

## Ricetti: Efeitos da pandemia sobre os TACs firmados

Em razão do avanço da Covid-19 e da preocupação com o colapso do sistema público de saúde, centenas de municípios brasileiros decretaram estado de calamidade ou estado de emergência no âmbito da gastos públicos voltados a combater os efeitos pandemia.



O estado de calamidade pública é conceituado, pelo artigo 2º,

inciso IV, do Decreto Federal nº 7.257/2010, como uma "*situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido*".

Trata-se, portanto, de uma situação de anormalidade que afeta e compromete a capacidade de resposta do ente público atingido pelo evento calamitoso, ou seja, há uma quebra da normalidade e da rotina do ente federativo e de sua respectiva administração, de tal sorte que o reconhecimento de calamidade pública justifica a adoção de medidas atípicas, que escapam à rotina administrativa normal.

Disso resulta, portanto, que para responder a uma situação de calamidade pública o próprio ordenamento jurídico autoriza que o ente público afetado flexibilize regras, inclusive orçamentárias e financeiras, para que seja priorizada uma linha de atuação destinada a sanar e combater a situação de anormalidade até que ela se restabeleça.

O planejamento orçamentário de muitos municípios, portanto, foi praticamente por água abaixo em razão da crise, sendo que entre os efeitos jurídicos da calamidade, conforme artigo 65 da Lei Complementar nº 101/2000, estão a suspensão da contagem de prazos previstos na lei que regula as finanças públicas, a flexibilização da regra de limite com gastos de pessoal (artigos 23 e 70), a dispensa do atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho (artigo 9º).

Cabe sublinhar, inclusive, que o planejamento orçamentário e financeiro também será drasticamente afetado pelas medidas de isolamento adotadas pelos governos federal, estadual e local, de modo que haverá, certamente, queda brusca de arrecadação, também decorrente dos impactos econômicos causados pela crise do novo coronavírus.

Não há, ao menos neste momento, como mensurar fidedignamente o tamanho de tais impactos e o tempo que a economia nacional e local levará para se recuperar da crise.

Diante de tal situação, como ficam os compromissos assumidos pela municipalidade em termos de ajustamento de conduta firmados, muitas vezes, com o Ministério Público local?

A questão demanda algumas reflexões, que devem, por certo, escapar à sedução das generalizações, de modo que os direitos metaindividuais tutelados pelos ajustamentos não sejam prejudicados de forma infundada.

Nessa linha, cumpre conceituar o termo de ajustamento de conduta como ato negocial (negócio jurídico de Direito Público [1]) que consubstancia uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a do promitente, ou seja, no caso dos municípios, trata-se de um ato negocial em que o município assume, com o tomador do TAC, obrigações de fazer, não fazer e dar, previstas em título executivo extrajudicial, direcionado à adequação de conduta prevista na lei.

A possibilidade de celebração do TAC está prevista no artigo 211 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e no artigo 113 da Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que acrescentou o §6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

Pelo conceito e pela natureza jurídica do termo de ajustamento, infere-se, portanto, que se trata de instrumento atrelado ao interesse público, voltado a preservar e resguardar os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos,

O TAC alcança as mais variadas esferas de atuação e de direitos tutelados pelos municípios e o cumprimento de suas obrigações demanda, na imensa maioria das vezes, o direcionamento de recursos públicos vinculados, necessariamente, à lei orçamentária vigente. Não por outra razão, a exequibilidade das obrigações pactuadas no ajuste devem estar condicionadas à previsão orçamentária pelo ente público obrigado, quando a criação, a expansão ou o aperfeiçoamento de ação governamental acarrete aumento da despesa, nos termos do artigo 16 da Lei Complementar nº 101/2000.

Como negócio jurídico ou ato jurídico negocial, fonte do surgimento de obrigações, o termo de ajustamento de conduta também está sujeito às causas imprevisíveis que podem afastar ou postergar o cumprimento da obrigação, à luz do artigo 393 do Código Civil, que prevê que "*o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado*".

A pandemia e os efeitos por ela causados sobre os municípios são perfeitamente qualificados como força maior ou caso fortuito, assim entendidos como fatos necessários, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir (artigo 393, parágrafo único, CC).

Assim, sob o prisma do direito das obrigações, é possível que os municípios, afetados pela calamidade pública instalada em seus sistemas de saúde, deixem de cumprir obrigações pactuadas em termos de ajustamento de conduta (inadimplemento absoluto involuntário) ou ao menos posterguem o cumprimento de tais obrigações (inadimplemento relativo involuntário) até que a situação atinja níveis de normalidade compatíveis com o planejamento orçamentário da municipalidade.

Releva destacar que, em tempos de pandemia, cabe ao Poder Executivo definir quais são as prioridades do ente público no combate à disseminação do vírus, notadamente pela atribuição constitucional de definição do planejamento e da execução de políticas no plano da saúde pública. A propósito, cabe

---

---

destacar o entendimento manifestado pelo Presidente do TJ de São Paulo ao suspender decisões judiciais que restringiam o acesso de veículos a determinados municípios, sob o fundamento de que deveria ser observada a discricionariedade administrativa do Poder Executivo, uma vez que a decisão judicial não pode substituir o critério de conveniência e oportunidade da Administração, especialmente em tempos de crise e calamidade, porque o Poder Judiciário não dispõe de elementos técnicos suficientes para a tomada de decisão equilibrada e harmônica [2].

Trata-se, portanto, de um momento em que as instituições devem observar, respeitar e confiar na prerrogativa do Poder Executivo e na necessidade de priorização da atuação municipal e na execução do gasto público. Por certo que a fiscalização sobre as contas municipais deverá ser ainda mais intensificada e os abusos, uma vez constatados, deverão ser coibidos pelos órgãos de fiscalização.

Outro aspecto que deve ser sopesado em caso de descumprimento de obrigações e prazos pactuados em termos de ajustamento de conduta diz respeito à colisão de direitos fundamentais existentes entre os direitos pactuados no ajuste e os direitos relativos aos efeitos causados pela pandemia.

De um lado, o direito fundamental à vida e à saúde de munícipes atingidos à mercê de um vírus que ameaça e põe à prova a capacidade de um sistema público de saúde. De outro, os legítimos direitos e interesses que foram objeto de termo de ajustamento de conduta, que também possuem envergadura constitucional e estão, inexoravelmente, atrelados ao interesse público.

A solução, com amparo em doutrina e jurisprudência, é justamente a aplicação da técnica da ponderação consistente, segundo lições do ministro Luís Roberto Barroso, "*em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas*" [3].

À luz das diretrizes fornecidas pela técnica da ponderação, uma vez identificado o conflito existente entre as obrigações surgidas para combate à pandemia e as obrigações constantes do termo de ajustamento de conduta, tem-se que não é possível a aplicação de um direito sem que outro seja sacrificado, de tal sorte que, diante das circunstâncias do caso concreto, a proporcionalidade e a razoabilidade oferecem a solução necessária, de modo a preservar o direito que reclama uma solução de maior urgência em detrimento de interesses que possam aguardar uma medida do Poder Público.

Evidentemente, a ponderação depende das circunstâncias do caso concreto e dos interesses e direitos que constem do termo de ajustamento de conduta, que podem, em determinadas situações, exigir uma atuação célere e imediata da Administração Pública, calhando, como já ressaltado, a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Com efeito, a pandemia não pode se prestar a um salvo-conduto aos gestores municipais, tampouco pode servir de álibi para o descumprimento de obrigações assumidas em termos de ajustamento de conduta.

Por essa razão, é fundamental não apenas a fiscalização das medidas adotadas pelos municípios, mas também a necessidade de comprovação financeira e orçamentária da impossibilidade de cumprimento das obrigações pactuadas nos ajustamentos, de modo que fique devidamente demonstrada a tônica de atuação em tempos de pandemia.

O diálogo e a compreensão entre as partes que firmaram o termo de ajustamento é, sem dúvida, a melhor saída a pacificação de eventuais conflitos que possam surgir durante a situação de dificuldade, sendo que em muitos casos a renovação e a repactuação de prazos é a melhor solução para que sejam concentrados os esforços na preservação da saúde e das vidas das pessoas. Trata-se de efetivação do princípio da solução consensual dos conflitos, preconizado pelo Código de Processo Civil vigente.

Nos casos em que o termo de ajustamento de conduta está sendo executado, também é de fundamental importância que o próprio Poder Judiciário assumam um papel de compreensão e conciliação entre as partes envolvidas, de modo a resguardar todos os interesses e direitos previstos no título executado e também os direitos e interesses que envolvem o cenário de crise que ameaça a população e a comunidade.

[1] Hugo Nigro Mazzilli: *in* Compromisso de Ajustamento de Conduta. Evolução e Fragilidades – Atuação do Ministério Público – Revista de Direito Ambiental | vol. 41 | p. 93 | Jan / 2006 | DTR200625

[2] Decisão proferida nos autos do processo nº 2054679-18.2020.8.26.0000.

[3] [https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-01.htm](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm) – *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.*

**Date Created**

21/04/2020