exemplo, tomemos um contrato de adesão, com uma cláusula ilegal. A ação civil pública que vise à anulação dessa cláusula envolverá uma pretensão à tutela de interesse coletivo em sentido estrito, pois o grupo atingido estará ligado por uma relação jurídica

básica comum, que, nesse tipo de ação, deverá necessariamente ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo lesado (MAZZILLI, 2002, p. 46-48).

Diante disso, percebe-se que tanto os interesses difusos quanto os coletivos propriamente ditos possuem a natureza de interesses indivisíveis quanto ao seu objeto, contudo diferenciam-se quanto à origem, posto que nos primeiros os seus titulares são indetermináveis e ligados por uma circunstância de fato, e nos segundos cuida-se de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis unidas pela mesma relação jurídica básica.

Assim, pode-se afirmar que a ação civil pública tornou-se importante instrumento a ser adotado na proteção desses bens jurídicos de natureza coletiva e com vistas ao bem-estar da sociedade em geral. E é exatamente nesse contexto que cabe destacar o § 6º do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, introduzido pelo artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor, que cria uma alternativa, do mesmo modo essencial, para tutela dos denominados direitos transindividuais, qual seja a possibilidade de celebração de termo de compromisso de ajustamento de conduta.

Lei n.º 7.347, de 1985

Art. 5º

[...]

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (BRASIL, 1985)

Quanto ao veto do então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, ao artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor que introduziu o parágrafo em referência, posteriormente publicado em sua íntegra no Diário Oficial da União, cumpre registrar que as discussões encontram-se devidamente superadas pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento do Recurso Especial n.º 213.947-MG, em 6 de dezembro de 1999, pela 4ª Turma daquele tribunal, cujo Relator foi o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que assim decidiu:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Compromisso de Ajustamento. Execução. Título Executivo.

O compromisso firmado perante o IBAMA e o Ministério Público constitui título executivo, nos termos do art. 5º, § 6º, da Lei 7347/85, que está em vigor.

Recurso conhecido e provido (BRASIL, 1999, grifo nosso).

Em seu voto, o Exmo. Senhor Ministro relator fez a seguinte observação:

[...] procurei obter na Câmara dos Deputados a documentação sobre a tramitação e votação da referida mensagem, pela qual verifiquei que realmente não existe veto ao art. 113. Faltou na mensagem da Presidência da República a expressa menção ao art. 113 do CDC, que assim não foi objeto de veto: nem a referência constante daquele documento, quando tratava de justificar o veto ao art. 92, veio a ser votada no Congresso Nacional como compreensiva do tal veto. Portanto, concluo que a legislação em vigor permite a constituição de título executivo mediante a assinatura de termo de ajustamento de conduta, de acordo com o § 6.º do art. 5.º da Lei 7.347/85, na redação dada pelo art. 113 do CDC (BRASIL, 1999).

Ultrapassada a controvérsia acerca da vigência do artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor, portanto em pleno vigor o instituto do compromisso de ajustamento, releva destacar que, sob a ótica dos órgãos públicos legitimados, o seu objetivo precípua é ajustar a conduta do agente causador do dano às exigências legais e, desse modo, também se torna um mecanismo eficaz de proteção dos direitos coletivos e difusos envolvidos, privilegiando a resolução de conflitos por intermédio da conciliação, e oferecendo a oportunidade de os infratores adequarem-se voluntariamente às normas legais.

Registra-se, aqui, que embora a Lei de Ação Civil Pública, em sua literalidade, disponha a respeito tão-somente do ajuste extrajudicial, por razões óbvias também há que se entender cabível a sua celebração em juízo no curso de uma ação civil pública. Contudo o escopo da presente monografia restringe-se à análise da celebração extrajudicial do termo de compromisso de ajustamento de conduta e suas implicações no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel.

Nas palavras de Carvalho Filho (2001, p. 202) trata-se tal ajuste de “ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais”. Dessa maneira, oferece-se uma nova oportunidade ao infrator de retornar à legalidade, de forma plena e conscientemente possível, evitando-se uma eventual disputa judicial entre as partes, que poderia implicar, além de custos desnecessários, em conseqüências negativas à imagem pessoal ou institucional do interessado perante a sociedade em geral, bem como em uma demora maior para o órgão público no sentido de obter a reparação do dano causado.

Doutrinariamente, há controvérsias acerca da natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta. Isto porque há entendimentos divergentes no sentido de confundir essa modalidade de conciliação com o instituto da transação previsto nos artigos 840 a 850 do novo Código Civil instituído pela Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Cumpre lembrar que a transação prevista em tais artigos tem por finalidade prevenir ou pôr fim ao litígio mediante concessões mútuas, extinguindo o processo com julgamento do mérito, nos termos do artigo 269, inciso III do Código de Processo Civil, instituído pela Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e sendo cabível exclusivamente quanto aos direitos patrimoniais de caráter privado.

Na lição de Monteiro (1975, p. 308), a transação “constitui ato jurídico bilateral, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas”. Ao final, o jurista acrescenta os seguintes requisitos que se tornam fundamentais ao instituto da transação: “a) reciprocidade do ônus e vantagens; b) existência de litígio, dúvida ou controvérsia entre as partes”.

Uma linha da doutrina tem considerado o compromisso de ajustamento como uma transação do direito civil, porém com características próprias, visto que, neste caso, o seu objeto cuida da defesa de direitos indisponíveis, diferentemente dos direitos patrimoniais de caráter privado, portanto sendo indispensável a aplicação dos princípios de ordem pública inerentes a tal condição. Nessa esteira de entendimento vale trazer à baila o comentário de Fink (2002, p.119), em matéria ambiental:

Nesse sentido, a maioria da doutrina que se ocupa dos estudos em direito ambiental tem afirmado que o compromisso de ajustamento de conduta configura transação conforme os moldes tradicionais do direito civil, importando, entretanto, em peculiaridades próprias. Em sendo transação, apesar de sua natureza peculiar por envolver interesses não patrimoniais e não privados, o regime jurídico do ajustamento de conduta deve obedecer, no que couber, o regime da transação tal como previsto pelo direito civil. Assim, o sistema de nulidade parcial e total (art. 1.026); sua interpretação restritiva (art. 1.027); o efeito da coisa julgada entre as partes (art. 1.030) e sua rescindibilidade, entre outros, são princípios plenamente aplicáveis ao compromisso de ajustamento de conduta, uma vez que se admite sua natureza de transação. Por outro lado, a transação, ainda que seja a rigor forma de extinção de obrigações litigiosas, quando analisada sob o prisma do direito ambiental, impõe em geral um conjunto de obrigações negativas ou positivas, do qual se perfaz um verdadeiro contrato, implicando a obediência de todos os princípios e regras também aplicáveis a esse. Capacidade das partes, objeto lícito e solenidade, como condições gerais de validade dos contratos, e bilateralidade, cláusulas penais, vícios na declaração de vontade são princípios e regras plenamente aplicáveis. Apenas é preciso lembrar que o objeto contratual é o estabelecimento de obrigações com vistas à plena recuperação do meio ambiente, que, por sua vez, se constitui em interesse público indisponível. Essa lembrança serve de advertência, pois um instituto trazido do direito privado, como é a transação, deve amoldar-se aos princípios que norteiam a tutela do interesse público.

Ainda, em defesa da não aplicabilidade do artigo 841 do Código Civil (artigo 1.035 do antigo Código Civil, que dispõe que “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”), em matéria de defesa de interesses difusos e coletivos, vale registrar as palavras de Pereira (1995) *apud* Mancuso (2004, p. 333):

Os interesses difusos e coletivos, apesar de não serem de ordem patrimonial, não podem se subordinar à regra do art. 1.035 do CC pelas seguintes razões: a) esse dispo-

sitivo foi editado sob o manto de uma ordem jurídica diversa da que se tem atualmente; b) no momento em que se reconhece constitucionalmente a tutela dos interesses coletivos, não se pode impedir a efetivação deles, cerceando a atuação de quem por eles compete lutar; c) o Ministério Público, bem como as pessoas do art. 5º, caput, ostenta legitimação autônoma para propositura da ação civil pública, logo, não lhe empece as limitações da condição de substituto processual do direito processual comum; d) a indisponibilidade do direito não será afetada porque o que será objeto da transação será a maneira da implementação mais rápida do interesse tutelado e ficará prestigiada a instrumentalidade do processo; e e) a Lei de Ação Civil Pública prevê a possibilidade de compromisso de ajustamento (art. 5º, § 6º).

De outra parte, há doutrinadores que defendem ser tal compromisso uma figura jurídica própria, não se confundindo com o instituto civil da transação.

Como exemplo deste segundo entendimento, pode ser citado o posicionamento de Celso Antonio Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Maria Andrade Nery, que afirmam caber a distinção entre transação e o instituto em tela, já que, a seu ver, 'aquele é figura característica do direito civil e, portanto, moldada num sistema individualista, ou seja, destinado para o titular do direito (*rectiu* = pretensão) ou o legítimo ordinário, no sentido de que só eles poderiam exercitá-la. Querer aplicar o instituto da transação (que versa sobre direitos patrimoniais disponíveis) aos direitos coletivos afronta não só o texto do Código Civil, como também atribui, equivocadamente, faculdades ao legitimado autônomo para dispor sobre o direito de titulares coletivamente considerados [...]'. Apesar de considerar a questão polêmica, e nova o suficiente para ainda não ter encontrado a doutrina um tratamento mais sistemático, parece-me que um melhor caminho é proposto por estes últimos autores. O compromisso de ajustamento, efetivamente, demonstra diferenças tão substanciais em relação ao instituto civil, que apenas um grande esforço de abstração conceitual poderia fazê-lo uma espécie daquele (PROENÇA, 2001, p. 124-125).

Não há como negar que o cerne da presente questão reside na natureza do objeto passível de transação em ambos os institutos.

O objeto do termo de compromisso de ajustamento de conduta, vale registrar que deve coincidir com o da ação civil pública, está diretamente relacionado aos direitos de natureza coletiva, o que, por sua vez, são marcados pelo traço da indisponibilidade, não comportando atos de disposição, inerentes aos direitos patrimoniais de caráter privado, por parte dos entes públicos legitimados. Isto porque no que se refere aos interesses e direitos meta individuais, constata-se um descompasso entre a titularidade e a legitimidade.

[...] para poder transigir, é preciso poder dispor do direito material sobre o qual se transige. Esse princípio, fundado basicamente nas regras de direito civil, vem sofrendo mitigações no curso do tempo, quer na área penal (nas infrações de menor potencial ofensivo) quer na área civil (como nas lesões a interesses transindividuais de que cuida a Lei de Ação Civil Pública). [...] Os órgãos públicos legitimados à ação civil pública ou coletiva, embora autorizados por lei a celebrar compromissos de ajustamento, não podem abrir mão de direitos alheios. Ainda que sejam detentores de capacidade postulatória em nome coletivo, não são os titulares do direito material, que, no mais das vezes, sobre ser alheio (seus titulares são as pessoas transindividualmente consideradas), ainda é indisponível (como o direito ao meio ambiente sadio, à educação, a atendimento médico etc.) (MAZZILLI, 2000, p. 392-393).

Assim, ante a impossibilidade de renúncia parcial ou total por parte dos órgãos públicos legitimados quanto ao direito material discutido, resta claro que nas hipóteses de celebração de compromisso de ajustamento de conduta, seja extrajudicial ou judicialmente tomado, não há que se falar em concessões mútuas, muito menos em reciprocidade de ônus e vantagens entre as partes celebrantes, mas sim numa espécie de assunção de compromisso pelo agente causador do dano perante o legitimado, cujo papel será desempenhado apenas quanto ao aspecto formal, isto é, no sentido de tomar o compromisso.

Desse modo, a rigor, não se cuida de uma transação propriamente dita, e nem de um ato jurídico bilateral. Notem-se os seguintes comentários:

No compromisso de ajustamento não há concessão alguma por parte do ente público legitimado, mas sim submissão do responsável pela lesão ao cumprimento dos preceitos protetivos, em respeito aos interesses supra-individuais. Deste modo, o compromisso de ajustamento, como forma de conciliação, amolda-se melhor à espécie denominada 'submissão', não à transação, como usualmente é tratada [...] (LEONEL, 2002 *apud* MANCUSO, 2004, p. 330).

A um primeiro exame, poder-se-ia considerar o compromisso de ajustamento de conduta como um acordo firmado entre o órgão público legitimado para a ação civil pública e aquele que está vulnerando o interesse difuso ou coletivo protegido pela lei. Não obstante, a figura não se compadece com os negócios bilaterais de natureza contratual, razão por que entendemos que não se configura propriamente como acordo. Como a lei alude ao ajustamento da conduta às exigências legais, está claro que a conduta não vinha sendo tida como legal, senão nada haveria para ajustar. Por outro lado, ao empregar o termo tomar o compromisso, o legislador deu certo cunho de impositividade ao órgão público legitimado para tanto. Ora, ante esses elementos o compromisso muito mais se configura como reconhecimento implícito da ilegalidade da conduta e promessa de que esta se adequará à lei." (CARVALHO FILHO, 2001, p. 201-202)

Ao contrário, pois, de uma transação vera e própria do direito civil, na qual as partes transigentes fazem concessões mútuas para terminarem um o litígio, já na área dos interesses transindividuais temos o compromisso único e exclusivo do causador do dano (compromitente), que acede voluntariamente em ajustar sua conduta de modo a submetê-la às exigências legais, sob cominações ajustadas no próprio termo (objeto). De sua parte, o órgão público legitimado que toma o compromisso (compromissário), não se obriga a conduta alguma, exceto como decorrência implícita, a não agir judicialmente contra o compromitente em relação àquilo que foi objeto do ajuste, enquanto este venha a ser cumprido [...] (MAZZILLI, 2000, p. 362).

Ao discorrer sobre os efeitos do compromisso de ajustamento de conduta celebrado no curso de uma ação civil pública, Carvalho Filho (2001, p. 215) faz questão de exaltar o seu caráter autônomo:

Se o réu decide firmar o compromisso e o autor da ação concorda com seus termos, o instrumento, apesar de firmado perante o juiz, tem caráter autônomo, ou seja, tem a mesma natureza do compromisso extrajudicial, valendo, portanto, como título executivo extrajudicial. O efeito será, por conseguinte, rigorosamente idêntico ao ocorrido na situação anterior: extinção do processo sem julgamento do mérito [...].

Se o instrumento de compromisso constitui documento autônomo, qualificando-se como título executivo extrajudicial, não cabe qualquer homologação por parte do juiz; na verdade, nem a lei prevê o condicionamento de eficácia do termo à aferição judicial levada a efeito pela sentença homologatória, nem o compromisso se configura, como visto, em instrumento de transação, mas sim de assunção unilateral de obrigações pelo réu, o que satisfaz o interesse do autor.

Dessa maneira, em se tratando de uma composição de conflitos no âmbito dos direitos de natureza coletiva e indisponível, e considerando a sua finalidade de ajustar uma conduta às exigências legais, parece-me não haver dúvidas de que o mais adequado é considerar o compromisso de ajustamento de conduta, previsto na Lei de Ação Civil Pública, como um instituto jurídico próprio e autônomo com o qual não se confunde a transação, em virtude de suas peculiaridades encontrarem-se mais próximas dos princípios que regem o direito administrativo do que o direito civil, dada a impossibilidade de configurá-lo como de ordem contratual, bem como de aplicar-lhe os dispositivos dela decorrentes.

Ademais, não se pode olvidar que a regra contida no Código Civil é aplicável à tutela do direito individual e patrimonial clássico, enquanto que a prevista na Lei de Ação Civil Pública é aplicável na proteção dos bens de interesse da coletividade e, dessa forma, não sendo cabível qualquer espécie de comparação entre os institutos.

Por fim, acrescenta-se a isso, mais uma vez, o ensinamento de Carvalho Filho (2001, p. 202) que, ao dispor sobre a natureza jurídica do com-

promisso de ajustamento, esclarece tratar-se de “ato jurídico unilateral quanto à manifestação volitiva, e bilateral somente quanto à formalização, eis que nele intervêm o órgão público e o promitente”.

1.2 A Eficácia

Dentre as principais características do termo de compromisso de ajustamento de conduta, o jurista Mazzilli (2002, p. 309) cita:

[...] apontemos as principais características do compromisso de ajustamento: a) dispensa testemunhas instrumentárias; b) o título gerado é extrajudicial; c) mesmo que verse apenas ajustamento de conduta, passa a ensejar execução por obrigação de fazer ou não fazer; d) na parte em que comine sanção pecuniária, permite execução por quantia líquida em caso de descumprimento da obrigação de fazer; e) mesmo que verse apenas obrigação de fazer, pode ser executado independentemente de prévia ação de conhecimento (MAZZILLI, 2002, p. 309, grifo nosso)

Assim, em perfeita consonância com o que dispõe o inciso VII do artigo 585, do Código de Processo Civil, o diploma legal que rege a ação civil pública atribuiu a eficácia de título executivo extrajudicial ao termo de compromisso de ajustamento de conduta celebrado entre o órgão público legitimado e o agente causador do dano a interesse ou direito difuso ou coletivo.

Código de Processo Civil, de 1973.

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

VII – todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva (BRASIL, 1973, grifo nosso)

Lei n.º.347, de 1985.

Art. 5º.

[...]

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial (BRASIL, 1985, grifo nosso).

De acordo com Carvalho Filho (2001, p. 209), a expressão título executivo “traduz o documento material necessário e suficiente para a instauração do processo executivo”, ou seja, cuida-se de pressuposto da execução que não deve se confundido com as condições da execução que, por sua vez, retratam os requisitos essenciais para o exercício do direito de ação impostos pela lei para que seja realizado o exame das questões de mérito. Contudo, cumpre destacar que ambos são exigíveis, **já que toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial**, de acordo com o artigo 583 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973, grifo nosso).

Nesse ponto, importa suscitar que da posse de um título executivo decorrem inevitavelmente algumas vantagens para o seu credor, especialmente em virtude da presunção de certeza jurídica que lhe é inerente.

Munido de um título executivo, o credor tem posição mais favorável do que o autor de processo de cognição. A este cabe o ônus de provar o que alega, até porque inexistente ainda qualquer certeza sobre os fatos e os fundamentos jurídicos. Na execução, entretanto, não é ao credor que incumbe provar o conteúdo do título, mas, ao revés, compete ao devedor destruir a presunção *iuris tantum* que o documento contém. Ele não se rebela contra a execução em si, mas apenas contra o título e a presumida certeza jurídica que contém.

[...]

Trazem eles a certeza presumida do direito do credor, de modo que, como já se disse, será muito mais difícil ao devedor elidir o débito que tem em decorrência deles. Claro que a lei não poderia deixar de contemplar algumas hipóteses que ensejassem meios de defesa do devedor. Mas

esses meios são de certo modo limitados a certos casos e em face de certas circunstâncias, não podendo mesmo ser inteiramente abertos para não cassar desde logo a presunção de certeza que devem ter tais títulos (CARVALHO FILHO, 2001, p. 209-210).

De acordo com a sistemática disposta na lei processual civil brasileira, o título executivo pode ser classificado em judicial e extrajudicial. Os títulos executivos judiciais são aqueles que se originam de documentos que contêm um provimento judicial, enumerados, anteriormente, pelo artigo 584 do Código de Processo Civil, revogado recentemente pela Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Por outro lado, os títulos executivos extrajudiciais correspondem aos documentos a que a norma legal atribui eficácia executiva, isto é, confere idoneidade para ajuizamento direto de processo de execução. Esses, por sua vez, estão previstos no artigo 585 do Código de Processo Civil e em outras leis esparsas (BRASIL, 1973).

Código de Processo Civil, de 1973.

Art. 584. (Revogado pela Lei n.º 11.232, de 2005).

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;

II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;

III - os contratos de hipoteca, de penhor, de anticrese e de caução, bem como de seguro de vida e de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade;

IV - o crédito decorrente de foro, laudêmio, aluguel ou renda de imóvel, bem como encargo de condomínio desde que comprovado por contrato escrito;

V - o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;

VI - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

VII - todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

§ 1º A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução.

§ 2º Não dependem de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, para serem executados, os títulos executivos extrajudiciais, oriundos de país estrangeiro. O título, para ter eficácia executiva, há de satisfazer aos requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e indicar o Brasil como o lugar de cumprimento da obrigação (BRASIL, 1973, grifo nosso).

Conforme dito anteriormente, a Lei de Ação Civil Pública conferiu tal efeito ao compromisso de ajustamento de conduta. Desse modo, uma vez formalizado o ajuste, nasce uma nova situação jurídica respaldada por expressa previsão legal, ou seja, surge um título executivo extrajudicial com a real possibilidade de se fazer presente a atividade jurisdicional do Estado no sentido de proceder a sua execução na hipótese de inadimplemento das obrigações nele assumidas.

Nesse contexto, considerando que a celebração de um compromisso de ajustamento da conduta do infrator às exigências legais possui a eficácia de título executivo extrajudicial, por determinação legal, pode-se afirmar que há uma supressão do processo de conhecimento, cujo principal efeito consiste no fato de que a obrigação deixa de ser objeto de controvérsia entre as partes, possibilitando ao órgão público legitimado ajuizar diretamente o devido processo de execução das obrigações avençadas no compromisso.

Avençadas as cláusulas e condições, ficam verdadeiramente superadas quaisquer possibilidades de discussão de seus termos, salvo por meio de embargos no processo de execução, com os limites a ele inerentes (FINK, 2002, p. 120).

Se o compromisso é firmado no curso do inquérito civil, não mais haverá ensejo para o ajuizamento da ação civil pública quer para o Ministério Público como para qualquer outro legitimado. O mesmo ocorre em situação inversa. Se outro órgão toma o compromisso do ofensor, desaparece o interesse de agir também para o Ministério Público.

[...] Em última análise, pode-se dizer que, após o compromisso de ajustamento de conduta, a providência judicial cabível, quando não forem honradas as obrigações do devedor nele contidas, é a ação de execução na forma procedimental prevista no Código de Processo Civil (CARVALHO FILHO, 2001, p. 212-213).

Ademais, uma das principais vantagens advindas desse efeito é que ajuste voluntariamente assumido é possível e conscientemente realizável pelo devedor o que, por sua vez, elimina eventuais surpresas desagradáveis advindas de um provimento judicial.

A composição negociada pelo ajustamento de conduta é a realização do possível, e as partes têm consciência disso. Respeitados os contornos possíveis da transação, cujo limite é o interesse público, todas as demais cláusulas e condições serão resultado de um processo psicológico de apreensão de cada uma das obrigações assumidas, de tal forma que, ao final, cada parte terá a certeza de que cada obrigação é resultado daquilo que cada um pode dar e na forma como pode dar. É a realização do possível [...].

Celebrado o termo em prosseguimento a esse processo psicológico, cada parte saberá que participou efetivamente de um processo de composição do conflito e não foi um mero contratante. Assumiu voluntariamente obrigações possíveis. Ao assumi-las, em geral, terá passado por um processo de consolidação mental da importância dessas obrigações, de tal forma que, ao cumpri-las em seu vencimento, o fará sem traumas. Não mais contra a sua vontade, mas pela sua vontade (FINK, 2002, p. 132).

Por outro lado, acrescenta-se a isso o fato de que a reforma processual civil de 1994 privilegiou a composição pelas partes, incentivando a solução negociada a fim de se evitar um processo judicial ou de por fim a ele, e, dessa forma, passou a reconhecer inclusive a formação de título executivo extrajudicial cujo conteúdo traduz-se em obrigação de fazer ou não fazer, nos termos do artigo 645 do Código Processual Civil (BRASIL, 1973), com redação dada pela Lei n.º 8.953, de 13 de dezembro de 1994, *in verbis*:

Código de Processo Civil, de 1973.

Art. 645. Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida (BRASIL, 1973).

Em regra, três são as espécies de obrigações que poderão ser objeto de acordo na celebração de um compromisso de ajustamento de conduta: a) as obrigações de fazer que têm por finalidade a reconstituição do bem lesado, a fim de restituí-lo ao *status quo ante*; b) as obrigações de não fazer que se constituem na abstenção de praticar conduta danosa que venha a lesar o bem tutelado; e c) as obrigações de dar que correspondem a entrega de certa quantia em dinheiro, equivalente ao valor econômico do dano irrecuperável, a título de indenização.

Contudo deve-se atentar para o fato de que o principal objetivo do ente público legitimado é que o interessado cesse a atividade danosa ou a não deflagre, hipóteses em que restarão adequadamente protegidos os interesses difusos ou coletivos e, por isso, é razoável que seja privilegiada a estipulação de obrigações de fazer ou não fazer em detrimento das obrigações pecuniárias, e, desse modo, seguindo exatamente a ordem inversa contida no artigo 3º da Lei de Ação Civil Pública que dispõe: **a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (BRASIL, 1985, grifo nosso).**

Passa-se a transcrição dos comentários tecidos por Fink (2002, p.122), em matéria ambiental, a respeito do objetivo a ser perseguido pelo órgão público legitimado para a melhor tutela dos direitos difusos ou coletivos.

O objeto que se pretende alcançar com a ação civil pública deve ser o mesmo a ser alcançado pelo ajustamento de conduta.

Porém, a ordem indicada pelo art. 3º não guarda correspondência lógica com aquela que deve ser obedecida para melhor atender ao interesse público.

Não se deve buscar em primeiro lugar a condenação em dinheiro, posto que não é do interesse da sociedade trocar ecossistemas por somas em dinheiro, por maior que elas sejam. Deve-se, então, obter em primeiro lugar a obriga-

ção de não fazer, consistente na paralisação imediata de toda e qualquer ação ou atividade que ponha em risco a higidez ambiental [...].

Verifica-se, assim, que a ordem lógica que melhor consulta o interesse público é a ordem exatamente inversa do art. 3º: obrigação de não fazer em primeiro lugar; a seguir, obrigação de fazer, consistente na recuperação do meio ambiente; e, por fim, se constatado que o meio ambiente tornou-se irre recuperável, pagamento de indenização em dinheiro.

Consagrando esse entendimento, a Súmula 23 do Conselho Superior do Ministério Público paulista dispôs que “a multa fixada em compromisso de ajustamento não deve ter caráter compensatório, pois nas obrigações de fazer ou não fazer normalmente mais interessa o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor que o correspondente econômico”.

E é exatamente em busca da máxima efetividade e proteção aos direitos difusos ou coletivos é que se deu tal característica ao termo de compromisso de ajustamento de conduta, qual seja força de título executivo extrajudicial. Nesse sentido, vale observar as lições de Lenza e Mancuso:

[...] a própria Lei de Ação Civil Pública, em seu art. 5.º, § 6.º (na redação determinada pelo art. 113 do CDC – Lei 8.078/90), procurando assegurar uma maior efetividade ao instrumento em comento, estabelece que os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial – art. 585, VII, do CPC), característica esta a facilitar a implementação do avençado, em caso de seu descumprimento (LENZA, 2003, p. 76).

Esse contexto processual, inspirado na diretriz da efetividade, ou seja, na busca da maior coincidência possível entre o direito e sua realização prática, completa-se com os arts. 644 e 645 do CPC, ambos voltados às obrigações de fazer ou não fazer: pelo art. 644, redação da lei 10.444/02, a sentença que comina obrigação de fazer ‘cumpre-se de acordo com o art. 461 [...]’; pelo art. 645, voltado à execu-

ção de título extrajudicial, ‘o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida’ (redação da lei 8953/94). Neste passo, relembre-se que têm força de título executivo extrajudicial os termos de ajustamento de conduta [...] (MANCUSO, 2004, p. 352-353).

Ante o exposto, é bom salientar que a execução de título extrajudicial fundado em obrigação de fazer ou não fazer segue a regra contida nos artigos 632 a 645 do Código de Processo Civil, enquanto a execução de título extrajudicial fundado em quantia certa é orientada pelas disposições contidas no artigo 646 e seguintes do mesmo diploma legal.

Ainda, nesse contexto, é essencial esclarecer que, nas hipóteses de não cumprimento das obrigações estipuladas, o órgão público celebrante, ora responsável em zelar pelo atendimento do ajustado, deverá, além de simplesmente informar o Ministério Público nos termos do artigo 6º da Lei de Ação Civil Pública, ajuizar a devida ação de execução de modo a obter o resultado pretendido no termo de compromisso, sob pena de sofrer ação de responsabilidade em razão do que dispõe o artigo 11, inciso II, da Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992.

Lei n.º 7.347, de 1985.

Art. 6º Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção (BRASIL, 1985).

Lei n.º 8.429, de 1992

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...]

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício. (BRASIL, 1992)

Acerca do artigo 6º da Lei de Ação Civil Pública, Proença (2001, p.129-130) arremata:

Recorde-se ainda, que o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil pública, consoante determina o art. 6.º da Lei 7.347/85, o que implica, necessariamente, em dar ciência àquela Instituição das lesões a interesses e direitos coletivos de que tome conhecimento, inclusive nos casos em que não sejam os compromissos de ajustamento cumpridos devidamente pelo pactuante.

E, sobre o mesmo tema, Lenza (2003, p. 82-83) faz um alerta aos órgãos públicos legitimados, com exceção do Ministério Público:

Por fim, em relação ao compromisso de ajustamento formalizado por outro legitimado que não o Ministério Público, a orientação, em caso de descumprimento do pactuado, é no sentido de se informar ao órgão público celebrante a sua responsabilidade em zelar pelo cumprimento do avençado, destacando que o não ajuizamento de execução para a obtenção do resultado visado poderá ensejar a responsabilização nos termos do art. 11, II, da Lei de Improbidade Administrativa.

Igualmente, para a plena eficácia do título executivo, o ajuste firmado entre o órgão público legitimado e o interessado deverá conter um compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, ou quando versar sobre obrigações pecuniárias, sempre que possível deverá ser dotado de liquidez, isto é, obrigação certa quanto à sua existência, e determinada quanto ao seu objeto. Proença (2001), Fink (2002) e Lenza (2003) ensinam:

Finalmente, deve-se garantir, no compromisso, que estejam presentes os requisitos necessários à formação do título executivo extrajudicial e à sua exigibilidade.

Devem as obrigações fixadas no compromisso ser certas, deve haver, no dizer de Cândido Rangel Dinamarco, 'a concreta individualização do direito a que o ato se refere'. Se se fixar obrigação de pagamento de crédito (indenização por dano, por exemplo), deve ser líquido, isto é,

devem constar no compromisso, ao menos, os meios para se calcular o montante devido. No mais das vezes, entretanto, as obrigações fixadas dirão respeito a um fazer ou a uma abstenção, sob pena de pagamento de multa pelo desrespeito à avenca. Nestes casos, a multa em que venha a incidir o inadimplente acarretará a execução por quantia certa, ao passo que a obrigação de fazer ou de não fazer acarretará execução específica, nos termos do art. 632 a 645 do Código de Processo Civil (PROENÇA, 2001, p. 131).

É muito importante lembrar ainda que as obrigações estabelecidas devem ser lícitas, possíveis material e juridicamente, bem como suscetíveis de quantificação econômica. A teor do art. 1.533 do Código Civil, devem ser certas quanto à sua existência, e determinada quanto a seu objeto (FINK, 2002, p. 124).

Como já dito, por força do art. 5.º, § 6.º, da Lei 7.347/85, introduzido pelo art. 113 da Lei 8.078/90, uma vez firmando, o compromisso de ajustamento terá eficácia de título executivo extrajudicial. Em razão desta peculiaridade, a Súmula 9 do CSMP orienta, como requisito formal do referido instrumento, fazer-se constar que, em caso de seu descumprimento, fica o infrator sujeito a suportar a execução por título executivo extrajudicial, devendo, por conseguinte, fixar-se no compromisso obrigação certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto (LENZA, 2003, p. 81).

Por fim, a doutrina majoritária tem entendido que a eficácia de título executivo extrajudicial atribuída ao termo de compromisso de ajustamento surge no momento em que é tomado por qualquer um dos órgãos legitimados a tomá-lo, dispensando, portanto, a necessidade de testemunhas instrumentárias, bem como a intervenção do Ministério Público, embora alguns autores a considerem conveniente.

Reconhecendo, embora, a importância do *munus* atribuído ao Ministério Público nesse tipo de proteção, não vemos na lei qualquer vislumbre de obrigatoriedade nessa intervenção. Ao contrário, limita-se ela a regular, no art. 5º, a atuação ministerial dentro do processo judicial, estabelecendo, de modo claro, que o Ministério Público se

não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei (art. 5º, § 1º). 'No processo', diz a norma. Se assim diz a lei, a ampliação interpretativa pode alcançar, quando muito, a hipótese em que o compromisso é levado a órgão judicial para homologação, como visto acima, mas não pode chegar ao extremo de abranger aquele que é firmado extrajudicialmente com a interveniência de outro órgão público legitimado. Nada impede, é oportuno salientar, que o órgão ministerial intervenha no ajuste; pode-se até dizer que é aconselhável. Coisa diversa, todavia, é caracterizar a intervenção como obrigatória, quando a lei não expressa tal obrigatoriedade (CARVALHO FILHO, 2001, p. 206, grifo nosso).

Acerca dessa intervenção do Ministério Público, Proença (2001, p.129) faz uma ressalva de ordem prática no sentido de recomendar a dispensa da atuação do parquet nos compromissos de ajustamento de conduta celebrados pelos demais órgãos públicos co-legitimados:

Uma razão de ordem prática, ademais, não recomenda a participação do Ministério Público nos compromissos firmados por outros órgãos públicos. Uma análise mais detida do escopo de atuação da ação civil pública, após a introdução das novas normas sobre o instrumento, permite afirmar que todo e qualquer conflito coletivo lato sensu é passível de tutela por aquele instrumento processual (e, por consequência, salvo raras exceções, podem ser objeto de compromissos de ajustamento), inclusive aqueles conflitos causados por atividades exercidas sob o poder de polícia da Administração. É simplesmente irrealista imaginar que todos os eventuais compromissos de ajustamento firmados pelos outros órgãos públicos, relativos à sua parcela do poder de polícia, devam em antecipação ser referendados pelo Ministério Público. A esta Instituição já são atribuídas as relevantes funções de zelar pelo atendimento pelos Poderes Públicos dos direitos constitucionais [...] e, se considerar insuficiente a sua atuação, de pactuar compromissos de ajustamento ou de ajuizar ação civil pública, que devidamente promova o interesse da coletividade. Isto já é o bastante, para evitar desvios indesejados pelo ordenamento (PROENÇA, 2001, p. 129).

De fato, entender-se como obrigatória a intervenção do Ministério Público nos termos de ajustamento firmados pelos demais co-legitimados, significa admitir: i) o alargamento do sentido da norma; ii) uma maior burocratização para aplicação do instituto em comento; e iii) uma menor efetividade na proteção dos direitos difusos ou coletivos. Todavia não parece ter sido essa a intenção da lei, conforme comentado no capítulo anterior que, abordando a natureza jurídica consensual e voluntária do instituto, vem privilegiando a solução de conflitos negociada, posto que as obrigações assumidas assim o serão de forma consciente, o que, dessa maneira, para que seja efetivamente assegurada a tutela desses direitos, torna-se fundamental que o compromisso tenha a eficácia de título executivo desde o momento de sua celebração e independentemente da intervenção do Ministério Público.

1.3 Os limites ao compromisso de ajustamento de conduta

Em virtude de o termo de compromisso de ajustamento implicar no reconhecimento implícito de uma conduta que afronta o arcabouço jurídico e, por sua vez, na promessa de cessá-la, importa em dizer que o órgão público legitimado que toma o referido termo não poderá admitir qualquer tipo de concessão em favor do interessado. Eis aqui dois dos mais importantes limites ao compromisso de ajustamento de conduta que dizem respeito ao conteúdo de seu objeto passível de ajuste e à esfera de discricionariedade na estipulação das obrigações a serem assumidas pelo interessado.

Conforme exposto no item 2.1 do presente estudo, a vedação de concessões pelo órgão público legitimado a tomar compromisso de ajustamento de conduta está fundamentada essencialmente no traço de indisponibilidade que marca o direito material envolvido, posto tratar-se de direito de natureza coletiva, o que, conseqüentemente, exigirá a integral reparação do dano. Desse modo, o órgão público legitimado não poderá dispor do direito difuso ou coletivo em si como, por exemplo, admitir que seja objeto de ajuste a reparação parcial do meio ambiente que é um direito

de interesse de toda a coletividade, portanto indivisível.

Não se pode, nesse sentido, transacionar renunciando a direitos sob pena de se desvirtuar toda a sistemática do instituto em comento. De maneira interessante, pronunciou-se Carneiro, negando a possibilidade de o órgão público legitimado celebrar compromisso de ajustamento de conduta que '[...] redundasse, exemplificativamente, somente na diminuição da poluição de um determinado rio; na veiculação de uma propaganda menos enganosa; na distribuição de um produto alimentar, revisto, que fizesse menos mal à saúde; na preservação de parte de um monumento histórico etc. [...]':

O ajustamento, como se disse, há que garantir a integral proteção, preservação e/ou reparação do bem transindividual de natureza difusa violado ou na iminência de sê-lo, não se podendo transacionar o objeto material (LENZA, 2003, p. 75).

O responsável há de se sujeitar ao ressarcimento completo do dano, ou à realização da atividade necessária para fazer cessar a lesão, ou à abstenção, também necessária, para por fim à afetação do interesse coletivo ou difuso. Resguarda-se, desse modo, a indisponibilidade do interesse tutelado (VIEIRA, 2002, p. 279).

Assim, na tutela dos interesses ou direitos difusos ou coletivos, o órgão público legitimado a tomar o ajuste não poderá abrir mão do direito material ofendido e de sua completa reparação ou preservação, já que se encontra em defesa de direitos sobre os quais não possui a titularidade. E, por essa razão, o conteúdo do ajuste deverá restringir-se aos aspectos formais do adimplemento da obrigação, ou seja, os limites do ajuste estão adstritos ao modo, lugar, tempo, dentre outros requisitos da obrigação assumida pelo interessado. Nesse sentido, a doutrina é uníssona:

A esfera passível de ajuste fica circunscrita à forma de cumprimento da obrigação pelo responsável, isto é, ao modo, tempo, lugar e outros aspectos pertinentes (VIEIRA, 2002, p. 279).

Observa-se que a concessão (aspecto inerente à transação) não significa abrir mão do direito material, mas, em realidade, limita-se à forma e termo do ajuste, a fim de

se garantir uma maior proteção do bem difuso em litígio (LENZA, 2003, p. 74).

O compromisso obedecerá os seguintes princípios: a) é vedada a dispensa, total ou parcial, das obrigações reclamadas para a efetiva satisfação do interesse lesado, devendo restringir-se às condições de cumprimento das obrigações, como modo, tempo, lugar ou outras semelhantes; [...]. Como os órgãos que podem tomar o compromisso não têm disponibilidade do direito material controvertido, o compromisso deve versar as condições de cumprimento das obrigações (modo, tempo, lugar, etc.); nunca poderá versar a disponibilidade material do próprio direito controvertido (MAZZILLI, 2000, p. 379-380).

À medida que o compromisso de ajustamento de conduta substitui a fase de conhecimento deverá dele constar a idêntica pretensão que seria objeto do pedido na ação civil pública e, dessa forma, deverá o ajuste refletir o exato conteúdo almejado na prestação jurisdicional, na hipótese de ajuizamento de ação que, ao final, viesse a culminar em um julgamento procedente.

E, nesse contexto, torna-se imprescindível a prévia e formal apuração da conduta danosa, por meio de procedimento regular específico que, no âmbito da Anatel, poderia ser o Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações – PADO, previsto nos artigos 71 a 81 do Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução n.º 270, de 19 de julho de 2001. É como bem observaram Vieira (2002) e Lenza (2003):

Realmente, trata-se, primeiramente, de atender-se ao princípio da formalidade que informa a Administração Pública em geral. Não há ato ou atividade administrativa informal. A fixação das obrigações a serem cumpridas pelo responsável reclamam, como premissa, a prévia e formal apuração da situação, mediante a colheita de elementos de prova idôneos, sejam de natureza técnica (perícia), documental ou mesmo oral, para se estabelecer a natureza do dano e sua extensão. E isto exige, à evidência, a existência de procedimento regular que, no caso do Ministério Público, será o inquérito civil. Somente diante do esclarecimento completo do fato será possível a formação de convicção acerca da obrigação a ser atendida pelo

causador do dano e que seria objeto do pedido na ação civil, caso não houvesse o compromisso (VIEIRA, 2002, p. 279-280).

A busca incessante pela máxima proteção dos interesses transindividuais é também expressa pela *Súmula 20*, cuja análise deve se dar em conjunto com o *caput* do art. 112 da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo (LC734, de 26.11.1993). Este último dispositivo legal determina que o órgão do Ministério Público somente poderá formalizar *compromisso* do responsável quanto ao cumprimento das obrigações, mediante termo nos autos do inquérito civil que tenha instaurado, desde que o fato esteja *devidamente esclarecido* e as obrigações assumidas sejam suficientes para a *integral reparação do dano* (LENZA, 2003, p. 81, grifo nosso).

Nesse ponto, imperioso identificar que o estabelecimento da obrigação no compromisso de ajustamento de conduta envolverá atividade vinculada do órgão público legitimado a tomá-lo, à medida que a ele caberá confrontar o fato apurado às normas legais, com o fito de apurar as exigências legais a serem atendidas, ou seja, as obrigações que deverão constar do ajuste com vistas a integral reparação do dano.

Contudo, quanto à estipulação dos critérios de cumprimento da obrigação pelo interessado, quais sejam o modo, tempo, lugar e etc., é possível reservarse um certo grau de discricionariedade, não se impondo a mesma rigidez em referência, porém exercida nos limites autorizados pela lei e pelos princípios jurídicos. Nesse sentido, Vieira (2002, p. 280-281) alerta sobre os cuidados que essa discricionariedade requer e ressalta a importância da obediência ao princípio da razoabilidade na estipulação de tais aspectos:

É que, apesar da impossibilidade de regras prévias específicas, as condições de cumprimento da obrigação devem atender o princípio da razoabilidade, ou seja, necessitam ser condizentes com o bom senso e adequadas e suficientes para a superação, ao final, da ofensa. No dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello as providências razoáveis são aquelas que estão 'em sintonia com o senso normal das pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga de competência exercida'.

Bem por isso, se as condições de cumprimento das obrigações ajustadas no termo de compromisso, em determinado caso, colidirem com o princípio da razoabilidade, serão ilegítimas e comprometerão a validade da transação.

Na prática, cumpre lembrar que as situações serão as mais diversas possíveis e, por vezes, até semelhantes, porém ao órgão público legitimado cumpre observar as devidas peculiaridades que cada caso concreto requer. É claro que poderão existir hipóteses em que o órgão público legitimado não terá condições de apontar todas as obrigações razoáveis para a efetiva reparação do dano, contudo nada obsta que se faça o exame daquelas passíveis de serem estipuladas no ajuste a fim de saber se atendem ou não ao fim legal.

Em síntese, Mazzilli (2000, p. 393) aponta os limites impostos ao compromisso de ajustamento de conduta, dada a indisponibilidade do direito material em sede de tutela coletiva:

Entretanto, não se podem perder de vista algumas regras quanto aos limites dos compromissos de ajustamento: a) como são garantia mínima e não máxima de responsabilidade do causador do dano a interesses transindividuais, conseqüentemente não podem os compromissos estipular cláusulas limitativas de responsabilidade do compromitente, nem impeditivas de acesso dos lesados à jurisdição; b) pelo mesmo motivo, não podem os compromissos incluir renúncia, por parte dos compromissários, a quaisquer direitos materiais, de que não são titulares os órgãos públicos legitimados a tomarem os compromissos; c) ainda por isso, não se admite que, nesses compromissos, haja transação quanto ao objeto material do litígio, até porque não têm os legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva a disponibilidade sobre o direito material controvertido; porque não se admite transação nem mesmo em juízo em matéria atinente à improbidade administrativa, com maior razão não se admite compromisso de ajustamento que importe renúncia ou dispensa de exercício de direitos em prejuízo do patrimônio público.

Diante do exposto, tem-se que ao órgão público legitimado a tomar compromisso de ajustamento de conduta do interessado caberá, inicial-

mente, ter pleno conhecimento da situação fática que envolve o direito difuso ou coletivo ofendido, para que, alinhado aos critérios de razoabilidade e respeitados os limites da discricionariedade, possa transacionar tão-somente os aspectos formais necessários para o adimplemento da exigência legal, com o objetivo de restabelecer ou preservar, com a máxima efetividade que tal tutela requer, o direito material controvertido em sua totalidade.

2 A LEGITIMIDADE DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES PARA CELEBRAR TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Um dos requisitos essenciais para a validade do termo de compromisso de ajustamento de conduta é que seja tomado por um dos órgãos públicos legitimados para propor a ação civil pública, de acordo com o disposto no § 6º do artigo 5º, da Lei n.º 7.347, de 1985, *in verbis*:

Lei n.º 7.347, de 1985.

Art. 5º. [...]

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial (BRASIL, 1985, grifo nosso).

Assim, pode-se afirmar que o compromisso tomado por órgão público não legitimado consistirá em ato inexistente no mundo jurídico. Dessa maneira, uma vez ausente tal pressuposto de legitimidade, o ajuste deixa de ter significado jurídico tornando dispensável inclusive a sua invalidação pela via judicial. Por sua vez, o mesmo diploma legal, em seu artigo 5º, *caput* e incisos definiu quem são os legitimados para ajuizar a ação civil pública:

Lei n.º 7.347, de 1985.

Art. 5º. A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:

I – esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil;

II – inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (BRASIL, 1985).

Inicialmente, faz-se necessário registrar que a expressão “órgão público” contida no § 6º do artigo 5º supra transcrito tratou de delimitar o rol de legitimados a tomar compromisso de ajustamento de conduta, ou seja, não são todos os órgãos legitimados a ajuizar ação civil pública que poderão tomar o referido compromisso do interessado. É como bem apreendeu Mazzilli (2002, p. 307):

Examinando-se o rol de legitimados ativos, constante do art. 5º da LACP e do art. 82 do CDC, podemos relacionar três categorias:

a) a daqueles legitimados que, incontrovertidamente, *podem* tomar compromisso de ajustamento: Ministério Público, União, Estados, Municípios, Distrito Federal e órgãos públicos, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos;

b) a dos legitimados que, incontrovertidamente, *não podem* tomar o compromisso: as associações civis, os sindicatos e as fundações privadas;

c) a dos legitimados em relação aos quais cabe discutir à parte se podem ou não tomar compromisso de ajustamento de conduta, como as fundações públicas e as autarquias, ou até as empresas públicas e as sociedades de economia mista (MAZZILLI, 2002, p. 307, grifo nosso).

Para o presente estudo, basta o exame dessa terceira categoria de legitimados, qual seja a que abrange as autarquias, em virtude da natureza jurídica de autarquia sob regime especial da Agência Nacional de Telecomunicações, nos termos do artigo 8º, caput, da Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei Geral de Telecomunicações - LGT.

Lei n.º 9.472, de 1997.

[...]

Art. 8º. Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais (BRASIL, 1997).

Nesse cenário, em se tratando a Agência Nacional de Telecomunicações de órgão público integrante da administração pública indireta, portanto ente pelo qual o Estado executa suas ações essencialmente voltadas para a prática de serviços de interesse fundamentalmente coletivo, com claro fim social, a doutrina é praticamente uníssona no sentido de que é admissível que as autarquias possam tomar compromissos de ajustamento. Nessa esteira de entendimento é o posicionamento de Mazzilli (2002, p. 309) e de Carvalho Filho (2001, p. 201):

Quando se trate de órgãos pelos quais o Estado administra o interesse público, ainda que integrem a chamada administração indireta (como autarquias, fundações públicas ou empresas públicas), nada obsta a que tomem compromissos de ajustamento quando ajam na qualidade de entes estatais. Dessa forma, quando as empresas estatais ajam na qualidade de *prestadoras ou exploradoras de serviço público*, em tese também é aceitável possam tomar compromissos de ajustamento; Em conseqüência, têm permissão para tomar o compromisso de ajustamento de conduta a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as **autarquias** e fundações de direito público, e o Ministério Público. Não a terão, todavia, as empresas públicas de direito privado (porque embora da Administração Pública, são dotadas de personalidade de direito privado), bem como as associações que preencham os requisitos do art. 5º, I e II. Nenhuma destas últimas pode qualificar-se como órgão público, por mais ampla que seja a interpretação do texto legal (CARVALHO FILHO, 2001, p. 201, grifo nosso).

Por outro lado, Mazzilli faz uma ressalva a respeito da mencionada terceira categoria de legitimados com vistas a pôr um fim na controvérsia:

Contudo, quando as empresas estatais ajam na qualidade de *exploradoras da atividade econômica*, não se admite possam tomar compromissos de ajustamento. Com efeito, a esses órgãos e empresas dos quais o Estado participa, quando concorram na atividade econômica em condições empresariais, não se lhes pode conceder a prerrogativa de tomar compromissos de ajustamento de conduta, sob pena de estimular desigualdades afrontosas à ordem jurídica, como é o caso das sociedades de economia mista ou das

empresas públicas, quando ajam em condições de empresas de mercado (MAZZILLI, 2002, p. 309, grifo nosso).

Cabe anotar, aqui, o principal papel desempenhado pela Agência Nacional de Telecomunicações na função de órgão regulador do setor de telecomunicações e na qualidade de poder concedente. Antes, torna-se imperioso lembrar que o surgimento do órgão regulador das telecomunicações no Brasil se deu em um contexto de transição do papel do Estado Empresário para o Estado Regulador, motivada pela mudança do cenário econômico e social do país, o que tornou necessária uma evolução na forma de intervenção do Estado na economia em relação aos seus pressupostos, objetivos e instrumentos.

Inicialmente, entendia-se ser o Estado vetor de consecução do interesse geral da coletividade, e, por isso, sua conduta não poderia ser refreada por interesses menores, posto que privados, de natureza empresarial. Tal postura mostrava-se contrária ao mercado, ante a incompatibilidade dos agentes privados atuarem no sentido de consagrar o interesse público, que sempre se sobreporia ao particular, justificando, então, a supressão da atividade privada em setores relevantes da economia, estando aí o caráter predominantemente excludente da atividade do particular nos setores de atuação direta do Estado.

Ocorre que a prestação de serviços sob o regime de monopólio estatal, ou seja, de iniciativa exclusiva do Estado, já não satisfazia em sua plenitude os interesses da coletividade, quer dizer, diante das dificuldades e limitações enfrentadas pelo Estado, já não era possível alcançar padrões de qualidade adequados a preços razoáveis, sendo que uma grande parcela da população permanecia à margem da prestação de um serviço considerado essencial. Sobre a crise do modelo providencialista, Justen Filho (2002, p. 19) comenta:

A multiplicação da população e a redução da eficiência das atividades desempenhadas diretamente pelo Estado contribuíram decisivamente para o fenômeno denominado 'crise fiscal'. A expressão passou a ser utilizada para indicar situação de insolvência governamental, inviabilizadora do cumprimento das obrigações assumidas e do desenvolvimento de projetos mais ambiciosos [...].

Esse foi o panorama que incentivou a instauração de novos modelos políticos, inclusive com a configuração de um modelo regulatório de Estado.

Por essas e outras razões é que a reestruturação do setor de telecomunicações culminou na sua privatização que, por sua vez, surgiu como uma solução essencialmente aliada aos objetivos de universalização, competição e qualidade da prestação do serviço de telecomunicações, pilares do modelo implementado. Nessa nova ordem, a atuação privada na prestação do serviço de telecomunicações passaria a ser fundamental para atingir objetivos e metas cada vez mais complexos.

E foi diante dessa necessidade de quebra de paradigma que a implantação das agências reguladoras no Estado fez surgir no cenário brasileiro profunda alteração no perfil de intervenção estatal na economia, substancialmente distinta da ordem jurídica anterior, mormente quanto à ordem econômica, pois: a) separou-se o operador estatal e o órgão regulatório; e b) passou-se a admitir operadores privados no setor regulado competindo com o setor público.

Desse modo, o papel a ser desempenhado pela agência reguladora ganhou extrema relevância. Isto porque os objetivos da autoridade reguladora deslocaram-se do âmbito de incidência dos interesses do estado-nação para os da sociedade, sejam os compreendidos como interesses dos cidadãos ou os decorrentes das relações econômicas, compondo-se, dessa forma, os interesses particulares, sob a justificativa de que a atuação privada em setores submetidos à regulação não só é compreensível como imprescindível ao alcance do interesse público.

Em síntese, essa nova espécie de intervenção estatal por meio de um ente regulador privilegia a mediação dos diversos interesses que envolvem o setor, tais como os dos agentes econômicos do mercado regulado, aqui é possível incluir as empresas concessionárias, os usuários, bem como os próprios interesses estatais naquele setor, em detrimento de atos impositivos típicos das autoridades administrativas.

Marques Neto (2005, p. 32), advertindo sobre a característica da mediação de interesses inerente à atividade regulatória, leciona:

É essencial à noção de moderna regulação que o ente regulador estatal dialogue e interaja com os agentes sujeitos à atividade regulatória buscando não apenas legitimar a sua atividade, como tornar a regulação mais qualificada porquanto mais aderente às necessidades e perspectivas da sociedade. Fruto da própria dificuldade do Estado, hoje, de impor unilateralmente seus desideratos sobre a sociedade, mormente no domínio econômico, faz-se necessário que a atuação estatal seja pautada pela negociação, transparência e permeabilidade aos interesses e necessidades dos regulados. Portanto, o caráter de imposição da vontade da autoridade estatal (que impõe o interesse público selecionado pelo governante) dá lugar, na moderna regulação, à noção de mediação de interesses, no qual o Estado exerce sua autoridade não de forma impositiva, mas arbitrando interesses e tutelando hipossuficiências.

Com efeito, para entender-se o sentido exato de regulação há de se compreender a idéia de equilíbrio no sistema regulado, mediando os interesses econômicos com interesses gerais, externos ao sistema, mas que tenham de ser levados em conta pelo regulador para o atingimento dos fins propostos, evitando a inviabilidade do setor regulado.

Enfim, a moderna forma de regulação equilibra interesses privados com metas e objetivos de interesse público, evitando abusos ou distorções capazes de comprometer o setor regulado, assim como visando introduzir objetivos de ordem geral, inalcançáveis se pautados na livre iniciativa da atividade econômica, viabilizando o atendimento de tais objetivos, por meio de sua absorção de forma a causar o menor desequilíbrio possível.

Por fim, Marques Neto (2005, p. 46) assevera:

A tal nova regulação estatal, vimos, é determinada pela perspectiva de um Estado pretender intervir em setores da economia: i) sem afastar a participação dos agentes privados; ii) separando as tarefas de regulação das de exploração de atividade econômica, mesmo quando remanescer atuando no setor por ente controlado seu; iii) orientando sua intervenção predominantemente para a defesa dos interesses dos cidadãos enquanto participantes das relações econômicas travadas no setor regulado; iv) procurando manter o equilíbrio interno ao setor regu-

lado, de modo a permitir a preservação e incremento das relações de competição (concorrência), sem descuidar da tarefa de imprimir ao setor pautas distributivas ou desenvolvimentista típicas de políticas públicas; e, por fim, v) exercendo a autoridade estatal por mecanismos e procedimentos menos impositivos e mais reflexivos (permeáveis à composição e arbitramento de interesses), o que envolve maior transparência na atividade regulatória.

Nessa nova perspectiva, é certo que a agência reguladora deverá primar por regras e procedimentos rigorosos e transparentes de forma a assegurar o controle social de seus atos, assim como a efetiva participação de todos os interessados nas suas decisões, em razão de exercer uma gama enorme de poderes “quase-judiciais” (composição de conflitos e imposição coercitiva de condutas) e “quase-legislativos” (normativa), no dizer de Di Pietro (2005, p. 209), além de suas funções administrativas.

Nesse sentido, insta frisar que, no setor de telecomunicações, os limites do exercício das competências pela Anatel vieram bem definidos no artigo 19 da Lei Geral de Telecomunicações, os quais destacamos os seus poderes de fiscalização e sancionatório, posto que deles decorrem suas principais prerrogativas, quais sejam a de monitorar as atividades reguladas, bem como acompanhar a conduta dos regulados, de modo a permitir que tenha um conhecimento adequado da situação, e, dessa maneira, impedir o descumprimento de regras regulatórias, por meio inclusive da aplicação de sanções.

Feitas tais considerações acerca da implantação dessa nova modalidade de intervenção estatal, resta claro que a atuação da Agência Nacional de Telecomunicações, na qualidade de poder concedente e ente regulador do mercado de telecomunicações no Brasil, também se perfaz no sentido de tutelar os direitos e interesses difusos ou coletivos que envolvam o setor regulado, em especial os relacionados aos usuários do serviço, posto que um dos principais aspectos inerentes à concessão consiste no fato de ter por objeto um serviço público que deve funcionar no interesse da coletividade e sob a autoridade do regulador.

E, nesse contexto, portanto, há um pleno atendimento à observação contida nas lições de Proença (2001, p. 121-122) com relação à harmonia que deve existir entre as atribuições do órgão público legitimado e o objeto de termo de compromisso de ajustamento de conduta.

Aqui, aliás, oportuno afirmar que a atuação dos órgãos públicos em geral deve obedecer a um princípio de congruência entre as suas competências ou atribuições e o objeto do compromisso de ajustamento. Assim, por exemplo, parece claro que a intenção das normas ora comentadas é a de que um município possa firmar a avenca com um infrator, nos assuntos que lhe toca. Não haveria sentido, e deste modo, mostrar-se-ia inválido tal instrumento, se, por exemplo, um determinado município pactuasse um compromisso com infrator de normas de outro município. A legitimidade daquele decorre de seu interesse na solução do problema, nenhuma alteração acarretando nesta temática o fato de tratar-se de defesa de interesses coletivos *lato sensu*.

Cumpra registrar que a legitimidade da Anatel para tomar termo de compromisso de ajustamento de conduta já foi objeto de manifestação por parte de sua Procuradoria Federal Especializada nos autos do Processo n.º 53500.005141/2003 (BRASIL, p. 2003), por meio do Parecer n.º 586-2004/PGF/PFE-TTP/Anatel, de 24 de novembro de 2004, da lavra da Procuradora Federal Tatiana Taschetto Porto que, analisando o compromisso tomado da concessionária do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC destinado ao uso do público em geral, da Região III do Plano Geral de Outorgas aprovado pelo Decreto n.º 2.534, de 2 de abril de 1998, cujo objeto foi estabelecer, manter, preservar e proteger as relações de consumo e, neste caso específico, as relativas ao atendimento público ao usuário, concluiu “[...] quanto aos aspectos formais do Compromisso de Ajustamento de Conduta, manifestamos concordância para sua celebração, tendo em vista expressa competência legal [...]”.

Por fim, quanto à natureza da legitimidade de agir, releva destacar os comentários de Vieira (2002, p. 266):

Os interesses difusos, como tais, somente podem ser defendidos pelo Ministério Público ou pelas demais entidades contempladas na lei. São interesses da sociedade ou de parcela dela que não permitem a partilha do objeto em relação a cada pessoa individualmente considerada. Sendo assim, embora a titularidade seja da coletividade ou de parcela dela, a legitimidade é reservada ao referido órgão ministerial e às demais pessoas mencionadas na lei.

Sendo os únicos, não há lugar para se dizer extraordinária a legitimação [...].

Enfoque diverso reclamam os direitos coletivos propriamente dito. Devido à circunstância de serem passíveis de determinação quanto às pessoas individualmente atingidas, integrantes da categoria, a legitimação dada ao Ministério Público ou às entidades que as congregam não se desveste da natureza extraordinária, mesmo tendo a Constituição, como visto, disciplinado-a. É que, de regra, não estará afastada a possibilidade da tutela individual pelo mesmo fato.

Assim, pode-se afirmar que a natureza da legitimidade na defesa dos interesses difusos é ordinária, em razão do descompasso entre ela e a titularidade, e, por outro lado, trata-se de posto que os integrantes da classe ou categoria de direitos envolvidos são passíveis de determinação, o que viabiliza também a tutela individual em decorrência de idêntico fato.

Em todo caso, cabe registrar que, independentemente da natureza da legitimidade de agir, em sede de defesa de direitos difusos ou coletivos, a característica de indisponibilidade do direito material controvertido estará sempre presente, seja em virtude desse descompasso entre a titularidade e a legitimidade do direito defendido, seja em função da via processual escolhida, qual seja a tutela coletiva.

3 AS PRINCIPAIS IMPLICAÇÕES ADVINDAS DA CELEBRAÇÃO DE TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NO ÂMBITO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL

3.1 Os poderes da Anatel na esfera administrativa que tem por objetivo manter a adequada prestação do serviço objeto da concessão

Por oportuno, cabe lembrar que o objeto do presente estudo restringe-se ao exame da aplicação do instituto do compromisso de ajustamento de conduta no âmbito dos procedimentos administrativos de cunho sancionatório da Agência Nacional de Telecomunicações com vistas a assegurar a adequada prestação do serviço público objeto da concessão que, neste caso específico, corresponde ao Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC destinado ao uso do público em geral, único serviço de telecomunicações expressamente inserido no regime público, isto é, sujeito às obrigações de universalização e continuidade previstas no artigo 79 da Lei Geral de Telecomunicações.

Antes, é importante identificar, em linhas gerais, o que a doutrina e a regulamentação dizem a respeito da prestação adequada do serviço e quais são as principais competências legais da Anatel, como entidade reguladora do setor de telecomunicações e na qualidade de poder concedente, no sentido de garantir o cumprimento de suas regras regulatórias. Doutrinariamente, são apontados diversos princípios que devem reger o que se denomina a adequada prestação do serviço. São eles: regularidade, continuidade, igualdade, generalidade, obrigatoriedade, atualidade, modicidade das tarifas, eficiência e cortesia. Diversos autores têm se manifestado acerca do conceito de prestação adequada, o que, em síntese, cabe destacar as palavras de Grotti (2002):

Entre nós, por exigência constitucional (art. 175 parágrafo único, IV), os serviços públicos deverão ser prestados, não importando a forma (direta ou indireta) dessa prestação, de modo adequado. A Constituição Brasileira determina que a lei, ao dispor sobre a prestação desses serviços,

imponha a seus prestadores a 'obrigação' (o 'dever', rigorosamente) de manter serviço adequado. O conceito de 'serviço adequado' é genérico e indeterminado, mas foi detalhado na Lei federal 8.987, de 13.2.1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, como sendo 'o que satisfaz as condições de: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas' (art. 6º, 1) (GROTTI, 2002, p. 49).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 2005), em seu artigo 175, Parágrafo único, inciso IV, previu que a obrigação de manter serviço adequado será disposta em lei. E, por sua vez, a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (BRASIL, 1995), que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Carta Magna, estabeleceu, em seu Capítulo II que cuida das disposições relativas ao serviço adequado, o conceito de que é aquele que "satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas".

Muito embora o diploma legal em referência não seja aplicável ao regime de concessão de serviços de telecomunicações, por força do que dispõe o artigo 210 da LGT, são válidos e aplicáveis os comentários tecidos pela doutrina a respeito do tema, posto que no mesmo sentido é a regulamentação da Agência Nacional de Telecomunicações que, por meio do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução da Anatel n.º 73, de 25 de novembro de 1998, em seu artigo 46 e parágrafos, elencou, um a um, os princípios que regem a prestação adequada do serviço, com suas respectivas definições.

Resolução n.º 73, de 1998.

Art. 46. Constitui dever da prestadora a adequada prestação do serviço, considerando-se como tal o serviço que satisfizer às condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas.

§1º. A **regularidade** será caracterizada pela prestação continuada do serviço com estrita observância do disposto nas normas baixadas pela Agência.

§2º. A **eficiência** será caracterizada pela consecução e

preservação dos parâmetros estabelecidos na outorga e pelo atendimento do usuário nos prazos previstos nas normas do serviço.

§3º. A **segurança na prestação** será caracterizada pela confidencialidade dos dados referentes à utilização do serviço pelos usuários, bem como pela plena preservação do sigilo das informações transmitidas no âmbito de sua prestação.

§4º. A **atualidade** será caracterizada pela modernidade dos equipamentos, das instalações e das técnicas de prestação do serviço, com a absorção dos avanços tecnológicos advindos ao longo do prazo da outorga que, definitivamente, tragam benefícios para os usuários.

§5º. A **generalidade** será caracterizada como a prestação equânime do serviço a todo e qualquer usuário.

§6º. A **cortesia** será caracterizada pelo atendimento respeitoso e imediato de todos os usuários do serviço outorgado, bem como pela observância das obrigações de informar e atender pronta e polidamente todos que, usuários ou não, solicitem da prestadora informações, providências ou qualquer tipo de postulação.

§7º. O **princípio da modicidade das tarifas** será caracterizado pelo esforço da prestadora em praticar tarifas inferiores às fixadas na outorga (BRASIL, 1998, grifo nosso)

Nesse contexto, a não observância de um desses princípios pela concessionária poderá implicar, em determinados casos, na ofensa a direitos difusos ou coletivos, a exemplo do que ocorreu recentemente com a já comentada não abertura das lojas de atendimento do STFC em que, dentre outros princípios, restou infringido o da cortesia, o que, por conseguinte, acabou por vulnerar direitos dos usuários de serviços de telecomunicações.

Importante, nesse momento, destacar o julgamento no Superior Tribunal de Justiça, em 3 de fevereiro de 2005, do Recurso Especial n.º 513.850 – SC interposto pela concessionária Brasil Telecom S.A., em sede de Ação Civil Pública ajuizada pela Federação das Associações de Moradores de Joinville – FAMJO, cujo objeto era reabertura de dois postos físicos de atendimento aos usuários de telefonia fixa, cujo relator foi

Exmo. Senhor Ministro José Delgado.

ADMINISTRATIVO. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS DE TELEFONIA. POSTOS DE ATENDIMENTO. REABERTURA. SISTEMA DE TELEATENDIMENTO OU VIA INTERNET. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 330, I, 458, II, 535, II, 520 DO CPC E 14 DA LEI 7.347/85. INOCORRÊNCIA. APLICABILIDADE AO CASO DOS ARTIGOS 6º, §1º DA LEI 8.987/95 , 2º DA LEI 10.048/2000 E 32 DA RESOLUÇÃO N.º 30/98 DA ANATEL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO ARTIGO 330, I DO CPC. RECURSO ESPECIAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Em sede de ação civil pública foi prolatada sentença que determinou a reabertura de postos de atendimento empresa concessionária de serviços de telefonia Brasil Telecom S/A. Interposto recurso de apelação, este foi recebido apenas no seu efeito devolutivo. Em face do recebimento da apelação apenas no seu efeito devolutivo a Brasil Telecom S/A, desafiou agravo de instrumento cujo julgamento ficou assim ementado:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇOS TELEFÔNICOS. ATENDIMENTO AO PÚBLICO. APELAÇÃO RECEBIDA NO EFEITO APENAS DEVOLUTIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Tendo em vista que, a respeito dos serviços telefônicos, questões somente comportam solução através do contato pessoal, afigura-se sustentável o posicionamento adotado na decisão agravada. Foram oposto embargos declaratórios assim acordados:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇOS TELEFÔNICOS. ATENDIMENTO AO PÚBLICO. APELAÇÃO RECEBIDA NO EFEITO APENAS DEVOLUTIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Recurso que, embora conhecido para fim de prequestionamento, deve ser desprovido por ausência do pressuposto de acolhida.

2. Descontente, a concessionária interpôs recurso especial pela alínea 'a', sustentando infringência aos artigos 458, II, 535, II, 520, 330, I do Código de Processo Civil e 14 da Lei 7.347/85, sustentando preliminar de nulidade

do acórdão e, no mérito, o prejuízo advindo pelo recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo e a não obrigatoriedade da prestação de serviço pessoal mediante a reabertura dos postos de atendimento ao público.

3. O artigo 330, I do Código de Processo Civil não foi debatido pelo acórdão reclamado ressentindo-se do devido prequestionamento.

4. Deve ser rejeitada a preliminar de nulidade por infringência dos artigos 458, II e 535, II do Código de Processo Civil, suscitada pela recorrente. O acórdão examinou as questões atinentes à lide. O fato de não decidi-la à luz dos argumentos invocados pelas partes não o eiva de vício de nulidade por ausência de fundamentação ou omissão.

5. Sendo a recorrente concessionária de serviço de telefonia pública, tem o dever, de prestar um serviço para plena satisfação dos usuários, que são, no dizer de Hely Lopes Meirelles, 'seus legítimos destinatários'. A utilização exclusiva do sistema de teleatendimento, internet ou de casas lotéricas implica a prestação de serviço inadequado, por implicar em várias consequências prejudiciais ao usuário que se vê completamente lesado no seu direito a um bom e eficiente serviço, pelo qual paga caro, e impotente no sentido de não ter como buscar a reparação do dano sofrido pela má prestação desse serviço.

6. Desarrazoada e sem respaldo legal, a argumentação aduzida pela recorrente de não estar obrigada à prestação de serviço por meio de postos de atendimento e que o recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo acarretou-lhe sérios prejuízos, tendo ocorrido por isso, violação dos artigos 420 do CPC e 14 da Lei 7.347/85. Maior prejuízo certamente advirá aos usuários que dependem dos serviços da concessionária. Aplicação, ao caso, dos preceitos legais insertos nos artigos 6º, §1º da lei 8.987/95 , 2º da lei 10.048/2000 e 32 da resolução n.º 30/98 da ANATEL.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e Desprovido (BRASIL, 2005, grifo nosso).

Assim, ultrapassado o breve exame inicial a respeito do principal objetivo do órgão regulador quanto à prestação adequada do serviço, importa

destacar que, com o fito de assegurá-la e diante da relação existente entre o poder concedente e o concessionário, em que há a transferência da execução do serviço e não da sua titularidade, a Lei Geral de Telecomunicações também previu uma série de prerrogativas a serem exercidas exclusivamente pela Anatel, à medida do que dispõe o artigo 8º, § 2º, da LGT, com relação a sua independência e autonomia.

E para manter o controle das atividades reguladas, a Anatel, na qualidade de poder concedente do setor de telecomunicações, detém poderes de intervenção, encampação, direção e controle sobre a execução do serviço, uso compulsório de recursos humanos e materiais da concessionária, aplicação de sanções, inclusive declarando a caducidade da concessão. Porto Neto (1999, p. 289) dividiu, didaticamente, em quatro grandes grupos as referidas competências previstas na Lei Geral de Telecomunicações:

A Anatel desempenha, basicamente, **quatro funções**.

A primeira delas é a de **organizar e regulamentar o setor de telecomunicações** mediante a emissão de normas gerais e abstratas. No caso da ANATEL, a atribuição, pela lei, de capacidade normativa é expressa (art. 19, IV, VIII, X, XII, XIII, XIV e XVI, da LGT). Estas normas complementam a Lei 9.472, de 1997, e, em alguns casos especiais, o próprio Regulamento editado pelo Presidente da República. Também cabem à ANATEL, a **outorga** de concessões, permissões e autorizações de serviços de telecomunicações e a outorga do direito de uso de radiofrequência e o direito de uso de órbita espacial (art. 19, V, VI, IX e XI da Lei 9.472, de 1997).

Outra importante função da ANATEL é a de **fiscalizar as atividades** do setor desempenhadas tanto no regime público como no privado, coibindo infrações das normas de organização dos serviços e impondo as sanções cabíveis, quando for o caso (art. 19, VI, IX, XI e XIX, da Lei 9.472, de 1997).

Finalmente, à ANATEL compete **dirimir, na esfera administrativa, os conflitos** existentes entre operadores dos serviços de telecomunicações (art. 19, XVII, da Lei 9.472, de 1997) e, também, entre operadores e usuários dos serviços (art. 19, XVIII) (grifo nosso).

Nesse ponto, duas modalidades de extinção da concessão de serviços de telecomunicações merecem destaque no presente capítulo: a encampação e a caducidade. Isto porque ambas decorrem do poder de controle do órgão regulador sobre a execução do serviço do qual efetivamente é o titular.

Lei n.º 9.472, de 1997.

Art. 112. A concessão extinguir-se-á por advento do termo contratual, **encampação, caducidade**, rescisão e anulação (BRASIL, 1997, grifo nosso).

A encampação é a modalidade de extinção em que há a retomada do serviço pela União, no decurso do prazo da concessão, em face de razão extraordinária de interesse público. Para tanto, a LGT impõe que seja realizada mediante lei autorizativa específica e sempre após o pagamento de prévia indenização, conforme dispõe o artigo 113 da referida lei. Nessa hipótese, cumpre esclarecer que não se trata de medida punitiva, mas apenas da possibilidade de extinção da outorga em atendimento ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Por outro lado, a extinção da concessão de serviços de telecomunicações por motivo de caducidade, considerada, ainda, como sanção administrativa nos termos do artigo 173, inciso IV, da LGT, sendo que, neste caso específico, a sua aplicação também possui efeito extintivo de acordo com o disposto no artigo 181 do mesmo diploma legal, será decretada nas hipóteses previstas no artigo 114 da LGT.

Lei n.º 9.472, de 1997.

Art. 114. A caducidade da concessão será decretada pela Agência nas hipóteses:

I - de infração do disposto no art. 97 desta Lei ou de dissolução ou falência da concessionária;

II - de transferência irregular do contrato;

III - de não-cumprimento do compromisso de transferência a que se refere o art. 87 desta Lei;

IV - em que a intervenção seria cabível, mas sua decretação for inconveniente, inócua, injustamente benéfica ao concessionário ou desnecessária.

[...]

Art. 173. A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal:

IV - caducidade;

[...]

Art. 181. A caducidade importará na extinção de concessão, permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, nos casos previstos nesta Lei (BRASIL, 1997).

Pela mesma razão, também merece destaque o instituto da intervenção. O referido instituto atribui ao poder concedente a prerrogativa de intervir nos atos de administração da empresa concessionária com o intuito de apurar irregularidades praticadas, garantir a continuidade da prestação do serviço e, ao final, propor as medidas mais convenientes a serem adotadas, tais como a extinção da concessão, ou a aplicação de penalidade ou mesmo a permanência do serviço.

Decretar-se-á a intervenção nos casos dispostos nos incisos do artigo 110 da LGT, o qual vale destacar a hipótese de inadequação do serviço prestado não solucionada em tempo razoável. Nesse sentido, a intervenção traduz-se numa ferramenta essencial para o poder concedente no sentido de assegurar que o serviço objeto da concessão atenda aos princípios que regem sua prestação. Também não possui caráter punitivo, mas trata-se apenas de mais uma faculdade do ente regulador com vistas a prevenir ofensa às regras vigentes.

Outrossim, não restam dúvidas de que do poder de fiscalização das atividades do setor de telecomunicações, detido pela Anatel por expressa previsão legal, decorre o seu poder sancionatório, posto que de nada adiantaria ter a prerrogativa de fiscalizar o regulado se não dispusesse do poder de punir uma conduta ilegal.

E foi, de modo taxativo, que a Lei Geral de Telecomunicações elencou o rol de sanções administrativas possíveis de serem aplicadas pela Anatel aos regulados em geral, em razão do descumprimento dessa lei, das

normas correlatas, e dos deveres oriundos dos contratos de concessão ou dos termos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, quais sejam a advertência, a multa, a suspensão temporária, a caducidade e a declaração de inidoneidade, conforme previsto no artigo 173 e incisos da LGT.

Lei n.º 9.472, de 1997.

Art. 173. A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal:

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão temporária;

IV - caducidade;

V - declaração de inidoneidade (BRASIL, 1997).

Contudo, diferentemente dos institutos da intervenção e da encampação, aqui, a finalidade é a de punir uma conduta ilícita dos regulados, ou seja, constatado o ilícito administrativo, após completa apuração por meio de processo administrativo e com observância dos princípios a ele inerentes, a Administração Pública tem o poder-dever de aplicar a correspondente sanção administrativa prevista na norma, em face do princípio da legalidade e em nome do interesse público. Cuida-se de prerrogativa indisponível do administrador público, conforme já assente na doutrina.

A indisponibilidade do interesse público pela Administração justifica-se ante o fato de que o administrador não é dono da coisa pública, mas simples gerenciador de interesses alheios, no caso, interesses da coletividade. Constituem manifestações da indisponibilidade do interesse público os princípios da impessoalidade, da moralidade administrativa, bem como o da legalidade, os quais condicionam o exercício da atividade administrativa à realização das finalidades eleitas pela coletividade e expressas em comandos normativos genéricos, embargando assim a

satisfação de interesses de ordem pessoal [...].

Sanção administrativa é penalidade imposta pela Administração Pública ao particular, quando este comete ilícitos administrativos, apurados em processo administrativo. Concluído o processo pela culpabilidade do indiciado, a autoridade competente tem o poder-dever de aplicar-lhe a sanção devida. A ação administrativa traduzida na sanção é direito subjetivo público – o *ius puniendi* – da Administração (NASSAR, 2004, p. 51 e 76)

Aspecto que deve ser levado em consideração no que concerne a sanções reside em que tais atos decorrem sempre de atividade vinculada do aplicador, vale dizer, ao aplicador não pode ser conferido poder discricionário para que, a seu critério, aplique ou não a punição. Ou terá que aplicá-la, se o infrator adota conduta que a lei considera violadora ao direito, ou não poderá fazê-lo, se a conduta não estiver contemplada na lei como ensejadora de sanção. (CARVALHO FILHO, 2005, p. 322)

Ocorre que nem sempre a punição é ato do regulador suficiente para que o concessionário ajuste sua conduta à licitude, quer dizer, em alguns casos, a sanção aplicada pode não ter o condão de coibir o ilícito, nem de incentivar o infrator a atender as exigências legais. Em situações específicas, o regulado poderá preferir permanecer na ilegalidade, seja em virtude do mau dimensionamento da obrigação prevista na norma, seja em função da pena inadequada e ineficazmente aplicada, o que, por sua vez, são fatos que também exigem a atenção do ente regulador para que sempre proceda à revisão de seus regulamentos ou de sua metodologia de cálculo de multas, a fim de assegurar a efetividade de suas normas e decisões.

E, nesse contexto, torna-se fundamental que a entidade reguladora lance mão de alternativas que visam possibilitar o cumprimento do arcabouço regulatório vigente, resguardadas as devidas cautelas, tal como se dá no termo de compromisso de ajustamento. Exemplo prático da adoção do compromisso de ajustamento de conduta, no âmbito da Anatel, como alternativa à constatação de ineficiência da sanção administrativa aplicada, encontra-se na problemática enfrentada pelo ente regulador com relação à não abertura dos postos de atendimento pelas concessionárias do STFC.

Nesse sentido foi o já mencionado Parecer n.º 586-2004/PGF/PFE-TTP/Anatel, de 24 de novembro de 2004, exarado pela Procuradora Federal junto a Anatel, Tatiana Taschetto Porto:

Ora, se a aplicação de sanções em sede de procedimentos administrativos não se mostra suficiente para reverter essa situação de insatisfação geral quanto à questão das lojas de atendimento, a celebração de um compromisso de ajustamento de conduta é alternativa que se revela mais viável para o exercício da competência conferida à Anatel de fiscalizar e regular o setor de telecomunicações (BRASIL, 2004).

E é justamente nesse cenário que vale destacar tanto a expressão “sem prejuízo das de natureza civil e penal” disposta na parte final do caput do artigo 173 da Lei Geral de Telecomunicações, supra transcrita, quanto o objeto do presente estudo: o termo de compromisso de ajustamento de conduta.

Primeiro, porque se evidencia a independência e autonomia entre as esferas administrativa, civil e penal, isto é, diante de uma conduta ilícita do concessionário que venha a prejudicar a fiel execução do contrato, o infrator poderá responder: i) **administrativamente**, caso infrinja uma norma administrativa; ii) **penalmente**, por meio da competente ação, em se tratando de ilícito penal; e iii) **civilmente**, por meio do ajuizamento de ação civil pública por danos morais ou patrimoniais causados a direitos difusos ou coletivos, prevista na Lei n.º 7.347, de 1985, e, ainda, a ação de indenização por perdas e danos sofridos em razão da má execução do serviço.

O ilícito (prática de uma conduta diversa da permitida em lei), portanto, que origina e condiciona a sanção, poderá refletir nas mais diversas esferas jurídicas, podendo lesar os mais variados bens e direitos tutelados pelo ordenamento jurídico, gerando os diferentes tipos de ilícitos, a saber: o ilícito penal, o civil, o administrativo, o tributário e outros (NASSAR, 2004, p. 69-70)

Devemos lembrar, ainda, que, de acordo com a natureza do dever violado, podem as sanções ter a natureza civil, penal e administrativa. Tanto quanto a responsabilidade, são elas independentes, conquanto possam ser conjuga-

das nas hipóteses de ofensa concomitante de norma de diferente espécie (CARVALHO FILHO, 2005, p. 85).

As sanções diferem entre si pela natureza da norma ofendida. Assim, se é a norma penal a violada, o efeito será a aplicação de sanção penal. Se alguém vulnera o dever de não causar prejuízo a outrem, e mesmo assim o faz, terá responsabilidade civil e se sujeitará à aplicação de sanção civil, no caso, será ele condenado a reparar os prejuízos que causou.

[...] Havendo comportamento que viole norma administrativa, o infrator terá responsabilidade administrativa e se sujeitará à aplicação de sanção administrativa. Um tipo de sanção não tem direta relação com outro (CARVALHO FILHO, 2005, p. 321).

E segundo, porque o compromisso de ajustamento, embora tomado no âmbito de um processo administrativo, trata-se, no dizer de Fink, de uma forma pré processual de resolução de conflitos que, em razão de possuir força de título executivo extrajudicial, opera efeitos na esfera civil.

[...] terá lugar a forma judiciária de compor conflitos, que, no caso dos instrumentos eleitos, pode ser dividida em pré-processual ou extrajudicial (termos devajustamento de conduta) e processual ou judicial (ações judiciais, em especial a ação civil pública). [...] a mais importante razão de classificar os termos de ajustamento como forma pré-processual de composição de conflitos ambientais decorre da dispensabilidade do processo de conhecimento, uma vez celebrado. Esse efeito, suprimir a fase de conhecimento, anima a sugerir-lo como uma forma anterior ao processo, porém com relevantes 'efeitos processuais'. [...] a transação pelo compromisso, em princípio, opera efeitos meramente civis, sendo a atuação na esfera administrativa completamente independente (FINK, 2002, p. 116-117 e 136).

Ante o exposto ao longo do presente trabalho, o termo de compromisso de ajustamento de conduta tomado pelo órgão público legitimado, à medida que substitui a fase de conhecimento, vale dizer, a ação civil

pública, torna possível afirmar que as obrigações nele assumidas são de cunho civil e, por conseguinte, as cominações nele previstas no caso de seu descumprimento também, traduzindo-se numa alternativa fundamental para preservação dos direitos difusos ou coletivos, posto que uma vez avençado, o órgão público estará diante de uma das principais vantagens de tal instituto: a assunção voluntária e consciente de responsabilidades e suas respectivas cominações, com força de título executivo extrajudicial.

Inclusive, nesse ponto, é essencial destacar outra vantagem decorrente da adoção do instituto em comento. Cuida-se, nas palavras de Mazzilli, de uma garantia mínima e não máxima de responsabilidade, o que, portanto, não obsta o ajuizamento de ação civil pública por outro co-legitimado, ou pelo próprio legitimado que tomou o compromisso, quanto à parte que não foi objeto do ajuste, ou quando esse for considerado insuficiente ou descumprido.

Se qualquer outro co-legitimado à ação civil pública ou coletiva não aceitar o compromisso de ajustamento tomado extrajudicialmente pelo órgão público, poderá desconsiderá-lo e buscar diretamente os remédios jurisdicionais cabíveis, justamente porque o compromisso terá essa característica de garantia mínima, nunca de limitação máxima de responsabilidades do causador do dano. Seria inconstitucional que um co-legitimado ativo à ação civil pública estipulasse extrajudicialmente um limite de responsabilidade material em favor daquele que causou danos a interesses transindividuais, dos quais o órgão público não é titular (MAZZILLI, 2002, p. 313-314).

Já no caso do compromisso de ajustamento, este nenhuma consequência tem quanto ao exercício da ação pelo Ministério Público ou por qualquer dos colegitimados, se imprópria a solução adotada naquela avença. Como afirma Marco Antonio Perereira, 'a legitimidade para ação civil pública é concorrente e disjuntiva entre as pessoas capituladas no art. 5.º, *caput*, da lei. Assim, nada impede que qualquer dos legitimados possam tomar o referido compromisso, posto que sempre um dos titulares da ação poderá ingressar em juízo para satisfação do interesse difuso ou coletivo [...]'. Não se partilha, assim, do entendimento de que faltaria interesse aos demais co-legitimados

à ação civil pública de conhecimento, devido à existência de um título executivo extrajudicial, consistente no compromisso de ajustamento. [...] A pactuação do compromisso de ajustamento não acarreta qualquer efeito no tocante à possibilidade dos co-legitimados ajuizarem ação civil pública com fundamento exatamente nos fatos objeto do ajuste, requerendo a realização de outras prestações, que não aquelas pactuadas, consideradas insuficientes ou incorretas. [...] cumpriu-se o compromisso, mas não se cumpriu a lei. O compromisso mostrou-se insuficiente. A obrigação legal continua desatendida, mantendo-se a pretensão dos legitimados, inclusive daquele que pactuou o compromisso, a que se cumpra a lei. Nenhum efeito sobre isto teve, tampouco, o compromisso (PROENÇA, p. 128/129-138/139).

Trata-se, aqui, de ajuste de obrigações de fazer, ou não fazer, ou de dar, fundadas em título executivo extrajudicial, por força de lei, sendo que tais cominações têm caráter civil, posto que serão exigíveis tão-somente por meio de uma ação de execução específica, sendo medida coercitiva e não compensatória, já que a sua finalidade é fazer com que a vontade do infrator volte-se ao cumprimento da obrigação, objetivo fundamental perseguido pelo órgão público legitimado na tutela de direitos difusos e coletivos, e não ao pagamento das multas estipuladas à título de reparação dos danos causados. Sobre a expressão “mediante cominações” prevista no § 6º do artigo 5º, da Lei n.º 7.347, de 1985, vale fazer um aparte neste capítulo para transcrever os ensinamentos de Proença, Vieira e Mancuso a respeito da sua natureza e de sua finalidade:

Diz o § 6.º do art. 5.º da Lei 7.347/85 que poderão ser fixadas ‘cominações’, quando da tomada de compromisso de ajustamento. Refere-se tal expressão sanções civis previstas para a hipótese de descumprimento do avençado. [...] Recebeu destaque, assim, a utilização da multa diária, conhecida na doutrina como *astreinte*, considerada por Cândido Rangel Dinamarco ‘a síntese e lema’ da nova formulação por que passou a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer.

Consoante, ainda, o eminente processualista, ‘quis o legislador, visivelmente, revigorar o instituto e dotá-lo de maior eficácia para o combate aos notórios óbices à efeti-

vidade das decisões judiciais e das obrigações concertadas mediante títulos executivos extrajudiciais’.

Segundo define Alcides de Mendonça Lima, as *astreintes* ‘correspondem a uma coação de caráter econômico, no sentido de influírem no ânimo do devedor, psicologicamente, para que cumpra a prestação de que se está esquivando. É a combinação de tempo e de dinheiro. Quanto mais o devedor retardar a solvência da obrigação, mais pagará como pena’ (PROENÇA, 2001, p. 132-134, grifo nosso).

Outrossim, as ‘cominações’ autorizadas no dispositivo legal referido são sanções civis previstas para a hipótese de descumprimento.

É próprio das obrigações de fazer a fixação da chamada pena pecuniária diária, tanto que o art. 287 do CPC determina que da petição inicial, que tenha por objeto a condenação (processo de conhecimento) do devedor ao cumprimento de obrigação dessa natureza, deverá conter ‘a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645) (VIEIRA, 2002, p. 282).

De observar-se que as ‘cominações’ referidas naquele § 6.º acrescentado ao art. 5.º da Lei 7.347/85, a nosso ver, terão a natureza de *astreintes* de cunho pecuniário, em ordem a operarem como fator indutivo ao efetivo cumprimento da obrigação acordada. [...] A propósito, a Súmula 23, do Conselho Superior do Ministério Público paulista, prevê que a multa fixada em compromisso de ajustamento ‘não deve ter caráter compensatório, e sim cominatório, pois nas obrigações de fazer ou não fazer normalmente mais interessa o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor que o correspondente econômico. [...]

Tais *astreintes*, explica Pedro da Silva Dinamarco, ‘foram criadas pela jurisprudência francesa no século XIX e têm finalidade exclusivamente coercitiva, pressionando psicológica e economicamente o devedor a cumprir as obrigações de fazer ou não-fazer, sejam elas fungíveis ou infungíveis. São, portanto, meios coercitivos indiretos que exercem pressão na vontade do devedor. Não têm e não podem ter qualquer caráter de indenização ou penalidade (MANCUSO, 2004, p. 322 e 356-357).

Resta claro, então, que as competências legais previstas para a Anatel com vistas a garantir o cumprimento das normas regulatórias vigentes, no âmbito administrativo, encontram-se devidamente preservadas quando das hipóteses de celebração de termo de compromisso de ajustamento de conduta, em face do princípio da independência entre as três esferas jurídicas. Até porque há de se registrar que tal ajuste traduz-se apenas em mais uma alternativa para a tutela dos direitos transindividuais.

Todavia, nesse caso, o que a entidade reguladora deverá sopesar é a conveniência e a oportunidade de tomar um termo de compromisso com o infrator. Isto porque, embora o referido compromisso possua diversas vantagens, as quais podem-se destacar a sua eficácia de título executivo extrajudicial, bem como o privilégio da resolução de conflitos por meio da conciliação, o que, como vimos, é extremamente importante para o exercício da função regulatória, dados os diversos interesses envolvidos, pode ocorrer de, em determinadas hipóteses, uma medida administrativa ser mais eficaz para a proteção dos direitos difusos ou coletivos, caso adotada de modo adequado.

Nesse sentido, considerando tratar-se o instituto em comento de mais uma ferramenta que busca a máxima efetividade da tutela dos direitos difusos e coletivos, os limites do ajuste quanto ao modo, lugar ou prazo da obrigação principal a ser implementada, anteriormente comentados, passam a merecer a devida cautela por parte do órgão público legitimado a tomar o ajuste, para que, de fato, essa se revele a alternativa mais eficiente possível para a preservação e manutenção do bem difuso ou coletivo ofendido, do que a mera aplicação de nova sanção administrativa por meio da instauração de processo administrativo, ou a decretação de intervenção nos atos da empresa concessionária que, em regra, geram impactos políticos e econômicos negativos, ou, inclusive, uma disputa na via judicial.

Assim, há que se incentivar (como vem sendo feito pelo Ministério Público e estudiosos da problemática ambiental), o *compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais*, quando a medida for mais eficaz para a efetiva proteção dos bens transindividuais. Não se pode, contudo, em se tratando de interesses difusos, dispor do direito material, esse pertencente a todos e, portanto, indivisível. O limite para a transação está no *modus* para o adimplemento e proteção dos bens transindividuais, devendo

ser fixado no compromisso o atingimento de tudo o que seria conseguido na demanda jurisdicional, orientado-se, sempre, pelos critérios da *razoabilidade* (LENZA, 2003, p. 79-80, grifo nosso).

[...] Há vantagens do ajustamento de conduta em relação ao processo judicial representado pela ação civil pública. Portanto, antes de se lançar mão de tão desgastante, caro e difícil solução para o conflito ambiental, deve-se buscar a via da negociação, por meio do qual todos encontrarão seus lugares e ao final do processo sairão muito mais fortalecidos do que se fossem obrigados a obedecer um comando frio e inexorável de uma sentença. (FINK, 2002, p. 139)

De modo geral, pode-se afirmar que, no concernente às ofensas aos demais interesses metaindividuais (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, ordem urbanística, v.g.), há de prevalecer o critério finalístico, que informa o binômio instrumentalidade-efetividade dos procedimentos, sinalizando ser preferível uma solução negociada, que se mostre idônea e eficaz para resolver o conflito gerado pela lesão ou ameaça ao interesse indigitado, do que uma obstinada busca pela solução judicial, que pode ser demorada, onerosa e, algumas vezes, de difícil previsibilidade quanto ao seu desfecho (MANCUSO, 2004, p. 335).

Mesmo porque se deve estar atento ao fato de que a celebração de um mau compromisso, ou seja, aquele que não atende efetivamente a tutela dos direitos de natureza coletiva, ou a celebração de um número elevado de compromissos de ajustamento de conduta em curto espaço de tempo, não só pode enfraquecer o poder de direção e controle da agência reguladora perante o setor regulado, como também pode demonstrar que a sua regulamentação encontra-se desprovida de eficácia ou de razoabilidade, ou até que as medidas administrativas por ela adotadas encontram-se inadequadas e ineficazes.

3.2 O Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações – PADO

Outro aspecto que exige atenção diz respeito à necessidade de prévio e pleno conhecimento da situação fática, por meio de competente processo administrativo, com vistas a estipular as obrigações necessárias para assegurar a integral reparação do dano objeto do compromisso de ajustamento tomado pelo legitimado. Aqui, cumpre distinguir o processo administrativo adotado no âmbito da Anatel, qual seja o Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigação – PADO, objeto do presente estudo, daquele utilizado exclusivamente pelo Ministério Público, qual seja o Inquérito Civil.

Em síntese, a diferença fundamental entre ambos os processos reside tanto na natureza jurídica quanto na finalidade. De acordo com a doutrina, o inquérito civil é um procedimento administrativo de cunho investigatório desenvolvido sob a responsabilidade exclusiva do Ministério Público, podendo culminar no ajuizamento de ação civil pública ou no seu próprio arquivamento por ausência de elementos probatórios da conduta ilícita.

Em seu âmbito, há promoção de diligências bem como requisição de documentos, exames, perícias e informações, cujo objetivo é formar a convicção do parquet acerca da necessidade de ajuizamento de ação civil pública. Por sua vez, tais informações tornam viável, inclusive, a celebração de compromisso de ajustamento de conduta em seu curso, posto que possibilita um pleno conhecimento da realidade fática, facilitando ao órgão público legitimado mensurar a proporção do dano sofrido, bem como estipular as obrigações necessárias, observados os critérios de razoabilidade, para que seja reparado.

Criado na Lei 7.343/85 e logo depois consagrado na Constituição de 88, o inquérito civil é uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada basicamente a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública; subsidiariamente, serve ainda para que o Ministério Público: a) prepare a tomada de compromissos de ajustamento de conduta ou realize audiências públicas e expeça recomendações dentro de suas atribuições; b) colha elementos necessários para o exercício de qualquer ação pública ou qualquer forma de atuação a seu cargo.

[...]

São estas as fases do inquérito civil: a) instauração (por-

taria ou despacho em requerimento ou representação); b) instrução (coleta de provas: oitiva do investigado, de lesados, de testemunhas, juntada de documentos, vitorias, exames e perícias); c) conclusão (relatório final, com promoção de arquivamento, ou, em caso contrário, a própria propositura da ação, embasada no inquérito civil) (MAZZILLI, 2002, p. 338-341).

O inquérito civil é um procedimento administrativo de colheita de elementos probatórios necessários à propositura da ação civil pública [...].

O objeto mediato do inquérito civil é o de coligir elementos que possam respaldar a ação civil pública [...].

Já o objeto imediato é o ato administrativo em que culmina o procedimento [...] de um lado, a própria decisão de ajuizar a ação civil ou, de outro, o arquivamento por falta de elementos (CARVALHO FILHO, 2001, p. 242-244).

Em razão do seu caráter informal e da não aplicação do princípio do contraditório inculcado no art. 5º, inciso LV, da Carta Magna, o inquérito civil jamais ensejará a aplicação de qualquer espécie de sanção, mesmo porque não foi atribuída tal competência ao Ministério Público no cumprimento de sua função como fiscal da lei.

O inquérito civil é procedimento investigatório não contraditório, nele não se decidem interesses nem se aplica sanções; antes, ressalte-se sua informalidade (MAZZILLI, 2002, p. 339).

[...] como bem acentua José Emmanuel Burle Filho, em estudo que fez a respeito do tema, o inquérito civil não tem partes, participantes ou acusados, razão por que não incide o dispositivo constitucional, e quando se trata de procedimento investigatório, sem objetivar, ainda, qualquer punição, não se pode pretender o contraditório e a ampla defesa (CARVALHO FILHO, 2001, 245).

De outra parte, tem-se o Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações – PADO instaurado no âmbito da Anatel que, também cuida de processo administrativo de cunho investigatório, contudo, diferentemente do inquérito civil, também detém a natureza de processo sancionatório, o que implica dizer que pode culminar, além do seu arqui-

vamento por falta de provas, na aplicação de sanção administrativa, já que se trata de competência legalmente prevista para a Anatel na sua atuação como órgão regulador do setor de telecomunicações. Assim, a finalidade do PADO consiste na apuração e punição de conduta ilícita do regulado.

Por essa razão, nesse procedimento, torna-se fundamental a obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, posto que nele serão discutidos os elementos probatórios da infração, podendo, ao final, o ente regulador exercer a sua competência punitiva decorrente do seu poder de polícia ou da natureza contratual da relação.

Como nos demais processos administrativos regidos pela lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, o PADO é composto das seguintes fases: instauração; instrução; decisão; e recurso.

Por fim, ponderadas tais considerações, passa-se ao registro das principais peculiaridades decorrentes de tal distinção e que envolvem a celebração de compromissos de ajustamento de conduta no âmbito da Anatel, mormente no curso de um PADO.

3.2.1 A fase processual adequada para a celebração do termo de ajustamento de conduta

A primeira peculiaridade diz respeito ao momento adequado para a celebração do compromisso no âmbito de um PADO. A Lei de Ação Civil Pública em nada dispôs a respeito do momento apropriado para a celebração de tal compromisso, tendo tão-somente previsto a faculdade para o órgão público legitimado tomá-lo. E, por isso, depreende-se que a lei reservou uma certa margem de discricionariedade para que o legitimado exerça essa prerrogativa.

Assim, conforme já amplamente exposto no capítulo que cuida dos limites de tal ajuste, em se tratando de direitos de natureza coletiva, portanto, marcados pela indisponibilidade, ao órgão público compete exigir a integral reparação do dano moral ou patrimonial causado. Para tanto, faz-se mister que o legitimado tenha pleno conhecimento dos fatos, a

fim de vislumbrar a extensão do dano, bem como a forma mais eficiente de saná-lo.

Daí entender-se como oportuna a celebração do ajuste no momento em que se encerra a fase de instrução do PADO. Isto porque, nessa fase, os elementos probatórios da conduta ilícita já foram discutidos pormenorizadamente, inclusive, com observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, o que enseja maior segurança para o legitimado quanto ao modo em que se dará a efetiva preservação do direito difuso ou coletivo ofendido.

Instrução é a fase do processo administrativo em que são coligidas as provas para o fim de ser proferida a decisão. **Instruir** o processo (e isto vale também para o processo judicial) significa provê-lo e dotá-lo de elementos, tudo com vistas à formação da convicção de quem vai decidir o feito.

A decisão deve sempre ser amparada por elementos probatórios substanciais para garantia dos administrados e da Administração. Por isso, a fase de instrução comporta inquirição de testemunhas, inspeções pessoais, perícias técnicas, juntada de documentos, informações de outros órgãos, públicos ou privados. [...]

A finalidade da instrução consiste em conferir à autoridade administrativa competente elementos suficientes para a formação de seu convencimento, de modo a que possa ser proferida decisão correta, justa e adequada (CARVALHO FILHO, 2005, p. 175, grifo nosso).

A boa decisão depende de uma boa instrução, que, respeitando os direitos e garantias das partes envolvidas, permita o afloramento da verdade material, a plena satisfação do interesse público e a realização da justiça (FERRAZ; DALLARI, 2003, p. 122).

Contudo, nada impede que o termo de compromisso de ajustamento de conduta seja celebrado em qualquer fase do PADO, inclusive após a decisão final, posto que, como vimos, trata-se de esferas jurídicas independentes e autônomas. E, mesmo porque, cumpre salientar que no exercício de sua função regulatória, é imprescindível que o ente regulador

privilegie sempre a composição de conflitos por meio da conciliação, afinal o seu papel precípua é equilibrar os diversos interesses que envolvem o setor regulado, em detrimento do uso tão-somente do seu poder sancionatório, decorrente, *in casu*, da qualidade de poder concedente.

O importante é frisar a idéia de que o interesse público está na realização dos investimentos nos serviços e estruturas e na fiel execução do contrato e não na aplicação de penalidade; a estas só se deve recorrer se da ponderação e da consensualidade não resultar meio mais eficaz de atender o interesse público (com compensação dos prejuízos causados e obrigação de ajustar a conduta de modo a prevenir novas infrações e aprimorar a execução do contrato) (SOUTO, 2005, p. 332- 333).

3.2.2 A Estipulação de Cláusula de suspensão do PADO

A segunda peculiaridade refere-se à possibilidade de estipular cláusula no termo de compromisso de ajustamento de conduta que estabeleça a suspensão do PADO durante o período de vigência do ajuste.

Do mesmo modo, a Lei n.º 7.347, de 1985, não tratou do tema, o que, por conseguinte, passou a conferir a idêntica discricionariedade anteriormente comentada ao órgão público legitimado. Nesse caso, nada obsta que o legitimado decida sobrestar o feito com vistas a considerar, quando do seu julgamento, o cumprimento das obrigações estipuladas no termo de compromisso de ajustamento como circunstância atenuante na aplicação da penalidade administrativa. Isto porque se trataria de medida eficaz no sentido de incentivar o infrator tanto a assumir um compromisso dessa natureza no curso de um processo administrativo, ou seja, estimular a adequação voluntária da conduta às exigências legais, quanto a cumpri-lo integralmente, preservando o direito material objeto de ofensa.

De qualquer modo, diferentemente do que dispõe a regulamentação ambiental quanto à possibilidade de redução do valor da multa adminis-

trativa aplicada, como consequência do regular cumprimento do termo de compromisso de ajustamento de conduta, conforme disposto no artigo 60, § 3º do Decreto n.º 3.179, de 21 de setembro de 1999, abaixo transcrito, a ausência de expressa previsão legal nesse sentido, no âmbito das demais leis que dispõem sobre os direitos difusos ou coletivos protegidos pela Lei de Ação Civil Pública, indica que o órgão público legitimado, ao considerar o ajuste como fator atenuante, deverá observar os critérios de razoabilidade, a fim de que a penalidade aplicada, ainda assim, atenda ao seu objetivo precípua de educar o infrator.

Decreto n.º 3.179, de 1999.

Art. 60. As multas previstas neste Decreto podem ter a sua exigibilidade suspensa, quando o infrator, por termo de compromisso aprovado pela autoridade competente, obrigar-se à adoção de medidas específicas, para fazer cessar ou corrigir a degradação ambiental. [...]

§ 3o Cumpridas integralmente as obrigações assumidas pelo infrator, a multa será reduzida em noventa por cento do valor atualizado, monetariamente (BRASIL, 1999).

Nesse contexto, é válido transcrever as observações de Fink a respeito dessa vantagem administrativa para o interessado, quando disposto a adequar-se voluntariamente às exigências legais por meio da celebração de compromisso de ajustamento de conduta.

Cumpridas integralmente as obrigações assumidas pelo infrator no compromisso de ajustamento de conduta, as multas simples e diárias serão reduzidas em noventa por cento de seu valor atualizado monetariamente. Esse é o segundo efeito administrativo importante de ser mencionado, a redução da multa em expressivo percentual de seu valor. Note-se que o percentual de redução da multa é fixo, não podendo ser inferior ou superior e não pode ser recusado pela autoridade administrativa. Desde que, evidentemente, as obrigações assumidas tenham sido cumpridas e tenham cessado e recuperado os danos ambientais (FINK, 2002, p. 136).

Outrossim, dois aspectos relativos à suspensão do PADO durante o cumprimento das obrigações ajustadas exigem a devida cautela por parte

da Anatel. O primeiro diz respeito à impossibilidade de considerar o não cumprimento do termo como circunstância agravante quando da aplicação da sanção administrativa; e o segundo refere-se ao decurso do prazo prescricional.

Sob pena de incorrer em possível violação ao princípio do *no bis in idem* no âmbito administrativo, ou seja, julgar o mesmo fato duas ou mais vezes, não cabe ao administrador público considerar o não atendimento, seja parcial ou integral, das obrigações avençadas no termo de compromisso de ajustamento, como motivação para agravar a sanção administrativa cabível.

Ao compromisso de ajustamento foi conferida força de título executivo extrajudicial e, em face da já comentada independência entre as esferas jurídicas, portanto, as cominações nele previstas em nada se confundem com as sanções administrativas apuradas e aplicadas por meio de processo administrativo próprio.

Com relação ao instituto da prescrição administrativa, quer dizer da perda do direito de punir da Administração Pública, cuja criação se deu em nome do princípio da segurança jurídica das relações, inicialmente, deve-se distinguir as duas causas que lhe dão ensejo: a perda decorrente da sua lentidão; e a originada pela sua inércia.

A primeira refere-se ao decurso do prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 1º da Lei n.º 9.873, de 23 de novembro de 1999, que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. E a segunda diz respeito à denominada prescrição intercorrente, cujo prazo é de três anos conforme disposto no parágrafo 1º do artigo 1º do mesmo diploma legal.

Lei n.º 9.873, de 1999.

Art. 1º. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento

ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração de responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso (BRASIL, 1999).

A Lei n.º 9.873, de 1999, em seus artigos 2º e 3º, também previu, de modo taxativo, os casos de interrupção e suspensão do prazo prescricional em referência, tornando admissível outras hipóteses desde que previstas em leis específicas, em obediência ao princípio da legalidade.

Lei n.º 9.873, de 1999.

Art. 2º Interrompe-se a prescrição:

I – pela citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;

II – por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III – pela decisão condenatória irrecurível.

Art. 3º Suspende-se a prescrição durante a vigência:

I – dos compromissos de cessação ou de desempenho, respectivamente, previstos nos arts. 53 e 58 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.

II – do termo de compromisso de que trata o 5º do art. 11 da Lei n.º 9.457, de 5 de maio de 1997 (BRASIL: 1999).

E, por sua vez, importa destacar que a Lei de Ação Civil Pública não considerou tal espécie de compromisso como causa ensejadora de interrupção ou suspensão do decurso do prazo da prescrição administrativa. Depreende-se, então, que o termo de compromisso de ajustamento de conduta previsto na Lei de Ação Civil Pública não é causa interruptiva e nem mesmo suspensiva da prescrição administrativa e, por isso, uma vez celebrado o ajuste, a Anatel poderá até ter estipulado cláusula de suspensão do PADO durante a sua vigência, por entender conveniente e oportuna, porém deverá alertar-se para o fato de que os prazos de 5 (cinco) e 3 (três) anos previstos na legislação para que a Administração Pública exerça o seu direito de punir, permanecerão correndo a favor do concessionário.

Por outro lado, por meio de uma interpretação analógica, é forçoso reconhecer a semelhança entre a natureza jurídica do compromisso de ajustamento

tamento de conduta e o compromisso de cessação e desempenho previsto na Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, com vistas a possibilitar a suspensão da prescrição, contudo admitir tal posicionamento significa, para o administrador público, assumir os riscos dessa conduta, e nesse ponto, vale registrar que a legislação prevê a apuração de responsabilidade funcional para o servidor que der causa à prescrição. Desta forma, em homenagem ao princípio da legalidade, entende-se mais seguro o entendimento antes demonstrado.

3.2.3 A estipulação de cláusula de arquivamento do PADO

Enfim, a terceira principal peculiaridade advinda da celebração de termo de compromisso de ajustamento de conduta no âmbito da Anatel está relacionada à impossibilidade de estipulação de cláusula que implique no arquivamento do PADO.

Diferentemente do Inquérito Civil, em que a celebração de tal compromisso poderá ensejar o seu arquivamento quanto à parte devidamente ajustada, em se tratando do denominado ajuste preliminar e, ainda, o prosseguimento das investigações quanto ao restante da obrigação ainda não atendida, que poderá se tornar objeto de ação civil pública, no PADO, cuja natureza é de processo administrativo investigatório e sancionatório, a Anatel não dispõe da prerrogativa de arquivá-lo em virtude da celebração do ajuste, mas apenas quando não restar comprovada a ilicitude da conduta.

Isto se deve ao já mencionado dever indisponível do administrador público de sancionar quando configurada a infração. Em face do princípio da legalidade, é sabido que ao administrador público compete fazer apenas o que é autorizado por lei. Assim, não dispondo a lei sobre qualquer vantagem administrativa para o interessado quanto a não aplicação de penalidade em virtude da celebração de termo de compromisso de ajustamento de conduta, compete ao órgão público legitimado dar prosseguimento ao feito com o intuito de cumprir a sua finalidade, qual seja, punir administrativamente a ilicitude cometida.

Nesse contexto, o estabelecimento de cláusula com esse fim é ato que

ofende o princípio da legalidade administrativa, o que torna passível o ajuizamento de ação anulatória visando à invalidação do termo de compromisso de ajustamento avençado nestas condições.

Diante de todo o exposto no presente capítulo, é possível concluir que o compromisso de ajustamento da conduta do concessionário às exigências legais, tomado no âmbito da Anatel com vistas a garantir a fiel execução do contrato de concessão no que tange à adequada prestação do serviço, para que se revele a alternativa mais eficiente para proteção e preservação dos direitos difusos ou coletivos que envolvem o setor de telecomunicações, sem implicar no enfraquecimento do seu poder de controle sobre a execução do serviço, requer a devida cautela por parte do ente regulador, na qualidade de poder concedente, dada a distinção existente entre a natureza de suas atribuições e as do Ministério Público na sua atuação como fiscal da lei.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia tornou possível realizar algumas considerações importantes acerca do tema proposto. A edição da Lei n.º 7.347, de 1985, sem dúvida alguma, foi um marco para a defesa e a preservação dos direitos e interesses difusos ou coletivos, a partir da possibilidade de ajuizamento de Ação Civil Pública pelo rol de legitimados nela previsto.

Nesse sentido, a tutela dos direitos de natureza coletiva também ganhou efetividade com o disposto no § 6º do artigo 5º, do referido diploma legal, que prevê a possibilidade de composição extrajudicial dos conflitos no curso de inquérito civil, na esfera do Ministério Público, ou no processo administrativo, na esfera dos demais entes co-legitimados, por meio da celebração de termo de compromisso de ajustamento de conduta do interessado às exigências legais.

O uso de tal espécie de compromisso já é uma realidade inquestionável no âmbito dos diversos órgãos públicos legitimados a tomá-lo, em virtude das vantagens que proporciona, em sede de tutela coletiva, quanto à solução do conflito por meio da conciliação, evitando longas demandas judiciais, à assunção de obrigações conscientemente realizáveis pelo infrator, bem como em face de seu principal atributo, qual seja a eficácia de título executivo extrajudicial, razão pela qual demonstra ser um recurso extremamente útil, posto tratar-se de uma instrumento que preserva a máxima efetividade na proteção desses direitos.

Constata-se também que, timidamente, o instituto em comento vem sendo discutido e adotado pela Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, a exemplo do que ocorreu com a problemática dos postos de atendimento do STFC que culminou com a celebração de compromissos de ajustamento de conduta com as concessionárias do serviço, e, por isso, torna-se fundamental que, além dos seus requisitos de validade, sejam cuidadosamente observadas as principais implicações advindas de sua adoção no âmbito da Anatel.

Isto porque a natureza das atribuições da Anatel, bem como as ferramentas de que dispõe para assegurar o seu objetivo precípua referente à adequada prestação do serviço, na qualidade de órgão regulador do

setor de telecomunicações e de poder concedente, em muito se difere dos demais órgãos públicos legitimados a tomar tal compromisso, em especial o Ministério Público.

A cautela que deve ser preservada consiste na aplicação adequada do instituto, alinhada aos critérios de razoabilidade e de discricionariedade, assim como da observância das peculiaridades que cada caso concreto requer, vez que apenas sob essa condição, ele poderá se revelar a alternativa mais eficiente para a defesa dos interesses difusos ou coletivos que envolvam o setor de telecomunicações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, J.B. Execução da Sentença. In: _____. **Aspectos controversos da Ação Civil Pública: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: RT, 2001. p. 157- 163.

ASSIS, A. Pressupostos Necessários para toda e qualquer Execução. In: _____. **Manual do Processo de Execução**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. p. 188-202.

BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 1, 17 jan. 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 mar. 2006.

BRASIL. Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 10649, 25 jul. 1985. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2006.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 1, 12 set. 1990. Suplemento. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2006.

BRASIL. Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 6993, 3 jun. 1992. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

BRASIL. Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, p. 1917, 14 fev. 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

BRASIL. Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 15081, 17 jul. 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2006.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução n.º 73, de 25 de novembro de 1998**. Aprova o Regulamento de Serviços de Telecomunicações. Brasília, 26 nov. 1998. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2006.

BRASIL. Decreto n.º 3.179, de 21 de setembro de 1999. Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 1, 22 set. 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 abr. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 213.947 – MG**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Sebastião Silvio Caetano. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 6 de dezembro de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2006.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Procuradoria Federal Especializada. **Processo n.º 53500.005141/2003**. Parecer n.º 586-2004/PGF/PFE-TTP/Anatel, de 24 de novembro de 2004. Interessada: Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: 1988. 23. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 513.850 – SC**. Recorrente: Brasil Telecom S.A.. Recorrido: Federação das Associações de Moradores de Joinville – FANJO. Relator: José Delgado. Brasília, 3 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

CARVALHO FILHO, J.S. Compromisso de Ajustamento de Conduta; Inquérito Civil. In: _____. **Ação Civil Pública: Comentários por Artigo** (Lei n.º 7.347, de 24.7.85). 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 199-218 e 241-255.

_____. **Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei n.º 9.784 de 29/1/1999**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DI PIETRO, M.S.Z. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERRAZ, S.; DALLARI, A.A. **Processo Administrativo**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

FINK, D.R. Alternativa à Ação Civil Pública Ambiental (Reflexões sobre as vantagens do Termo de Ajustamento de Conduta). In: MILARÉ, E. (Org.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 113-139.

GROTTI, D.A.M. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, C.A. (Coord.) **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 39-71.

HERRERA, A. **Introdução ao Estudo da Lei Geral de Telecomunicações do Brasil**. São Paulo: Singular, 2001.

JUSTEN FILHO, M. A Concepção de Um Estado Regulador. In: _____. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 15-50.

LENZA, P. A Tutela dos Interesses Metaindividuais. In: _____. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: RT, 2003. p. 70-87.

MANCUSO, R.C. Acordos na Ação Civil Pública; Sentença. In: _____. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004. p. 316-369.

MARQUES NETO, F.A. **Agências Reguladoras Independentes: Fundamentos e seu Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MAZZILLI, H.N. Transação e Compromisso de Ajustamento. In: _____. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 15. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 301-319.

_____. O ajustamento de Conduta; Efeitos do Compromisso de Ajustamento de Conduta.

tamento; As Vedações aos Compromissos de Ajustamento. In: _____. **O Inquérito Civil**. 2. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 359-395.

MONTEIRO, W.B. **Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações**. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 1975. vol. 4. p. 308.

NASSAR, E. **Prescrição na Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PORTO NETO, B. A Regulação e o Direito das Telecomunicações: A Agência Nacional de Telecomunicações. In: SUNDFELD. C.A. (Coord.) **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 286-299.

PROENÇA, L.R. Compromisso de Ajustamento de Conduta. In: PROENÇA, L.R. **Inquérito Civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça**. São Paulo: RT, 2001. p. 121-140.

RAMIRES, E.A.O. **Direito das Telecomunicações: A Regulação para a Competição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SOUTO, M.J.V. **Direito Administrativo Regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD. C.A. (Coord.) **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

VIEIRA, F.G. A Transação na Esfera da Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos: Compromisso de Ajustamento de Conduta. In: MILARÉ, E. (Org.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 262-290.