

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
MESTRADO EM DIREITO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**O ALCANCE DO “COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE
CONDUTA”, EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

JOÃO ARMANDO COSTA MENEZES

RECIFE, 2009

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
MESTRADO EM DIREITO
LINHA DE PESQUISA: JURISDIÇÃO E CIDADANIA
3ª TURMA - 2007

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**O ALCANCE DO “COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE
CONDUTA”, EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

JOÃO ARMANDO COSTA MENEZES

*Dissertação apresentada como requisito à
obtenção do título de mestre, tendo como
orientador o Professor Doutor Sérgio
Torres Teixeira e com demais integrantes da
banca de exame o Professor Doutor
Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
(UFPE) e o Professor Doutor Walber de
Moura Agra (UNICAP)*

RECIFE, 2009

M543a

Menezes, João Armando Costa

O alcance do “compromisso de ajustamento de conduta”, em sede de ação civil pública / João Armando Costa Menezes ; orientador Sérgio Torres Teixeira, 2009.

126 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Direito Processual Civil, 2009.

1. Ação civil pública. 2. Ação coletiva (Processo civil). 3. Interesses difusos. 4. Interesses coletivos. Título.

CDU 347.9

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
MESTRADO EM DIREITO
LINHA DE PESQUISA: JURISDIÇÃO E CIDADANIA
3ª TURMA - 2007

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**O ALCANCE DO “COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA”,
EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

JOÃO ARMANDO COSTA MENEZES

Ficha de Avaliação

A Banca Examinadora composta pelos professores infranominados, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à análise da Dissertação em nível de Mestrado e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (UNICAP), Orientador

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (UFPE), 1º Examinador

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Walber de Moura Agra (UNICAP), 2º Examinador

Julgamento: _____ Assinatura: _____

MENÇÃO GERAL:

RECIFE, 2009

Dedico este trabalho:

*Ao Pai Supremo e seus mandatários, pela
força transcendente que me conferiram e
me conferem à superação dos desafios;*

*Aos meus pais, Alívia e Alcy Menezes,
portadores das bênçãos que me iluminam o
caminho;*

*À minha esposa Andréa Karla e às minhas
filhas Maria Amélia e Maria Luiza, pela
ternura com que me enfeitam a vida.*

Agradecimentos:

Ao Professor Doutor Sérgio Torres, orientador, pelas abalizadas recomendações e pelo permanente estímulo com que decisivamente colaborou para a conclusão deste trabalho;

Aos Professores Doutores Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti e Walber de Moura Agra, pela valiosa contribuição conferida a este trabalho, na fase de pré-qualificação;

Ao Consultor Robert Oscar Montandon, pela decisiva assessoria em idiomas estrangeiros;

Aos Professores Doutores Ed Paschoal Carrazzoni, e Terence Trennepohl, pelo insistente estímulo a que eu fizesse o curso de Mestrado e assim prosseguisse na carreira acadêmica;

Ao mestrando Fábio Menezes de Sá Filho, pela dedicação com que sempre munuiu a todos nós, seus colegas de turma de mestrado, das informações acerca do calendário, das atividades acadêmicas e das providências administrativas alusivas ao curso.

RESUMO

O presente trabalho focaliza o Compromisso de Ajustamento de Conduta, instrumento que previne ou extingue a Ação Civil Pública, divisando seu exato alcance, precisamente quanto à delimitação de seu conteúdo material e o controle de validade que sobre tal conteúdo se há de exercer, partindo-se da constatação de que, quanto à natureza jurídica, tal Compromisso não se trata de transação (negócio), mas, na verdade, tendo por escopo a tutela de interesses jurídicos de dimensão público-social, trata-se de ato jurídico em sentido estrito, com substância de ato político-governamental, contemplando objeto (bem jurídico) tonificado de indisponibilidade, daí por que, além do traçado formal que a lei de regência lhe impõe, o próprio conteúdo (composição material) haverá de cumprir a delimitação de motivos e finalidades legalmente projetada.

Nesse diapasão, visualiza-se (e impõe-se) o controle de validade do Compromisso de Ajustamento de Conduta, controle que se exerce tanto sobre os elementos formais como sobre a própria dicção material (objeto, motivo e finalidade) de tal ato jurídico afeto ao interesse geral do corpo social do Estado.

Palavras-chave: Compromisso de Ajustamento de Conduta; Ação Civil Pública; ação coletiva; interesse social; interesse público de dimensão social; Lei de Ação Civil Pública.

ABSTRACT

The focus of this work is the Conduct Settlement Commitment, an instrument which wards off or brings a Public Civil Action to an end, aiming its complete scope, more precisely, as regards its substantial contents delimitation and the validity control that should be carried on such contents, starting from the bear out that, as regards the judicial complexion, this Commitment is not an agreement (accordance), but, in fact, having the public-social and judicial concerns as its scope, it's a question of juridical action in the strict sense, related to the political-governmental action, contemplating the objective (utterly judicial) invigorated by the unavailability, from that cause, besides the formal limits imposed by law's regency, the contents (substantial composition) should fulfill the limits of its own objectives and the legally planned objectives.

In tune with the aims, it is visualized (imposed) the lawfulness control of the Conduct Settlement Commitment, the formal elements control as well as the substantial diction (object, reason and predetermined end) of this judicial action which directly affects the general concerns of social State body.

Keywords: Conduct Settlement Commitment; Public civil Action; Class Action; Social Interest; public-social interest; Law of Public Civil Action

SUMÁRIO

Resumo.....	VI
Abstract.....	VII
Introdução.....	11

PARTE 1

PROCESSO, JURISDIÇÃO E POLÍTICA

Capítulo 1 – O ínsito carácter político do processo, da jurisdição e da ação civil pública.....	18
1.1. Os escopos do processo e da jurisdição.....	18
1.2. Compromisso de Ajustamento de Conduta e Ação Civil Pública: liame com a atuação político-governamental.....	22
Capítulo 2 – A jurisdição afeta à Ação Civil Pública e seu carácter de jurisdição constitucional.....	30
2.1. As vertentes da jurisdição constitucional.....	30
2.2. A jurisdição em ação civil pública como jurisdição constitucional.....	33

PARTE 2

LEGITIMIDADE, INTERESSE JURÍDICO E PODER DE DISPOSIÇÃO NA TUTELA JURÍDICA COLETIVA

Capítulo 3 – Os caracteres da legitimidade, em sede de ação coletiva: desvinculação da titularidade do interesse material.....37

3.1. A legitimidade e sua evolução conceitual...37

3.2. A legitimidade como missão institucional, em sede de Ação Civil Pública e de Compromisso de Ajustamento de Conduta.....39

Capítulo 4 – Os caracteres do interesse de agir, em sede de tutela jurídica coletiva: inibição do poder de dispor.....42

4.1. O caráter instrumental do interesse processual.....42

4.2. A indisponibilidade do bem jurídico objeto da tutela coletiva, ante os caracteres do respectivo interesse processual.....47

PARTE 3

NATUREZA JURÍDICA E CONTROLE DE VALIDADE DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Capítulo 5 – Da distinção substancial entre Compromisso de Ajustamento de Conduta e Transação.....58

5.1. Ato jurídico e negócio jurídico: distinção.....58

5.2. O Compromisso de Ajustamento de Conduta como ato jurídico em sentido estrito.....	60
Capítulo 6 – O caráter administrativo-governamental do Compromisso de Ajustamento de Conduta.....	67
6.1. A identidade substancial e formal entre o Compromisso de Ajustamento de Conduta e o ato jurídico-administrativo.....	67
6.2. O Compromisso e seus elementos essenciais de validade.....	68
Capítulo 7 – O controle de validade substancial do Compromisso de Ajustamento de Conduta.....	78
7.1. Fundamentos do controle de validade substancial.....	78
7.2. As várias formas de controle, no sistema jurídico-positivo brasileiro: controle administrativo, controle legislativo e controle judicial.....	81
7.3. A aplicação do princípio da proporcionalidade, no controle de validade do Compromisso de Ajustamento de Conduta.....	103
Conclusões.....	118
Referências.....	123

INTRODUÇÃO

O peculiar objeto da Ação Civil Pública, a inibir a autocomposição da lide

Os bens jurídicos intangíveis tutelados pela via da Ação Civil Pública tocam ao interesse social, inserindo-se, até mesmo, no espectro dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a Lei nº 7.347/1985¹, em seu artigo 1º, contempla como objeto de Ação Civil Pública o combate a danos causados ao meio ambiente, aos consumidores (considerados em sua generalidade), aos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica e à economia popular, à ordem urbanística, e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo de expressão social.

Observa-se, portanto, que a especial ação coletiva enfocada tem por objeto a tutela de bens jurídicos imersos no heráldico interesse da sociedade, dizendo respeito à tutela jurisdicional, portanto, de valores que ultrapassam o restrito âmbito dos interesses estritamente individuais (privados) e do próprio interesse público em sentido estrito. E a validade desta assertiva subsiste mesmo quando se esteja diante de interesses individuais homogêneos, porquanto tais interesses, ainda que de amplitude bem mais estrita em relação aos chamados interesses difusos e coletivos, também haverão de ter expressão de cunho social, para lograrem tutela em sede de Ação Civil Pública².

Com tais contornos, é indubitoso que o objeto peculiar, tonificado de interesse social, da especial ação coletiva em foco inibe – sim – a autocomposição

¹ BRASIL. Lei nº 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. In: SENADO FEDERAL. **Legislação Republicana Brasileira**. Brasília, 1985. Disponível em: <http://senado.gov.br/sf/legislação/legisla/>. Acesso em 5 jun. 2007.

² Especificamente acerca do cunho social dos direitos individuais homogêneos, para fins de tutela jurisdicional coletiva, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho destaca tal caracter diferenciador desses direitos tuteláveis por jurisdição coletiva, daqueles que, no máximo, comportariam ações individuais plúrimas. Cf. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações Coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Por seu turno, Motauri Ciocchetti pontua os “interesses difusos em espécie”, igualmente pondo em relevo sua dimensão social. Cf. SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Interesses difusos em espécie*. São Paulo: Saraiva, 2000.

da lide, no atinente ao conteúdo e aos limites substanciais que se impõem à autocomposição de litígio que versa sobre interesses jurídicos de expressão social.

Considerando tal peculiar objeto, verifica-se o seu caráter de indisponibilidade, *maxime* porquanto quem postula e delibera, em sede de Ação Civil Pública e de Compromisso de Ajustamento de Conduta, não é o titular do interesse jurídico em jogo, que se trata de interesse social e, por isso mesmo, não se insere na esfera de disponibilidade jurídica de quem postula e de quem delibera³.

É nesse contexto que se há de compreender, interpretar e aplicar o comando do parágrafo 6º, do artigo 5º, da Lei de Ação Civil Pública, no concernente à delimitação de conteúdo ao Compromisso de Ajustamento de Conduta⁴, que, longe de constituir-se simplesmente em transação, há de conferir efetivo resultado prático equivalente à pretensão de tutela do interesse jurídico versado na especial demanda coletiva em foco.

Exige-se, desse modo, densa e efetiva motivação às deliberações acerca dos litígios que envolvem os bens jurídicos de que cuida a Ação Civil Pública, sendo certo que a jurisdição que nela se exerce igualmente se dota de caráter político, haja vista prover demanda concernente às posturas e condutas concernentes aos ditos bens de dimensão social, diretamente influentes na vida do corpo social do Estado.

Observado esse seu peculiar objeto, também se constata que a jurisdição afeta à Ação Civil Pública se trata de jurisdição constitucional, versando exatamente sobre a efetivação dos direitos fundantes e fundamentadores do Estado.

E, tratando-se de jurisdição constitucional, o caráter político da atuação que se exerce em sede de Ação Civil Pública e do Compromisso de Ajustamento de Conduta e ela afeto enseja, sem dúvida, que se outorgue espaço processual à efetiva participação da sociedade na construção das postulações e deliberações, igualmente havendo que se conferir à sociedade instrumentos de controle sobre tais postulações, deliberações e respectivos resultados, afinal a matéria refere-se a interesses jurídicos de cunho social, titularizados, portanto, pela própria sociedade, em seu complexo conjunto.

³ Abordando esses elementos de complexidade na Ação Civil Pública, João Batista de Almeida revela a contraposição de valores que se vivencia na especial ação coletiva em foco e os reflexos processuais de tal contraposição. *Vide* ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. 1.ed. São Paulo: RT, 2001.

⁴ A Consolidação das Leis do Trabalho designa o Compromisso de Ajustamento de Conduta de “Termo de Ajuste de Conduta”. Cf. ROCHA, Ibraim. *Ação civil pública e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

Dessarte, não se pode admitir que os entes, por seus agentes, formalmente legitimados à postulação e à deliberação em Ação Civil Pública e no correlato Compromisso de Ajustamento de Conduta atuem ao talante de seu arbítrio, porquanto estão cuidando de interesse alheio – interesse social, de heráldico fulcro constitucional e, por tal *status*, indisponível.

Traçando essa moldura, é que o citado artigo 5º, em seu parágrafo 6º, da Lei de Ação Civil Pública diciona, impondo o limite:

Art. 5º [...]

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

Da dicção legal em destaque já se divisa a delimitação: ajustamento da conduta às exigências legais. Essa imposição de adequação, de conformação, de consonância entre a deliberação quanto à conduta a ser adotada e as exigências legais noticia que o interesse a ser atendido há de ser o interesse social, cuja expressão necessita ser extraída das diretrizes enunciadas nos mandamentos legais, sob o traçado principiológico da *Lex Mater*.

Reveladora de tal adequação, conformação e consonância, exige-se efetiva motivação, capaz de evidenciar o atendimento do escopo (finalidade) da deliberação de **ajustamento de conduta**, em sede de Ação Civil Pública, comparado, quanto ao conteúdo, o Compromisso de Ajustamento de Conduta a ato governamental, submetido aos princípios regentes da atuação estatal, proclamados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, com relevo para o *princípio da legalidade*, assimilado em seu amplo e teleológico sentido, aliado ao *princípio da eficiência*.

Por oportuno, anotam-se as lições de Hely Lopes Meirelles, inspiradas nas observações de Antônio Carlos de Araújo Cintra:

A *motivação* [...] se vem impondo dia a dia, como uma exigência do direito público e da legalidade governamental.

Do Estado absolutista, em que preponderava a vontade pessoal do monarca com força de lei – *quad principi placuiti legis habet vigorem* – evoluímos para o Estado de Direito, onde só impera a vontade das normas jurídicas. Nos Estados modernos já não existe a autoridade pessoal do governante, senão a autoridade impessoal da lei. A igualdade de todos *perante a lei* e a submissão de todos *somente à lei* constituem dois cânones fundamentais dos Estados de Direito. A nossa Constituição consagrou tais princípios em termos inequívocos, ao declarar que “todos são iguais perante a lei” (art.5º, *caput*) e que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art.5º, II).

Paralelamente a esses dogmas democráticos, vigem outros direitos e garantias individuais, tendentes a salvaguardar os cidadãos da prepotência do poder público e do capricho dos governantes. Os Estados, ao se organizarem, autolimitam, pelas leis, os seus poderes, em relação aos indivíduos e à coletividade. Essas mesmas leis passam, daí por diante, a subordinar aos seus preceitos tanto a Administração quanto os administradores. A tendência moderna é a de substituir, na medida do possível, a vontade individual pela vontade jurídica, [...]⁵

Nesse diapasão, Celso Antônio Bandeira de Mello acentua:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a *tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismo, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada pois pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social – garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão concretização desta vontade geral.

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16.ed. São Paulo: RT, 1991, p.174.

irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da *cidadania*. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso).

Instaura-se o princípio de que todo poder emana do povo, de tal sorte que os cidadãos é que são proclamados como os detentores do poder. Os governantes nada mais são, pois, que representantes da sociedade. O art. 1º, parágrafo único, da Constituição dispõe que: “*todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição...*”⁶

Observa-se, por oportuno, que o multicitado parágrafo 6º, do artigo 5º, da Lei de Ação Civil Pública, somente outorga aos “**órgãos públicos** legitimados” ao exercício da Ação Civil Pública o *munus* de poder tomar dos interessados o dito Compromisso de Ajustamento de sua conduta às exigências legais, sendo certo, dessarte, que a locução “órgãos públicos” se reporta aos entes políticos e estatais aptos à promoção da Ação Civil Pública e ao próprio Ministério Público.

Ora. Os órgãos dos entes políticos (União, Estados, Municípios) e os entes estatais (autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista) compõem, respectivamente, a Administração Pública Direta e Indireta, de tal sorte que toda a sua atuação se rege pelos inflexíveis princípios proclamados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, observado o fundante princípio da soberania popular, expresso na dicção do artigo 1º, parágrafo único, da *Lex Mater*.

Assim, ditos entes políticos e estatais, quando também deliberam por tomar Compromisso de Ajustamento de Conduta, nos moldes em estudo, hão de pautar-se por tais inflexíveis princípios regentes de sua atuação, daí a imperiosa necessidade, à própria validade de tal ato, da fidelidade da motivação e da integridade da finalidade ao efetivo atendimento do interesse social.

Quanto ao Ministério Público, na condição de órgão mandatário do exercício do chamado **Poder Social do Estado** (o tal fundante poder da sociedade; poder do

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p.49.

povo), sua atuação, igualmente atrelada ao cumprimento do mandato constitucionalmente outorgado, haverá de pautar-se de modo a que se guarde a fidelidade da motivação e o íntegro cumprimento da finalidade ao efetivo atendimento do interesse social.

Enfim, há de se verificar, igualmente, que o próprio órgão jurisdicional, ao deliberar acerca da homologação do enfocado Compromisso de Ajustamento de Conduta, necessita exercer o exame da motivação e da finalidade, aferindo se tal ato jurídico estará ensejando resultado útil ao atendimento do interesse social colimado, sendo certo que a sentença homologatória estará sujeita à anulação, nos moldes projetados pelo artigo 486, do Código de Processo Civil⁷.

De todas as assertivas retro-supra-enunciadas, constata-se, sim, os aspectos inibidores da autocomposição da lide, em sede de Ação Civil Pública, isto é, a imposição de limites a tal autocomposição, a partir da própria dicção do parágrafo 6º, artigo 5º, da Lei de Ação Civil Pública, instituidor do chamado Compromisso de Ajustamento de Conduta, que se faça adequado “às exigências legais”.

⁷ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: SENADO FEDERAL. **Legislação Republicana Brasileira**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://senado.gov.br/sf/legislação/legisla/>. Acesso em 22 jun. 2007.

PARTE 1

PROCESSO, JURISDIÇÃO E POLÍTICA

CAPÍTULO 1

O ínsito caráter político do processo, da jurisdição e da ação civil pública

1.1. Os escopos do processo e da jurisdição

Evoluindo em conjugação com a própria evolução do Estado, o **processo** não mais se pode enxergar como hermético ambiente formal, instaurado restritamente para a individualizada solução oficial de determinado litígio entre sujeitos de direitos e obrigações, esgotando sua função na simples imposição de decisão a esses litigantes, para a formal (repita-se) composição de sua lide.

Essa tal visão deformada (atrofiada) e alienante do processo, embora não lhe pudesse verdadeiramente afastar, porquanto ontológica, a substância política, encobria-lhe esse natural caráter, revelando-lhe tão-só gênese e finalidade individualistas e, assim, deturpando-lhe o sentido e desviando-lhe dos efetivos escopos.

Hodiernamente, o **processo** se enxerga e há de desenvolver-se como instrumento de pacificação social, de efetivação da presença construtiva do Estado, manifestando e fazendo aplicar-se o Direito na dinâmica dos fatores que conduzem ou se engajam ao desenvolvimento social, econômico e político. Revela-se, nesse tom, a natureza política do processo e, via de consequência, da expressão de seu resultado útil: a **jurisdição efetiva**.

Nesse diapasão, Cândido Rangel Dinamarco sintetiza:

A jurisdição não tem um *escopo*, mas escopos (*plural*); é muito pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, pois o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição. Ela tem, na realidade, escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta do direito).⁸

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.388.

Com o mesmo lúcido entendimento, Sergio Bermudes observa:

Convivem, no processo judicial, duas realidades, que a processualística hodierna identifica como *microprocesso* e *macroprocesso*. Do ponto de vista dos litigantes ou do postulante da jurisdição voluntária, o processo é o meio de se obter um ato de autoridade do Estado, destinado a prevenir ou cessar o conflito, ou a tutelar um interesse socialmente relevante. Quando Gustavo e Miguel se confrontam em juízo, eles vêem o processo como instrumento para alcançar a satisfação da sua própria pretensão. A olho nu, é assim que se entende o processo. E aqui está o *microprocesso*, isto é, a realidade processual, considerada à vista dos interesses imediatamente em jogo.

O processo, entretanto, se projeta muito além do interesse das pessoas diretamente envolvidas porque é instrumento de pacificação social; porque devolve a paz ao grupo, servindo também de método pedagógico, pois através dele o Estado vai ensinando os jurisdicionados a cumprirem o direito. Contemplando o ângulo do interesse social, o processo é *macroprocesso*, pela abrangência dos seus resultados. Sem o perceberem, os litigantes, na luta por seus interesses, minúsculos se confrontados com superiores razões sociais, propiciam a realização da paz e a admirável obra de criação do direito, que a decisão judicial realiza [...] Como na epopéia do bandeirante, enquanto as partes contendem, na perseguição de seus objetivos, o processo realiza o milagre da atuação do direito como sistema de adaptação do homem no grupo, interpretando, aplicando e atualizando as normas, em consonância com as necessidades sociais.

[...]Ao lado do interesse dos contendores, o processo tem uma finalidade de interesse público, consistente em garantir a efetividade integral do direito. É instrumento de produção jurídica e forma incessante de realização do direito, que se concretiza, positivamente, nas sentenças judiciais que se atingem apenas mediante o processo, que mantém a *lex continuitatis* do direito.⁹

⁹ BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.80-81.

Em adendo aos enunciados supra-annotados, cumpre também invocar o comentário de Vicente Grecco Filho:

Não é possível, portanto, estabelecer um conceito puramente formal de direito, ou seja, o de um direito que exista independentemente de fundamento, só porque foi editado, e, também, é impossível, no extremo oposto, um direito que se confunda com a própria idéia de justiça absoluta.

O direito tem por fim a realização da justiça, que, ademais, o justifica [...] Aliás, a justiça é também um conceito histórico, isto é, depende das circunstâncias socioculturais e, inclusive, da perspectiva subjetiva necessariamente condicionada de cada pessoa que analisa o direito positivo, em certa medida.

[...]

A atitude do jurista, portanto, diante do direito, é a primeira, encarando-o como é, e não como deve ser. Os valores que o integram serão analisados como um de seus elementos, junto com a norma e o fato, referidos todos a um momento histórico-cultural. Não se abstrairá, portanto, a realidade positiva, porquanto o estudo da idéia do direito ou do direito ideal em si mesmo escapa, [...], do campo da ciência do direito.

Estas observações preliminares são importantes em virtude de duas tendências igualmente inadequadas que devem ser evitadas: a de tirar do direito positivo seu conteúdo ou referência axiológica ou a de desprezar a realidade normativa ou fática, [...].¹⁰

Com tais contornos e substância, contemplando os *macro-escopos* do processo, em relação aos quais há de se expressar efetiva, útil e socialmente justa, a jurisdição, enquanto realização do Direito, quer significar tanto a função típica de o Estado pôr fim a determinado conflito jurídico-material entre sujeitos de direitos e obrigações – de dimensão individual ou de dimensão social –, mediante a prolação de decisão dotada de imperatividade, executoriedade e coercibilidade, fixando, diante do conflito, os direitos de cada litigante e, assim, impondo-lhes tal definição de direitos e as consectárias obrigações e responsabilidades, resolvendo-se, com essa definição, o litígio havido até então, como também a função de pronunciar e fazer aplicar o

¹⁰ GRECCO Filho, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 19.ed., v.1. São Paulo: Saraiva, 2006, p.14-15.

Direito na solução de conflitos entre os integrantes do corpo social do Estado e o governo, e, ainda, na solução de conflitos entre os próprios órgãos e entes estatais, e, enfim, na solução de controvérsias acerca da própria validade das leis perante a *Lex Mater* do Estado.

Nesse sentido, enxerga-se o atributo do *poder* no exercício e na manifestação da jurisdição, e sendo esse *poder* um *poder* do Estado, interferente na dinâmica das relações traçadas entre os integrantes do corpo social e entre esses e as instituições que compõem a estrutura estatal, e, ainda, na tutela da higidez sistêmica do ordenamento jurídico-positivo, apresenta-se-lhe ínsita a natureza política de sua provocação, de seu exercício e de sua manifestação.

Também aqui, impende transcrever os esclarecimentos de Cândido Rangel Dinamarco, destacando e aliando-se a observações de Deutsch e de Menegale:

O encaixe da jurisdição na estrutura do poder estatal, fecundo de muitos desdobramentos utilíssimos, merece mais atenção e uma série de esclarecimentos. O processualista atualizado e portador de mentalidade alinhada ao publicismo de sua ciência há de haurir informações da ciência política, com a intenção de melhor captar o significado sistemático dos institutos que lhe são próprios. Nenhum estudo processual será suficientemente lúcido e apto a conduzir a resultados condizentes com as exigências da vida contemporânea, enquanto se mantiver na visão interna do processo, como sistema fechado e auto-suficiente. O significado político do processo como *sistema aberto*, voltado à preservação dos valores postos pela sociedade e afirmados pelo Estado, exige que ele seja examinado também a partir de uma perspectiva externa; exige uma tomada de consciência desse universo axiológico a tutelar e da maneira como o próprio Estado define a sua função e atitude perante tais valores [...] ¹¹

No mesmo tom, Pontes de Miranda revela:

A finalidade preponderante, hoje, do processo é realizar o Direito, o direito objetivo, e não só, menos ainda precipuamente, os direitos subjetivos. Na parte do direito público, tendente a subordinar os fatos da vida social à ordem jurídica (sociologicamente, a prover ao bom funcionamento do

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p.99.

processo de adaptação social que é o Direito), uma das funções é a da *atividade jurisdicional* (dissemos uma das funções, porque muitas outras existem, como a polícia preventiva, a fiscalidade, a administração e a própria atuação educacional do Estado).¹²

Pois bem. Na esteira das assertivas suso-enunciadas, tem-se que, em ressunta, tratando-se a jurisdição da expressão do resultado do processo, manifestada pelo Estado, igualmente se lhe é ínsita a natureza política.

E se tal natureza política está presente na jurisdição afeta aos processos concernentes aos litígios havidos entre os integrantes do corpo social, no confronto entre seus direitos subjetivos, esse caráter político se intensifica ainda mais quando se está diante da jurisdição afeta aos processos atinentes a direitos de dimensão social, bem assim aos conflitos havidos entre os integrantes do corpo social e o próprio Estado (no confronto entre direitos individuais ou coletivos e a contraposta conduta comissiva ou omissiva do governo), e, ainda mais, nos processos em que se jurisdiciona acerca de conflito institucional (litígio entre os próprios organismos e poderes do Estado ou entre os próprios entes políticos que compõem o Estado estruturado como Federação), chegando-se ao extremo do intenso caráter político do processo e da jurisdição quando a demanda reclama decisão acerca da validade das leis perante a Constituição.

Nesse contexto, a Ação Civil Pública se insere na ambiência política do processo e da jurisdição, mormente ante o seu próprio objeto e o seu exato escopo: a tutela de direitos de dimensão social.

1.2. Compromisso de Ajustamento de Conduta e Ação Civil Pública: liame com a atuação político-governamental

O conteúdo da Ação Civil Pública se compõe de matéria diretamente atinente à atuação política: proteção ao meio ambiente, ao equilíbrio das relações de consumo, ao patrimônio público e seu acervo artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à higidez da ordem econômica, à incolumidade da economia popular, à ordem urbanística e, enfim, a quaisquer outros interesses difusos ou coletivos de

¹² MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 99.

dimensão social, que assim se podem classificar inseridos no chamado interesse social.

A propósito, Rodolfo de Camargo Mancuso conceitua:

“Interesse social”, [...], é aquele que consulta à maioria da sociedade civil: o interesse que reflete o que a sociedade entende por “bem comum”; o anseio de proteção à *res publica*; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, *escolheu* como sendo os mais relevantes. Tomando-se o adjetivo “coletivo” num sentido amplo, poder-se-ia dizer que o interesse social equivale ao *exercício coletivo de interesses coletivos*.¹³

Em sede de Ação Civil Pública, portanto, está-se diante da tutela institucional do interesse (jurídico) social, a ensejar, nesse tom, atuação de caráter político, tanto ante a competência institucional ao exercício dessa atuação, como em relação ao próprio escopo dessa atuação e de seus resultados.

Nesse diapasão, toma-se a expressão *política* como mister concernente ao planejamento, à gestão, ao controle, ao funcionamento e aos resultados eficientes – legítimos, lícitos e úteis – dos elementos que compõem e que animam a vida do corpo social do Estado, esculpindo tais elementos segundo a moldura e as cores dos heráldicos valores enunciados na Norma Fundamental como princípios e propósitos da sociedade em função da qual e para a qual se estrutura o Estado Democrático de Direito.

Também aqui se afiguram de todo pertinentes as observações de Cândido Rangel Dinamarco:

A idéia de *poder*, que está ao centro da visão moderna do direito processual, constitui assim fator de aproximação do processo à *política*, entendida esta como o *processo de escolhas axiológicas* e fixação dos *destinos do Estado*. Compete à política a “tomada de decisões através dos meios públicos”; ou seja, decisões que se tomam mediante a linguagem adequada e escoam e se transmitem pelos canais oficiais predispostos na ordem estatal, destinando-se à organização social e determinação das condutas compatíveis com o

¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*. 6.ed. São Paulo: RT, 2004, p.29.

estilo de vida superiormente escolhido (o conjunto dessas decisões compõe “o setor público de um país ou de uma sociedade”) [...]

[...]

O intenso comprometimento do sistema processual com a Política (a justiça faz parte desta), ou seja, a sua inserção entre as instituições atinentes à vida do próprio Estado como tal e nas suas relações com os membros da população, conduz à necessidade de definir os modos pelos quais ele é predisposto a influir politicamente.

São, fundamentalmente, três aspectos. Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (*poder*), sem a qual nem ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor *liberdade*, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre as quais ele se exerce; finalmente, assegurar a *participação* dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política. *Poder* (autoridade) e *liberdade* são dois pólos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; *participação* é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político. Pois a função jurisdicional tem a missão institucionalizada de promover a efetividade desses três valores fundamentais no Estado e na democracia, para a estabilidade das instituições [...]¹⁴

Pois bem. Identificado o caráter político do processo e da jurisdição, presentes com grande força na Ação Civil Pública, porquanto, como antedito, contempladora da tutela de direitos de interesse social, é indubitoso que a provocação e a prestação dessa tutela reclamam lúcida (equilibrada) atuação, diante da inevitável carga axiológica a se examinar e a se imprimir, sob a adequada moldura jurídica, em prol da obtenção do resultado eficiente.

Explica-se. É certo que os bens jurídicos versados em Ação Civil Pública não se contêm em conceituação normativa exauriente, mas naturalmente encontram referência normativa que exige necessária integração quando de sua aplicação,

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op.cit., p.100, 204-205.

balizada pelos *princípios* enunciadores dos valores instituidores do Estado, fiéis ao respectivo corpo social.

Constata-se, assim, que a descrição normativa jamais poderia exaurir todo o espectro conceitual aplicado dos bens jurídicos concernentes ao meio ambiente, ao direito dos consumidores, ao patrimônio público e seu acervo artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica, à economia popular, muito menos quanto ao amplíssimo espectro conceitual dos bens jurídicos concernentes a qualquer outro interesse difuso ou coletivo de dimensão social. Do mesmo modo (e via de consequência), a prescrição normativa acerca das condutas e medidas de atuação sobre esses bens jurídicos jamais se poderia conceber exauriente, porquanto impossível o enunciado rigorosamente limitado da própria dosimetria, grau de intensidade, modos e alternativas de operação dessas condutas e medidas, ante a incontável variação das situações fáticas que se vivenciam e que se têm de vivenciar, para além dos limites da estrita previsibilidade legal, na dinâmica dos acontecimentos em torno desses elementos da vida social, em toda a sua concreta amplitude.

Em suma, tem-se que a Ação Civil Pública, longe – bem longe – de ensejar simplesmente a aplicação de uma norma (ou cláusula normativa) definidora (descritiva) de única conduta, delineada em todos os seus elementos, a ser cumprida de única ou de únicas maneiras rigorosa e previamente traçadas segundo uma íntegra prescrição legal, exige, ao revés, processo cuja instrução esmiúce situação fática (concreta) sempre peculiar, mas de dimensão social, e, por tal dimensão, composta da complexidade de fatores por vezes indutores de soluções antagônicas, cuja escolha exige, até mesmo, a confrontação, para opção ou, melhor dizendo, para a contemporização, de valores que, alheados à situação concreta, igualmente foram (e são) proclamados pela sociedade, na estruturação do Estado que a abarca.

Em tal complexo ambiente de atuação, poder-se-á enxergar, em situações concretas, a confrontação entre meio ambiente e desenvolvimento econômico, direito de propriedade e ordem urbanística, livre iniciativa e preservação do patrimônio histórico, dentre outros tantos confrontos.

A solução a esses confrontos – escopo do processo que serve à Ação Civil Pública e da consectária jurisdição que nela se busca e se exerce – se constrói, conseqüentemente, mediante a atuação política dos atores do dito processo coletivo, porquanto se trata de solução, não obstante deva atender à moldura jurídica, dotada

de conteúdo sempre peculiar (mas, é claro, compatível com a ordem jurídica), adequado à efetiva ordenação da situação fática.

É exatamente com tais contornos e conteúdo que igualmente se há de compreender e tratar o chamado Compromisso de Ajustamento de Conduta – instrumento afeto à prevenção e também à extinção de litígio concernente ao alcance objetivo da Ação Civil Pública.

Versando exatamente sobre o ajustamento de conduta com vistas à preservação do meio ambiente, ou ao respeito ao direito dos consumidores, ou à preservação do patrimônio público e de seu acervo artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou à higidez da ordem econômica, ou à incolumidade da economia popular, ou, enfim, à proteção de qualquer outro interesse difuso ou coletivo de dimensão social, o dito Compromisso igualmente se revela resultado de atuação política: deliberação acerca de definição concreta de obrigação jurídica afeta a bem jurídico de interesse social.

O caráter político revela, sem dúvida, a carga discricionária da atuação e das manifestações de iniciativa e de deliberação, o que não pode ser *viés* de desvio ao campo do arbítrio ou à imunidade ao controle, mas, ao revés, há de acarretar, com maior força, a necessidade de densa substancial motivação, exposta ao controle do corpo social titular do interesse jurídico em jogo.

Na esteira dessa lúcida compreensão, Calmon de Passos retrata:

Parece-me fundamental, portanto, entendermos bem as várias dimensões do político. Compelidos os homens a institucionalizar opções que se mostrem as mais indicadas socialmente (da ótica daqueles investidos do efetivo poder de optar), esta atividade indispensável e indissociável da convivência social é atividade política. Por meio dela, definimos os *fins* (objetivos) a serem coletivamente perseguidos e os valores que lhe são correlatos. Nesta tarefa, todos estamos empenhados, porque a todos ela diz respeito. Há, entretanto, ao lado desta, outra exigência – assegurar-se a efetividade das opções institucionalizadas no espaço concreto das relações sociais. Para isto se faz indispensável institucionalizar um poder que monopolize a coerção e possa fazer uso legítimo da força, sem o que inexistiria ordem social e careciam de sentido aquelas primeiras opções institucionalizadas. A decisão a nível *macro* pede sua efetividade a nível *micro*. Esta segunda atividade é também política, [...] Assim, em seu sentido lato, a atividade

política inclui a definição das opções sociais em termos macros e, em sentido estrito, a conquista e organização do poder para assegurar, coercitivamente, a efetividade daquelas opções. O Direito se faz presente e necessário em ambas, com elas interagindo, delas sofrendo condicionamentos, cumprindo a função de lhes dar forma, previsibilidade e segurança, particularmente definindo as regras do jogo na luta pela obtenção do poder político e de seu exercício.^{15 16}

A propósito, cumpre também invocar novamente as lições de Pontes de Miranda:

Aliás, o estado, quando administra justiça, o poder, que ele exerce, por meio dos seus órgãos judiciários, não se funda em qualquer prioridade conceptual. Antes dessa função, já se exerceu outra, que também só lhe cabe em parte, e se exaure antes dessa, a função legislativa, a que bastam as noções de *regra jurídica* e de *incidência*. A função jurisdicional, a ação em juízo e os remédios jurídicos processuais vêm depois, ocasionalmente; vêm após a formação dos direitos subjetivos, das pretensões e das ações (em sentido de direito material) [...]

A posição do juiz, no período de formulação para o caso A, confunde-se com a do legislador e a do administrador ou agente executivo (*ex-secutum*, seguido para fora). Tem de ser diferente a posição, que se lhe circunscreve, no período de formulação para a classe dos casos A. Naquele, que é o do legislador-juiz-executor, ou do legislador-juiz, a regra jurídica vai ser concebida diante do fato, [...] O órgão judiciário é também, e pois precipuamente, órgão político: interpreta a lei, e aplica-a, e executa-a [...].¹⁷

A respeito, Sergio Bermudes igualmente assevera:

Não se suponha, entretanto, que a jurisdição se esgote na composição das lides. Por meio dela, o Estado também administra interesses sociais relevantes, [...] Destaque-se, desde logo, um aspecto silente da jurisdição de

¹⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.50-51.

¹⁶ A comunidade jurídica lamenta o recente falecimento do notável jurista J.J. Calmon de Passos, cuja obra, legado imortal, retrata, de sua riqueza intelectual, a visão lúcida de um Direito Processual tonificado de constitucionalismo.

¹⁷ MIRANDA, Pontes de. *Op.cit.*,p.106-107.

que agora se trata: ao exerce-la, o estado não se vincula a um critério de legalidade estrita, como acontece quando atua na composição das lides, pois o direito lhe permite adotar, em cada caso, a solução mais conveniente ou oportuna [...]¹⁸

Aliás, eis o que diciona o artigo 1.109, do vigente Código de Processo Civil Brasileiro¹⁹:

“Art.1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna”.

Sob esse prisma, vislumbra-se a precisa função do próprio *Direito* e da jurisdição no espaço tipicamente político da sociedade organizada. Revelando essa visão, conclui Calmon de Passos:

[...] A ordenação da convivência humana não tem sua matriz no Direito, sim na dinâmica dos confrontos políticos em sua interação com os fatos econômicos. Ao Direito cabe apenas vinculá-los, explicitar a face do poder organizado e assegurar, nas situações de conflito, o quanto de satisfação das necessidades se fizer viável, nos termos e nos limites de quanto institucionalizado. *O Direito, conseqüentemente, antes de ser um agente conformador ou transformador da convivência social, é, quase que exclusivamente, um instrumento assegurador de determinado modelo dessa convivência*, o que só alcança em virtude de sua impositividade que, por sua vez, o vincula necessariamente ao poder político institucionalizado. Sem poder não há impositividade e sem impositividade não há Direito. Correto, pois, afirmar-se que *Direito e poder político são indissociáveis*. Matriz do direito é o poder e sua destinação é resolver conflitos impositivamente, vale dizer, com segurança [...] Conclui-se, portanto, que a própria condição humana impõe a vida em sociedade que, por seu turno, exige a organização da vida social, pelo que se faz presente, de modo necessário, o fenômeno do

¹⁸ BERMUDES, Sergio. Op.cit., p.20-21.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: SENADO FEDERAL. **Legislação Republicana Brasileira**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://senado.gov.br/sf/legislação/legisla/>. Acesso em 22 jun. 2007.

poder político, indispensável em virtude da imperiosa necessidade de disciplinar-se impositivamente a divisão do trabalho social e a apropriação do produto dele resultante. Refletir sobre o homem sem considerar a sociedade é um contra-senso. Pensar a sociedade sem considerar a organização, um despropósito. Refletir sobre a organização abstraído o poder, um despautério. Pensar o poder dissociado de sua principal conseqüência – a desigualdade na divisão do trabalho e na apropriação dos bens produzidos, alienação injustificável. Conseqüência necessária – não há um direito ideal, modelo, arquétipo, em cuja realização estamos empenhados. *Há um sistema jurídico dentro do qual atuamos e em sintonia com o qual atuamos.*

*Todo Direito é socialmente construído, historicamente formulado, atende ao contingente e conjuntural do tempo e do espaço em que o poder político atua e à correlação de forças efetivamente contrapostas na sociedade em que ele, poder, se institucionalizou.*²⁰

Com tal visão, pugna-se por um processo o mais aberto possível, em sede de Ação Civil Pública, e, igualmente, um processo deliberativo o mais aberto possível no tocante ao Compromisso de Ajustamento de Conduta, isto é, um processo em que se amplie o mais possível o espaço à democrática discussão com a sociedade, como se daria acaso se estipulasse a audiência pública, como ato antecedente ou intercorrente à Ação Civil Pública, ou mesmo como ato precedente à celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta, divisando-se, de qualquer sorte, a possibilidade de controle, mormente de controle de validade dos atos e resultados desses processos.

²⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Op.cit., p.51-52.

CAPÍTULO 2

A jurisdição afeta à Ação Civil Pública e seu caráter de jurisdição constitucional

2.1. As vertentes da jurisdição constitucional

Superando-se a equivocada (reducionista, restritiva) aceção de que a jurisdição constitucional se cingiria ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, alcança-se a exata abrangência da jurisdição constitucional, contemplando tanto o controle de constitucionalidade, como a prestação jurisdicional à tutela direta das pretensões arrimadas nas normas constitucionais (comandos normativos prescritos na Constituição) que enunciam direitos e obrigações com absoluto potencial de efetividade (concretude).

Ademais, cumpre à jurisdição constitucional, ainda, o mister de manter incólume a unidade política do Estado, notadamente do Estado Federal, solucionando os conflitos havidos entre os entes políticos, bem assim de manter a independência dos poderes, ditando a solução do confronto de atribuições que entre eles surjam e, ainda, de preservar o equilíbrio entre os órgãos estatais, igualmente conferindo-lhes a resolução dos conflitos de atribuições e competências, à luz dos preceitos constitucionais.

É certo que a jurisdição constitucional, quando se manifesta em suas outras vertentes que não a vertente alusiva ao controle de constitucionalidade das leis, mantém, é claro, seu caráter político, porquanto tal caráter integra sua essência, conforme já demonstrado, mas não se projeta diretamente ao campo da função legislativa propriamente dita, haja vista não se dirigir à definição da validade ou invalidade das leis. Mas estará, nesse outro diapasão, projetando-se ao campo da função executiva, quando integrantes do corpo social reclamam tutela jurisdicional que imponha medidas concretas ao saneamento de deficiências na prestação do atendimento à saúde, à educação, à segurança pública, à preservação do meio ambiente, à intangibilidade do patrimônio público, à higidez da ordem econômica e social, com espeque nos preceitos constitucionais de aplicação direta. Neste campo, tem-se, dentre outros instrumentos, a Ação Civil Pública, que contempla tal objeto

concernente à imposição de correções de posturas governamentais, em prol da concretização dos chamados direitos de dimensão social, inclusive frente ao próprio Estado-Governo.

Pode-se ainda enxergar uma projeção dúplice da jurisdição constitucional: o alcance, ao mesmo tempo, do campo da função executiva e do campo da função legislativa. Isto se dá quando a jurisdição é provocada para impor o suprimento da omissão regulamentar à concretização de prerrogativas constitucionais.

E, em espectro mais ampliado, a jurisdição constitucional, para além do específico campo da função executiva e para além do específico campo da função legislativa, projeta-se ao complexo sistema estrutural e funcional do Estado composto, pronunciando a solução dos conflitos de competência e de atribuições havidos entre órgãos e entes estatais.

Sem dúvida, esse largo espectro de abrangência da jurisdição constitucional anima tensão entre ela e as funções executiva e legislativa, afetas aos demais poderes do Estado.

Por seu mister finalístico, portanto, já se vê o extremo caráter político de que se poderia (e assim se faz) dotar a função jurisdicional, consoante já destacado, notadamente em sede de jurisdição constitucional, caráter que se intensifica quando tal jurisdição se projeta à solução dos conflitos entre o corpo social do Estado e o Governo (a função executiva), ou mesmo entre os organismos do próprio Estado, ou entre os entes políticos que compõem o Estado (notadamente o Estado Federal), e, enfim, no que pertine ao controle judicial de constitucionalidade, ensejador da interferência no resultado da própria função legislativa, de caráter típica e eminentemente político.

Sem que encubra tal ínsito caráter político, mas sim, assumindo tal caráter, a jurisdição constitucional se impõe, em todas as vertentes de sua manifestação, na ambiência sincrética que a Democracia estabelece para os poderes estatais, havendo de compor a engrenagem que se mova da efetiva expressão da soberania popular, positivada na Constituição e exercida no processo que se desenvolva aberto à participação e à dialética, alcançando, dessa participação e dessa dialética, a fundada solução dos conflitos.

A propósito, Walber de Moura Agra retrata e conceitua:

A jurisdição constitucional é um instrumento indelével para a realização das finalidades do Estado Democrático Social de Direito. Em todos os continentes, em maior ou menor grau, há um elastecimento das decisões judiciais para atender às demandas sociais. Não se pode mais pensar na divisão de poder nos moldes clássicos para garantir a efetivação das cominações contidas na Carta Magna; a jurisdição constitucional tem que ter um posicionamento mais atuante, muitas vezes entrando em searas que secularmente eram de competência de outros poderes.

[...]

A jurisdição constitucional é a função estatal que tem a missão de concretizar os mandamentos contidos na Constituição, fazendo com que as estruturas normativas abstratas possam normatizar a realidade fática. Ela exprime a intenção de estabilizar as relações sociais, de acordo com os parâmetros da Carta Magna, evitando o risco de arrefecimento de sua força normativa.

[...]

Com o advento do Estado Social, o conceito de jurisdição constitucional tem sofrido substanciais modificações, apartando-se de sua definição tradicional de *jurisdictio*, fundada no direito positivo, formatada dentro da distinção entre produção normativa e aplicação judicial. Essa jurisdição ganha novo relevo com as demandas sociais de um Estado cada vez mais complexo, que exige um direito principiológico, decretando a falência do Direito legislado como fonte exclusiva de produção legislativa, levando em conta os princípios que mantêm a sincronia do ordenamento com a sociedade. Há um maior espaço de elaboração para as decisões judiciais, sendo os juízes levados muitas vezes a colmatar uma lacuna jurídica para manter a eficácia da Constituição e a completude do ordenamento jurídico.²¹

Em resumo, tem-se que a jurisdição constitucional – indispensável à vivência efetiva do Estado Democrático – além da vertente alusiva ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, integrantes do sistema jurídico-positivo do Estado soberano, há de realizar-se na aplicação concreta dos preceitos constitucionais, conferindo-lhes, portanto, viva materialidade na efetivação de seus comandos positivos, assim incidindo na solução das lides, inclusive (e com maior visibilidade) nas lides coletivas de dimensão social.

²¹ AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal* – densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: forense, 2005, p.09 e 19.

2.2. A jurisdição em ação civil pública como jurisdição constitucional

Identifica-se, na seara da jurisdição constitucional, a jurisdição afeta à Ação Civil Pública, porquanto, conforme já assinalado, projetada ao alcance da tutela dos direitos de dimensão social, os quais encontram fundamento jurídico-positivo na própria Constituição²².

Observa-se, no rol dos direitos e garantias fundamentais e, enfim, dos direitos sociais proclamados na *Lex Mater*, a previsão de tutela estatal e jurisdicional ao patrimônio público, ao meio ambiente, ao acervo histórico e cultural, ao direito dos consumidores, à ordem econômica e social e, enfim, aos direitos difusos e coletivos de dimensão social, consoante se vê dos enunciados dos artigos 5º, incisos XXXII, LXXIII, 129, inciso III, 170, incisos V e VII, e 225, dentre outros dispositivos constitucionais.

Impende assinalar, por oportuno, que, mesmo que não se encontrasse (ou que se encontre) a literal menção, no texto da Carta Magna, de tal ou qual direito de dimensão social, é certo que o traçado principiológico da Constituição abarcaria (e abarca) os consectários direitos, decorrentes de tal traçado principiológico, porquanto fundantes e fundamentadores do Estado projetado na Lei Maior. Aliás, neste sentido, em sede de direitos e garantias fundamentais, é exatamente isso que revela a dicção do parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição, pronunciando: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, [...]”²³.

Com tais feições, verifica-se – sim – que os direitos de dimensão social, objeto da Ação Civil Pública, por tal dimensão (e caráter) decorrem – independentemente de estarem literalmente mencionados no texto constitucional – do regime e dos princípios adotados à concepção e à composição da Constituição e, conseqüentemente, à estrutura fundante e fundamentadora do Estado.

Por isso, há de se entender que o processo que serve à Ação Civil Pública dá ensejo à manifestação de jurisdição constitucional.

²² Gregório Assagra de Almeida, a propósito, retrata o processo coletivo brasileiro exatamente a partir das diretrizes constitucionais de atuação do Estado e da participação da sociedade na provocação dessa atuação. Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: SENADO FEDERAL. **Legislação Republicana Brasileira**. Brasília, 1988. Disponível em: <<http://senado.gov.br/sf/legislação/legisla/>>. Acesso em 11 ago. 2008.

Pois bem. Também por se tratar de ação em que atua a jurisdição constitucional, a Ação Civil Pública reclama, como antedito, processo o mais aberto possível, ou seja, um processo – repita-se - em que se amplie o mais possível o espaço à democrática discussão com a sociedade, divisando-se, de qualquer sorte, a possibilidade de controle, mormente de controle de validade de seus atos e resultados.

Do mesmo modo, o Compromisso de Ajustamento de Conduta – instrumento preventivo ou extintivo da lide objeto da Ação Civil Pública – tonifica-se de conteúdo constitucional, versando, exatamente, sobre tal matéria afeta à Ação Civil Pública, daí por que igualmente exige processo deliberativo o mais aberto possível, expondo-se ao controle da sociedade.

O objeto, portanto, do Compromisso de Ajustamento de Conduta atine a bem jurídico de matiz constitucional, com a dimensão social já assinalada, daí por que sua motivação interessa ao corpo social do Estado, de quem emana todo o poder.

Nesse sentido, em arremate às assertivas retro-enunciadas, tem-se a lúcida observação de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O fundamento constitucional da obrigação de motivar está [...] implícito tanto no art. 1º, inciso II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado, quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “por quê” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis.

Por isso Ramon Real disse que o dever de motivar é exigência de uma administração democrática – e outra não se concebe em um Estado que se declara “Estado Democrático de Direito” (art.1º, *caput*) – pois o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los.²⁴

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p.59.

Nesse contexto, é certo que a jurisdição que atine à homologação ou à não homologação, ou mesmo à invalidação do Compromisso de Ajustamento de Conduta, em sede de Ação Civil Pública, há de exercer-se perquirindo, substancialmente, acerca da motivação jurídica e política, a fim de que se tenha uma prestação jurisdicional que efetivamente realize um controle completo, inclusive teleológico.

PARTE 2

LEGITIMIDADE, INTERESSE JURÍDICO E PODER DE DISPOSIÇÃO NA TUTELA JURÍDICA COLETIVA

CAPÍTULO 3

Os caracteres da legitimidade, em sede de ação coletiva: desvinculação da titularidade do interesse material

3.1. A legitimidade e sua evolução conceitual

Legitimidade, no âmbito do Direito Processual, significa a aptidão, isto é, a capacidade, ou mesmo o atributo, de que se dota determinado ente ou sujeito para fazer-se ou ser parte ou interveniente em relação jurídico-processual, integrando, assim, os elementos subjetivos da ação.

De há muito, prendia-se a legitimidade à titularidade do direito material, mirado à tutela jurisdicional pretendida (legitimidade ativa) e, de outro lado, à titularidade do direito material contraposto àqueloutro direito ou da responsabilidade ou obrigação material de atendimento àqueloutro direito (legitimidade passiva).

Observa-se, claramente, que tal aprisionamento conceitual se adequava à ultrapassada configuração individual-privatística da ação (ou do direito de ação) e do processo que a servia: a ação como direito à provocação de jurisdição em defesa do direito material invocado pelo demandante, na condição de seu titular, em face de quem estaria materialmente obrigado a atendê-lo; a ação, portanto, a ensejar relação jurídico-processual (processo) coincidente, quanto aos elementos subjetivos, com a relação jurídico-material (relação litigiosa concreta).

Com tal configuração, não se cogitava da ação senão para a defesa de direitos ou pretensões de cunho individual, na ambiência restrita de litígio particularizado, credenciando-se como partes (autor e réu) no respectivo processo exatamente os sujeitos direta e concretamente envolvidos no litígio fático-material.

A ação, o processo e a própria função jurisdicional bem longe estavam, naquele contexto, de contemplarem a tutela de direitos ou interesses transindividuais; imersos no restrito campo da composição de litígios particularizados, a ação, o processo e a própria função jurisdicional se instauravam, se desenvolviam e se exauriam em alienação quanto aos seus escopos sócio-políticos.

Pois bem. Conseqüência de tal restritiva e alienada configuração individual-privatística da ação (e, conseqüentemente, do processo e da consecutória jurisdição prestada), a legitimidade *ad causam* se apresentava sob tal moldura rigidamente individualista, atribuída apenas aos envolvidos em litígio particularizado, titulares, assim, dos interesses materiais animadores desse litígio.

É certo que, portanto, a própria ação, por tal assimilação do litígio particularizado, à individualidade dos interesses de cada um dos litigantes, movidos por esses interesses materiais de sua direta titularidade, admitia-se como instauradora de relação jurídico-processual – em reprodução à relação jurídico-material – na qual a transação se lançava livre, à amplitude da disposição negocial exercida autonomamente por cada um dos litigantes, a quem exclusivamente interessava o destino da ação e a quem exclusiva e definitivamente tocavam os interesses jurídicos em jogo.

Evoluem as civilizações; criam-se e evoluem os Estados; evolui o Direito; remodelam-se a ação, o processo e a jurisdição. Entram em cena os direitos fundamentais e os direitos sociais; o poder reclama legitimação; a jurisdição assume sua função sócio-política e, em sintonia com tal função sócio-política, a ação passa a desgarrar-se da clausura individual-privatística, para alcançar a dimensão social, tuteladora dos chamados direitos (ou interesses jurídicos) transindividuais. Redefinem-se, dessarte, os sujeitos da ação e do processo: não agora, simples e necessariamente, ações individuais ou individuais plúrimas, movidas por e em face de quem titularizasse direito ou interesse jurídico material particular, posto em litígio; agora, também as ações coletivas, movidas por entes legalmente vocacionados à postulação judicial de pretensões concernentes a direitos ou interesses transindividuais, que emergem não simplesmente de relação jurídica material particularizada, mas que contornam e emergem da própria vida social, sobre a qual se projeta o Estado e em função da qual se legitimam os poderes estatais, inclusive o poder (a função) jurisdicional.

Decorência de tal evolução, formataram-se as ações coletivas, dentre as quais a especial Ação civil Pública, para a qual não se poderia aplicar o individualista conceito de legitimidade atrelado à relação jurídico-material particularizada, mas sim, em atendimento aos seus escopos sócio-políticos, o ampliado hodierno conceito de legitimidade, muito mais apegado (e adequado) aos caracteres que dimensionam

a relação jurídico-processual do que à titularidade do interesse jurídico primário (material)²⁵.

Unem-se, assim, por liame de coerência finalística, os escopos sócio-políticos da ação coletiva e do processo que a instrumentaliza, com o propósito da efetividade da jurisdição a eles pertinente, para, então, conceber-se a definição da legitimidade, especialmente da legitimidade ativa, a partir dos misteres institucionais de órgãos e entes criados e legalmente investidos para o exercício do Poder Social do Estado, titularizado por seu corpo social.

Nesse contexto, cabe assinalar a lúcida observação de Ivo Dantas no sentido de que, a legitimidade há de ser atualmente empregada como conceito sociológico-político, interessando-lhe valores e ideais envolventes do interesse jurídico de que cuida a ação e o processo.²⁶

3.2. A legitimidade como missão institucional, em sede de Ação Civil Pública e de Compromisso de Ajustamento de Conduta

Com a compreensão supra-esposada, construída do sentido sociológico-político, há de se enxergar a *legitimidade ativa* em sede de Ação Civil Pública e, é certo, para a tomada do Compromisso de Ajustamento de Conduta – instrumento preventivo ou extintivo da lide concernente à Ação Civil Pública.

Tal legitimidade, dessarte, configurada a partir de misteres institucionais, impõe ao ente legitimado, por seu agentes, fidelidade a esses misteres institucionais, também quando no exercício da dita legitimidade ativa, de tal sorte que não lhe é permitido exercer essa legitimidade com desvio do propósito político-social que a justifica e que a deve comandar.

Nesse sentido, revela Rodrigo Freire:

²⁵A respeito do tema, Donaldo Armelin focaliza, com bastante propriedade, a ampla noção de legitimidade, no Direito Processual Civil Brasileiro. *Vide* ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979. Por seu turno, Mafra Leal apresenta importantíssima abordagem acerca da evolução das ações coletivas. *Vide* MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998. Impende destacar, outrossim, o estudo histórico desenvolvido por Castro Mendes, focalizando as ações coletivas e sua evolução histórico-conceitual no direito comparado e no direito brasileiro. *Vide* CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002.

²⁶DANTAS, Ivo. *Teoria do Estado*. Direito Constitucional I. Belo Horizonte: Del Rey, 1989, p.115.

Há, no direito, então, interesses (materiais ou substanciais) que dão origem aos direitos subjetivos materiais ou substanciais e interesses (processuais ou instrumentais) na resolução dos conflitos de interesses (materiais ou substanciais) afirmados em juízo, limitando o exercício da ação.²⁷

Na esteira desse raciocínio, impende observar precisamente a vinculação de pertinência lógica entre os misteres institucionais ensejadores da legitimidade *ad causam*, a pretensão e o objeto afetos à ação coletiva e o conteúdo da prestação jurisdicional a que se destina. Tal vinculação de pertinência não se admite romper, tanto que a ação coletiva intentada – diga-se, aqui, especificamente a Ação Civil Pública – subsiste até mesmo a um pedido de desistência formulado pelo ente demandante ou mesmo ao abandono da causa em que incorra o demandante originário.

Nesse tom, a legitimidade ora enfocada não se revela como prerrogativa, poder, direito ou faculdade, mas como dever institucional. E, como tal, essa legitimidade não confere ao ente legitimado poderes ilimitados, mormente quanto à disponibilidade sobre o bem jurídico objeto da ação.

A propósito, observa Hugo Nigro Mazzilli:

Para o Ministério Público, há antes dever de agir que direito. Daí se afirmar a obrigatoriedade e a conseqüente indisponibilidade da ação pelo Ministério Público.

[...]

O princípio da obrigatoriedade ilumina não só a propositura como a promoção da ação civil pública pelo Ministério Público, em cada uma de suas etapas. Por esse motivo, também não poderá desistir arbitrariamente do pedido, ou deixar de assumir a promoção da ação em caso de desistência infundada de um co-legitimado, nem deixar de recorrer quando identifique violação da lei por parte de uma decisão judicial, nem deixar de promover a execução da sentença no momento adequado.

[...]

A razão da intervenção ministerial liga-se ao bem jurídico a ser defendido

[...]

²⁷ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1999, p.25.

Assim, nesse sentido se pode dizer que o Ministério Público está vinculado à causa que lhe tenha imposto a ação ou a intervenção.²⁸

Em suma, a legitimidade em foco representa e constitui, para o ente legitimado, compromisso institucional: promover a ação em cumprimento à sua missão institucional de tutela do bem jurídico de expressão social e, assim, conduzir-se como parte promovente da ação de modo a não transacionar acerca da incolumidade da tutela de tal interesse jurídico de dimensão social (e aqui se está mirando o atendimento – o respeito, a fidelidade – ao interesse jurídico primário, material).

²⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.71-73.

CAPÍTULO 4

Os caracteres do interesse de agir, em sede de tutela jurídica coletiva: inibição do poder de dispor

4.1. O caráter instrumental do interesse processual

Observa-se, com arrimo nos conceitos e argumentos já enunciados, que a legitimidade ativa do promovente da Ação Civil Pública, fulcrada no interesse processual, tem por escopo – frise-se - o atendimento ao interesse material de expressão social, o que revela, sim, o nítido caráter instrumental da legitimidade e do interesse processual que a anima, balizado, dessarte, pelo escopo de atendimento ao interesse substancial a que se destina a prestação jurisdicional provocada.

Anotam-se, a respeito, as observações de Leonardo Cunha:

Na realidade, o interesse de agir decorre do interesse substancial, não devendo com ele ser confundido [...] O interesse substancial serve, então, para a constituição do interesse processual [...]

O interesse de agir não deve, realmente, ser confundido com o interesse substancial ou material. Não sendo possível obter a satisfação do direito legal, não sobra ao interessado outra alternativa senão socorrer-se do Poder Judiciário com vistas ao reconhecimento de tal direito. Caso, ao final, não logre êxito, vindo a restar frustrada a demanda, com a improcedência do seu pleito, é curial que não terá havido reconhecimento de direito subjetivo e, de igual modo, de interesse substancial, mas estará presente, a toda evidência, o interesse de agir, exatamente porque não existia outro meio, senão o judicial, para poder valer-se, na busca do reconhecimento do seu direito ou do seu interesse substancial.

[...]

É extrema de dúvidas, portanto, que não se confundem o interesse de agir e o interesse substancial, sendo aquele instituto afeto ao direito processual, integrante do rol das condições da ação, ao tempo em que este último, como já se viu, consiste numa utilidade ou vantagem que pode ser encontrada em

algum bem, o qual, por sua vez, irá servir ao suprimento de uma necessidade, [...]”²⁹

Com o mesmo entendimento, assevera Vicente Grecco Filho, arrimado nas lições de Alfredo Buzaid e de Liebman:

O interesse processual é, portanto, a necessidade de se recorrer ao Judiciário para a obtenção do resultado pretendido, [...] Para verificar-se se o autor tem interesse processual para a ação deve-se responder afirmativamente à seguinte indagação; para obter o que pretende, o autor necessita da providência jurisdicional pleiteada?

[...]

Não era de boa técnica, pois, o Código anterior que dizia que o interesse do autor deveria ser legítimo, econômico ou moral. O que é legítima, econômica ou moral é a pretensão de direito material. O interesse processual, na expressão singela, mas significativa, de Alfredo Buzaid, “não tem cheiro nem cor”, isto é, não recebe qualificação quanto ao seu conteúdo, que se esgota na necessidade de recorrer ao Judiciário, utilizando-se a forma legal adequada.

Como explica Liebman, o interesse processual é secundário e instrumental em relação ao interesse substancial, que é primário, porque aquele se exercita para a tutela deste último [...] O interesse de agir surge da necessidade de obter do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, pois, a lesão desse interesse e a idoneidade do provimento pleiteado para protegê-lo e satisfazê-lo.

O interesse processual, portanto, é uma relação de necessidade e uma relação de adequação [...]”³⁰

Enfim, corroborando todas essas observações, invocam-se as lições de Pontes de Miranda:

²⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002, p.83-84.

³⁰ Op.cit., p.83-84.

“No Código de Processo Civil, art. 3º, o princípio que se formula é o *princípio da necessidade da tutela jurídica, também chamado princípio do interesse na tutela jurídica* [...] A necessidade, de que se trata, é a necessidade objetiva da tutela pelo juiz sem se ter de indagar se, no autor, havia, ou há, a necessidade subjetiva da propositura da ação [...]

Tem-se, portanto, de evitar toda a confusão entre falta de interesse de agir e falta de direito, de pretensão, de ação, ou de exceção. Ali, só se cogita de pretensão à tutela jurídica [...]

[...]

O interesse do autor ou do réu é o que ele tem na prestação jurisdicional [...]

[...]

A pretensão que está à base do pedido, pretensão de direito material, nem sempre coincide com a de direito processual [...]³¹

As assertivas acima pronunciadas revelam: a legitimidade *ad causam*, em sede de ação coletiva, inclusive, e com muita ênfase, em sede de Ação Civil Pública, informada pelo interesse jurídico processual, consectário dos misteres institucionais do ente legitimado, não se afigura divorciada do sentido de atendimento ao interesse jurídico material; na verdade, por força dos misteres institucionais configuradores do interesse processual e de tal legitimidade corporativa ou institucional, é que a atuação desse ente legitimado se pauta e recebe as limitações para que se concretize como atuação dirigida à intransigente salvaguarda do interesse jurídico material, cujo atendimento, afinal, representa o escopo sócio-político da jurisdição coletiva, conferindo-se efetividade ao caráter instrumental do processo coletivo (da ação coletiva), cuja existência se justifica exatamente quando se instaura e se desenvolve como eficaz instrumento à prestação jurisdicional destinada à tutela dos interesses jurídicos materiais de dimensão social (transindividual).

Verifica-se, dessarte, que tais limites de deliberação (disponibilidade) impostos aos entes legitimados à promoção da Ação Civil Pública e à tomada do Compromisso de Ajustamento de Conduta se impõem em razão de que, sobretudo, não são eles os titulares do interesse jurídico material (do bem jurídico) objeto da tutela pretendida; tal interesse jurídico material encontra-se sob a titularidade do

³¹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo I. Rio de Janeiro: forense, 1973, p.157-158 e 160.

corpo social do Estado; os entes legitimados agem, na verdade, movidos pelo interesse processual que lhes é atribuído por seus misteres institucionais.

Nesse tom, assevera Antônio Gidi, versando sobre ação coletiva:

Do direito subjetivo, portanto, nunca é demais repetir, só há um titular: a comunidade, a coletividade ou a comunidade de vítimas indivisivelmente considerada, conforme seja o direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, respectivamente.³²

Cumpra, nesse sentido, identificar a enfocada legitimidade à ação coletiva outorgada em decorrência do interesse jurídico processual e a serviço do interesse jurídico material.

Em outras palavras, tem-se que, em sede de Ação Civil Pública, a parte ativamente legitimada, não sendo titular do interesse jurídico material, mas institucionalmente mandatária de quem o é, há de agir considerando os limites de sua legitimidade enquanto titular do interesse jurídico processual, a serviço do atendimento ao interesse jurídico material, e não, portanto, com poderes de disponibilidade sobre tal interesse material, que, tendo dimensão social, se dota do caráter de indisponibilidade.

Sintetiza, na esteira desse preciso entendimento, Rodolfo de Camargo Mancuso:

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que a relação interesse/legitimação, existente nas ações de caráter privado, não é a mesma quando se trata de ações de natureza *coletiva*; nestas, o bem de vida perseguido não concerne especificamente ao autor, que ali comparece na condição de um adequado representante (*ideological plaintiff*, nas *class actions* do direito norte-americano): o interesse no caso é *difuso*, espreado num contingente indeterminado de pessoas (ex.: “consumidores”); logo, para usar o exemplo da lei brasileira, uma certa associação ambientalista pode estar legitimada para propor ação civil pública objetivando a despoluição de um rio (Lei 7.347/85, art. 1º, I, e art. 5º, I e II), mas o seu interesse processual decorre, basicamente, da *necessidade* desse recurso jurisdicional, nada tendo a ver com a “titularidade” do interesse

³² GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 23-24.

(substancial, primário), este prtinente à coletividade como um todo (CF, art.225).³³

No mesmo sentido, Sérgio Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni salientam:

Considerado o sistema de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, percebe-se que a idéia de legitimidade para a causa não tem nada a ver com a titularidade do direito material, até porque não se pode dizer, por exemplo, que alguém é titular do direito à higidez do meio ambiente (direito difuso, cuja titularidade é indeterminada). Na verdade, nesses casos, a legitimidade para a causa não é concebida nos moldes do processo individual, mas sim para adequar-se ao chamado processo coletivo.

[...]

[...] não se pode conceber o processo coletivo sob a perspectiva da ação individual, nem se pode aplicar indiscriminadamente as noções do processo individual para a tutela coletiva. De fato não há razão para tratar da legitimidade para a tutela dos direitos transindividuais (ou mesmo dos direitos individuais homogêneos) a partir de seu correspondente no processo civil individual.³⁴

As assertivas supra-esposadas impõem a precisa diferenciação entre o interesse jurídico-material e o interesse jurídico processual (interesse de agir), para fins de justificação da legitimidade ativa, em sede de Ação Civil Pública.

Adverte Humberto Theodoro Jr. que “o interesse de agir [...] não se confunde com o interesse substancial, ou primário”³⁵.

Pois bem. Decorrente do interesse substancial, mas não necessariamente com ele coincidente, enxerga-se o interesse de agir (ou interesse processual) consistente no interesse jurídico de obter a tutela jurisdicional àquele interesse substancial primário.

³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9.ed. São Paulo: RT, 2004, p.61.

³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 2.ed. São Paulo: RT, 2003, p. 68 e 132.

³⁵ THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.1, p.55.

Nesse diapasão, é certo que a legitimidade ativa *ad causam* é informada precipuamente pelo interesse de agir, às vezes desgarrado do interesse substancial primário, quanto à respectiva titularidade.

É nesse tom que a melhor doutrina tem abandonado o conceito de legitimidade atrelado simplesmente à relação jurídica material, como bem observa Humberto Theodoro:

Se a lide tem existência própria e é uma situação que justifica o processo, ainda que injurídica seja a pretensão do contendor, e que pode existir em situações que visam mesmo a negar *in totum* a existência de qualquer relação jurídica material, é melhor caracterizar a legitimação para o processo com base nos elementos da lide do que nos do direito debatido em juízo.

[...]

Em síntese: como as demais condições da ação, o conceito de *legitimatío ad causam* só deve ser procurado com relação ao próprio direito de ação, [...] ³⁶

4.2. A indisponibilidade do bem jurídico objeto da tutela coletiva, ante os caracteres do interesse processual que a enseja

A análise da questão da indisponibilidade do bem jurídico objeto de Ação Civil Pública, ao se transpor ao âmbito da relação jurídico-processual, impõe identificação dos exatos contornos e natureza da legitimidade *ad causam*, animada por interesse jurídico peculiarmente distinguido do interesse jurídico primário ou material.

Por esse ângulo analítico, enxerga-se, primeiramente, a nítida distinção conceitual entre interesse jurídico primário ou material e interesse jurídico secundário ou processual (interesse de agir), a modelar a consectária legitimidade *ad causam* e, via de consequência, a graduar o poder de disposição das partes no processo, em torno do bem jurídico objeto da lide.

Pois bem. “Interesse”, do ponto de vista material, quer significar o propósito (potencial ou efetivo) de se usufruir das utilidades de determinado bem ou situação. Esse, o interesse primário ou material: o propósito do exercício de fruição, ou o já

³⁶ *Id-Ibidem*, p.57-58.

exercício de fruição. Neste tom, o interesse jurídico se diz primário ou material porquanto envolvido na relação jurídica de direito material, imersa na concretude dos direitos e obrigações que vinculam os sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil.

No plano processual, entretanto, o “interesse” quer significar o propósito de se obter determinada prestação jurisdicional, justificando-se tal “interesse” ao *status* jurídico de cada sujeito do processo e aos respectivos misteres institucionais (pessoas jurídicas ou entes formais) ou de habilitação pessoal (pessoas físicas) legalmente traçados. Neste tom, o interesse jurídico se diz secundário ou processual, porquanto envolvido na relação jurídico-processual, imersa na lide composta perante o Estado-Juiz. Neste sentido, salienta Calamandrei:

Este interesse processual em atuar e para contradizer em juízo não deve ser confundido com o interesse substancial na obtenção de um bem que constitui – interesse processual e interesse substancial – o núcleo do direito subjetivo. Não se deve esquecer que a observância do direito objetivo, e com ela a satisfação dos interesses individuais que o direito tutela, se realiza normalmente sem necessidade de recorrer aos órgãos judiciais, a intervenção dos quais representa um remédio subsidiário, cuja utilidade se revela somente quando tem faltado a voluntária adaptação da conduta individual à vontade da lei, na qual confia, em primeiro lugar, o ordenamento jurídico. O interesse processual em atuar e em contradizer surge precisamente quando se verifica em concreto aquela circunstância que faz considerar que a satisfação do interesse substancial tutelado pelo direito não pode ser já conseguida sem recorrer à autoridade judicial, ou seja, quando se verifica em concreto a circunstância que faz indispensável pôr em prática a garantia constitucional.³⁷

Válido anotar, corroborando toda a conceituação retro-supra-enunciada, as lições de Liebman:

O interesse de agir é o elemento material do direito de ação e consiste no interesse em obter o provimento solicitado. Ele se distingue do interesse

³⁷ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campina: Bookseller, 1999, p. 215-216.

substancial, para cuja proteção se intenta a ação, da mesma maneira que se distinguem os dois elementos correspondentes: o substancial que se afirma pertencer ao autor, e o processual, que se exerce para a tutela do primeiro. Interesse de agir é, por isso, um interesse substancial, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato genericamente existente.³⁸

É certo, com efeito, que o interesse jurídico processual é quem informa a legitimidade *ad causam*, valendo salientar que não necessariamente terá como titular o mesmo titular do interesse jurídico material, ante determinada relação jurídico-processual modelada no âmbito de determinada ação, para o alcance de diferenciada prestação jurisdicional.

No ambiente estritamente privado, ou seja, no âmbito das relações jurídicas de caráter eminentemente patrimonial, envolvendo a isolada esfera jurídica de cada contratante, no exercício de sua autonomia de vontade negocial, em pacto equilibrado, acerca de bens ou direitos economicamente valorados e, nesses moldes, plenamente disponíveis, observa-se que o titular do interesse jurídico material se afigura o mesmo titular do interesse jurídico processual, de tal sorte que a legitimidade *ad causam* terá o dito mesmo titular do interesse jurídico material (que também se afigura titular do interesse jurídico processual).

No entanto, quando a relação jurídica ultrapassa os limites do ambiente estritamente privado e individual, alcançando dimensão social por envolver bens ou direitos afetos à coletividade ou mesmo alcançando situações afetas aos direitos que não se reduzem à mera valoração econômico-patrimonial, porquanto atrelados aos valores intangíveis da personalidade, da dignidade ou, enfim, dos direitos fundamentais, a ordem jurídica positiva logra definir a alguns entes ou órgãos misteres institucionais ou mesmo habilitação legal a indivíduos para buscarem, no ambiente de determinadas ações, prestações jurisdicionais de alcance social típico. Haverá, nessa ambiência de dimensão social, legitimidade *ad causam* animada por interesse jurídico processual, eminentemente processual.

³⁸LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro; forense, 1984, v.1., p.154.

Em resumo, tem-se que, por exemplo, no ambiente de um contrato de locação (relação jurídico-material estritamente privada e individualizada), o locador é quem terá legitimidade ativa *ad causam* para a ação de despejo, movido, portanto, pelo interesse jurídico primário, afeto àquele negócio jurídico, que, *in casu*, confere ao mesmo locador o interesse jurídico processual.

Já, por exemplo, no ambiente em que se insere a atividade de uma indústria, verifica-se que o despejo de seus dejetos industriais em níveis superiores aos toleráveis ao meio ambiente saudável afeta o interesse jurídico primário de todos os membros do corpo social; mas, para fins de Ação Civil Pública, legitimidade terá o Ministério Público, dentre outros entes, por suas atribuições institucionais legalmente traçadas, a conferir-lhe interesse jurídico processual, estritamente processual, de alcançar prestação jurisdicional que atenda aos interesses materiais que, titularizados por todo o corpo social, se afigurarem difusos.

Com espeque, exatamente, na compreensão emanada dos conceitos e assertivas supra-anotados, identifica-se que a legitimidade afeta aos entes representativos da sociedade para a promoção da Ação Civil Pública se alia exclusivamente ao *interesse de agir* em sentido estrito, porquanto tais entes não podem invocar a si a definitiva e direta titularidade do *interesse substancial primário*, de caráter transindividual, que compõe o objeto material da lide coletiva em foco.

Sim. O caráter transindividual do interesse material direto abarcado pela tutela jurisdicional própria da Ação Civil Pública indica a titularidade difusa ou coletiva de tal *interesse substancial primário*, não se lhe podendo outorgar a definitiva e direta titularidade de cada qual dos entes legitimados à propositura da Ação Civil Pública.

Nesse tom, sintetiza Luiz Guilherme Marinoni:

A evolução da sociedade determinou o aparecimento da consciência de que determinados bens, ainda que pertencentes a toda a sociedade ou a um grupo, são fundamentais para a adequada organização social. Surgiu, assim, a percepção de que o direito ao meio ambiente (por exemplo), mesmo que pensado como bem que não interessa apenas a uma só pessoa, deve contar com instrumentos processuais aptos à tutela em juízo, pouco importando o fato de não poder ser individualizado. Direitos desse porte, então, passaram a ser categorizados como transindividuais, de natureza indivisível.

[...]

Os direitos transindividuais e individuais homogêneos exigiram a remodelação dos antigos conceitos de legitimidade para a causa e de coisa julgada material, ligados ao processo civil estruturado para dar solução aos conflitos individuais, que concebia o legitimado como o titular do direito material e a coisa julgada material como algo que diz respeito somente às partes.

Conceitos desse tipo não servem para os direitos transindividuais (difusos e coletivos), simplesmente porque eles são indivisíveis e, em razão disso, devem ser reivindicados por entes que tenham idoneidade para protegê-los em juízo. Se a legitimidade, no caso, tem que ser obrigatoriamente deferida a um ente coletivo – que então passa a defender direito de várias pessoas –, a coisa julgada material, por absoluta conseqüência lógica, tem que passar a beneficiar a todos os titulares do direito em litígio.³⁹

No mesmo diapasão, Rodolfo de Camargo Mancuso comenta:

Ao cabo da lenta e gradual evolução da ciência processual, houve um momento em que se operou a *ruptura* com o direito material. Alentados estudos e observações permitiram constatar certos fatos suficientes a evidenciar a existência de duas *realidades*: uma, dita “substancial”, subsumida em normas de direito objetivo, formando, segundo as diferentes concepções, *direitos subjetivos*, *situações jurídicas*, enfim, *relações jurídicas de direito material*; outra realidade, subjacente a essa, por ela ensejada, mas distinta, apresentando *outra natureza*, sujeita a princípios próprios e oferecendo categorias jurídicas específicas: o direito de ação; a *relação jurídica processual*.

[...]

Bem por isso, o CPC não atrela o direito de ação a um afirmado direito material, dizendo seu art.3º: “Para propor ou contestar ação é necessário ter *interesse* e legitimidade”. Daí a recepção da idéia de que os interesses, desde que *legítimos*, merecem tutela jurisdicional, ampliando-se, destarte, o *universo jurisdicionável*. Isso facilitou a proteção judicial de interesses diferenciados, como os insuscetíveis de atribuição a um exclusivo *titular*, como se dá com o meio ambiente (“bem de uso comum do povo”, art.225 da CF); de bens e valores incorpóreos, como a *moralidade administrativa*

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 1999, p. 99-100.

(CF, art.5º, LXXIII) ou ainda o *dano moral* causado a interesse metaindividual (art.1º da Lei 7.347/85).⁴⁰

Verifica-se, assim, que, no que pertine aos chamados direitos de dimensão social (ou bens jurídicos de dimensão social), a titularidade do respectivo interesse material, afigurando-se coletiva ou difusa, fulminaria, acaso eleita como fator de atribuição de legitimidade à ação coletiva, o escopo de tal ação de espectro coletivo, porquanto daria azo à pulverização de demandas judiciais, a comprometer a celeridade, a eficiência e a uniformidade da tutela jurisdicional, bem assim sua efetividade, atentando-se, destarte, contra a própria segurança jurídica.

Se, como se sabe, a Ação Civil Pública tem, quanto ao escopo de dimensão do alcance da tutela jurisdicional que encerra, o mister de propiciar prestação jurisdicional de espectro geral, coletivo, na amplitude extrema dos efeitos *erga omnes*, de modo a prover, com um só veredicto, a definição de situação jurídica transindividual, não se lhe seria adequado informar a legitimidade em função do interesse jurídico primário, haja vista que, se assim o fosse, haveria uma difusa atribuição de legitimidade ativa, a ensejar que quaisquer entes (pessoas físicas ou jurídicas) pudessem valer-se de ação coletiva acerca daquela situação jurídica de dimensão transindividual, o que, sem dúvida, converteria (ou deturparia), na prática, ante a pulverização de ações, a ação coletiva em múltiplas ações de iniciativa individual, mais amplas do que a própria ação popular, sobrecarregando o Poder Judiciário, gerando decisões conflitantes, inviabilizando a tutela jurisdicional coletiva efetiva.

A respeito, sintetiza Rodolfo de Camargo Mancuso:

[...] Os interesses difusos, pelo fato mesmo de sua natureza, pedem uma legitimação [...] difusa, a ser reconhecida, em sede disjuntiva e concorrente, aos cidadãos *per se* ou agrupados em associações, e, bem assim, aos entes e órgãos públicos interessados, *ratione materiae*, aí incluído o Ministério Público.⁴¹

Dessarte, em atendimento ao próprio escopo de dimensão do seu alcance, à Ação Civil Pública se define a legitimidade em função do interesse jurídico

⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos – conceito e legitimação para agir*. 6.ed. São Paulo: RT, 2004, p. 154-155.

⁴¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op.cit.*, p.225.

processual, que se configura ante a presença, no legitimado, dos atributos institucionais que, na dicção legal, guardem pertinência com o objeto de tal especial ação coletiva.

Contudo, não se enxergam as limitações que a só titularidade do interesse processual traz à parte legitimada para a causa, não sendo ela a titular imediata do interesse jurídico material. Explica-se: não sendo a parte legitimada titular imediata do interesse jurídico material, não se lhe pode conferir o poder de livre disposição sobre o bem jurídico objeto da lide. Nesse sentido, a própria Lei de Ação Civil Pública estabelece:

Art. 5º [...]

§1º. O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará **obrigatoriamente** como fiscal da lei;

[...]

§3º. Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado **assumirá** a titularidade ativa;

[...] (grifo nosso).

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 pública e indicando-lhe os elementos de convicção. (grifo nosso).

“Art.7º. Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.” (grifo nosso).

Art.9º. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, **fazendo-o fundamentadamente**.

§1º. Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

§2º. Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§3º. A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, [...]

§4º. Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público **para o ajuizamento da ação.** (grifo nosso).

Art.10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa [...], a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

Os dispositivos legais em referência revelam-se como manifestações do caráter de indisponibilidade do bem jurídico (interesse jurídico material, primário) tutelado em sede de Ação Civil Pública e apontam, exatamente, para a legitimidade ativa configurada a partir do interesse processual, de que se dotam os entes legitimados por força de seu mister institucional, que lhes impõe, muito mais como dever, tal legitimidade ativa *ad causam*.

Em suma: constatando-se (como constatado está) que, em Ação Civil Pública, é o interesse jurídico processual quem informa a legitimidade ativa, à parte legitimada não se outorga o poder de dispor sobre o bem jurídico tutelado em tal especial ação coletiva.

Importante verificar, a esta altura, que, animada pelo interesse jurídico processual de quem a promove, a Ação Civil Pública, por sua condição de ação coletiva e, destarte, promovida por quem não titulariza direta e definitivamente o interesse jurídico material, se exerce em processo cujo resultado há de ter dimensão social, daí que a própria moldura processual da ação coletiva impõe limites de deliberação ao ente ativamente legitimado à sua promoção.

Nesse sentido, anotam-se as lições de Fernando Grella Vieira:

[...] 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. [...] O descompasso entre a legitimidade e a titularidade dos interesses, no caso, realça a sua natureza indisponível, detectável, de resto, da supremacia que lhe confere o sistema jurídico dado o seu significado social”. No que tange aos *interesses coletivos* “passíveis de determinação quanto às pessoas individualmente atingidas, integrantes da categoria, a legitimação dada ao Ministério Público ou às entidades que a congregam não se desveste da natureza extraordinária, mesmo tendo a Constituição, como visto, a disciplinado. É que, de regra, não estará afastada a possibilidade da tutela individual pelo mesmo fato. Em decorrência, a indisponibilidade, em casos que tais, se impõe também e justificadamente em função da via processual que, por ser coletiva, acionada por terceiro em defesa de interesses alheios, torna-se incompatível com o poder de disposição.⁴²

No mesmo diapasão, tem-se a assertiva de Ricardo de Barros Leonel:

Mesmo quando caracterizados interesses patrimoniais, ao ganharem dimensão coletiva adquirem conotação social, tornando-se indisponíveis processualmente, não obstante o lesado possa individualmente dispor de sua parcela. Ademais, os legitimados também não podem deles dispor por não serem titulares de tais interesses.⁴³

Nesse contexto, o Compromisso de Ajustamento de Conduta, instrumento que pode prevenir ou solucionar a própria Ação Civil Pública, contemplando, com força de título executivo, obrigação de fazer ou não fazer em prol da tutela dos enfocados direitos difusos ou coletivos de expressão social, igualmente impõe ao ente público tomador do Compromisso atuação pautada pela motivação e pela finalidade condizentes com a efetiva tutela desses direitos de dimensão social, cuja titularidade, conforme já explicitado, pertence ao corpo social do Estado.

Por tal caracter, assinala-se que o interesse jurídico de que se dotam os entes públicos à tomada do Compromisso de Ajustamento de Conduta, nos moldes do

⁴² VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, v. 161, jan-mar. 1993.

⁴³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002, p.324.

artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei de Ação Civil Pública, trata-se, também aqui, não do interesse material primário, mas do interesse institucional, emerso dos misteres institucionais dos ditos entes públicos legitimados, traçados pela norma que os criou e os inseriu na estrutura político-governamental do Estado.

Assim, com o interesse de agir atrelado aos respectivos misteres institucionais, há de se entender que os entes públicos legitimados à tomada do Compromisso de Ajustamento de Conduta, por seus dirigentes, não agem nem deliberam ao seu livre talante (ou arbítrio), mas, na verdade, hão de agir e deliberar, sob pena de invalidação de sua atuação por vício de motivo e desvio de finalidade, segundo as diretrizes legalmente traçadas à tutela governamental, em prol da satisfação efetiva do interesse público de dimensão social, dos ditos direitos difusos e coletivos ensejadores dessa atuação.

PARTE 3

NATUREZA JURÍDICA E CONTROLE DE VALIDADE DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

CAPÍTULO 5

Da distinção substancial entre Compromisso de Ajustamento de Conduta e Transação

5.1 Ato jurídico e negócio jurídico: distinção

Com espeque na conceituação revelada pelo direito alemão, como bem assinala Maria Helena Diniz⁴⁴, distinguem-se o negócio jurídico e o ato jurídico em sentido estrito, distinção que permite melhor divisar a natureza de seus respectivos conteúdos e, assim, o balizamento de seus efeitos.

A diferenciação, dessarte, dá azo à definição do negócio jurídico como contrato – transação -, por meio do qual os sujeitos inter-relacionados, titulares de vontade autônoma (própria), por ela movidos, estatuem entre si ou remodelam entre si direitos e deveres, assim negociados segundo a autonomia de suas vontades, produzindo os efeitos igualmente pactuados, com a limitação material de tão-só não afrontarem vedações legais.

No negócio jurídico, dessarte, a vontade das partes compõe o conteúdo que, entre as partes, se dota do *status* de norma ou de regra jurídica, assim concebida pelas partes e assim reconhecida pela própria lei, com esse mesmo *status*.

A propósito, Pontes de Miranda observa:

O ordenamento jurídico permite que atos humanos classificáveis como manifestações de vontade entrem no mundo jurídico (= sejam fatos jurídicos) e, portanto, que de cada um deles, ou de alguns deles, em complexo, emane eficácia jurídica [...]

[...]

[...] A declaração de vontade, fazendo-se fato jurídico [...], já não é só a declaração de vontade, já não é apenas o suporte fático. A eficácia jurídica pode ser menos, ou ser mais, ou ser menos e mais, do que a eficácia jurídica que o declarante “queria”, ou a que destinava a sua declaração de vontade. Negócio jurídico é fato jurídico de que a declaração de vontade (ou manifestação de vontade, [...]) foi suporte fático [...]

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.1, p.424.

O negócio jurídico é o tipo de fato jurídico que o princípio da autonomia da vontade deixou à escolha das pessoas. A pessoa manifesta ou declara a vontade; a lei incide sobre a manifestação ou a declaração, ou as manifestações ou declarações de vontade; o negócio jurídico está criado: a declaração ou declarações, a manifestação ou manifestações de vontade fazem-se jurídicas; entram no mundo jurídico; o mundo jurídico recebe-as, apropria-se delas [...] A manifestação da vontade é suporte fático. Negócio jurídico é o ato humano consistente em manifestação, ou manifestações de vontade, como suporte fático, de regra jurídica, ou de regras jurídicas, que lhe dêem eficácia jurídica [...] ⁴⁵

Em suma, o negócio jurídico, em sentido estrito, quer significar o pacto que, contemplando interesses estritamente patrimoniais, tem por objeto a transmissão de bens ou direitos de expressão econômico-financeira, de acordo com as condições estabelecidas pelas partes, sob as modulações traçadas pelos próprios contraentes, no exercício da autonomia de suas vontades.

Desde que, simplesmente, os agentes se afigurem capazes e na manifestação livre e lúcida de suas vontades e, enfim, desde que observada a licitude e a possibilidade do objeto de seu entendimento negocial, o pacto assim configurado como negócio jurídico se apresenta livre de forma e de conteúdo, envolvendo bens ou direitos de caráter eminentemente patrimonial.

Verifica-se, pois, que o negócio jurídico se insere no regramento do direito privado – eminentemente privado – animado pela ousada diretriz do enunciado de que o que não for legalmente proibido é (e será) permitido.

Por seu turno, o ato jurídico *stricto sensu* se define como o ato formal, expresso, portanto, em instrumento solene (elaborado e subscrito segundo as formalidades legalmente previstas) nos termos do qual os sujeitos inter-relacionados aderem a direitos e obrigações concebidos segundo as diretrizes legais, dando azo à produção dos efeitos projetados pela lei (aqui assimilada em seu amplo sentido).

Em outras palavras, tem-se que o ato jurídico *stricto sensu* é exatamente aquele que, cumprida determinada forma legal, expressa o conteúdo prescrito na lei para, exatamente, produzir os efeitos legalmente previstos, envolvendo a declaração, a constituição, a transmissão, a alteração ou a extinção de direitos, relações ou obrigações jurídicas, de caráter patrimonial ou não-patrimonial.

⁴⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. 3.ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p.81-82 e 90-92.

Por tal definição, tem-se que o ato jurídico em sentido estrito não se nutre de conteúdo material simplesmente composto das deliberações emanadas da vontade autônoma (privada) dos sujeitos inter-relacionados, mas sim, há de dotar-se de conteúdo material que revele a adesão a direitos e obrigações legalmente projetados, produzindo os efeitos conferidos pela lei.

Com arrimo nas lições de Fábio Maria de Mattia e de Santoro-Passarelli, Maria Helena Diniz conclui:

O ato jurídico em sentido estrito é o que gera conseqüências jurídicas previstas em lei e não pelas partes interessadas, não havendo regulamentação da autonomia privada. De forma que “o ato jurídico *stricto sensu* seria aquele que surge como mero pressuposto de efeito jurídico, preordenado pela lei, sem função e natureza de auto-regulamento”.

Para Santoro-Passarelli, o negócio jurídico é o “ato de autonomia privada, com o qual o particular regula por si os próprios interesses. Por outras palavras, é o ato regulamentador dos interesses privados”.

[...]

Onde nenhuma operação de autonomia privada exerce influência, ter-se-á ato jurídico em sentido estrito, cujo efeito, com fundamento numa situação fática, caracterizada e regulada legalmente, se produz *ex lege*, sem consideração à vontade do agente.⁴⁶

5.2. O Compromisso de Ajustamento de Conduta como ato jurídico em sentido estrito

As assertivas suso-enunciadas revelam: o Compromisso de Ajustamento de Conduta afasta-se da classe de negócio jurídico e, assim, afasta-se do caráter de transação, inserindo-se, isto sim, na classe dos atos jurídicos *stricto sensu*.

A propósito, observa-se que, quanto à forma, o Compromisso de Ajustamento de Conduta há de revestir-se necessariamente da forma escrita e, quanto ao conteúdo, há de contemplar o estabelecimento de obrigação que enseje a adoção de conduta adequada às “exigências legais”, além do que, à produção dos efeitos próprios enunciados na Lei de Ação Civil Pública, apenas os “órgãos públicos”

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. Op.cit., p.424, 426-427.

podem tomar o Compromisso dos destinatários da imputação da obrigação jurídica que encerra.

Entretanto, em sua acepção privatística, a *transação* consiste no negócio jurídico intercorrente a uma relação jurídico-obrigacional, nos termos do qual (negócio jurídico), por concessões mútuas, isto é, renunciando a determinados direitos (disponíveis, portanto), as partes atenuam (reduzem) a dimensão da obrigação jurídica que originariamente as vinculou. É assim que se transpõe a conceito as previsões dos artigos 840 e 841, do Código Civil Brasileiro⁴⁷:

“Art.840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

“Art.841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.

A propósito, vale invocar o conceito pronunciado por Sergio Bermudes:

A *transação* (*transactio*, ato de passar, de acomodar; de *transigere*, de *trans*, através, de um lugar a outro, e *agere*, impelir, fazer andar, levar; logo, o que vai e vem: toma lá, dá cá) que envolve abdicação parcial, aproximando-se dela por isso mesmo, consiste na composição, ou na prevenção da lide, mediante mútuas concessões que se fazem os litigantes. O Código Civil a define [...]: “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”. As partes da lide atual ou iminente abrem mão de uma parcela das respectivas pretensões, preferindo, por razões de ordem diversa, a satisfação apenas parcial delas ao conflito. A transação é o *acordo* das posições divergentes (palavra que, significativamente, procede de *coração*, *cor* em latim, tomado o substantivo como símbolo do sentimento e da vontade).⁴⁸

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: SENADO FEDERAL. **Legislação Republicana Brasileira**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://senado.gov.br/sf/legislação/legisla/>. Acesso em 22 jun. 2007.

⁴⁸ BERMUDES, Sergio. Op.cit., p.15.

Com efeito, é certo que tal acepção privatística não cabe em sede de Ação Civil Pública, nem se alia aos caracteres do Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Os entes legitimados à promoção da Ação Civil Pública e à tomada do Compromisso de Ajustamento de Conduta não podem “abrir mão” de parcela alguma das pretensões tuteladas por sua atuação, nem podem assentir com a adoção de medidas aquém das necessárias e possíveis, de modo a que se tenha uma “satisfação apenas parcial” dessas pretensões⁴⁹.

Como antedito, os interesses jurídicos que podem justificar a Ação Civil Pública estão imersos no conjunto de valores que compõem o interesse público, daí por que tais interesses concretos não se podem reduzir à esfera estritamente privada, uma vez postos na lide coletiva instalada na referida ação. Há, aqui, apagando qualquer eiva de particularização do interesse jurídico em jogo, a aplicação do princípio da supremacia do interesse público, aqui enunciado em seu amplíssimo sentido de *interesse social*.

Cumprir assinalar, por oportuno, que, em sede de Compromisso de Ajustamento de Conduta, tomado por “órgãos públicos”, nos moldes do multicitado parágrafo 6º, do artigo 5º, da Lei de Ação Civil Pública, ditos “órgãos públicos”, por tal condição, sequer são dotados de vontade própria (autônoma).

Nesse tom, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera:

É aqui que melhor se enquadra aquela idéia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei. Segundo o princípio da legalidade, a Administração pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da **autonomia da vontade**, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe.(grifo do autor) ⁵⁰

⁴⁹ Pedro da Silva Dinamarco, versando especificamente sobre a Ação Civil Pública, seus caracteres e elementos peculiares, também autoriza essa advertência. Cf. DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 2001. No mesmo sentido, diciona Pedro Lenza, enfatizando a indisponibilidade dos bens tutelados pela jurisdição que se busca na Ação Civil Pública. Cf. LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2003. Destaque também para a abordagem de Vigliar, identificando, com precisão, as peculiaridades substanciais da Ação Civil Pública. Vide VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.67-68.

No mesmo sentido, Cirne Lima arremata, salientando que a atuação dos entes públicos necessariamente há de “estar vinculada a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou do órgão que a exercita”⁵¹.

Nesse mesmo diapasão, verifica-se que a Ação Civil Pública não é afeita a *transação*, em sua acepção enquanto negócio, porquanto o bem jurídico posto em lide se afigura indisponível, mesmo por que, como se sabe, a sentença a ser proferida, tratando-se de Ação Civil Pública, produzirá efeitos *erga omnes*, consoante legalmente projetado (Lei 7.357/1985, artigo 16).

Oportuno anotar, corroborando as afirmações supra-esposadas, as observações de Rodolfo de Camargo Mancuso:

No processo civil, a transação induz à extinção do processo com julgamento do mérito (CP, art. 269, III), o que bem se compreende, porque ocorrida a autocomposição, não resta mais *lide* sobre que possa recair a prestação jurisdicional. Se assim é nos litígios intersubjetivos, já nos litígios envolvendo interesses metaindividuais, a questão ganha diversa coloração, porque aí o objeto da ação apresenta uma dimensão *ultra partes*. Ainda que não se recorra à figura da substituição processual para explicar a “representação” dos ausentes na pessoa do autor da ação civil pública, o fato é que, a rigor, não dispõe ele de “poderes para transigir”, acerca de interesses que estão esparsos por toda a coletividade (*difusos*) ou em parcelas significativas dela (*coletivos em sentido estrito, individuais homogêneos*).⁵²

Com tal perspectiva, há de se entender que o citado comando do artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei de Ação Civil Pública, enseja a consecução de resultado prático equivalente, nunca a consecução de conciliação que implique renúncia de direitos ou tolerância a qualquer mínima agressão ao bem jurídico objeto da especial ação coletiva em comento.

A propósito, válido anotar o posicionamento adotado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 299400/RJ, com Acórdão assim ementado:

⁵¹ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: 1954, p.63.

⁵² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 317-318.

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL. AJUSTAMENTO DE CONDUTA. TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO [...].

1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos.
2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao *status quo ante*.
3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra.
[...].⁵³

Esclareça-se que, na verdade, quando o Superior Tribunal de Justiça, no *decisum* acima anotado, cogita de transação, na realidade não está se referido ao conceito jurídico preciso do termo, mas está, indubitavelmente, se referindo à imposição de conduta que se constitua em resultado prático equivalente ao atendimento das exigências legais, quando concretamente se tornar impossível volver ao *status quo* anterior à violação do direito difuso tutelado. Em outras palavras, não se tratando propriamente de transação, o que se admite é a adoção (imposição), em sede de Compromisso de Ajustamento de Conduta, de medida que tenha o mister de produzir o resultado prático adequado ao atendimento das exigências legais de proteção ao direito difuso em questão⁵⁴.

No contexto específico da Ação Civil Pública, portanto, o que se tem por conciliação (conciliar) escapa ao significado de transação (transacionar) para impor-se como compatibilização, adequação (adequar), com a modulação conferida pela aplicação do princípio da proporcionalidade, como adiante será abordado. Daí se tem a expressão “ajustamento” (ajustar), significando, exatamente, a imposição de adequação da conduta do réu aos reclamos do heráldico interesse jurídico-material de pública dimensão, contemplado na Ação Civil Pública.

Ressalta-se, novamente, que o parágrafo 6º, do citado artigo 5º, da Lei 7.347/1985, delimita: “tomar dos interessados **compromisso de ajustamento de**

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 299400/RJ – 2ª. Turma. Relator: Ministro Franciso Peçanha Martins. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília (DF), 2 ago.2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 17 dez.2008.

⁵⁴ Com propriedade, Carlos Alberto de Salles traz abordagem que permite distinguir a mera flexibilização de exigências da concepção de alternativas à obtenção do resultado prático equivalente na consecução da proteção dos interesses difusos e coletivos. Cf. SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1999.

conduta às exigências legais". Trata-se, portanto, de compatibilidade de *conduta* às *exigências legais*, sendo certo, destarte, que *exigências legais* não comportam flexibilização; não comportam sejam renunciadas ou mitigadas; não comportam *transação* (no sentido privatístico).

Corroborando a assertiva acima pronunciada, a doutrina especializada enfatiza:

“Quanto ao aspecto ora enfocado, é certo que, tanto no vigente Código Civil (art. 841) como no de Processo Civil (art. 447), a transação só é admitida em se tratando de *direitos patrimoniais de caráter privado*.”⁵⁵

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, pela impossibilidade de renúncia total ou parcial dos legitimados quanto ao direito material.⁵⁶

[...] o compromisso reconhece uma situação de ilegalidade oriunda da vulneração de interesse difuso ou coletivo e que, por esse motivo, não há outra alternativa senão a de restaurar totalmente a legalidade, fazendo cessar por inteiro a conduta ofensiva.⁵⁷

Assim verificada a dissociação entre o Compromisso de Ajustamento de Conduta previsto no artigo 5º, §6º, da Lei de Ação Civil Pública e a *transação*, na acepção privatística positivada no artigo 840, do Código Civil, constata-se que o ajustamento de conduta, sendo concernente ao *facere* ou *non facere* que se impõe ao cumprimento dos ditames legais e ao restabelecimento do respeito à preservação do bem jurídico objeto da Ação Civil Pública, há de representar e de ensejar resultado prático equivalente à pretensão mesma que justificaria (ou que tenha justificado) a própria Ação Civil Pública, em determinada situação concreta.

Sim. É perfeitamente coincidente, do ponto de vista substancial, o que se tem por ajustamento de **conduta** (ou seja: adequação de um *fazer* ou *não fazer*) e o

⁵⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9.ed. São Paulo: RT, 2004, p.330.

⁵⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002, p.323.

⁵⁷ CARVALHO Filho, José Santos. *Ação Civil Pública*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p.187.

resultado prático equivalente de que trata o próprio artigo 461, do Código de Processo Civil, ao indicar deva o juiz, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. É este, substancialmente, o traço distintivo entre o ajustamento de conduta (que há de assegurar resultado prático equivalente à pretensão de tutela jurisdicional de cunho social) e a transação (cujo resultado se cinge ao atendimento da conveniência particular dos sujeitos de determinada relação jurídico-obrigacional de natureza privada, mitigando a dimensão da obrigação jurídica originária).

CAPÍTULO 6

O caráter administrativo-governamental do Compromisso de Ajustamento de Conduta

6.1. A identidade substancial e formal entre o Compromisso de Ajustamento de Conduta e o ato jurídico-administrativo

O Compromisso de Ajustamento de Conduta, conforme já assinalado, tem a natureza de *ato jurídico stricto sensu*, porquanto, revestindo-se da forma devida, contempla conteúdo decorrente da previsão legal, à produção dos efeitos igualmente projetados pela lei.

Com essa natureza de *ato jurídico stricto sensu*, vê-se, ainda, que o Compromisso de Ajustamento de Conduta, como antedito, se equipara, mormente quanto ao motivo e à finalidade, a ato governamental (ato administrativo político-executivo), isto é, ato de gestão governamental, tendo por esboço (motivo) a concreta situação atentatória ao meio ambiente, ao patrimônio público e seu acervo histórico, cultural, estético, turístico e paisagístico, à ordem econômica, à economia popular, aos direitos dos consumidores, à ordem urbanística ou a quaisquer outros interesses difusos ou coletivos de expressão social e, assim, a necessidade de se estabelecer (impor) conduta destinada à correção ou à eliminação (finalidade) de tal situação atentatória.

Em suma: o motivo que cumpre válido fundamento ao Compromisso de Ajustamento de Conduta parte, concretamente, da situação atentatória aos bens de interesse social, estes cuja preservação – é certo - diz respeito à atividade governamental; e a finalidade, animada por tal concreto motivo, é exatamente a imposição da efetiva adoção de condutas ou medidas concretas à correção ou à eliminação daquela situação atentatória, em prol do restabelecimento da incolumidade do interesse social – escopo que igualmente se insere nos objetivos da atividade governamental.

Exemplificando-se, tem-se que, quando se firma Compromisso de Ajustamento de Conduta cujo objeto é a imposição ao compromissário do cumprimento de determinada providência (empreender obras) no sentido de restaurar (revitalizar) a composição de determinada área de preservação ambiental, tal imposição trata-se de

ato de governo (gestão ambiental), tonificado da imperatividade própria do ato de polícia administrativa, tendo como motivo a situação concreta de violação ao meio ambiente (direito universal – de expressão social, portanto) a ser banida e, destarte, como finalidade, a correção ou eliminação de tal situação violadora (finalidade de atendimento, portanto, ao interesse social – interesse público na mais ampla acepção).

Pois bem. Assim entendido o Compromisso de Ajustamento de Conduta, como ato jurídico *stricto sensu* e, com tal natureza, como ato governamental (ato jurídico-administrativo), a ele se conjugam os elementos essenciais de validade dos atos jurídicos governamentais (atos administrativos), quais sejam a forma, a competência, o objeto, o motivo e a finalidade.

Nesse contexto, impende realçar: ato governamental, no sentido ora empregado, significa, exatamente, o ato que encerra (impõe) medida concreta pertinente à implementação e à gestão das políticas públicas de atendimento às necessidades do corpo social do Estado.

6.2. O Compromisso e seus elementos essenciais de validade

No que concerne à forma, é certo que o Compromisso de Ajustamento de Conduta há de revestir-se da forma escrita, na condição de ato jurídico *stricto sensu* e de ato governamental (ato jurídico-administrativo), e sob tal forma há de expressar termos claros, perfeitamente inteligíveis e, assim, sem qualquer eiva de ambigüidades, imprecisões ou lacunas, de tal sorte que fique plenamente definida a obrigação assumida pelo compromissário e seu modo de execução (cumprimento efetivo), adequada às exigências legais.

Dessarte, Compromisso de Ajustamento de Conduta formulado em termos lacunosos, ambíguos, sem a adequada definição expressa e precisa da obrigação imputada ao compromissário, terá seus efeitos contidos, inviabilizados.

No que pertine à competência, tem-se, à luz do que estabelece o multicitado artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei de Ação Civil Pública, que “os órgãos públicos legitimados” à promoção da Ação Civil Pública têm a competência para tomarem “dos interessados” o Compromisso de Ajustamento de Conduta.

É certo que a locução “órgãos públicos”, tal como empregada no dispositivo legal em referência, não atende ao rigor conceitual do Direito Administrativo, mas,

aliada à adjetivação “legitimados”, permite a exata compreensão de que se trata dos entes públicos dotados da legitimidade à promoção da Ação Civil Pública, quais sejam a União, os Estados, os Municípios, as autarquias e fundações públicas, bem assim os entes de direito privado integrantes da Administração Pública, como sejam as empresas públicas e sociedades de economia mista⁵⁸.

Inclui-se- é certo – na locução “órgãos públicos” – o Ministério Público, inegavelmente competente à tomada do Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Referentemente aos entes que compõem a Administração Pública Direta (União, Estados, Municípios), vê-se que a competência para a tomada do Compromisso de Ajustamento de Conduta (assim como a própria legitimidade à promoção da Ação Civil Pública) se assenta (e há de ser assim identificada) exatamente na própria competência administrativo-governamental que lhes é atribuída, a partir do rol enunciado nos artigos 21 e seguintes, da Constituição Federal.

Assim, por exemplo, o Município terá competência para tomar Compromisso de Ajustamento de Conduta de quem esteja provocando ou potencializando situação atentatória à sua ordem urbanística.

Do mesmo modo, o Estado – ainda à guisa de exemplificação – terá competência para tomar Compromisso de Ajustamento de Conduta de quem esteja incorrendo em situação atentatória ao patrimônio histórico estadual, assim como a União terá competência para tomar Compromisso de Ajustamento de Conduta daquele que esteja provocando ou potencializando situação atentatória à preservação dos recursos hídricos.

Quanto às entidades que compõem a Administração Pública Indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista), identifica-se a competência para a tomada do Compromisso de Ajustamento de Conduta de acordo com o respectivo objeto e competência institucionais.

Assim, por exemplo, a Agência Estadual de Meio Ambiente – autarquia pública estadual – terá competência, no âmbito de suas atribuições legais e observada a base territorial de sua atuação, para tomar Compromisso de

⁵⁸ Interessante a abordagem feita por Colaço Antunes acerca da matéria, destacando exatamente os mecanismos de tutela dos interesses difusos, no Direito Administrativo. *Vide* COLAÇO ANTUNES, Luís Felipe. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo*: para uma legitimação procedimental. Coimbra: Almedina, 1989.

Ajustamento de Conduta de quem esteja incorrendo em situação atentatória ao meio ambiente.

No que concerne ao Ministério Público, órgão que exerce, com maior grau de amplitude, o chamado Poder Social do Estado, é certo que seu espectro de competência abrange a tomada do Compromisso de Ajustamento de Conduta acerca de quaisquer situações alusivas a interesses difusos ou coletivos de expressão social, a partir da ampla previsão enunciada no artigo 129, inciso III, da *Lex Mater*, observadas as modulações (distribuição dessa amplíssima competência) de sua estruturação orgânico-funcional, segundo as especialidades temáticas e a base territorial de atuação de seus respectivos órgãos e agentes (Ministério Público da União – Ministério Público Federal e Ministério Público do Trabalho, e respectivas Procuradorias Gerais e Regionais – e Ministério Público Estadual, e respectivos órgãos colegiados, Procuradorias e Promotorias de Justiça).

Observa-se, também a partir do elemento *competência*, a procedência da assertiva retropronunciada, no sentido de que o Compromisso de Ajustamento de Conduta, com a natureza de ato jurídico *stricto sensu*, se revela ato governamental (ato jurídico-administrativo de gestão), manifestação do exercício das competências governamentais (administrativo-executivas) dos ditos “órgãos públicos legitimados”, ou, precisamente, dos entes que compõem a Administração Pública (Direta e Indireta), sendo certo que, no que atine ao Ministério Público, também não se há de negar tal carácter de ato governamental ao Compromisso de Ajustamento de Conduta, haja vista que, nessa seara, o Ministério Público está, sim, empreendendo ato de governo, sendo que em nome da sociedade, a quem a ordem constitucional confere – sim – em função do fundante Poder Social estruturador do Estado Democrático, o *munus* de participar da atividade governamental e de igualmente empreendê-la.

Nota-se, ainda na observação do elemento competência, que a lei não outorgou aos entes privados desvinculados da estrutura formal do Estado-Governo, embora possam estar legitimados à promoção da Ação Civil Pública conforme previsão do artigo 5º - *caput*, última parte e incisos I e II, da Lei 7.374/1985, competência para a tomada do Compromisso de Ajustamento de Conduta, certamente porque tais entes privados, não integrando a estrutura formal do Estado-Governo (Administração Pública), não se dotam do exercício dos poderes governamentais, mormente quanto

ao atributo da imperatividade legitimada pela absoluta vinculação da atuação desses poderes governamentais à absoluta vontade legalmente delineada.

No atinente ao objeto, tem-se que, conforme já realçado, tratar-se-á, em sede de Compromisso de Ajustamento de Conduta, da imputação de obrigação de fazer ou não-fazer ao compromissário, que a assume sob pena de lhe serem aplicadas as cominações previstas no Compromisso, além das demais sanções legalmente previstas à espécie, condizendo tal *facere* ou *non facere* com conduta ajustada às exigências legais à preservação do social bem jurídico tutelado.

A propósito, sabendo-se que, à validade de qualquer ato jurídico, o objeto há de ser lícito, possível e determinado ou determinável, na dicção do artigo 104, do Código Civil, impende assinalar, quanto a esses qualificativos legais do objeto, as nuances do objeto afeto ao Compromisso de Ajustamento de Conduta:

a) quanto à licitude, o artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei de Ação Civil Pública impõe a compatibilidade entre a *conduta* imposta pelo *Compromisso* e as “exigências legais”, de tal sorte que tal conduta (objeto do ato jurídico em foco) tem que estar de acordo com as normas regentes (disciplinadora) das atividades afetas ao bem jurídico de expressão social sob tutela (como, por exemplo, em se tratando de Compromisso de Ajustamento de Conduta concernente à preservação de área florestal, a conduta objeto do Compromisso há de estar em conformidade com as normas ditadas pelo Código Florestal, legislação complementar e regulamentos aplicáveis à espécie);

b) quanto à possibilidade, é certo que o objeto do Compromisso de Ajustamento de Conduta há de contemplar obrigação de fazer ou não-fazer concretamente exequível pelo compromissário e capaz (efetivamente possível) de atender à finalidade de correção ou eliminação da situação atentatória ao bem jurídico sob tutela;

c) quanto à determinação, constata-se que o objeto do Compromisso de Ajustamento de Conduta não comportará o qualificativo de “determinável”, cogitado pelo artigo 104, do Código Civil, mas exigir-se-lo-á sempre dotado do qualificativo de perfeitamente determinado, à garantia de sua efetividade, reveladora da pertinência (validade substancial) do motivo ensejador de tal ato jurídico e da segura projeção de sua finalidade, cumprindo-se, enfim, o mister de revestir-se da forma e da condição de título executivo, instrumento que necessariamente há de contemplar obrigação líquida (perfeitamente determinada, portanto).

Por oportuno, ressalte-se que a designação legal de “ajustamento de conduta”, em suma, já indica tratar-se da adoção de *facere* ou *non facere* (conduta, portanto) ajustado às exigências legais, de tal sorte que não se pode admitir como lícito e possível (e será causa de invalidação) objeto de Compromisso de Ajustamento de Conduta que simplesmente contemple a imputação ao Compromissário do pagamento de determinado valor em pecúnia, por exemplo, sem dele se exigir o ajustamento de determinada conduta (*facere* ou *non facere*) condizente com as exigências legais à incolumidade dos ditos interesses difusos ou coletivos de dimensão social sob tutela.

Aliás, vale asseverar que, mesmo quando a situação violadora tenha produzido dano consumado e materialmente irreparável, não se poderá afastar, sem prejuízo da promoção de Ação Civil Pública condenatória no pagamento de verbas de cunho indenizatório e punitivo, a possibilidade (e até a recomendação) de Compromisso de Ajustamento de Conduta destinado a eliminar a manutenção de conduta nociva e, assim, destinado a evitar a produção de novos danos daquele jaez.

É verdade que, logo em seu primeiro artigo, a Lei nº 7.347/1985 contempla Ação Civil Pública, e aqui também se insere o Compromisso de Ajustamento de Conduta, para o combate a danos causados ao meio ambiente, aos consumidores (considerados em sua generalidade), aos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica e à economia popular, à ordem urbanística, e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo de expressão social.

Salvante o caráter premonitório das medidas cautelares, igualmente previstas no suso-referido diploma legal específico, notadamente em seus artigos 4º e 12 - *caput*, contata-se que o escopo da Ação Civil Pública, nos ditos moldes, é o alcance de prestação jurisdicional que enfrente “danos **causados**” (no dizer da lei) aos valores de dimensão social em referência.

Nesse diapasão, a locução “danos **causados**” indica a já concretização de uma situação causadora de danos, ou seja: existe, concretamente (e aqui há de ser relevado o pleonismo), um fato, que causou ou está causando danos ao meio ambiente, aos consumidores (considerados em sua generalidade), aos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica e à economia popular, à ordem urbanística, e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Há de se indagar, então:

- concretamente, será possível fazer cessar o fato e, assim, fazer cessar ou evitar a produção dos danos?

A essa indagação, poder-se-ão concretamente apresentar as seguintes conclusões acerca da projeção da consecutória prestação jurisdicional, em sede de Ação Civil Pública, e da utilidade, nesse contexto, de Compromisso de Ajustamento de Conduta:

a) em sendo concretamente (materialmente) possível o restabelecimento do *status quo ante*, tem-se que, no atinente ao fato que causou danos, a prestação jurisdicional, em Ação Civil Pública, projetar-se-á como condenação em obrigação de fazer, consistente em *facere* que restabeleça o *status quo ante* e em condenação em obrigação de não-fazer, no sentido de ordenar abstenção ao infrator quanto à reincidência na conduta ou prática nociva, e, enfim, em condenação de caráter indenizatório (se, apesar do restabelecimento do estado anterior, remanescerem os prejuízos dos danos causados); em sede de Compromisso de Ajustamento de Conduta, será útil, dessarte, que o compromissário assuma dito *facere* ou *non facere*;

b) no atinente ao fato que está causando danos, em sendo concretamente (materialmente) possível o restabelecimento do *status quo ante* e a cessação da escala de produção de danos, tem-se que a prestação jurisdicional também projetar-se-á como condenação em obrigação de fazer, consistente em *facere* que restabeleça o *status quo ante*; contudo, no que pertine à condenação em obrigação de não-fazer, o comando condenatório, em Ação Civil Pública, dar-se-á no sentido de ordenar a imediata abstenção ao infrator quanto à conduta ou prática nociva, de modo a que se façam cessar os danos em contínua produção, além, enfim, de igualmente contemplar condenação de caráter indenizatório, ante os danos produzidos até a efetiva cessação (se remanescerem os prejuízos decorrentes desses danos); em sede de *Compromisso de Ajustamento de Conduta*, igualmente será útil a imposição daquele *facere* ou *non facere*.

Em ressunta, enquanto houver a possibilidade material de restabelecimento do *status quo ante* e de cessação da escala de produção de danos, a prestação jurisdicional em sede de Ação Civil Pública ou o Compromisso de Ajustamento de Conduta lograrão alcançar seu escopo primordial, ainda que pela via do que se tem por resultado prático equivalente, a ser obtido a partir do comando sentencial condenatório ou do compromisso de cumprimento de obrigações de fazer e não-fazer, na ambiência da chamada tutela específica.

Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso observa:

Da leitura conjunta dos arts.11 e 13 da Lei 7.347/85 se extrai a conclusão de que a sentença na ação civil pública tem, *precipualemente*, natureza cominatória (= *facere, non facere*) [...]

A *tutela específica* é fundamental quando se trata de lesões aos interesses metaindividuais [...]

Dissemos que *precipualemente* a natureza da sentença é cominatória, porque o objeto da ação civil pública é voltado para a tutela específica de um interesse metaindividual, e não para a obtenção de uma condenação pecuniária. Até porque em muitos casos o dinheiro seria uma pálida “compesnação” pelo dano coletivo, uma vitória de Pirro; isso é particularmente verdadeiro em matéria de tutela aos valores culturais e ambientais.⁵⁹

No mesmo tom, Hely Lopes Meirelles acentua:

Esta imposição judicial de fazer ou não fazer é mais racional que a condenação pecuniária, porque na maioria dos casos o interesse público é de obstar a agressão ao meio ambiente ou obter a reparação direta e *in specie* do dano do que receber qualquer quantia em dinheiro para a sua recomposição, [...]⁶⁰

Entretanto, há situações em que materialmente se afigura impossível o restabelecimento do *status quo ante*. Ter-se-á, então, a constatação de um *fato consumado*, quando, dessarte, o dano causado não mais possa ser eliminado (do ponto de vista material), nem possa haver uma reparação *in specie* a conferir uma retomada do estado anterior, ainda que pela via de condutas ou providências ensejadoras de um resultado prático equivalente ao restabelecimento do *status quo ante*.

⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores.*, 9.ed. São Paulo: RT, 2004, p. 340-341.

⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.* 23.ed. Atualização de Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001, p.174-175.

Em tais situações, em que a produção do dano se afigura materialmente irremediável, ter-se-á, sim, a configuração do dito fato consumado (ou dano definitivamente consumado). E, em tais situações, restará, em sede de Ação Civil Pública, a condenação em indenização, na perfeita conjugação entre o comando dos artigos 3º - primeira parte – e 13, da Lei de Ação Civil Pública, e o disposto no artigo 461, §1º, do Código de Processo Civil, sem prejuízo da condenação em obrigação de fazer e não-fazer, agora não voltadas ao restabelecimento do *status quo ante*, mas sim impositiva da adoção, pelo infrator, de medidas destinadas a evitar a reincidência na conduta ou nas práticas nocivas, acerca das quais há de guardar abstenção. Neste mesmo sentido, será igualmente útil Compromisso de Ajustamento de Conduta contemplando tal obrigação de fazer ou não-fazer destinadas a evitar a repetição da situação danosa.

De qualquer sorte, constata-se que, em sede de Ação Civil Pública, o fato consumado não há de exaurir-lhe, por completo, o objeto, nem há de eliminar a prestação jurisdicional impositiva de responsabilidade, porquanto, mesmo em se tratando de situação concreta irreversível, exurgirá a condenação em indenização e, ainda, a condenação do infrator em *facere* e em *non facere*, concernentes a medidas destinadas a que se evitem reincidências das condutas e práticas nocivas aos heráldicos bens jurídicos protegidos na tal especial ação coletiva. O mesmo se dita em relação ao Compromisso de Ajustamento de Conduta, no que tange às ditas obrigações de fazer ou não-fazer.

Quanto ao motivo, tratar-se-á, como antedito, da constatação de situação concreta atentatória ao meio ambiente, ao patrimônio público e a seu acervo histórico, cultural, estético, turístico e paisagístico, à ordem econômica, à economia popular, aos direitos dos consumidores ou a quaisquer outros direitos difusos ou coletivos de dimensão social, e da identificação da pertinência da adoção de conduta destinada à cessação dessa tal situação atentatória, a ser, então, assumida pelo compromissário.

Em outras palavras, diz-se que o motivo do Compromisso de Ajustamento de Conduta se compõe de dois elementos substanciais: a) a situação concreta de atentado à incolumidade dos interesses tuteláveis por Ação Civil Pública; e b) a identificação de conduta capaz de, cumprida pelo compromissário, corrigir ou eliminar, em consonância com as exigências legais aplicáveis à espécie, a situação atentatória.

Dessarte, o motivo, em tal ato jurídico *stricto sensu*, a fim de que seja legítimo, lícito e, portanto, válido, há de se compor da efetiva constatação da sobredita situação atentatória e da identificação de conduta eficaz, a ser assumida pelo compromissário, à correção ou eliminação daquela situação, atendidas as exigências legais.

Nesse diapasão, há de se entender que a previsão legal, em sua ínsita abstração, reclamará a devida adequação (integração interpretativa aplicada) ao caso concreto, no campo do efetivo (e eficiente) combate à situação atentatória, que, tratando-se de fato subversivo da previsão legal, terá, sempre, peculiares elementos e dimensão, a escaparem da concepção de um diagnóstico e de uma solução rigidamente predeterminados.

Por isso, precisamente no que concerne ao motivo fulcral do Compromisso de Ajustamento de Conduta, o ente público exercerá, sim, *munus* político-governamental, valorando a situação concreta para avaliar-lhe o caráter atentatório e seu respectivo grau de nocividade, e identificando (concebendo) conduta viável, exequível, que resulte na eficiente correção ou eliminação de tal situação, propondo-a, então, ao compromissário.

Essa carga valorativa e política, inevitável na ambiência da composição do legítimo motivo do ato jurídico em exame, enseja – sim – controle quanto à própria existência, na gradação em que avaliada, da situação atentatória ensejadora de correção, bem como quanto à eficiência (e licitude) da conduta (*facere* ou *non facere*) indicada à sanção da situação atentatória. Daí a importância da motivação (exposição do motivo) na formulação do Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Enfim, no que tange à finalidade, tem-se por óbvio que o mister finalístico do Compromisso de Ajustamento de Conduta é o alcance da correção ou eliminação da situação de atentado aos interesses difusos ou coletivos de dimensão social, a partir do cumprimento da conduta (obrigação de fazer ou não-fazer) assumida pelo compromissário.

Com efeito, a conduta assumida pelo compromissário há de ser eficaz (eficiente) ao atendimento do dito interesse difuso ou coletivo ensejador (legitimador) do Compromisso.

Também aqui, importante (decisivo) se afigura o exame valorativo da eficiência da conduta (obrigação de fazer ou não-fazer) assumida pelo

compromissário, exatamente para que se identifique o atendimento à finalidade própria do especial Compromisso em foco.

Na particular ambiência da finalidade, é certo que há de haver, compondo a própria motivação e decorrência do próprio motivo do Compromisso de Ajustamento de Conduta, a projeção do útil e eficiente resultado prático do Compromisso, ou seja, o ente público tomador do Compromisso há de haver se munido de todos os dados e análises técnicas – devidamente documentados – acerca da melhor e viável conduta (*facere* ou *non facere*) à solução da situação atentatória, de tal sorte que, assim, se anteveja o eficiente resultado condizente com a finalidade própria do Compromisso, enquanto ato jurídico voltado à tutela de interesse de dimensão social.

Não se pode esquecer, ademais, compondo igualmente a finalidade do Compromisso de Ajustamento de Conduta, o atendimento à utilidade da prevenção ou da solução de litígio, ou, acaso afrontado o Compromisso, a pronta executoriedade de seus comandos, ante a condição de título executivo que lhe é legalmente atribuída.

Pois bem. Conjugados todos esses elementos essenciais de validade (forma, competência, objeto, motivo e finalidade), vê-se – sim – o Compromisso de Ajustamento de Conduta como ato jurídico *stricto sensu*, com caráter de *ato governamental* (ato jurídico-administrativo de gestão), que não se pode converter em ato arbitrário, tampouco desvirtuar-se do motivo e da finalidade que lhes são legalmente projetados.

Sobre ele, dessarte, se impõe o controle tanto acerca da adequação da forma, da competência e do objeto, como acerca da efetiva ocorrência e pertinência do motivo e, enfim, acerca da projeção e do atendimento à finalidade de cessação da situação violadora do interesse social.

CAPÍTULO 7

O controle de validade substancial do Compromisso de Ajustamento de Conduta

7.1. Fundamentos do controle de validade substancial

Tratando-se de *ato jurídico stricto sensu* dotado do caráter de *ato governamental* (ato jurídico-administrativo de gestão), porquanto, conforme já realçado, definidor de conduta destinada a integrar o conjunto de medidas e posturas que concretamente convergem à gestão eficiente da preservação do meio ambiente, do patrimônio público e seu acervo histórico, cultural, estético, turístico e paisagístico, dos direitos dos consumidores, da ordem econômica e da economia popular, da ordem urbanística ou de quaisquer outros direitos (interesses) difusos ou coletivos de expressão social, o enfocado Compromisso de Ajustamento de Conduta, envolvendo, portanto, matéria de ordem pública, está sujeito ao controle jurídico de validade, suscetível, por tal controle efetivo, de anulação.

Pois bem. O controle dos atos jurídico-administrativos encontra espeque na intrínseca vinculação de seu conteúdo à diretriz legal, haja vista que ditos atos não se cingem à expressão absoluta do poder de gestão do agente público, mas haverá de guardar fidelidade à diretriz legalmente traçada à sua atuação.

Da Teoria Geral dos Atos Administrativos, observa-se que, referentemente ao grau de deliberação do agente público (autoridade pública), os atos jurídico-administrativos dos entes estatais ora se apresentam predominantemente vinculados, ora predominantemente discricionários.

Nesse tom, a expressão “predominantemente” se explica e se justifica porque, inegavelmente, todo e qualquer ato governamental tem seu grau de vinculação aos ditames legais, porquanto, em sede de gestão pública, a autoridade só pode fazer o que a lei expressamente permite, nos excelsos termos do princípio da legalidade.

Nesse diapasão, constata-se que, mesmo para os atos predominantemente discricionários, o respaldo legal é indispensável à sua validade. E aqui se identifica o *fidel da balança*, a equilibrar a discricção com a legalidade, evitando que o poder discricionário se converta em arbítrio.

Conforme já realçado, o agente público não detém, subjetivamente, a titularidade do interesse público, muito menos do interesse público na dimensão de interesse social; é, antes, um mandatário da soberana vontade do corpo social do Estado – reflexo do heráldico interesse jurídico mirado pelas prescrições legais. Destarte, para bem cumprir o seu mandato, o gestor público haverá de agir segundo a diretriz legal, sem desviar de finalidade os atos administrativos, cujo alvo legítimo será, sempre, o atendimento ao interesse público e, com maior ênfase, ao interesse público em sua dimensão de interesse social.

Nesse contexto, os atos jurídico-administrativos trazem, substancialmente, inevitável vinculação com os ditames legais imperativos, para que o arbítrio do agente público não traia a vontade estatal expressa na lei.

Assinale-se, no campo da estrita legalidade, que o GOVERNO não pode se sobrepôr ao ESTADO, ou, em outras palavras, a vontade de quem governa não predomina sobre a vontade soberana do ESTADO, indelevelmente consignada em seu ordenamento jurídico, originada da vontade soberana de seu corpo social (soberania popular), quando se está tratando de Estado Democrático.

Contudo, não se há de negar que a norma de direito público, muitas vezes, insta a autoridade a avaliar a situação fática em que deva ou não atuar, ou mesmo *como* ou *quando* deva agir.

Se a norma há de ser aplicada em determinadas circunstâncias, variantes na concretude dos fatos, caberá à autoridade pública aferir a hipótese abstrata da lei em cotejo com a situação fática que se apresenta, o que, sem dúvida, caracteriza a margem de discricção do ato jurídico-administrativo a ser ou não praticado.

Outrossim, a norma pode, diante de seu comando naturalmente abstrato, estático, prever hipóteses e alternativas de atuação do ente estatal, alternativas essas a serem selecionadas, conforme o caso concreto, pelo agente público, o que, igualmente, caracteriza a margem de discricção do ato governamental a ser implementado..

Com esses contornos, é igualmente certo que a norma, também por vezes, define, como espeque de seus comandos, conceitos representativos de valores, a exigir do agente público a modulação de suas acepções, tendo em mira o atendimento do mister finalístico da Administração.

Realmente. A lei, quantas e quantas vezes, condiciona a atuação governamental ao atendimento ou aos reclamos da *ordem pública*, do *interesse*

público, e exige, até mesmo, a adoção de determinados atos e procedimentos para dissipar os estados de calamidade pública, ou mesmo para suprir situações de emergência ou de clamor público, por exemplo.

Todos esses conceitos, por certo, não abarcam conteúdo absoluto, exato, preciso, inexorável, limitado; sugerem interpretações múltiplas, significados vários, valoração polifacética, o que, também, em última análise, caracteriza a margem de discricção do ato administrativo a ser ou não praticado.

De qualquer sorte, ainda que no campo da discricionariade, o administrador público há de respeitar os limites da atuação governamental, compatibilizando a situação fática concreta com a previsão legal correspondente, na medida, força e alcance que lhe sejam coerentes e proporcionais, ou mesmo elegendo alternativa de atuação expressamente autorizada na norma, ou, enfim, dando vida à norma sem usurpar a razoabilidade dos conceitos que estabelece para graduar a atuação governamental.

Compreendem-se, assim, os limites da discricionariade: a combinação dos fatos com o alcance da norma, de tal sorte que o ato governamental seja condizente com tal conjugação; a oportunidade, a conveniência, a medida, a força, o grau de amplitude do ato administrativo, portanto, componentes do poder discricionário do gestor, movimentam-se sem ultrapassar as margens desenhadas na lei.

É certo que não se exige da autoridade governamental, no exercício do poder discricionário, que inflexivelmente adote tal ou qual conduta, ou dite tal ou qual comando, especificamente eleito por quem examina a validade do ato administrativo praticado. Isso porque, no exercício de tal poder discricionário, a autoridade que governa é quem detém, na condição de gestor, o *munus*, ou mesmo o *mandato legal*, de aquilatar qual a melhor postura administrativa, dentre aquelas que a lei lhe possibilita adotar, diante de situações fáticas variáveis, de circunstâncias múltiplas ou mesmo de conceitos e valorações de amplo significado. Mas se lhe exige – isto sim – que a postura administrativa adotada esteja albergada dentre aquelas viabilizadas pela lei e – enfim – que objetivamente atenda ao fim antevisto pela norma.

Nesse diapasão, a motivação e o motivo fundamentador do ato governamental ganham força de legitimar a ação implementada pelo gestor, em sua margem de discricção.

Partindo-se dessa compreensão, enxergam-se os limites do poder de gestão, diante da indisponibilidade do interesse público, cabendo – sim – neste tom - o controle interno e externo dos atos administrativos, exatamente no que pertine à observância dos limites do próprio poder de gestão do agente público.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 473, que assim diciona:

A Administração pode anular seus próprios atos quando eviados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.⁶¹

7.2. As várias formas de controle, no sistema jurídico-positivo brasileiro; controle administrativo, controle legislativo e controle judicial

Em Direito Administrativo, controle dos atos jurídico-administrativos consiste no exercício da fiscalização, orientação, correição e correção da atuação administrativa e, nesse diapasão, da pertinência e da legitimidade desses atos.

Compreende-se que, sob a égide dos princípios constitucionais que regem toda a atuação administrativa, os próprios entes públicos, por seus agentes, têm o dever de exercer o controle de seus atos. Trata-se do controle administrativo dos atos jurídico-governamentais, exercido permanentemente pelos próprios entes estatais governantes, resultante do chamado poder-dever de autotutela.

No âmbito de tal controle administrativo, tem-se, então, o controle interno, exercido conforme o Poder Hierárquico (controle hierárquico), nos moldes do qual se definem a competência e os graus de hierarquia entre os órgãos e agentes do ente público, consoante organograma e estrutura administrativo-organizacional das diversas unidades componentes da máquina estatal, no traçado do escalonamento vertical (hierarquizado) dos ditos órgãos e agentes públicos integrantes da Administração Pública Direta.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 14**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 nov.2008.

Do mesmo modo, no âmbito da Administração Indireta, cada entidade, organizada hierarquicamente, também exerce, internamente, o controle de sua própria atuação – manifestação, igualmente, do Controle Interno, decorrente do poder-dever de autotutela.

Ainda no âmbito do controle administrativo, há, igualmente, o exercício do controle externo, no que pertine ao controle que o ente político estatal (central) exerce em relação às respectivas entidades da Administração Indireta. Aqui enxerga-se, no âmbito dos processos administrativos instaurados perante as entidades da Administração Indireta, a previsão legal e regulamentar, em relação a determinados processos, da possibilidade de interposição de recurso ao órgão ou autoridade superior da Administração Pública. E, além de tal recurso ao órgão ou autoridade superior da Administração Central, há os instrumentos, no âmbito do controle administrativo dito externo, de exercício do controle finalístico, lançado legalmente sobre as entidades autônomas, de acordo com a competência da autoridade controladora e em consonância com as finalidades estabelecidas na específica previsão legal. É, neste diapasão, controle limitado e externo, sem fundamento hierárquico, porquanto não há subordinação entre a entidade controlada e a autoridade ou o órgão controlador; é, em resumo, controle teleológico, de aferição da adequação da entidade às diretrizes governamentais, bem assim de monitoramento dos atos de seus dirigentes no exercício das respectivas funções, com vistas ao alcance das finalidades institucionais da entidade controlada.

Em síntese, o controle administrativo, nos moldes supra-esposados, se exerce *ex officio*, de acordo com a competência dos respectivos agentes (autoridades administrativas) e órgãos de controle.

Impende ressaltar, contudo, que o controle administrativo é igualmente suscetível de provocação, através de expedientes internos ou mesmo de representação formalizada pelos integrantes do corpo social, desencadeando a instauração do competente processo administrativo.

Especificamente quanto ao Compromisso de Ajustamento de Conduta, já identificado o seu caráter de ato jurídico-administrativo, não se há de negar a viabilidade do controle, tanto no que pertine à verificação de seus elementos formais, como no que concerne à motivação, ao motivo fundamentador e à finalidade.

Pois bem. Quando se estiver diante de Compromisso de Ajustamento de Conduta celebrado sem a chancela judicial, ou seja, Compromisso firmado sem qualquer vinculação a Ação Civil Pública ajuizada ou em tramitação, e, portanto, Compromisso para o qual não haja o concurso de homologação judicial, revestindo-se, assim, simplesmente da condição de título executivo extrajudicial, é certo que o controle jurídico de validade que sobre ele se possa (e se pode) exercer tanto poderá ser um controle administrativo, efetivado pelo próprio “órgão público” tomador do Compromisso (ou pelos “órgãos públicos” que lhe sejam hierarquicamente superiores ou que sobre ele exerçam fiscalização teleológica, conforme já realçado), ante o poder-dever de autotutela ínsito à atuação dos entes estatais, como poderá tratar-se de controle legislativo e judicial, nos moldes constitucionalmente traçados.

No que concerne ao controle administrativo, em se tratando de Compromisso de Ajustamento de Conduta tomado por entes da Administração Pública Direta, como sejam a União, os Estados, o Município, é certo que, no âmbito das respectivas estruturas administrativas hierarquizadas, na esteira das assertivas retro-anotadas, o órgão tomador do *pacto* ou os órgãos ou agentes administrativos de hierarquia superior àquele que firmou (tomou) o Compromisso terão o poder-dever de pronunciar a anulação de tal ato, sob o fundamento da incorrência em ilegalidade ou ilegitimidade, *ex officio* ou mediante provocação. Aliás, a própria autoridade ou órgão que praticou o ato poderá (e deverá) fazê-lo.

O mesmo se diga em relação ao Compromisso de Ajustamento de Conduta tomado por entidades da Administração Pública Indireta. Em suas respectivas estruturas administrativo-organizacionais, tais entidades comportarão o exercício do controle administrativo em foco.

No âmbito do Ministério Público, é igualmente certo que haja o controle interno. Aliás, há doutrinadores que entendem da necessidade de o Compromisso de Ajustamento de Conduta contar com a chancela do Conselho Superior do Ministério Público.

No que tange ao controle extra-administrativo, enxergam-se, no traçado constitucional da tripartição de poderes, o controle legislativo e o controle judicial dos atos governamentais.

O controle legislativo trata-se de controle político da legalidade (legitimidade) dos atos administrativos, tendo em vista os superlativos interesses do Estado. A propósito, ensina Hely Lopes Meirelles:

No regime constitucional da separação de funções, como o nosso, os Poderes do Estado não se confundem nem se subordinam, mas se harmonizam, cada qual realizando sua atribuição precípua e desempenhando restritamente outras que a Constituição lhes outorga para uma recíproca cooperação institucional.

Dentro dessa técnica de precipuidade de funções e de harmonia e independência dos Poderes, cabe ao Executivo a realização das atividades administrativas, mas em alguma delas depende da cooperação do Legislativo, dada a relevância do ato e as suas externas repercussões políticas internas ou externas, que só o Parlamento está em condições de bem valorar e decidir sobre a sua legitimidade e conveniência. Noutros casos é o equilíbrio entre os Poderes que impõe o controle do ato de um pelo outro, como ocorre na aprovação do orçamento e na fiscalização de sua execução, como também na apreciação prévia ou subsequente de certas proposições administrativas de maior interesse nacional. Diante dessa realidade, a Constituição indica atos sujeitos ao controle legislativo e delimita o campo das investigações parlamentares, vinculando, assim, no conteúdo e forma, a atuação fiscalizadora desse Poder.⁶²

A Constituição Federal, em seu artigo 49, incisos IX e X, atribui ao Poder Legislativo o julgamento das contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo, bem assim a apreciação dos relatórios acerca da execução dos planos de governo, definindo ao Parlamento, enfim, o mister de fiscalizar e controlar os atos (administrativos) “do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

Nesse tom, os artigos 70 a 75, da *Lex Mater*, atribuem ao Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas, “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial” da Administração Pública Direta e Indireta, “quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas”, sendo atribuído ao Tribunal de Contas, consoante a dicção constitucional, o poder de “aplicar aos responsáveis, no caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas” as sanções cabíveis, inclusive “multa proporcional ao dano causado ao erário”, dotando-se a decisão do Tribunal de Contas da eficácia de título executivo.

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., 16.ed., p.595-596.

Cabe ainda ao Tribunal de Contas (órgão do Poder Legislativo), conforme expressa previsão constitucional, “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade” e, se não atendida tal determinação, sustar a execução do ato impugnado, comunicando a decisão ao Parlamento.

Em síntese, o controle legislativo consiste no controle teleológico, finalístico, da atuação administrativa, no que pertine à implementação das políticas públicas, bem assim no controle da legalidade – em sentido lato – no que tange à fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da Administração.

Imagina-se, em sede de Compromisso de Ajustamento de Conduta, que o ente público tomador do Compromisso tenha pactuado com o compromissário o cumprimento de um *facere* ou *non facere* que implique prejuízo ao erário ou ao patrimônio público, ou que comprometa o cumprimento das diretrizes orçamentárias legalmente pré-estabelecidas. Ter-se-á, aí, lugar para o exercício do controle legislativo de legalidade (ou de legitimidade) do tal Compromisso de Ajustamento de Conduta.

No que concerne ao controle judicial, tem-se que, como corolário do comando do artigo 5º, inciso XXXV, da *Lex Mater*, por força do Sistema da Unicidade de Jurisdição, cabe ao Poder Judiciário, provocado pela competente ação judicial, exarar o pronunciamento e o comando estatal definitivo acerca da legalidade (e legitimidade) de todo e qualquer ato jurídico que lhe seja submetido à apreciação, objeto da lide a ser solucionada.

Também o ato jurídico-administrativo, dessarte, objeto de litígio envolvendo o ente público que o tenha celebrado, estará sujeito, mediante a competente ação judicial, ao pronunciamento final do Judiciário acerca de sua validade, ainda que, no âmbito do processo administrativo, o ente estatal já o tenha declarado válido, porquanto, ante o Sistema da Unicidade de Jurisdição, a decisão administrativa não se sobrepõe à tutela jurisdicional, porquanto somente a prestação jurisdicional tem o mister de converter-se em coisa julgada material.

É verdade que a viabilidade da prestação jurisdicional destinada à revisão dos atos jurídico-administrativos ilegais (ou ilegítimos) enfrenta questionamento acerca da invulnerabilidade ou não das fronteiras do poder de gestão dos entes públicos, que reclama independência, autonomia, autodeterminação, em relação ao poder correicional dos órgãos de controle externo, notadamente do Poder Judiciário.

Nessa ambiência jurídico-política, os chamados Sistemas Administrativos traçam o regramento jurídico pertinente à revisão dos atos governamentais praticados em caráter de ilegalidade ou mesmo ilegitimidade.

No Direito Comparado, encontram-se, ao lado do sistema germânico, basicamente dois outros sistemas em divergência: um que, dando ênfase à independência e autonomia do poder de gestão, confere a outorga do controle da legalidade dos atos jurídico-administrativos à própria Administração Pública, em absoluta aplicação do *poder-dever de autotutela*; outro que, tendo em mira fortalecer o exercício do Poder Social do Estado, diante do poder governamental, confere aos titulares da representação do interesse público o controle externo dos atos da administração, reconhecendo-se a plena validade de prestação jurisdicional alusiva à correção dos atos administrativos ilegais, ilegítimos, eivados de arbítrio, abuso de poder ou desvio de finalidade.

Atualmente, aplicam-se, à contemporização da legalidade e da autodeterminação, referentemente aos atos jurídico-administrativos, além do sistema germânico (de maior hibridéz), o Sistema do Contencioso Administrativo, que preconiza a duplicidade de jurisdição, e o Sistema da Jurisdição Única, a contemplar a unicidade do poder jurisdicional do Estado, esses dois últimos que merecem, no contexto deste estudo, destacada abordagem⁶³.

Pois bem. No que concerne ao Sistema da Duplicidade de Jurisdição – ou Sistema do Contencioso Administrativo -, sabe-se que tem origem na França, nascido do clamor pela plena independência dos Poderes Estatais, da visão de Montesquieu, inserida no ideário do Liberalismo, cerne da consciência diretora da Revolução Francesa, em 1789.

O contexto em que se processou a Revolução, marco na escala histórica da transição entre a Idade Moderna e a era contemporânea, apresenta a consciência coletiva a contestar e a censurar a intervenção judiciária nos atos de gestão da atividade administrativa do Estado.

Realmente, travava-se contenda grave entre o Parlamento (que detinha funções também jurisdicionais) e os Intendentes, aqueles que comandavam as administrações locais.

⁶³ Acerca do tema, Hely Lopes Meirelles condensa importante abordagem histórico-conceitual. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25.ed. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2000, p.46-53.

E assim, o Direito Francês concebeu o Sistema do Contencioso Administrativo (ou da Jurisdição Dupla), preconizando que, no concernente à legalidade dos atos administrativos, a jurisdição cabe ao Estado-Administração, porquanto titular do poder de gestão.

Em tal contexto histórico, na França Pós-Revolução, eis os termos da Lei 16, de 24 de agosto de 1790:

“As funções judiciárias são distintas e permanecerão separadas das funções administrativas. Não poderão os juizes, sob pena de prevaricação, perturbar, de qualquer maneira, as atividades dos corpos administrativos”.

Nessa esteira, consagrando o Contencioso Administrativo, a Constituição Francesa de 3 de agosto de 1791 definiu:

“Os tribunais não podem invadir as funções administrativas ou mandar citar, para perante eles comparecerem, os administradores, por atos funcionais”.

O dispositivo constitucional em relevo fora respeitado nos diplomas constitucionais subseqüentes e reforma administrativa implementada pelo Estado Francês, em 1953, fazendo-se presente na Constituição de 4 de outubro de 1958, em vigor⁶⁴.

Em suma, no traçado do Contencioso Administrativo, os atos da Administração têm sua legalidade questionada perante os Tribunais Administrativos, sob a égide superior do Conselho de Estado, que, conforme a natureza do ato questionado e o grau de questionamento, funciona como *juge d'appel* (corte de apelação), *juge de cassation* (corte de cassação), ou mesmo *juge de premier et dernier ressort* (juízo originário para o deslinde de determinados litígios, de ordem administrativa).

Atualmente, é certo, todavia, que determinados atos administrativos, mesmo no âmbito do sistema francês, são levados ao controle da Justiça Comum, mas se, e somente se, disserem respeito a conflitos havidos entre a atividade pública de caráter privado, conflitos pertinentes a questões de estado e capacidade das pessoas, e de efeitos na órbita penal, bem como, e finalmente, lides que tenham reflexo na

⁶⁴ *Apud* MEIRELLES, Hely Lopes. *Op.cit.*, 25.ed., p.46-53.

propriedade privada. No mais, a Administração Pública avoca, para si, a função jurisdicional em matéria administrativa, no diapasão do Contencioso Administrativo.

Adotando o sistema francês, vários países aplicam o Contencioso Administrativo, com destaque para a Suíça, a Polônia, a Turquia, a Grécia, a Finlândia, dentre outros.

Por outro lado, tendo em seu substrato ideológico o mister de se conferir à cidadania a autêntica e livre jurisdição, dissociada dos meandros do Poder Governamental, a afastar o arbítrio do gestor, apresenta-se o Sistema Judiciário – ou Sistema da Jurisdição Única – ou da Unicidade de Jurisdição, nascido na Inglaterra, como reflexo das conquistas populares diante dos excessos da Corte Inglesa.

Revelando-se como uma das faces do absolutismo monárquico, o poder de administrar e de julgar pertencia à Coroa, até que, com a crescente revolta popular, a clamar pela cisão dos Poderes Estatais, foi criado o Tribunal do Rei (*The King's Bench*), com a atribuição de julgar as reclamações dos súditos em relação aos agentes do reino, sem, contudo, deixar de se atrelar à chancela do monarca, que tinha poderes para reformar-lhe as decisões e, inclusive, destituir-lhe os julgadores. Em sucessivo, o Tribunal do Rei passou a expedir, com autonomia, suas próprias determinações – *writs* -, de onde surgiu o *writ of mandamus*, com o fito de sustar atos administrativos arbitrários.

Mais tarde, surgiu na estrutura inglesa a Câmara Estrela (*Star Chamber*), que, a mais que o Tribunal do Rei (que só conhecia de matéria de direito), tinha competência para julgar tanto a matéria de direito como a matéria de fato, referentemente aos atos administrativos, contando-se, como corte recursal superior, com o Conselho Privado do Rei (*King's Concil*).

Contudo, o poder jurisdicional ainda se encontrava atrelado à Coroa. E, como afirmação do Sistema Jurisdicional – ou Sistema da Jurisdição Única, o Poder Judicial somente se apresentou independente da Corte Inglesa em 1701, com o *Act of Settlement*, surgindo, então, a Justiça Inglesa, totalmente dissociada do Parlamento e da Coroa. Estava consolidado o Sistema da Jurisdição Única, pelo qual se realiza, em plenitude, o controle judicial dos atos governamentais.

No Sistema da Unicidade, o Poder Judiciário tem o atributo de outorgar a prestação jurisdicional relativa à legalidade (ou legitimidade) dos atos administrativos.

Não se admite, dessarte, segundo o Sistema da Unicidade de Jurisdição, a função judicante entregue ou conferida ao Poder Governamental.

A Função Jurisdicional, nesse sentido, é afeta ao órgão jurisdicional, com a independência que lhe credencia a tutelar os soberanos interesses da cidadania, a ditar, legitimamente, a inadmissibilidade do arbítrio, do descontrole e da ilegalidade dos atos jurídicos dos entes estatais.

O Sistema Inglês é adotado nos Estados Unidos, no México, na Romênia, na Bélgica, dentre outros países. É este o sistema incorporado pelo Direito Brasileiro.

Desde a primeira Constituição Republicana (1891), pelos comandos exarados em seus artigos 59 e 60, o Brasil já abraçava o Sistema da Jurisdição Única. E tal se manteve nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967/69.

A Constituição Federal de 1988, a propósito, consigna, em seu artigo 5º, inciso XXXV, no rol dos direitos e garantias fundamentais, o comando imperativo de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Nos moldes do Sistema da Jurisdição Única, ao Poder Judiciário, portanto, se atribui, também, o controle externo dos atos jurídico-administrativos.

Contudo, a tutela jurisdicional, também aqui, reclama provocação, pela via processual adequada, da parte legitimada ao questionamento de tais atos, quer por defesa de direito subjetivo (demanda individual), quer no exercício da cidadania (ação popular), ou mesmo por iniciativa da sociedade civil organizada ou do Ministério Público (ação civil pública; mandado de segurança coletivo).

O controle judicial, é certo, deve ser exercido sem ofensa à autodeterminação da gestão administrativa, de modo a preservar a independência entre os Poderes Estatais, tendo como fim único a manutenção ou o restabelecimento da legalidade (e da legitimidade) dos atos da Administração Pública. E isto se torna viável, graças ao Sistema da Jurisdição Única, a outorgar à Função Jurisdicional do Estado a salvaguarda do interesse público e do interesse social, quando ameaçados pelo arbítrio do gestor.

Com efeito, a moderação na aplicação do controle judicial, a conferir o necessário equilíbrio, para que também não haja o arbítrio do poder jurisdicional, é de igual sorte importante, e será medida nos limites que se impõem ao próprio Judiciário, que há de restringir-se à análise da LEGALIDADE (bem assim da LEGITIMIDADE), sem invadir a intimidade do poder discricionário do gestor público.

A “análise da LEGALIDADE” – é bom que se esclareça – comporta, no sentido lato da expressão, abarcando a aferição da própria legitimidade da atuação governamental, o exame dos atos administrativos em cotejo com os excelsos princípios constitucionais e infraconstitucionais que orientam o administrador a agir nos termos da lei, observando a moralidade administrativa, a publicidade de seus atos, a impessoalidade de seus comandos, a eficiência, a supremacia do interesse público, enfim, os postulados que pautam a conduta do gestor, sem vícios de motivo, nem desvio de finalidade.

Sob esse prisma, tem-se, em sede de Compromisso de Ajustamento de Conduta, o controle da legalidade (e da legitimidade) a abarcar a verificação da presença dos elementos formais de validade (competência do agente, instrumentalização de acordo com a devida forma, publicidade) e o atendimento, observada a motivação, o motivo fundamentador e a finalidade de adequação da conduta do compromissário à exigências legais de preservação do bem jurídico de interesse social colimado.

É mister, contudo, que se estabeleça a harmônica conjugação entre os limites do poder de gestão (poder governamental) e o alcance do controle judicial dos atos governamentais, dentre os quais se inclui o enfocado Compromisso.

A nova ordem constitucional, ditada pela Carta Magna de 1988, pôs em relevo o efetivo exercício do “Poder Social do Estado”, manifestado por meio das prerrogativas outorgadas à cidadania e, bem assim, ao Ministério Público, como tutor do interesse público.

Nessa ambiência, os entes estatais, ante os inflexíveis princípios constitucionais da legalidade, da moralidade, da publicidade, da impessoalidade e da eficiência, têm sua atuação, destarte, modelada pelas diretrizes lançadas pela aplicação de tais princípios, condensadas tais diretrizes nos comandos das normas de direito público que regem a atividade governamental, em todos os seus níveis.

Os atos jurídico-administrativos, assim, ainda que inseridos no âmbito de atuação do poder discricionário, guardam respeito à observância das diretrizes constitucionais e legais, a bem do atendimento de seu mister finalístico: a satisfação do interesse público (*lato sensu*).

Obedecendo a esse traçado igualmente se encontra o Compromisso de Ajustamento de Conduta, tomado pelo ente público tendo em mira a adequação de condutas em prol da preservação dos bens de interesse social.

Pois bem. Conjugando-se os limites da discricionariedade com a tutela jurisdicional destinada a avaliar a observância de tais limites, viabiliza-se o exercício da função jurisdicional, no que pertine à revisão dos atos governamentais ilegais, eivados de vícios, inclusive de motivo, de motivação ou mesmo de desvio de finalidade.

É sabido que, no exercício do poder de gestão, o agente público titulariza o *munus* de avaliar a conveniência, a oportunidade e as condições em que se deva dar a atuação governamental. No entanto, não poderá deturpar tal margem de discricionariedade, a ponto de proceder em dissonância com o padrão legal e, ainda, com os princípios que regem a atuação estatal, que convergem, inexoravelmente, à plena satisfação do interesse público e, notadamente, do interesse público de dimensão social.

De sua parte, o órgão jurisdicional não pode valer-se de arbítrio e usurpar os limites do controle que exerce, invadindo a margem de discricionariedade conferida, legalmente, ao gestor público, tolhendo-lhe o *poder-dever* de decidir, nos limites da lei, *se, como e quando* deve a Administração agir, de acordo com as variáveis que a própria norma legal visualiza. A função jurisdicional, aqui, restringe-se a aquilatar se o administrador não ultrapassou o alcance da previsão legal, a ponto de causar lesão a direitos subjetivos ou, enfim, ao próprio interesse público (*lato sensu*) – trata-se, neste particular, de avaliar a própria legitimidade da atuação estatal.

É com esses contornos e com tal escopo que se viabiliza e se dimensiona o controle judicial na seara dos atos governamentais, que, quanto ao alcance material, terá em mira a aferição da consonância entre a motivação, o motivo e a finalidade da atuação do ente estatal, em relação à própria concretização dos efeitos de tal atuação, entendendo-se a avaliação da motivação, do motivo e da finalidade não como ingerência no que se costumava chamar de “mérito administrativo”, em sentido estrito, mas como avaliação do chamado “mérito legal” da atuação legítima do Estado.

O ato jurídico-administrativo há de se compor, além da moldura formal própria dos atos jurídicos da Administração Pública, do substrato material que reflita obediência aos soberanos princípios constitucionais, com relevo para os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, que denunciam a insanável nulidade dos atos arbitrários e carentes de esteio legal e de legitimidade, ou mesmo de motivo jurídico.

É certo, portanto, que todo e qualquer ato governamental, para dotar-se de validade, haverá de exarar comando material espelhado na lei.

Assim, tem-se que, quanto ao substrato material, ou mesmo quanto ao motivo, os atos jurídico-administrativos precisam alicerçar-se na motivação, a conjugar seu comando com os fins previstos na norma de direito público.

Desse modo, pode-se afirmar que, mesmo quanto ao motivo, a validade dos atos jurídico-administrativos é suscetível de questionamento, no âmbito do próprio ente governante, que, pelo *poder-dever* de *autotutela*, pode e deve anular seus atos inválidos, bem como na seara do controle judicial. Esclareça-se que, evidentemente, o exame do substrato material dos atos governamentais pelo Judiciário não fere a inviolabilidade do que se costumava chamar de “mérito administrativo”, em sentido estrito, porquanto a ele não se refere.

O controle judicial alcança o substrato material alusivo à motivação legal do ato (“mérito legal”), para coibir os atos administrativos ofensivos aos soberanos princípios da legalidade e da moralidade, constitucionalmente consagrados. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao versar sobre os pressupostos de validade do ato administrativo, conceitua e afirma:

Motivo é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É, pois, a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato. [...] Quando previsto em lei, o agente só pode praticar o ato se houver ocorrido a situação prevista [...] Se o agente se embasar na ocorrência de um dado motivo, a validade do ato dependerá da existência do motivo que houver sido enunciado. Isto é, se o motivo que invocou for inexistente, o ato será inválido.

Assim, por exemplo, se o agente disser que remove o funcionário tal por ausência de trabalho suficiente no local em que presta serviço, o ato será invalidável se o funcionário demonstrar que, pelo contrário, havia acúmulo de serviço na unidade em que trabalhava.

[...] O motivo do ato é a própria situação material, empírica, que efetivamente serviu de suporte real e objetivo para a prática do ato. É evidente que o ato será viciado toda vez que o motivo de fato for descoincidente com o motivo legal.

Para fins de análise da legalidade do ato, é necessário, por ocasião do exame dos motivos, verificar:

a) a materialidade do ato, isto é, verificar se realmente ocorreu o motivo em função do qual foi praticado o ato;

b) a correspondência do motivo existente (e que embasou o ato) com o motivo previsto na lei.

[...] Sendo assim, a invocação de “motivos de fato” falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados, vicia o ato [...] ⁶⁵

O controle judicial há, portanto, de alcançar – sim – a avaliação da legitimidade do ato administrativo, no que pertine ao “mérito legal”, ou seja, ao motivo que compôs o substrato material do ato administrativo, quanto à sua compatibilidade com a realidade fática e a previsão legal atinente à motivação.

Nesse tom, é sabido que o motivo, ensejador da prática do ato governamental, representa a correlação entre a situação fática sobre a qual se concretizou a atuação administrativa e a previsão legal correspondente, autorizando e, até mesmo, instando o ente estatal governante a atuar. Da compatibilidade entre a previsão legal de atuação governamental e a situação fática em se deu tal atuação, portanto, é que se extrai a legitimidade do motivo que serviu de escopo à prática dos atos administrativo-governamentais.

No que tange ao mérito propriamente dito, porém, o espectro da discricionariedade se amplia: aqui, confere-se ao agente público o *munus* de decidir, sob a avaliação da conveniência, oportunidade, eficiência, *se, como e quando* se deve verificar a atuação administrativa.

Impende invocar, também quanto a esse aspecto, o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, esclarecendo:

O mérito administrativo se consubstancia, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar ⁶⁶.

Nesse sentido, portanto, tem-se que o “mérito” propriamente dito quer significar, exatamente, a essência da própria gestão. A gerência da atividade

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 123/125.

⁶⁶ Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16.ed. São Paulo: RT, 1991, p. 131.

administrativa, ou, em outras palavras, a gestão da atuação do ente estatal governante, em seu sentido estrito, específico, condizente com o administrar, reclama do administrador a sua avaliação acerca, única e exclusivamente, da oportunidade, da conveniência, dos elementos fáticos que indiquem ou não o prognóstico positivo da ação do Estado.

Entretanto, balizando o atributo da gestão, tem-se o princípio da legalidade, a reger toda a atuação do ente estatal governante, pondo-se como limite maior de todo o grau de discricionariedade de que se possa dotar o ato governamental. Sendo certo que o *motivo* comporta a convergência da situação fática com a previsão legal da atuação administrativa, há de se reconhecer a vinculação da motivação às diretrizes legalmente estabelecidas.

E se o *mérito* se refere à avaliação do governante acerca das circunstâncias indicativas da oportunidade e da conveniência da atuação do Poder Público, tal avaliação – de caráter sobremaneira discricionário – também guarda certo grau de vinculação à diretriz legal, porquanto a oportunidade e a conveniência devem guardar correspondência com o interesse público (*lato sensu*).

Assim, compreende-se, em ressumo, que a motivação e o mérito, informativos do conteúdo discricionário do ato governamental, não outorgam discricção absoluta, mas pautada nas diretrizes legais.

O exercício dos poderes administrativos encontra limite em tais diretrizes, que modulam a atuação do Poder Público conforme o legítimo interesse coletivo. Merece relevo a concepção de que, efetivamente:

A lei não faculta a quem exercita atividade administrativa dotar providências ilógicas ou desarrazoadas. Outrossim, como os poderes administrativos são meramente instrumentais, isto é, servientes de um dado escopo normativo, a validade de seu uso adscrive-se ao necessário para alcançá-lo. Toda demasia, todo excesso, toda providência que ultrapasse o que seria requerido para – à face dos motivos que a suscitaram – atender o fim legal, será uma extralimitação da competência e, pois, uma invalidade, revelada na desproporção entre os motivos e o comportamento que nele se queira apoiar. A razoabilidade – que, aliás, postula a proporcionalidade – a lealdade e boa fé, tanto como respeito ao princípio da isonomia, são princípios gerais do Direito que também concorrem para conter a

discricionarieidade dentro de seus reais limites, assujeitando os atos administrativos a parâmetros de obediência inadversável.⁶⁷

Sim. Toda a atuação governamental há de mirar o atendimento ao interesse público (*lato sensu*), e, porquanto, qualquer ato administrativo que se desvie desse mister finalístico, estará eivado de vício, merecendo a consecutória correção. Neste contexto, portanto, mesmo a motivação, como o mérito do ato administrativo, guarda tal grau de vinculação com os parâmetros legais, a conferirem medida à discricção que lhes é peculiar, como fator predominante, porém, limitado.

Se o gestor público, por exemplo, identifica a necessidade de contratar, adquirindo, locando ou alienando bens, ou, ainda, pactuando serviços ou obras, há que embasar e desencadear o processo licitatório, para, alfim, consubstanciar o contrato, na efetiva oportunidade e conveniência de fazê-lo, em atendimento ao interesse público. Se, ao revés, sua deliberação em tal sentido estiver divorciada da efetiva necessidade da contratação, valendo-se do processo licitatório ou do contrato, não para o atendimento do interesse público, mas, em verdade, para o atendimento de interesses escusos, sua atuação será suscetível de correção judicial. Do mesmo modo, se, divorciando-se dos motivos legais, deliberar o administrador pela dispensa ou inexigibilidade do procedimento licitatório, consumando contratação direta sem o devido esteio legal, tal contrato será eivado de nulidade, suscetível de ser declarada pelas vias do controle judicial.

Ainda à guisa de exemplificação, se o administrador, mesmo contando com o substrato material da motivação, não observar os procedimentos legalmente previstos para a marcha do certame licitatório, ou mesmo para o processo de dispensa ou inexigibilidade de licitação, e, enfim, para formalização e execução do contrato, sua atuação também estará suscetível de revisão, também pelas vias judiciais. Outrossim, ainda que satisfeita a motivação, cumprido o processo licitatório, se não se lhe imprimir julgamento segundo os critérios objetivos, elegendo-se proposta dissonante daquela que, efetivamente, traria melhores condições à Administração, o controle judicial terá lugar, para a correção de tal desvio.

⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionarieidade e Controle Jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 96.

Em sede de Compromisso de Ajustamento de Conduta pode-se cogitar, por exemplo, de situações em que a conduta assumida pelo compromissário contrarie normas legais ou regulamentares acerca da preservação ambiental, ou dos direitos do consumidor, ou da preservação do patrimônio histórico e cultural, ou mesmo da ordem urbanística, e, ainda à guisa de exemplificação, situações em que a conduta pactuada no Compromisso materialmente atente, ao contrário do que formalmente declarado no respectivo Termo, contra o meio ambiente, ou contra o patrimônio público, ou contra os direitos do consumidor, ou contra a ordem urbanística, ou contra qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Há, dessarte, limites à atuação do ente estatal, que vedam a celebração de Compromissos que traíam os respectivos motivos e escopos legais.

A propósito, importante destacar julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pronunciando decreto de nulidade de Compromisso de Ajustamento de Conduta, no julgamento da Apelação Cível nº 70024538308, expresso no Acórdão assim ementado:

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. LOTEAMENTO URBANO. BEM PÚBLICO. REGULARIZAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MUNICÍPIO. NULIDADE. FUNÇÃO DE GOVERNO. PRERROGATIVA. PROJETO DE LEI.

1. As normas constitucionais e legais que determinam a destinação de verbas públicas para a proteção do meio ambiente prescrevem obrigação de fim e não obrigação de meios.
2. É nulo o termo de ajustamento de conduta firmado entre o Ministério Público e o Município, por meio do qual se comprometeu a implementar políticas que dependem de autorização legal (regularização de loteamento em área pública) [...] ⁶⁸

Impende asseverar, por outro lado, que do mesmo modo que a atuação administrativa encontra os limites da legalidade, é igualmente certo que o controle judicial dos atos governamentais também se exerce nos limites da legalidade e da legitimidade, de tal sorte que, à medida em que não se outorga o poder desmedido

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70024538308 – 22ª. Câmara Cível. **Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre (RS), 19 ago.2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 jan.2009.

de gestão ao administrador, também não se outorga ao órgão jurisdicional o atributo de se investir na gestão.

Assim, tem-se que, para os atos predominantemente vinculados, os vícios suscetíveis de correção, via controle judicial, apresentam-se como sendo as distorções do ato administrativo em relação à expressa previsão legal quanto à sua forma, conteúdo e comando. Para tais atos, como se sabe, o desenho legal é preciso: a atuação administrativa se dá, exatamente, como a lei determina, formal e materialmente, no tempo, local e condições taxativamente estabelecidos pela norma de direito público.

Outrossim, para os atos predominantemente discricionários, a *motivação* e o *mérito* orientam o administrador público à prática de atos administrativos que atendam ao interesse público (*lato sensu*), conforme as situações fáticas e os reclamos da oportunidade e da conveniência, a requererem a ação do Estado.

Eis os vícios materiais a serem corrigidos no âmbito do controle judicial: o atentado à taxativa previsão legal (atos vinculados) ou o desvio de motivação (ou vício de motivo) ou deturpação do mérito, bem assim o desvio de finalidade. Aliás, quanto à motivação do ato administrativo, é certo que “há desvio de poder quando uma autoridade administrativa cumpre um ato de sua competência mas em vista de fim diverso daquele para o qual o ato poderia legalmente ser cumprido”⁶⁹. Nesses moldes, a discricção se converte em arbítrio, em abuso, em ofensa ao interesse público, que há de prevalecer.

De acordo como o traçado do Sistema da Jurisdição Única, considerados os limites da atuação administrativa, confere-se ao Poder Judiciário a outorga de tutelar a pretensão do administrado, do cidadão, ou mesmo dos titulares do Poder Social do Estado de alcançarem prestação jurisdicional tendente a rechaçar os atos administrativos arbitrários, ilegítimos, ilegais ou abusivos.

Assim, o conteúdo exato da tutela jurisdicional, para que também se evite o arbítrio, o abuso, a usurpação no exercício do controle externo, deve limitar-se ao apreço da legalidade e da legitimidade, na estrita correspondência legal que devem guardar os atos vinculados, e, bem assim e unicamente, da *motivação*, no que pertine à harmônica conjugação da situação fática com a hipótese legal, e do *mérito*, apenas

⁶⁹ André de Laubadère. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence -LGDF, 1967, p.502.

no que concerne à ausência de desvio da impreterível finalidade de atendimento ao interesse público.

É certo, na seara dos atos predominantemente discricionários, que não caberá ao órgão jurisdicional dizer propriamente da oportunidade, da conveniência, da medida, do grau de atuação do ente estatal governante. A avaliação de tais valores é afeta ao poder discricionário do administrador, em seu conteúdo inviolável. O juiz – ressalte-se – não tem o condão de *governar*, usurpando o poder de gestão outorgado ao agente público; o órgão jurisdicional, isto sim, tem o condão de velar pela legalidade da atuação administrativa e é neste mister que deve atuar, bem exercendo o controle da legalidade dos atos administrativos.

Corroborando as assertivas supra-annotadas, Caio Tácito, atento à margem de discricção, conferida pela lei ao titular do poder de gestão, leciona, exatamente, que a motivação e o mérito administrativo só devem receber a incidência do controle judicial ante a deturpação, por parte do administrador, da exata correlação entre o ato administrativo e o motivo que lhe tenha sido atribuído como escopo. Salienta o referido autor:

Se inexistente o motivo, ou se dele o administrador extraiu conseqüências incompatíveis com o princípio de direito aplicado, o ato será nulo por violação da legalidade. Não somente o erro de direito, como o erro de fato autorizam a anulação jurisdicional do ato administrativo. Negar ao Juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda extrínseco.⁷⁰

⁷⁰ Caio Tácito. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1975, p.60.

Compreende-se, das afirmativas retrodestacadas, que o preciso conteúdo da tutela jurisdicional, na seara do controle externo dos atos governamentais, corresponde, estritamente, à observância dos soberanos princípios constitucionais que regem a atuação administrativa e à aferição do exercício do poder discricionário do administrador, nos limites da margem de discricção estabelecidos pela lei, atentando-se, sempre e sempre, para o atendimento ao interesse público (*lato sensu*).

A propósito, Seabra Fagundes conclui que, no âmbito da prestação jurisdicional voltada à correção das nulidades do ato administrativo, o Judiciário tem o mister de aquilatar a conformação do ato com a lei estrita, ou, na sua falta, com os ditames dos princípios gerais do Direito⁷¹.

O Supremo Tribunal Federal, em julgado acerca dos limites do controle judicial sobre a atuação administrativa, definiu que a legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos sejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo⁷².

Nesse tom, atende-se ao mister finalístico da prestação jurisdicional, projetado no comando do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não se reservando ao Judiciário apenas o exame formal dos atos administrativos, mas, igualmente, o controle de sua legalidade e de sua legitimidade material.

Em conclusão, invocam-se as lúcidas observações de Humberto Theodoro Júnior:

Na idéia de *devido processo legal* sobreleva a concepção de veículo apto a proporcionar o **verdadeiro acesso à justiça**, ou seja, um processo que se assegure “a obtenção de resultados justos que dele é lícito esperar” (Cândido R. Dinamarco, *A Reforma do Código de Processo Civil*, 3ª. ed., São Paulo, Malheiros ed., 1997, p. 22).

A concepção de democracia, a um tempo liberal e solidarista, a que chegou a civilização ocidental neste final de século, busca o lineamento do Estado justo [...]

⁷¹ Seabra Fagundes. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*: Rio de Janeiro: Forense, 5ª Edição, p.148.

⁷² STF. *Revista de Direito Administrativo*, 42/227.

Não podem, em tal quadra histórica, as leis processuais ser objeto de indiferença ética, nem muito menos de hermenêutica e aplicação que não correspondam aos **propósitos ideológicos de acesso à justiça por meios e com resultados efetivamente justos.**

A Constituição Brasileira, inserindo-se no movimento global do nosso tempo, exprime a essência da ideologia que a inspira no seu Preâmbulo, onde se proclama o propósito de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça,...”

Esse destaque ideológico da justiça prestigiada como um dos valores supremos da nação visa, no campo da prestação jurisdicional, a consagrar, de maneira estável e bem determinada, os fundamentos éticos do processo. **Não se permite mais, portanto, que os procedimentos judiciais sejam tratados como simples instrumentos de justiça formal, mas, sim, como uma garantia muito mais ampla de justiça substancial.**

A garantia fundamental não é, assim, de um *procedimento devido* (correto, regular no plano formal), mas, sobretudo, “*um processo che sai intrinsecamente equo e giusto, secondo i parametri ético-morali accettati dal comune sentimento degli uomini liberi di qualsiasi época e paese, in quanto si riveli capace di realizzare una giustizia veramente imparziale, fondata sulla natura e sulla ragione*”(Luigi Paolo Comoglio, “*Garanzie costituzionali e giusto processo – modelli a confronto*”, relato apresentado nas *II Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil*, Brasília, 1997).

O que é nuclear no processo de hoje é a *controvérsia a resolver* e o método instrumental para solucioná-la, que haverá de assegurar, sempre, “**a solução mais justa e útil**” (Agusto Morello, *el Proceso Justo*, La Plata, Lib. Ed. Platense – Alberto Perrot, 1994, p.660). (grifos nossos).⁷³

É com espeque nessa lúcida compreensão, que, em sede de controle judicial dos atos jurídicos do ente estatal governante, não mais se concebe limitar-se a prestação jurisdicional à perquirição da validade meramente formal dos atos governamentais, mas sim, como antedito, à licitude, legalidade, legitimidade da

⁷³ THEODORO Júnior, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.107-109.

atuação do Poder Público, de modo a que se concretize o exercício democrático do próprio Poder Social do Estado e, igualmente, da cidadania consciente e livre.

Em sede de Compromisso de Ajustamento de Conduta, é certo que o controle judicial tanto dirá respeito aos aspectos formais, como também à análise da motivação, do motivo fundamentador e do resultado (finalidade) colimado, verificando-se se, efetivamente a situação fática daria ensejo à adoção das medidas concernentes ao *facere* ou *non facere* imputado ao compromissário e se tais medidas efetivamente estão aptas a produzir o útil resultado à efetiva satisfação do interesse público-social em vislumbre.

Quanto aos meios (ações) à provocação do controle judicial, importante divisar, primeiramente, os efeitos gerados pelo Compromisso de Ajustamento de Conduta não homologado judicialmente, isto é, Compromisso firmado entre o órgão do Ministério Público ou a entidade da Administração Pública Direta ou Indireta legitimada e o respectivo compromissário (aquele a quem é imputada a obrigação de fazer ou não-fazer objeto do Compromisso), sem que tal pacto tenha sido submetido à homologação por sentença judicial.

Nesse particular, vislumbra-se um Compromisso firmado sem que haja em curso uma Ação Civil Pública a que se fizesse incidentalmente atrelado, acarretando-lhe a extinção com resolução de mérito, nos moldes do artigo 269, inciso III, do Código de Processo Civil.

Pois bem. *Ex vi*, do disposto no multicitado artigo 5º, §6º, da Lei de Ação Civil Pública, o Compromisso de Ajustamento de Conduta não homologado judicialmente produz os efeitos de título executivo extrajudicial (e assim o é: título executivo extrajudicial).

Tal ato jurídico, dessarte, não encerra coisa julgada, nem tem eficácia *erga omnes*. Não inibe, portanto, em relação aos entes legitimados que não tenham subscrito o Compromisso a propositura de Ação Civil Pública em face do compromissário, cujo pedido não se limite ao conteúdo da obrigação de fazer ou não-fazer que tenha sido definida no cogitado Compromisso de Ajustamento de Conduta. E tal Ação Civil Pública, nesse caso, não se dirigirá à pretensão de invalidação do Compromisso, não se destinando, destarte, à provocação do respectivo controle judicial de validade de tal pacto. Tratar-se-á de Ação Civil Pública contemplando pretensão própria, distinta do conteúdo obrigacional pactuado

no Compromisso, ou mesmo com objeto de maior abrangência em relação ao dito pacto.

No entanto, é certo que o Compromisso de Ajustamento de Conduta pode ensejar questionamento quanto ao conteúdo da obrigação assumida pelo compromissário, cujo cumprimento (execução) possa ser nocivo ao próprio interesse difuso ou coletivo tutelado. Em tal situação, caberá Ação Civil Pública para anular o Compromisso ou mesmo Ação Popular, as quais terão – aí sim – o condão de provocar o controle judicial de validade do pacto em foco.

No que concerne ao Compromisso de Ajustamento de Conduta homologado por sentença judicial, tem-se que produzirá, incorporado e emoldurado pela sentença homologatória, os efeitos de coisa julgada material, porquanto tal sentença homologatória trata-se de sentença extintiva do processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, inciso III, do Código de Processo Civil.

Cumprido esclarecer, a bem da coerência entre as assertivas retro-enunciadas acerca da natureza jurídica do Compromisso de Ajustamento de Conduta e a classificação da sentença homologatória em foco, enquadrada na previsão do citado artigo 269, inciso III, do digesto processual, que tal enquadramento, sob a locução da norma em destaque de que haverá resolução e mérito “quando as partes transigirem”, não tem o condão de equiparar, em substância, o Compromisso à transação, mas sim de conferir-lhe, processualmente, o mesmo efeito em relação à extinção do processo judicial.

Feito o esclarecimento, tem-se, então, que tal sentença homologatória será dotada de efeitos *erga omnes*, ante a previsão do artigo 16, da Lei de Ação Civil Pública.

Assim, o meio (a ação) que se afigura viável à invalidação desse Compromisso de Ajustamento de Conduta será a Ação Anulatória de que trata o artigo 486, do Código de Processo Civil. A legitimidade para promovê-la será dos demais entes que teriam legitimidade para a promoção da própria Ação Civil Pública extinta por força do Compromisso, que não lho subscreveram.

Igualmente se afirma viável à anulação do Compromisso homologado por sentença a Ação Popular, promovida com os contornos da Ação Anulatória de que trata o referido artigo 486, da Lei Instrumental Civil, observada – é certo – a identidade entre o objeto típico de Ação Popular e o objeto do questionado Compromisso.

Saliente-se que o vislumbrar da sobredita Ação Anulatória com legitimidade deferida apenas aos entes legitimados à promoção da própria Ação Civil Pública, bem assim de Ação Popular, como os meios viáveis à provocação do controle judicial de validade do Compromisso de Ajustamento de Conduta homologado por sentença transitada em julgado, decorre exatamente dos efeitos *erga omnes* de tal sentença homologatória.

7.3. A aplicação do princípio da proporcionalidade, no controle de validade do Compromisso de Ajustamento de Conduta

A avaliação da pertinência material do motivo e da adequação da obrigação de fazer ou não-fazer objeto do Compromisso de Ajustamento de Conduta reclama a aplicação do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, com a configuração atual, data do último quartel do século XX, recebendo tratamento, em construção, pela doutrina e jurisprudência.

Quanto à positivação, é certo que, nos textos constitucionais estrangeiros, ou são raras ou inexistem referências ao princípio da proporcionalidade, até mesmo nos países onde sua assimilação e aplicação estão consolidadas, como na Alemanha, na Suíça, na Áustria, na Espanha.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e os Tratados da Comunidade dos Estados Europeus e da União Europeia também não proclamam expressamente o princípio da proporcionalidade, apesar de sua ampla aplicação jurisprudencial.

Nos Estados Unidos, a aplicação do princípio da proporcionalidade é de exclusiva criação jurisprudencial.

A Constituição Portuguesa de 1976, por seu turno, apresenta em seu texto inúmeras formulações, sem enunciar nominadamente o princípio, mas lançando comandos que diccionam alguns de seus vetores de aplicação.

No Brasil, a construção (igualmente recente) é doutrinária e jurisprudencial (esta última um tanto tímida), somente ganhando positivação expressa com a edição do diploma legal regente do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei nº 9.784/99), que, precisamente em seu artigo 2º - parágrafo único – inciso VI, dispõe que a Administração Pública há de decidir, nos processos administrativos, com obediência à adequação entre meios e fins, vedada a imposição

de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

O princípio da proporcionalidade, com a configuração hodierna, é contemporâneo do fecho do círculo weberiano de racionalidade no ambiente jurídico, vivenciado no último quartel do Século XX, podendo-se afirmar que seu período de concepção só se aproximou do seu termo entre as décadas de setenta e oitenta.

Na verdade, em seu alcance atual, o princípio da proporcionalidade resulta, de um lado, do protagonismo estatal pós-liberal e, de outro, da plena interiorização pelo Direito da racionalidade proposta por Max Weber. E, ainda, de uma reavaliação das possibilidades jusfilosóficas do pensamento jusnaturalista, experimentada após o termo da segunda guerra mundial, buscando-se a materialização na definição de princípios ou instrumentos que metodicamente pudessem traduzir a idéia de justiça e de direito justo do terreno meta-positivo para o terreno firme da justiça do caso concreto.

Sim. É no pós-segunda guerra que se dá o culto conjunto de doutrina e jurisprudência acerca do “princípio da proibição do excesso” (segunda metade dos anos 50 e 60), concluindo-se jornada iniciada ainda no “Século das Luzes”.

A primeira irradiação do princípio se deu no espaço jurídico centro-europeu, notadamente na Alemanha.

No espaço germânico, o princípio tem como antepassados as exigências, no que concerne ao exercício dos poderes administrativos do Estado frente aos administrados, da necessidade ou da indispensabilidade dos meios, pressupondo a adequação do meio ao atingimento do fim colimado.

Embora se detecte a exigência da necessidade já no direito prussiano de polícia (com irradiação para todo o direito administrativo relacional), somente na segunda metade do século XIX tem-se a afirmação efetiva da necessidade, na jurisprudência e nos compêndios jurídicos, no sentido de que:

- (i) *a atividade do Estado está limitada aos fins (perspectiva liberal; oposição ao totalitarismo do Estado absolutista);*
- (ii) *a intervenção estatal na esfera de liberdade dos cidadãos carece de uma autorização específica;*
- (iii) *estão sujeitos ao controle jurisdicional os atos de autoridade.*

Tais vetores fortaleceram as bases do Direito Administrativo.

Até os anos 50, do século XX, o conceito de proporcionalidade continuou a ser usado para cobrir apenas aquilo que hoje se designa de necessidade.

Realmente. A década de 50 é uma época de transição sob várias perspectivas, no que pertine à substancial conceituação do princípio da proporcionalidade e de seu alcance.

E assim, no início da década de 50, assinala-se distinção entre necessidade (com adequação implícita) e proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse rumo, a terminologia evolui e a aplicação do princípio ultrapassa as estritas fronteiras do Direito Administrativo e passa a limitar e guiar o próprio legislador, alçando o ambiente superlativo do Direito Constitucional.

No início da década de 60, ainda no século XX, o princípio da proporcionalidade completa o seu processo de formação, adquirindo a sua configuração atual, a partir da obra de Lerche, considerada como ponto de ruptura entre a pré-história e a história do princípio.

Em Portugal, destaque, na doutrina, para Vital Moreira, em 1973, versando sobre as restrições de direitos fundamentais (econômicos) justificadas pelo interesse público ou pelo bem comum, limitadas pela necessidade de sua adequação e proporção ao fim que as ensejem.

Na Constituição Portuguesa de 1976, há – sim – inúmeras formulações do princípio, com destaque para o artigo 282, nº 4, a estabelecer que, no exercício da faculdade de fixação dos efeitos de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional deve observar a limitação desses efeitos no sentido de que se faça adequada e na medida da necessidade à consecução de fins imperiosos e superiores, como a segurança jurídica, a equidade e os interesses públicos de excepcional relevo, como o sacrifício de bens, interesses e valores resultante dessa limitação de ver tolerável face aos fins que se pretende acautelar.

É nesse diapasão que o princípio da proporcionalidade encontra seu amplo alcance: aplicação ao campo da garantia dos direitos fundamentais frente à atuação estatal; aplicação como princípio objetivo de organização e limitação dos poderes (conforme a lata concepção de Bleckmann⁷⁴).

⁷⁴ *Apud* CANAS, Vitalino. O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais*. V. I. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 323-358.

Com tal amplo espectro, tem-se, então, que princípio da proporcionalidade, no bojo do qual se subsume o princípio da vedação do excesso, não só contempla o enunciando quanto à moderação no emprego dos meios disponíveis ao poder estatal no exercício dos misteres de controle e regulação das condutas e das atividades inter-relacionadas na dinâmica social, mas também contempla o balizamento (a diretriz) necessário à manifestação de todos os poderes estatais e, enfim, à solução (ou superação) de conflitos entre normas e direitos subjetivos, balizamento que emana da orientação que há de vir dos direitos fundamentais, nos quais se incluem os direitos sociais, a aliar-se à preponderância de uma das normas (ou mesmo à adequada interpretação e aplicação integrativas) ou de um dos direitos subjetivos em confronto.

Na ambiência do Compromisso de Ajustamento de Conduta, o princípio da proporcionalidade impõe o cotejo entre a situação fática de ofensa (ou ameaça de ofensa) ao bem jurídico de expressão social e a eficiência da obrigação de fazer ou não-fazer objeto do Compromisso, para eliminar a situação fática ofensiva, reparar o dano já causado e/ou evitar a repetição da situação danosa.

A adequação, portanto, é o valor proporcional que se há de buscar, em sede de Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Intimamente vinculado ao fator necessidade, o princípio da proporcionalidade, em tal viés, significa o balizador da moderação dos meios empregados pelo poder público à contenção e repressão à prática de nocivo exercício de direitos subjetivos ou atividades, a enunciar, então, que o excesso, para além do necessário, ou a insuficiência, para aquém do necessário, no emprego dos meios, revela ato arbitrário de poder, suscetível de correição e, até mesmo, de invalidação.

Como antedito, sob tal contorno, a exigência da adequação entre os meios empregados na atividade reguladora estatal e os fins legalmente colimados a essa regulação se fez presente já no chamado direito prussiano de polícia, de onde se irradiou como princípio geral de Direito Administrativo.

Sob esse pálio, o princípio da proporcionalidade, no dizer de Roger Bonnard, pronunciaria: *la fin ne justifie pas tous les moyens*.⁷⁵

⁷⁵ BONNARD, Roger. *Précis de Droit Administratif*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1953, p.321.

Nesse contexto, é certo que o princípio da proporcionalidade se fez sedimentar exatamente na ambiência do poder de polícia administrativa, modelando-o, balizando-o, orientando-o à devida adequação.

Especificamente no âmbito do poder de polícia administrativa, onde, inegavelmente, na seara do Direito Administrativo, o princípio da proporcionalidade encontra mais flagrantes percepção e aplicação, Hely Lopes Meirelles já asseverava, invocando-o como diretriz de validade ao ato de polícia:

A proporcionalidade entre a restrição imposta pela Administração e o benefício social que se tem em vista, sim, constitui requisito específico para a validade do ato de polícia, como também a correspondência entre a infração cometida e a sanção aplicada, quando se tratar de medida punitiva. Sacrificar um direito ou uma liberdade do indivíduo sem vantagem para a coletividade invalida o fundamento social do ato de polícia, pela desproporcionalidade da medida[...]A desproporcionalidade do ato de polícia ou o seu excesso equivale a abuso de poder, e, como tal, tipifica ilegalidade nulificadora da sanção.

A legalidade dos meios empregados pela Administração é o último requisito para a validade do ato de polícia. Na escolha do modo de efetivar as medidas de polícia, não se compreende o poder de utilizar meios ilegais para sua consecução, embora lícito e legal o fim pretendido.⁷⁶

É indubitoso que, para além do âmbito do poder de polícia, o princípio da proporcionalidade é lançado sobre toda a atuação estatal, constituindo-se como princípio geral de Direito Administrativo.

Aliás, no ordenamento jurídico-positivo brasileiro, conforme anunciado no intróito deste trabalho, encontra-se, sob o pálio da proclamação dos princípios regentes da Administração Pública enunciada no artigo 37, da Constituição Federal, a Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que, dispondo sobre as normas gerais do processo administrativo (na Administração Pública Federal), preceitua, em seu artigo 2º, parágrafo único inciso VI:

Art.2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade,

⁷⁶MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16.ed. São Paulo: RT, 1991, p.119.

moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

[...] ⁷⁷

E não se pode enxergar, sob ângulo algum, qualquer incompatibilidade entre o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a moderação imposta pelo princípio da proporcionalidade à atuação regulatória (preventiva e repressiva) do Estado, no regramento concreto, legalmente previsto, das condutas e atividades individuais, ante o imperativo da ordem e do interesse público.

Em outras palavras, o ente estatal, a pretexto da defesa do interesse público, não está autorizado a utilizar-se de meios insuficientes, nem a utilizar-se, com excesso, sem medida, de todos os meios de manifestação de sua imperatividade, sufocando o exercício dos direitos e liberdades individuais sem a indispensável adequação, com o devido grau de razoabilidade, entre a força desses meios – sempre conforme a previsão legal – e o limite do necessário à consecução dos legítimos fins de satisfação do interesse público (*lato sensu*), afinal o Estado não é titular do interesse público – este, titularizado pelo corpo social do Estado. Na verdade, o Estado congrega e tem o mister de pôr em funcionamento os instrumentos à consecução do interesse público, e, em sede de Compromisso de Ajustamento de Conduta, à consecução do atendimento ao interesse social colimado.

Nesse sentido, vale transcrever os lúcidos comentários de Celso Antônio Bandeira de Mello, exatamente traçando a conjugação na aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e do princípio da proporcionalidade (no atinente ao âmbito do Direito Administrativo):

⁷⁷ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. In: SENADO FEDERAL. **Legislação Republicana Brasileira**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://senado.gov.br/sf/legislacao/legisla/>. Acesso em 22 jun. 2007.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art.170, III, V e VI) ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é pressuposto lógico do convívio social. Para o Direito Administrativo interessam apenas os aspectos de sua expressão na esfera administrativa. Para não deixar sem referência constitucional algumas aplicações concretas especificamente dispostas na Lei Maior e pertinentes ao Direito Administrativo, basta referir os institutos da desapropriação e da requisição (art. 5º, XXIV e XXV), nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Como expressão desta supremacia, a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante *atos unilaterais*. Tais atos são *imperativos* como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente *exigibilidade*, traduzida na previsão *legal* de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los. Bastas vezes ensejam, ainda, que a própria Administração possa, por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato, sem a necessidade de recorrer previamente às vias judiciais para obtê-la. É a chamada *auto-executoriedade* dos atos administrativos. Esta, contudo, não ocorre sempre, mas apenas nas seguintes duas hipóteses: a) quando a lei expressamente preveja tal comportamento; b) quando a providência for urgente ao ponto de demandá-la de imediato, por não haver outra via de igual eficácia e existir sério risco de perecimento do interesse público se não for adotada.

[...]

Em todos os casos, a ameaça ou a incorreta utilização de quaisquer destas prerrogativas podem ser judicialmente corrigidas, preventiva ou repressivamente, conforme o caso, sobretudo pelo *habeas-corpus*, quando ofensivas à liberdade de locomoção (art.5º, LXVIII, da Constituição), e nos demais casos pelo mandado de segurança individual,

ou coletivo se for a hipótese (art.5º, LXIX e LXX), ou mesmo por medidas possessórias, tratando-se de defender ou retomar a posse.⁷⁸

Sem dúvida. O princípio da proporcionalidade se afigura como moderador na aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, ou mesmo – melhor dizendo – constitui fator indispensável à correta aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, garantindo fidelidade entre a atuação estatal e a própria observância da legítima invocação do dito princípio da supremacia do interesse público, evitando que este não se subverta para servir de álibi à prática de atos arbitrários, abusivos, manifestações de abuso de autoridade, repudiados pela ordem constitucional democrática.

Válido trazer a registro, ainda nesse tom, o arremate de Celso Antônio:

Convém reiterar, e agora com maior detença, considerações dantes feitas, para prevenir intelecção equivocada ou descabida sobre o alcance do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado na esfera administrativa. A saber: as prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia não são manejáveis ao sabor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de “poderes”, *sic et simpliciter*. Na verdade, o que nela se encontram são “deveres-poderes”, [...] Isto porque a atividade administrativa é desempenho de “função”.

Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao *dever* de buscar, *no interesse de outrem*, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar *poderes*, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. Assim, ditos poderes são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja: são conferidos como *meios* impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir.⁷⁹

As assertivas retro-enunciadas conduzem à lúcida compreensão de que o princípio da proporcionalidade é fator inibidor do vício de motivo e do desvio de finalidade do ato governamental.

⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.93-94.

⁷⁹ *Ibid.*, p.94.

Sim. Como já ressaltou, o ato administrativo-governamental (ato jurídico em sentido estrito, praticado por ente estatal ou delegatário do Estado no exercício de função pública governamental) congrega, dentre seus elementos essenciais de validade, o motivo (substrato fático que justifica a concreta atuação do ente público administrativo em prol do interesse público) e a finalidade (fim concreto a ser alcançado com a prática do ato administrativo, em atendimento ao interesse público).

Pois bem. A situação concreta a ser analisada pelo agente (ente) público para fins de atuação público-administrativa deve ser adequadamente medida, isto é, deve ser diagnosticada quanto ao fato que representa no seio da coletividade administrada e, assim, quanto à dimensão de sua repercussão no atinente ao interesse público.

Diante desse diagnóstico, o agente (ente) público há de verificar a *necessidade* (aí inserindo-se a *oportunidade* e a *conveniência*) da atuação público-administrativa e, consultados os *instrumentos* legalmente previstos a essa atuação, eleger, então, o *instrumento* (o *meio*) adequado (eficaz e eficiente) de atuação público-administrativa sobre aquela situação concreta, para o efetivo atingimento da finalidade colimada à satisfação legítima e lícita do interesse público.

Por isso, sendo, portanto, o princípio da proporcionalidade inibidor do vício de motivo e do desvio de finalidade, será, via de conseqüência, limite à própria discricionariedade do agente (ente) público, cuja conduta, destarte, em sede de motivo e finalidade de sua atuação, estará assim pautada para a consecução da perfeita compatibilidade entre esses elementos essenciais de validade do ato administrativo.

É com tal mister – assinale-se – que o princípio da proporcionalidade há de atuar com capital importância no campo de atuação discricionária dos agentes (entes) públicos: quando a lei não logra (por ser impossível o exaurimento da previsão abstrata das situações concretas) esgotar a definição precisa de todas as vicissitudes dos casos concretos de atuação administrativa, mesmo por que a dinâmica da função de gestão assim amplia seu universo de atuação, haverá o princípio de proporcionalidade de elucidar, no âmbito da concretude, o razoável emprego dos meios de que dispõe o gestor público ao enfrentamento das diversas situações tuteladas pelo Estado-Administração.

Em resumo, tem-se que, no campo da discricionariedade, o ente estatal respeita os limites da atuação governamental compatibilizando a situação fática

(motivo) com a previsão legal correspondente (motivação), na medida, força e alcance que lhe sejam coerentes e proporcionais, ou mesmo elegendo alternativa de atuação expressamente autorizada na norma, ou, enfim, dando vida à norma sem usurpar a razoabilidade dos conceitos que estabelece para graduar a atuação administrativa, com vistas ao eficiente atendimento àquela situação concreta, em consonância com o interesse público (finalidade).

Esses, sem dúvida, os limites da discricionariedade: conjugar os fatos com o alcance da norma, de tal sorte que o ato governamental seja condizente com tal conjugação. A oportunidade, a conveniência, a medida, a força, o grau de amplitude do ato administrativo, portanto, componentes do poder discricionário do gestor, movimentam-se sem ultrapassar as margens desenhadas na lei.

A propósito, Gordillo sintetiza:

[...] A decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é “irrazoável”, o que pode ocorrer, principalmente, quando:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou;
- b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou
- c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar.⁸⁰

Por outro lado, libertando-se da estrita vinculação ao fator *necessidade*, o princípio da proporcionalidade se eleva à ambiência dos direitos fundamentais, isto é, os direitos fundamentais lançam sobre a organização e a moderação de todos poderes do Estado a diretriz quanto à concepção e à aplicação concreta das normas, inclusive quando se instalem conflitos entre normas e direitos subjetivos, incidindo, então, o princípio da proporcionalidade como baliza modulada da orientação que há de vir dos direitos fundamentais, a aliar-se à preponderância de uma das normas (ou mesmo à adequada interpretação e aplicação integrativas) ou de um dos direitos subjetivos em confronto, consoante destacado no intróito deste trabalho.

⁸⁰ GORDILLO, Agustín A. *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo: RT, 1977, p.183-184.

É certo e indubitado que, em Estado concebido sob a ordem constitucionalista, os direitos fundamentais – aqueles que consistem tanto nos direitos de personalidade (indisponíveis, irrenunciáveis, imantados no heráldico valor da dignidade humana) como nas liberdades inerentes aos integrantes do corpo social do Estado, sem as quais o corpo social se apresente destituído de autodeterminação e usurpado na efetiva titularidade dos poderes estatais – hão de orientar todo o sistema jurídico-positivo e toda a aplicação de suas normas.

Os direitos fundamentais compõem a alma de um Estado ontologicamente social, ou seja, de um Estado que se personifica juridicamente como ente formal representativo da organização política de seu corpo social, que, portanto, anima a estrutura e a atuação estatal.

Nesse diapasão, não há o Estado de desgarrar-se da alma e assumir personalidade sem substância legitimadora de sua atuação, personalidade que serviria, apenas, de instrumento formal de dominação, opressão por parte dos egressos ao exercício dos poderes estatais sobre a própria sociedade que haveria de animar a atuação estatal.

É assim que se enxerga o princípio da proporcionalidade, aplicado tanto no campo da garantia dos direitos fundamentais frente à atuação estatal, como na condição de princípio objetivo de organização e limitação dos poderes estatais (conforme a lata concepção de Bleckmann), impondo-se inclusive como moderador também ao exercício da própria função legislativa do Estado e das decisões de seus agentes políticos.

Com essa visão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto observa:

O princípio da proporcionalidade, uma vez admitido como um princípio substantivo autônomo, como é tido na doutrina alemã do Direito Público, prescreve, especificamente, o justo equilíbrio entre os sacrifícios e os benefícios resultantes da ação do Estado.

A atividade estatal quase sempre demandará *prestações* ou *restrições* por parte de algum segmento de administrados em benefício geral ou no de outro segmento, conforme o determine a *lei*, que as institui em tese, e a *ação administrativa*, que as impõe em concreto, mas quaisquer *prejuízos de fato*, que vierem a ser impostos, deverão estar sempre *limitados* pela justa (ou razoável) *compensação* entre a redução exigida e a vantagem decorrente.

Quando esta relação for *desequilibrada*, seja na própria formulação da lei (*legislativa*), seja na sua aplicação concreta (*desproporcionalidade administrativa*), a ponto de tornar demasiadamente onerosa a prestação do administrado, seja ela positiva ou negativa, em confronto com o reduzido ou nenhum proveito para a sociedade, fica caracterizada a agressão ao princípio, que se apresenta, assim, como uma derivação do princípio maior da justiça distributiva e da própria legitimidade.⁸¹

Nesse rumo, sob a orientação soberana dos direitos fundamentais, ao próprio legislador se impõe a construção normativa harmoniosa com os ditames da moderação, tanto no que pertine aos comandos internos da norma em si mesma considerada (sopesados a previsão abstrata do fato que contempla com o efeito, as sanções e a atuação do poder estatal que impõe), como no que concerne à sua convivência com as demais normas vigentes, observada, sobretudo, a prevalência dos comandos normativos que melhor se aliem aos preceitos de direitos fundamentais.

No mesmo rumo, o aplicador da lei há de orientar sua atuação em consonância com a superlativa observância dos direitos fundamentais, de tal sorte que, bem aplicando o princípio da proporcionalidade, haverá de conter, por certo, os excessos que podem advir de uma aplicação irrestrita da literalidade de determinada norma, ou mesmo haverá de fazer prevalecer uma norma sobre outra (em caso de circunstancial conflito), quando aquela norma que há de prevalecer melhor se coadune com os preceitos de direitos fundamentais, diante de determinado caso concreto.

E é assim que igualmente se devem solucionar os conflitos entre direitos subjetivos, quando, em determinada situação concreta, se mostram inconciliáveis por seus termos absolutos, cabendo, então, ao aplicador da lei (a autoridade judicante) invocar a orientação dos direitos fundamentais, para, destarte, abrandar os termos absolutos de um dos direitos em conflito, impondo, então, a prevalência daquele direito que se faça, no caso concreto, em maior compatibilidade com a orientação dos direitos fundamentais.

⁸¹ MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.98.

Trata-se – sem dúvida – de aplicação – sim – do princípio da proporcionalidade.

A proporcionalidade, no enfoque ora tratado, está, exatamente, no sopesar, sob a égide dos direitos fundamentais, normas (de mesma hierarquia formal) e direitos subjetivos em conflito.

Desse sopesar, avalia-se a proporção em que cada uma das normas ou dos direitos postos em conflito se compatibiliza com a orientação dos direitos fundamentais.

Aquela norma ou aquele direito subjetivo que (proporcionalmente) mais se ajuste aos preceitos de direitos fundamentais haverá de prevalecer, atenuando-se, assim, em relação à outra norma ou ao outro direito subjetivo contraposto, os respectivos termos absolutos (que, destarte, se convertem em termos relativos, assim modelados pela aplicação do princípio da proporcionalidade).

A propósito, válido anotar a observação de Vicente Grecco Filho:

O direito, portanto, não existe somente para resolver os conflitos de pessoas ou entre pessoas [...]

[...] É importante lembrar, também, que, ao regulamentar a satisfação dos interesses, o direito leva em consideração não só os interesses dos indivíduos A ou B, mas também os interesses coletivos e, ainda, os interesses que transcendem as necessidades individuais e são focalizados como imposições da sociedade, como pretensão de valores superiores à vontade individual, sobre os quais as pessoas não têm disponibilidade, consubstanciados no termo “interesse público”, bem como, modernamente, “interesses ou direitos divusos”.

O interesse convergente sobre bens, portanto, pode ser:

- a) individual, quando afeta uma pessoa;
- b) coletivo, quando afeta um grupo de pessoas, representando a soma dos interesses individuais;
- c) público, quando transcende, inclusive, a soma dos interesses individuais e afeta a sociedade como um todo, em seus objetivos básicos.

O direito disciplina todos esses interesses que se contrapõem, às vezes se superpõem, se contradizem, se interdizem, se interferem, se influenciam. O vórtice de interesses, ademais, se incrementa em virtude de conflitos entre suas diversas categorias. Assim, por exemplo, perante determinado fato, podem convergir um ou diversos interesses individuais, um interesse coletivo e, também, o interesse público. Cabe ao direito, portanto, sua disciplina, determinando, em cada caso, qual deve prevalecer, qual deve ser satisfeito. O critério de escolha decorre do valor que pretende o direito ver prevalecer.⁸²

Em sede de direitos fundamentais de dimensão coletiva e de expressão social, nos quais se incluem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (Constituição Federal, artigo 225), o direito ao livre exercício profissional (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XIII), dentre outros, vê-se, na solução da Ação Civil Pública, a necessidade de, com a aferição da proporcionalidade, avaliar-se a medida a ser pronunciada na sentença que enseje resultado útil, eficiente e justo, ante o confronto de tais direitos de dimensão transindividual com direitos subjetivos da parte adversa, cujo respeito igualmente se impõe, mas cujo exercício há de ser proporcionalmente modelado à contemporização com aqueles outros direitos.

No mesmo sentido, é certo que o conteúdo do Compromisso de Ajustamento de Conduta há de munir-se do balizamento da proporcionalidade, de tal sorte que contemple a imputação de obrigação de fazer ou não fazer ao compromissário que seja adequada ao efetivo atendimento à concreta superação (solução) da situação de violação ao bem jurídico social tutelado, bem assim seja realmente exequível pelo compromissário, ante os meios e recursos materiais de que disponha e de que possa dispor, sem que tal importe em aniquilamento de seus direitos fundamentais.

É com esses temperamentos, na ambiência do constitucionalismo, que se enxerga a presença de absoluta importância do princípio da proporcionalidade, orientador da moderação dos poderes do Estado, sob a égide dos preceitos enunciados pelos direitos fundamentais.

Com tal contorno, o princípio da proporcionalidade, no plano vertical de sua aplicação, gradua o exercício do poder de regulação (e de repressão) do Estado sobre o exercício dos direitos subjetivos, sobre as condutas e atividades dos que compõe o

⁸² GRECCO FILHO, Vicente. Op.cit., p.13.

corpo social, impondo-se ao ente estatal que, sempre em prol do interesse público, motive e execute sua atuação utilizando-se dos meios estritamente necessários e eficientemente adequados à consecução da solução legítima e lícita às situações concretas sob regulação e tutela estatal.

Mas, além de tal incursão no plano vertical de sua aplicação (vertical porquanto incidente sobre a relação jurídico-institucional entre Estado e cidadão – ou administrado), o princípio da proporcionalidade no plano estritamente institucional também modula o próprio exercício do poder estatal legislativo e normativa, impondo que a concepção da norma jurídica (ou regulamentar) se dê, sob a orientação dos direitos fundamentais, sem que a expressão normativa – no cotejo de seus elementos de conteúdo – represente regra de aplicação de excesso.

E, no contexto do ordenamento jurídico-positivo, o princípio da proporcionalidade se impõe à superação dos conflitos entre termos absolutos de normas (de mesma hierarquia formal), atribuindo-se ao aplicador da lei a adoção do critério da proporcionalidade sob a orientação dos direitos fundamentais, atenuando-se (relativizando-se) os termos absolutos da norma que se mostre inadequada diante da exigida moderação na solução do caso concreto.

Enfim, ganhando o plano horizontal (horizontal porquanto alusivo ao conflito entre direitos subjetivos), o princípio da proporcionalidade igualmente se impõe ao aplicador da lei, havendo de, sob a orientação dos direitos fundamentais, moderar os efeitos de um dos direitos subjetivos, em prol, exatamente, do respeito aos preceitos de direitos fundamentais, que, do plano meta-individual, lançam (e não de lançar) seu balizamento igualmente sobre todas as relações juridicamente tuteladas.

Em tal complexo ambiente, em sede de Ação Civil Pública e de Compromisso de Ajustamento de Conduta, poder-se-á enxergar, como antedito, situações concretas de conflito entre meio ambiente e desenvolvimento econômico, direito de propriedade e ordem urbanística, livre iniciativa e preservação do patrimônio histórico, dentre outros tantos confrontos, a serem superados pela adoção de medidas orientadas pelos critérios da proporcionalidade, com a dosimetria da adequação, dirigida ao útil, eficiente, legítimo e justo atendimento ao heráldico interesse de dimensão social, sem que se provoque a absoluta sufocação dos direitos fundamentais episodicamente contrapostos.

CONCLUSÕES

No Estado Democrático, os poderes se exercem em sincretismo de eficiente integração e interação, ultrapassado o rigor divisionista da estrutura montesquiana, ante as exigências de uma atuação estatal verdadeiramente útil à sociedade, em toda a extensão de suas classes e necessidades de assistência e desenvolvimento.

Tendo em mira tal mister finalístico, a política de atuação integrada dos órgãos do Estado insta-os a empreenderem um governo conjunto, animado pelo recíproco controle de legitimidade, legalidade e eficiência de seus atos, também sob correição da própria sociedade organizada, por sua atuante representação, e dos próprios cidadãos, igualmente legitimados, *de per si*, à provocação de tal controle jurídico-teleológico.

Se a Democracia, por definição, projeta um governo de todos, o integrado sincretismo de todos os poderes estatais imputa a cada um deles parcela de contribuição (participação) no governo (no governar), de modo que cada um desses poderes, a partir de sua função típica e no prisma de seu foco específico, igualmente projeta sua atuação em consonância e em convergência com a satisfação dos interesses públicos de dimensão social, velando e deliberando por tal efetiva presença do Estado.

Nessa realidade democrática, não se tem, portanto, a atividade governamental exercida apenas pelo órgão executivo (Poder Executivo), como que isolado na função de projetar e implementar as medidas de execução das políticas públicas nas diversas áreas de prestação de serviços e empreendimento de obras ao atendimento da coletividade, bem assim de manutenção e preservação dos bens coletivos de dimensão social.

O órgão legislativo (Poder Legislativo) também há de participar do governo, envolvendo sua produção legislativa à enunciação das normas que se possam efetivar (executar) em consonância com o positivo desempenho da implementação das ditas políticas públicas.

Por seu turno, ao órgão judiciário cumpre prestar a jurisdição efetiva, não simplesmente cingida à solução estreita (isolada) de determinado litígio individualizado, mas tendo por objetivo a satisfação de todos os escopos do processo

judicial: os escopos jurídicos (concernentes à concretização – aplicação – do Direito), os escopos políticos (alcançados mediante a garantia e a efetivação da participação dos jurisdicionados, mormente do corpo social do Estado, na construção e implementação da prestação jurisdicional justa e útil) e os escopos sociais (alusivos à legitimação da jurisdição e ao atingimento de seu mister de restabelecer e instalar a pacificação social, como êxito das soluções pronunciadas pela jurisdição aos conflitos travados na dinâmica da vida social, inclusive envolvendo os próprios entes e agentes do Estado).

Ao lado e perante os órgãos exercentes dos poderes estatais, tem-se a sociedade – o corpo social do Estado – de onde emana todo o poder. A propósito, a vigente Constituição Brasileira diciona que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, [...]” (artigo 1º, parágrafo único).

Organizada em associações ou mesmo representada pelo Ministério Público, a sociedade há de participar do governo e, quando violada em seus interesses, indisponíveis por sua dimensão plural (transindividual), vale-se, por sua representação, da ação judicial coletiva, cujo processo lhe confere vez e voz, no embate democrático que o contraditório garante, até que alcance a efetiva prestação jurisdicional, legitimada por tal devido processo legal.

Vale observar, outrossim, que os próprios cidadãos, *de per se*, dotam-se, como antedito, de legitimidade para o exercício de sua participação nas deliberações e no controle da ação governamental, valendo-se, para tanto, do poder deliberativo e postulatório que constitucionalmente lhes são viabilizados, em instrumentos como o plebiscito, o referendo popular e a ação popular, além – é certo – do voto direto à eleição dos Chefes de Estado e parlamentares e da iniciativa popular à apresentação de projetos de lei (artigo 61, parágrafo 1º, da Constituição Brasileira em vigor).

Entretanto, no campo da atuação da sociedade organizada, é certo que a expressão de seu poder (Poder Social do Estado) se realiza por meio de entes que se afiguram como seus mandatários, ante as atribuições institucionais que a lei lhes reconhece. A atuação desses entes, destarte, não se exerce livre (muito menos arbitrária), mas há de se pautar pela fidelidade à efetiva tutela dos indisponíveis interesses do corpo social.

Há de se instrumentalizar, portanto, também o poder da sociedade e dos cidadãos de provocarem e efetivarem o controle de legitimidade e legalidade da

atuação dos entes que lhe representem, por atribuição legal ou estatutária. E a provocação desse controle também se dá no ambiente e por meio do devido processo legal.

A lúcida provocação e efetivação de tal controle – tanto de legitimidade como de legalidade – reclama do Direito a conjugação dos institutos que guardam, entre si, liame conceitual de recíproca influência na produção dos exatos efeitos jurídicos, em prol da mais completa concretização da norma jurídica, observados os princípios que lhe conferem sentido, no ambiente teleológico de atendimento aos ditos interesses públicos de dimensão social, em função dos quais se prova e se exerce o controle em foco.

Impende, nesse contexto, especificamente no que pertine aos instrumentos de atuação da sociedade organizada, visualizar-se e compreender-se a natureza jurídica dos atos que se celebrem destinados a prevenir ou a solucionar as ações coletivas, observados os limites traçados à outorga da legitimidade dos entes representativos da sociedade, em atenção à coletiva titularidade dos interesses jurídicos postos sob a tutela estatal.

Focalizando-se, especificamente, a Ação Civil Pública, é certo, portanto, que os atos que se celebrem à sua prevenção ou à sua solução não se afiguram simplesmente negócios jurídicos, porquanto, firmados por mandatários do corpo social do Estado, acham-se sob correção da própria sociedade, titular direta dos interesses jurídicos abarcados nesses atos.

Pois bem. Na esteira das assertivas suso-esposadas, tem-se que a matéria afeta à Ação Civil Pública e, conseqüentemente, ao Compromisso de Ajustamento de Conduta que a previne diz respeito à tutela jurídica de bens ou interesses de dimensão social: preservação do meio ambiente, incolumidade dos direitos dos consumidores, preservação do patrimônio público e de seu acervo histórico, cultural, estético, turístico e paisagístico, manutenção da ordem econômica e da ordem urbanística, e quaisquer outros direitos difusos ou coletivos de expressão social.

É certo que a jurisdição, por seu ontológico mister, já se faz essencialmente dotada do caráter político, e tal caráter se revela ainda mais nítido quando se está dispondo acerca dos ditos interesses jurídicos de dimensão social, concernentes, portanto, às relações e obrigações jurídicas atinentes aos elementos materiais que integram o ambiente de convivência social e seu respectivo acervo e realidade sócio-econômicos e culturais.

Nesse diapasão, enxerga-se, com tal grande nitidez, tanto o caráter político como a natureza constitucional da jurisdição em sede de Ação Civil Pública e, nessa ambiência, em sede de Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Considerados os caracteres supra-realçados, verifica-se que os entes legitimados à promoção da Ação Civil Pública e à tomada do Compromisso de Ajustamento de Conduta não detêm a titularidade do bem jurídico objeto da tutela em foco, porquanto, com dimensão (ou expressão) social, tal bem jurídico se insere no interesse de todo o corpo social do Estado.

Dessarte, ditos entes legitimados não podem livremente dispor do aludido bem jurídico de expressão social, porquanto, na verdade, a dimensão social lhe confere o próprio caráter de indisponibilidade.

Enxerga-se, quanto à natureza jurídica, que o Compromisso de Ajustamento de Conduta, bem longe do predomínio da autonomia da vontade negocial, se revela como ato jurídico em sentido estrito, porquanto seus efeitos e seu próprio conteúdo são traçados de acordo com a indissociável previsão legal, observado o sentido teleológico de atendimento ao interesse da sociedade.

Inegável, outrossim, o caráter de ato jurídico-administrativo do dito ato jurídico em sentido estrito: trata-se de ato governamental, porquanto disciplinador ou definidor de condutas concernentes a matérias afetas às políticas públicas de preservação do patrimônio público, do meio ambiente, da ordem econômica e da economia popular, das relações de consumo, da ordem urbanística e, enfim, de direitos difusos e coletivos de dimensão social.

Apresentam-se, portanto, limites, inclusive quanto ao conteúdo (substrato material), à concepção do dito pacto, como pressupostos de validade e eficácia do Compromisso de Ajustamento de Conduta, notadamente balizados tais limites, mormente no que concerne ao conteúdo, pela diretriz enunciada no artigo 5º, §6º, da Lei de Ação Civil Pública, no sentido de que dito Compromisso tenha por mister estabelecer ao compromissário a obrigação de fazer ou não-fazer que propicie o ajustamento de sua conduta ao atendimento das exigências legais.

Esses limites (pressupostos de validade) ensejam a viabilidade do controle – interno e externo – do Compromisso de Ajustamento de Conduta, enquanto ato jurídico em sentido estrito, que se insere na categoria dos atos jurídico-administrativos (atos governamentais), porquanto contemplam, como visto, deliberações acerca de medidas atinentes à preservação de bens jurídicos de

dimensão social, estando, assim, integrando o contexto das políticas públicas, ambiente da finalística atuação governamental.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal* – densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: forense, 2005.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da Ação Civil Pública*, 1.ed. São Paulo: RT, 2001.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações Coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: forense, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*, 2.ed. São Paulo: RT, 2003.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979.

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.80-81.

BONNARD, Roger. *Précis de Droit Administratif*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1953.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. In: SENADO FEDERAL. **Legislação Republicana Brasileira**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://senado.gov.br/sf/legislação/legisla/>. Acesso em 22 jun. 2007.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. In: SENADO FEDERAL. **Legislação Republicana Brasileira**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://senado.gov.br/sf/legislação/legisla/>. Acesso em 11 ago. 2008.

_____. Lei nº 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. In: SENADO FEDERAL. **Legislação Republicana Brasileira**. Brasília, 1985. Disponível em: <http://senado.gov.br/sf/legislação/legisla/>. Acesso em 5 jun. 2007.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: SENADO FEDERAL. **Legislação Republicana Brasileira**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://senado.gov.br/sf/legislação/legisla/>. Acesso em 22 jun. 2007.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: SENADO FEDERAL. **Legislação Republicana Brasileira**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://senado.gov.br/sf/legislacao/legisla/>. Acesso em 22 jun. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 14**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 nov.2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70024538308 – 22ª.Câmara Cível. **Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre (RS), 19 ago.2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 10 jan.2009.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campina: Bookseller, 1999.

CANAS, Vitalino. O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais*. V. I. Coimbra: Coimbra, 1996.

CARVALHO Filho, José Santos. *Ação Civil Pública*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002.

CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002.

COLAÇO ANTUNES, Luís Felipe. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Almedina, 1989.

DANTAS, Ivo. *Teoria do Estado*. Direito Constitucional I. Belo Horizonte: Del Rey, 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.1.

FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 5ª Edição.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1999, p.25.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 23-24.

GORDILLO, Agustín A. *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo: RT, 1977.

GRECCO Filho, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 19.ed., v.1. São Paulo: Saraiva, 2006.

LAUBADÉRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*: Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence -LGDF, 1967.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da Ação Civil Pública*. São Paulo; RT, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro; forense, 1984, v.1.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: 1954.

MAFRA LEAL, Marco Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9.ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*. 6.ed. São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16.ed. São Paulo: RT, 1991.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25.ed. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 23.ed.

Atualização de Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Discricionabilidade e Controle Jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. 3.ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROCHA, Ibraim. *Ação Civil Pública e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1999.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Interesses difusos em espécie*. São Paulo: Saraiva, 2000.

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1975.

THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.1.

VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, v. 161, jan-mar. 1993.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.