

3. Inquérito Civil Público e Acordo Administrativo: apontamentos sobre Devido Processo Legal Adequado, Contraditório, ampla Defesa e Previsão de Cláusula de Segurança nos Termos de Ajustamento de Conduta (TACS)¹

GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA
WILSON ACCIOLI DE BARROS FILHO

INTRODUÇÃO

Inexiste na doutrina definição do que seja “acordo administrativo”. Vários são os autores que se referem às espécies de acordo sem, no entanto, responder, de modo sistematizado, qual é o lugar do instituto no ordenamento jurídico enquanto categoria jurídica. O acordo administrativo pode ser tanto instrumento de ação pública, ao lado do ato e do contrato administrativos, como ferramenta de resolução de um conflito, ocupando lugar no universo dos instrumentos de autocomposição de litígios, junto da mediação, da conciliação e da transação.

O contexto teórico no qual estão inseridos os acordos administrativos é o da consensualidade. Duas são as formas de compreensão do

¹ Este trabalho contou com a diligente pesquisa realizada pelo acadêmico Eduardo Dumond Araújo, para quem os autores deixam registrados seus agradecimentos.

consenso na Administração Pública: a) consenso-gestão; e b) consenso-jurídico. A primeira tem relação direta com o sentido de governança pública, alterando a ideia de que a condução dos assuntos do governo pode se dar ao arrepio e ao contragosto do cidadão, num espectro de plenitude estatal.² O consenso-jurídico, por sua vez, reordena a lógica privado-súdito/público-soberano; de que o interesse público é sempre supremo ao interesse privado e os únicos instrumentos jurídicos de ação pública são o ato e o contrato administrativos, impositivos e unilaterais em sua essência.³ Seus efeitos, pois, estão concentrados na busca pelo equilíbrio de interesses, fazendo com que o resultado – a decisão extraída da relação jurídica – seja expressão da vontade comum das partes.⁴

À luz do consenso-jurídico, inadmite-se a vontade pública como sinônima de atuação administrativa impositiva anuladora da vontade privada. Ao contrário, dentro de uma ordem jurídica paritária instituída pelo Estado de Direito, os interesses das partes pública e privada devem ser dialogados e negociados sem que isso resulte em ofensa aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.⁵

Consenso-jurídico, neste sentido, significa direito assegurado, ou seja, equilíbrio da relação jurídica Estado-sociedade por meio da garantia de respeito aos direitos fundamentais. Quando se fala em consenso-jurídico, portanto, quer-se dizer direito assegurado a uma relação jurídica equilibrada.

Não há como se falar em consenso-jurídico sem tratar de negociação. Por negociação compreende-se o instrumento pelo qual se identifica o consenso em uma relação jurídica. Negociação envolvendo a Administração Pública é a deliberação conjunta de interesses voltada a atingir um objetivo público. Consenso e negociação são fenômenos coligados e indissociáveis. Não são sinônimos, mas complementares. A negociação é

² CATALÀ, Joan Prats i. **De la burocracia al management, Del management a la gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo.** Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, p. 131.

³ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 202.

⁴ CASSESE, Sabino. **A crise do Estado.** Trad. Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 141 e 142.

⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública.** São Paulo: Malheiros, 2015, p. 169 e 188.

o substrato principal do consenso, sem o qual ele não terá eficácia jurídica. É ela quem garante efeito jurídico às relações consensuais público-privadas.

A consensualidade não se resume à flexibilização da autoridade impositiva ou exorbitante. É, antes de tudo, respeito e deferência à juridicidade, de modo a tornar a decisão administrativa fruto do respeito aos direitos das partes, vedada a imposição de obrigação sem um adequado processo de negociação ou uma comprovada e motivada necessidade coletiva.

O acordo administrativo representa a materialização do consenso-jurídico na Administração Pública, na medida em que reordena os dogmas do Direito Administrativo ao provocar novos olhares ao indivíduo enquanto sujeito de direitos não mais subalterno de ordens superiores.

O universo dos acordos administrativos pode ser organizado em dois grandes conjuntos: i) os acordos realizados apenas entre pessoas públicas; e ii) os concluídos entre pessoas públicas e privadas. No primeiro se encontram o consórcio, o convênio, o contrato de gestão e o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG). No segundo estão os acordos substitutivos de sanção, formados em sua essência pelo Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), pelo acordo de leniência, pelo acordo de colaboração e pelos acordos do CADE e demais entidades de fiscalização, controle e regulação brasileiras.⁶

⁶ Sem pretender esgotar as previsões normativas, vigoram no ordenamento jurídico brasileiro as seguintes disciplinas legislativas: “a) Acordos expropriatórios previstos no Decreto-lei 3.365/1941; b) Termos de ajustamento de conduta, nas Leis federais 6.385/1976, 7.347/1985 e 9.656/1998; c) Acordos no âmbito do CADE, segundo a Lei federal 12.529/2011; d) Acordos de leniência, da Lei federal 12.846/2013; e) Acordos no âmbito da mediação e autocomposição administrativa da Lei federal 13.140/2015; f) Acordos administrativos com o Terceiro Setor, das Leis federais 9.637/1998, 9.799/1999 e 13.019/2014; g) Protocolos de intenção da Lei federal 11.107/2005; h) Acordos administrativos endoprocessuais e endocontratuais das Leis federais 8.666/1993, 8.987/1995 e 11.079/2004; i) Acordos administrativos com empresas no âmbito da Política Nacional de Resíduos Sólidos da Lei federal 12.305/2010; j) Acordos ambientais interfederativos da Lei complementar n. 140/2011.” (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. “Convênio é acordo, mas não é contrato”: contributo de Hely Lopes Meirelles para a evolução dos acordos administrativos no Brasil. In: JUSTEN FILHO, Marçal et al. (orgs). **O Direito administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017), defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 523 e 524).

Este artigo tratará do acordo visto sob o ângulo de sua espécie, aqui representada pelo TAC. Portanto, o debate está limitado ao acordo administrativo enquanto “instrumento de resolução de conflito”.

O principal questionamento a ser respondido por este artigo é o seguinte: considerando o TAC espécie de acordo administrativo, as etapas anteriores e posteriores a sua assinatura estão livres da relação jurídica paritária estabelecida pela consensualidade? Dito de outro modo: é admissível que em um Estado de Direito, no qual vigora o princípio da juridicidade, o devido processo legal seja negado para privilegiar somente a vontade pública, excluindo, desta forma, o interesse privado?

A construção do raciocínio partirá do que se denomina de “pré-acordo” – momento negocial antecedente à formalização do ajuste e representado pelo Inquérito Civil Público (ICP). Aqui o debate envolverá a importância do devido processo legal para a concretização da negociação e do diálogo previamente à assinatura do TAC. Na sequência, o artigo tratará do “pós-acordo” – fase em que o compromisso já foi firmado, mas cuja estabilidade dependerá do respeito à chamada cláusula de segurança ou de não-surpresa. Neste ponto a intenção é defender a deferência ministerial aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima.

1. O pré-acordo. O regime do acordo administrativo, o Inquérito Civil Público e o TAC

Muito se fala de consensualidade na Administração Pública enquanto concretização de um Estado Democrático. Não se desconhecendo a importância do elemento democrático, entende-se que o debate no entorno da atuação administrativa consensual deve evoluir para o Estado de Direito. Tão importante quanto estudar a consensualidade sob o aspecto da democracia é analisá-la sob o viés da juridicidade.

A juridicidade é responsável por submeter todos os atores, sejam eles públicos ou privados, a uma mesma ordem jurídica. Estabelece-se o entendimento segundo o qual as posições jurídicas dos atores sociais devem estar niveladas. A relação jurídica formada em um Estado de Direito é essencialmente formal-igualitária na perspectiva de direitos e sujeições.⁷

⁷ CABRAL DE MONCADA, Luiz S. **Autoridade e Consenso na Teoria do Acto Administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 519.

Em outras palavras, a juridicidade conforma a relação jurídica dentro de um espectro de equidistância, isto é, de horizontalidade entre os direitos e as obrigações dos sujeitos. O princípio tem a ver com o fim da estereotipização da supremacia dos direitos e interesses públicos frente aos direitos e interesses privados, por meio de suas vinculações recíprocas. Não há mais direito para a parte pública e menos para a privada. Há uma mesma juridicidade conformadora de toda a relação jurídica que exige, para a indispensável estabilidade do acordo, que as obrigações sejam vinculantes (cogentes), podendo os sujeitos exigir cada qual o respeito aos compromissos assumidos.⁸

Isso não quer dizer, todavia, que a Administração Pública e o particular estejam subjetivamente equiparados. Um Estado de Direito, para manter-se coeso, necessita de uma inevitável diferenciação entre o sujeito público e o privado, como forma de viabilizar a tutela do interesse coletivo. A afirmação feita acima, desta forma, está adstrita à posição jurídica das partes⁹: apesar de o Poder Público dispor de instrumental para garantir o respeito à ordem e ao sistema jurídico, sua atuação está condicionada à observância das garantias fundamentais.¹⁰ Isto passa pela

⁸ “Não por outra razão, entendemos que o atual momento é pertinente para uma reflexão mais aprofundada sobre o tema, uma vez que a doutrina brasileira começa a perceber que os acordos administrativos não somente são uma realidade, mas produzem efeitos jurídicos e muitas vezes, a depender de seu substrato normativo de referência, acabam por vincular as partes de maneira mais extensa e definitiva.”. (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. “Convênio é acordo...” Op. cit., p. 524).

⁹ Como exemplo, o Ministério Público jamais será igual o particular. O MP tem poder de *enforcement*, isto é, atribuições para impor a sua visão. Entretanto, quando ele escolhe negociar abdica momentaneamente da autoridade para dialogar. Tal opção, contudo, não desnatura a função institucional do MP, apequenando-o. No acordo as partes não estão niveladas, apenas as posições jurídicas por elas ocupadas. No momento em que se busca o acordo não há mais antagonismos.

¹⁰ “A ideia de uma paridade jurídica cidadão-Estado não deve suscitar equívocos. O que está em causa é a diferença entre a perspectiva autoritária em que o cidadão se encontra sistematicamente numa posição de subordinação à Administração, entendida esta como uma realidade dotada de uma “mais-valia” jurídica – justamente a natureza de poder – que legitima a supremacia das suas decisões, de tal modo que, por princípio, aquelas valem por si mesmas; e uma perspectiva de legalidade democrática em que a Administração, tal como os particulares, apenas pode exercer os poderes jurídicos que normativamente lhe hajam sido concedidos: aquela e estes estão, todos, e em igual medida, subordinados à lei e ao direito. (...). A igualdade ou paridade jurídica da Administração e dos particulares é, por conseguinte, estrutural-formal no sentido de se tratar de uma subordinação ao direito do mesmo tipo,

centralização do cidadão enquanto sujeito de direito e principal destinatário das ações estatais.¹¹

Em síntese, pela ótica da juridicidade, Estado e cidadão estão permeados, formal e igualitariamente, por um mesmo círculo jurídico, cujos direitos e obrigações, embora possam admitir normatização material específica, não se sobrepõem.¹² Para ilustrar, no Estado de Direito um direito fundamental não possui menor eficácia normativa que as prerrogativas públicas. Inexiste subordinação normativa formal do direito do particular ao direito da Administração Pública.¹³

O Ministério Público (MP) é um dos principais órgãos do Estado, sendo responsável, dentre outras atribuições, por garantir a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Para tanto, antes de propor qualquer medida judicial, o MP dispõe de autorizações normativas que o permitem atuar

tanto no caso daquela, como destes. (...). Para a compreensão de tal posicionamento recíproco, é essencial a subordinação à lei da Administração nas suas relações com os particulares e o reconhecimento de posições constitucionais destes últimos de que aquela não possa dispor – os direitos fundamentais: a Administração já não é um poder; ela desempenha as suas atribuições legais e, sempre que no âmbito das mesmas tenha de interferir com a actuação de particulares determinados, a Administração exerce os poderes e cumpre as obrigações que constitucional e legalmente lhe competem. (...). Não existe, decerto, igualdade jurídico-material, nomeadamente quanto aos poderes que integram a capacidade jurídica da Administração e dos particulares; mas existe seguramente igual subordinação à lei e ao direito e, nessa medida, paridade jurídica no sentido anteriormente defendido. (...). Uma coisa é a igualdade estrutural dos direitos subjectivos nas relações jurídicas (...), outra o conteúdo jurídico-material de tais direitos.” (MACHETE, Pedro. **Estado de Direito Democrático e Administração Paritária**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 457, 458, 459, 472, 480 e 481).

¹¹ “(...) as posições recíprocas do indivíduo e do Estado são necessariamente objeto de normas jurídicas vinculativas de ambos e aquelas posições juridicizam-se: o Estado e o indivíduo apresentam-se um perante o outro como titulares de direitos e deveres recíprocos.” (MACHETE, Pedro. Op. cit., p. 444 e 445).

¹² SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 43-70, jul./set. 1997.

¹³ Nas palavras de Bruno Grego dos Santos: “em se tratando de Estado de Direito democrático, este não pode dispor da posição jurídica dos particulares.” (SANTOS, Bruno Grego dos. **Transação extrajudicial na Administração Pública**. Tese (Doutorado em Direito). 2015. 348 f. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 74 e 75). Há quem compreenda, inclusive, que o fim atual do Estado não seja mais o interesse público, mas o direito fundamental do cidadão. (LIMA, Mariana Sciesleski de. Fundamentos para uma Administração Pública dialógica. **Revista Perspectiva**, Erechim, v. 34, n. 126, p. 73-84, junho. 2010).

extrajudicialmente para coletar elementos de prova a fim de concluir pela existência ou não da justa causa.¹⁴ A partir disto, três serão os caminhos possíveis: a) arquivamento da apuração; b) ajuizamento de uma ação judicial; c) proposição da assinatura de um TAC. Toda esta trajetória é pavimentada pelo Inquérito Civil Público.

O ICP é, nas palavras de Hermes Zaneti Júnior e Gustavo Silva Alves, “um procedimento administrativo não-jurisdicional, do qual é titular exclusivo o Ministério Público.”¹⁵ O Inquérito, pois, segundo os mesmos autores, “constitui meio idôneo destinado a coligir material probatório, elementos aptos à formação da convicção do órgão ministerial em sua atuação em juízo e dados para efetivação de soluções extrajudiciais como a mediação, a conciliação, a negociação direta e a transação.”¹⁶

Com maior ênfase, seguindo a quase unanimidade da doutrina e da jurisprudência, Ronaldo Pinheiro de Queiroz conceitua o Inquérito Civil Público como “procedimento administrativo, de natureza inqui-

¹⁴ “Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei; b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior; II – requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie; III – requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível; IV – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los; V – praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório; VI – dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas; VII – sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade; VIII – manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz, da parte ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção.” (Lei n. 8.625 de 1993).

¹⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Inquérito Civil, Contraditório e Improbidade Administrativa: um diagnóstico crítico dos precedentes das Cortes Supremas brasileiras. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 2. Julho a Dezembro de 2016, p. 300.

¹⁶ Idem.

sitorial, instaurado e presidido pelo Ministério Público, destinado a apurar a ocorrência de danos efetivos ou potenciais a interesses que lhe incumba defender, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais.”¹⁷ De acordo com o referido autor, “a principal finalidade do inquérito civil é a de propiciar a coleta de elementos de convicção para a correta avaliação de um suposto dano, ou perigo de dano, a interesses ou direitos coletivos em sentido amplo.”¹⁸

As características do ICP, desta forma, são: a) unilateralidade; b) inquisitorialidade; c) facultatividade; d) informalidade; e) natureza procedimental (não processual). Todos estes atributos, reunidos, importam na compreensão de que no Inquérito Civil Público permite-se a inobservância de direitos e garantias fundamentais. O principal direito sufragado pelo Inquérito é o devido processo legal, a partir do qual decorrem o contraditório e a ampla defesa.¹⁹

O ICP é desobrigado de respeitar os direitos subjetivos da parte investigada, sendo conduzido unilateralmente pelo Ministério Público sob a forma de procedimento inquisitorial. A vontade e os interesses privados são relegados ao segundo plano, sendo supremo o interesse público voltado a buscar elementos de convicção que fundamentem a justa causa da ação civil pública.

Parece evidente que, no contexto anotado na introdução e no início deste tópico, a forma com a qual o Inquérito Civil Público está desenhado atualmente no Brasil contraria as bases jurídicas do Estado de Direito.²⁰ O Ministério Público é alçado a um lugar de superioridade,

¹⁷ QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A eficácia probatória do Inquérito Civil no processo judicial: uma análise crítica da jurisprudência do STJ. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 146, p. 189-204, abr. 2007, p. 190.

¹⁸ *Ibidem*, p. 191.

¹⁹ “Uma das grandes características do inquérito civil é a sua inquisitorialidade, ou seja, não se lhe aplica o princípio do contraditório e, por indução lógica, o da ampla defesa. (...). Com efeito, essa garantia não alcança o inquérito civil pelo simples fato de que nele não existem litigantes, tampouco acusados, até porque o procedimento administrativo não é a via adequada para cuidar de tais situações jurídicas, cujo campo próprio é o processo administrativo.” (QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Op. cit.*, p. 192 e 193).

²⁰ “Ora, parece atentar contra a coerência de um sistema jurídico fundado em um constitucionalismo garantista aceitar a existência de uma relação de exercício de poder (estatal) sem a observância dos direitos fundamentais, especialmente daqueles ligados ao devido processo

possuindo somente direitos, enquanto o particular é rebaixado para a condição de subordinado, assumindo apenas obrigações.²¹

Mas qual é a implicância desta supremacia jurídica do Ministério Público para o universo dos acordos administrativos? Dentre outras finalidades, o ICP é uma medida preparatória para o TAC, ou seja, todas as evidências e as provas coletadas unilateralmente ao longo da investigação poderão servir de fundamento para a propositura de um Termo de Ajustamento de Conduta que extinga o conflito.²² Isto quer dizer que, pelo regime atual do ICP, o acordo administrativo poderá ser proposto e assinado sem que uma das partes compromissárias tenha apresentado sua visão sobre o objeto do ajuste. A convicção sobre as nuances do ilícito é individualmente concluída pelo MP, de modo que as condições do acordo são impostas ao particular. Inexiste negociação e a vontade privada não é levada em consideração.

Perceba-se como o regime do Inquérito Civil Público tem implicância direta no acordo administrativo. A fase instituída pelo ICP, para o TAC, revela-se como sendo, no mundo ideal, um momento consensual, de interlocução negocial público-privada, voltado a identificar e reparar, com maior concretude e segurança, o dano apurado. Todavia, ao revelar-

legal. Ainda mais contraditória se torna essa situação quando esse mesmo sistema determina o respeito a esses direitos nas relações entre particulares, sem a interferência do Estado, em respeito à eficácia horizontal ou objetiva dos direitos fundamentais.” (CARVALHO, Ulisses Dias de. Uma leitura constitucional do inquérito civil. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 13 – n. 42-43, p. 367-402 – jan./dez. 2014, p. 387).

²¹ Alguém poderá contrapor esta afirmação dizendo que o MP tem, sim, obrigações. Contudo, basta um olhar atento para a Lei n. 7.347 de 1985, Lei n. 8.625 de 1993 e Resolução n. 23 de 2007 para se concluir que o rol de direitos e prerrogativas do órgão ministerial é muito superior à ínfima quantidade de obrigações e de condições de responsabilização a que ele se submete.

²² “O inquérito civil, para além de mero procedimento investigatório informal e não contraditório, por meio do qual o Ministério Público angaria elementos de convicção para a celebração de compromisso de ajuste de conduta ou para o ajuizamento de ação civil pública ou coletiva, constitui-se em um importante instrumento de resolução extrajudicial dos conflitos de natureza coletiva, dando ensejo à proteção e efetivação de eventuais direitos fundamentais que sejam objeto de controvérsia, assim como ferramenta legitimadora da atuação do Parquet, na medida em que abre a possibilidade de discussão para tomada da melhor decisão possível em conflitos coletivos e demonstra a inexistência de conflito entre o seu *modus operandi* e o seu mister constitucional, qual seja, a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, evitando-se atuação sistemicamente paradoxal.” (CARVALHO, Ulisses Dias de. Op. cit., p. 369).

-se autoritária, a fase negocial é anulada e o acordo é assinado sob a égide da imposição.

Há uma completa contraposição entre o contexto teórico-normativo do acordo administrativo e a realidade prática brasileira. Enquanto no regime do acordo se fala em paridade, no TAC identifica-se a disparidade. No lugar da bilateralidade, própria do acordo, vigora no Ajustamento de Conduta a unilateralidade. Em sentido contrário ao diálogo, ao consenso e à negociação, essenciais ao regime do acordo administrativo, no TAC está presente a inquisitorialidade.

Nesse sentido, não se pode concordar que o TAC seja classificado como espécie do gênero acordo administrativo. Tudo o que o antecede é o oposto do que preceituam as bases fundantes do acordo estruturadas a partir da juridicidade e da paridade. A reversão deste quadro depende da admissão, pelo regime do ICP, de um devido processo legal adequado.

1.1 Acordo administrativo e devido processo legal adequado: contraditório e ampla defesa no Inquérito Civil Público

Previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o devido processo legal surge, no regime dos acordos, como um desdobramento jurídico-instrumental do princípio da juridicidade. Ele materializa, por meio do processo, o canal de interlocução negocial entre as partes pública e privada, prevendo justa procedimentalização ao debate jurídico que antecede a formalização das obrigações e das demais condições do termo de acordo. Além disso, e principalmente, ele condiciona os efeitos da negociação à observância dos direitos e das garantias fundamentais dos compromissários.²³ É como dizer: a processualidade da fase de debates que antecede a formalização do acordo representa a efetivação de um núcleo de garantias adequadas às partes negociantes.²⁴

²³ “A busca por uma negociação efetiva, em que o particular não seja apenas um figurante, permite alcançar soluções mais eficientes para lidar com o problema concreto, além de robustecer os instrumentos consensuais. Para garantia desta negociação efetiva, é fundamental a aplicação do devido processo legal na celebração dos acordos administrativos.” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido processo legal na consensualidade administrativa. In: SCHIRATO, Vitor Rhein (coord). **Estudos atuais sobre ato e processo administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 20). Cf.: SCHWIND, Rafael Wallbach. Processo Administrativo em evolução. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, jan. 2014.

²⁴ PATTI, Loredana. **Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione**. Tese (Doutorado em Direito). 2011. 230 f. Facoltà di Scienze Politiche, Università degli Studi di Catania, Catania, Itália, p. 76.

Duas são as conotações do devido processo legal: formal e substancial. A primeira oportuniza a abertura das ações públicas para a participação formal do cidadão no processo de tomada de decisão administrativa. A segunda preenche de materialidade o aspecto formal, dando-lhe substância ao garantir que nenhuma decisão administrativa será válida e eficaz sem antes respeitar os direitos fundamentais das partes e considerar os argumentos apresentados pelo particular, acatando-os ou afastando-os, sempre de maneira motivada.²⁵ Quer-se evitar, com isto, “um simulacro de procedimento, devendo assegurar, no mínimo, igualdade entre as partes.”²⁶

De acordo com Juliana Bonacorsi de Palma, “talvez a principal expressão do devido processo legal na consensualidade seja o dever de aderência às obrigações pactuadas ao problema do caso concreto. Isso significa que invariavelmente as obrigações de fazer e de não fazer devem encontrar alguma correlação com o problema concreto.”²⁷

Não é novidade que o devido processo legal se desdobra em contraditório e ampla defesa (inciso LV do art. 5º da Constituição). Contraditório, para Odete Medauar, destina-se a permitir: a) informação geral; b) audiência das partes; e c) motivação dos atos.²⁸ Por sua vez, conforme a mesma autora, ampla defesa é responsável por assegurar: i) caráter prévio; ii) direito de interpor recurso; iii) defesa técnica; iv) direito de ser notificado; v) direito de ter acesso aos documentos do processo; vi) direito de produção de prova.²⁹

No âmbito do acordo administrativo, os desdobramentos do devido processo legal em contraditório e ampla defesa importam para assegurar que o particular possa “apresentar propostas e contrapropostas que

²⁵ “No que tange a consensualidade, o procedimento regular pressupõe ao menos quatro deveres: (i) dever de garantia do contraditório e da ampla defesa; (ii) dever de endereçamento das cláusulas consensuais ao problema concreto; (iii) dever de motivar; (iv) dever de publicidade.” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido processo legal...Op. cit., p. 22).

²⁶ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Conceito de devido processo legal anda esquecido nos últimos tempos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-27/lewandowski-conceito-to-devido-processo-legal-anda-esquecido>. Acesso em 18 de setembro de 2018.

²⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido processo legal...Op. cit., p. 23

²⁸ MEDAUAR, Odete. **Processualidade no Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 110.

²⁹ Ibidem, p. 122.

sejam verdadeiramente consideradas e analisadas pelo Poder Público.”³⁰ Ou seja, “se manifestar com qualidade na negociação dos acordos administrativos.”³¹ O sentido englobado é evitar abusos de poder e desvios de finalidade, autorizando “que o particular se defenda de eventuais ilegalidades resultantes desta prática.”³² Em síntese, segundo Juliana Bonacorsi de Palma: “o contraditório e a ampla defesa são assegurados mediante a abertura da negociação para que o particular apresente propostas de acordos e contrapropostas às minutas esquadrihadas pelo Poder Público. Ainda, propostas e contrapropostas devem ser seriamente estudadas pela Administração, a fim de que as partes construam de modo concertado as cláusulas que definem obrigações.”³³

No Inquérito Civil Público, contudo, como já se teve a oportunidade de afirmar, o contraditório e a ampla defesa estão afastados. Embora se esteja diante de uma fase antecedente à concretização de um acordo que, em tese, deveria ser negocial, a garantia fundamental do cidadão ao diálogo e à negociação – amparada no devido processo legal – é dispensada.

Esse posicionamento está fundamentado, segundo a maioria da doutrina, no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal que diz: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” Os juristas contrários ao devido processo legal no ICP entendem, a partir do texto constitucional, que no Inquérito não há litigantes e nem acusados, tampouco processo administrativo. Os atributos do ICP, assim, estariam descolados do direito tutelado pela Constituição.

Portanto, a discussão doutrinária havida no entorno da incidência ou não do contraditório e da ampla defesa no Inquérito Civil Público está limitada a aspectos semânticos: a) ICP é processo ou procedimento? b) as partes são litigantes/acusados ou somente investigados?

Quem faz uma interpretação literal do inciso LV do art. 5º da Constituição afirma ser impossível subordinar o regime do Inquérito aos limites impostos pelo devido processo legal.³⁴ No entanto, para quem realiza

³⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido processo legal...Op. cit., p. 22 e 23.

³¹ Idem.

³² Idem.

³³ Idem.

³⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 48.

uma interpretação sistemática da Constituição, é inaceitável, sob qualquer condição, que em uma relação jurídica subordinada a um Estado de Direito se admita o afastamento do contraditório e da ampla defesa.³⁵ Esse artigo se filia a segunda corrente.³⁶

A primeira razão está no equívoco da manutenção de medidas inquisitoriais no atual contexto de Administração Pública dialógica, paritária e consensual sintonizada com o ordenamento jurídico brasileiro do século XXI. Não é preciso esforço para concluir que o advento do ICP é originário de um período autoritário que justificava, na época, o seu regime impositivo. O Decreto-Lei n. 3.689 de 1941, que serviu de inspiração para a criação do ICP, originou-se de um governo autoritário. Do mesmo modo, a Lei n. 7.347 de 1985, que pela primeira vez previu o Inquérito Civil Público, é fruto de um Estado em transição, ainda sem uma definição clara do que viria a ser um regime democrático.

O segundo motivo está no ultrapassado prestígio à distinção axiológica entre processo e procedimento.³⁷ Analisando as causas de justi-

³⁵ JORGE, André Guilherme Lemos. **Inquérito civil: contraditório e ampla defesa** – sobre a efetividade dos princípios constitucionais. 1ª ed. 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 87 e 88.

³⁶ “Em decorrência do reconhecimento de uma normatividade forte da Constituição Republicana de 1988, que tem como consequência o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, não é lícito ao intérprete se valer de subterfúgios linguísticos para afastar a incidência de garantias constitucionais do cidadão, razão pela qual o inquérito civil, a partir da edição da referida Carta Constitucional, não pode mais ser entendido como mero procedimento informal, inquisitorial, cuja finalidade é angariar elementos para o ajuizamento de ação civil pública, tal como faz a doutrina nacional majoritária.” (CARVALHO, Ulisses Dias de. Op. cit., p. 369 e 370).

³⁷ Na certada e suficiente visão de Odete Medauar, “o procedimento se expressa como processo se for prevista também a cooperação de sujeitos, sob o prisma do contraditório.” (MEDAUAR, Odete. *Processualidade...* Op. cit., p. 43). No mesmo sentido: “postulamos a classificação do inquérito civil como processo administrativo, como meio apto a atingir não só finalidade da investigação, mas principalmente a segurança do processo jurisdicional, com todas as garantias que lhe são inerentes. O que não se pode, na esteira da moderna processualidade administrativa, é amesquinhar a redefinição de processo como direito público subjetivo, e tratá-lo como mero instrumento ou adjetivo, em flagrante descompasso com a marcha ditada pela Constituição Federal, asseguradora dos princípios constitucionais, inclusive ao processo administrativo.” (JORGE, André Guilherme Lemos. Op. cit., p. 73 e 74). Por fim: “por outro lado, devemos ressaltar que a diferenciação de processo e procedimento para efeito de aplicação de garantias fundamentais no inquérito civil pouco importa. Seja o inquérito entendido como processo, seja como procedimento, essas garantias são inafastáveis pela sua própria fundamentalidade constitucional.” (CARVALHO, Ulisses Dias de. Op.

ficação da referida diferenciação³⁸, outra conclusão não há senão pela criação de uma reserva de autoridade para o Estado agir com imperatividade. Seria algo como um “by-pass” dos limites impostos à Administração Pública pelo Estado de Direito. No “procedimento” tudo se pode enquanto que no “processo” existem freios à livre atuação estatal criados pelos direitos fundamentais. Tais classificações, a história mesmo já cansou de comprovar, apenas contribuem para uma maior polarização entre o Direito Público e o Direito Privado. Faz lembrar a divisão entre os atos de império e os atos de gestão, posteriormente rejeitada pelo amadurecimento da teoria da responsabilidade civil do Estado.

Por fim, a última razão de filiação deste artigo a corrente que defende o devido processo legal no ICP está na obsolescência da visão restritiva empregada às expressões “litigantes” e “acusados”, limitando-as exclusivamente para o processo.³⁹ Ora, litigantes/acusados não são somente aqueles que possuem um interesse oposto e resistido a ser decidido por um terceiro imparcial que colocará fim ao impasse – visão impregnada com cunho jurisdicional, portanto. Litigar é simplesmente possuir interesses divergentes que podem tanto ser resolvidos entre as partes (autocomposição) quanto por um terceiro (heterocomposição). É como assinala Ada Pellegrini Grinover:

cit., p. 384). Cf.: TUCCI, Rogério Lauria. Devido Processo Penal e alguns dos seus mais importantes corolários. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, 88, 463-484, p. 476.

³⁸ “O que caracteriza o processo é o ordenamento de atos para a solução de uma controvérsia; o que tipifica o procedimento de um processo é o modo específico do ordenamento desses atos. (...) impõe-se distinguir os processos administrativos propriamente ditos, ou seja, aqueles que encerram um litígio entre a Administração e o administrado ou o servidor, dos impropriamente ditos, isto é, dos simples expedientes que tramitam pelos órgãos administrativos, sem qualquer controvérsia entre os interessados. A litigância é que distingue o processo do procedimento.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42^o ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 818 e 819).

³⁹ “Por outro lado, quando se menciona “acusados em geral”, na examinada preceituação constitucional, certamente se pretende dar a mais larga extensão às palavras, com referência óbvia a qualquer espécie de acusação, inclusive a ainda não formalmente concretizada. Assim não fosse, afigurar-se-ia de todo desnecessária a adição “em geral”; bastaria a alusão a “acusados”. (TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 476). No mesmo sentido: FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 55.

Litigantes existem sempre que num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. Basta que os partícipes do processo administrativo se antepõem face a face, numa posição contraposta. Litígio equivale a controvérsia, a contenda, e não a lide. Pode haver litigantes – e os há – sem acusação alguma, em qualquer lide. (...). (...) surgindo o conflito de interesses, as garantias do contraditório e da ampla defesa serão imediatamente aplicáveis.⁴⁰

Quando o MP instaura um Inquérito para apurar suposto dano e o sujeito investigado/acusado⁴¹ discorda do caminho percorrido pelo órgão de acusação, questionando as suas conclusões, é evidente que se está diante de um conflito de interesses. Portanto, frente a um litígio extrajudicial. Enquanto o Ministério Público tem interesse em levantar o máximo de elemento probatório sobre a ocorrência ou não do dano, o particular (litigante ou acusado) tem o interesse de desvincular a sua imagem do ilícito apurado, apresentando as suas razões. Isto tudo independe da denominação que se dê: procedimento ou processo; litigante/acusado ou investigado.⁴²

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 183:9-18, jan./mar. 1991, p. 13. Em outro texto a autora afirma: “embora se reconheça ser voz corrente que esse inquérito civil tem natureza inquisitorial, é inegável que nele se apresenta – ainda que em estado de latência – um conflito de interesses, sem que para isso, conforme ressaltado, seja necessária a existência de uma acusação formal.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Inquérito Civil: contraditório e “prova inequívoca” para fins de antecipação de tutela. **Revista Espaço Jurídico**. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 313-324, jul./dez. 2011, p. 322).

⁴¹ “A Constituição Federal determina que o processo seja contraditório, todo ele, e não somente parte dele. O inquérito civil, como processo administrativo, desta forma deve ser inteiramente realizado sob o pálio do contraditório. Ao interessado, investigado, acusado, indiciado, não importa o nome que se dê, é essencial, ou seja, garantida ao menos a possibilidade de produzir suas provas ou expor suas razões. Além disso, todos os elementos coligidos, bem como os argumentos sustentados pelo Estado, devem ser abertos e franqueados para exame e contestação.” (JORGE, André Guilherme Lemos. Op. cit., p. 96).

⁴² “Nesta linha de pensamento, com a locução “acusados em geral” se quer ampliar o espectro de incidência da ampla defesa, conquanto seja aceita também a dispositividade da atuação do investigado, haja vista nenhum dispositivo em nosso ordenamento impor a efetiva atuação defensiva.” (JORGE, André Guilherme Lemos. Op. cit., p. 98).

Acontece que, apesar de tudo isso, a doutrina e a jurisprudência majoritárias compreendem que o Inquérito Civil Público não passa de uma etapa administrativa “soft law”, isto é, um momento informal, sem vinculação jurídica, cuja juridicidade somente estará presente ao tempo da judicialização, quando então haverá um processo garantidor de todos os direitos fundamentais das partes. Em outras palavras, é como se o ICP fosse uma medida preparatória fora da órbita jurídica do Estado. Um momento inquisitorial ainda enraizado no pensamento medieval do século XIII.

A preocupação que permeia a cabeça dos estudiosos está relacionada aos impactos do contraditório e da ampla defesa no êxito da apuração dos fatos. Quem é contrário ao devido processo legal no ICP afirma que a abertura dos rumos da apuração importará no fim de uma das atribuições do Ministério Público, que é justamente a de promover a coleta de elementos de prova que evidenciem ou não a presença da justa causa. Ao abrir todos os passos da apuração, as conclusões a respeito da existência ou não de justa causa estariam prejudicadas. A publicidade excessiva, em suma, se contraporía ao sigilo necessário a uma preliminar investigação de um dano.

Contudo, esse temor é injustificado. Reconhece-se a necessidade de equilíbrio entre as atribuições do Ministério Público e os direitos do cidadão. Não há um ativismo cego em defesa exclusiva do devido processo legal em detrimento das garantias funcionais do MP. Tal equilíbrio é necessário justamente para que tanto o MP quanto o cidadão estejam subordinados a um Estado de Direito que os coloque em posição jurídica paritária.

A solução para essa equalização está na inclusão de um devido processo legal adequado ou moderado no Inquérito Civil Público. Adequado no sentido de não abrir totalmente a apuração do dano para a interferência do particular, com ampla publicidade e previsão de infundáveis recursos e impugnações para cada etapa do ICP, inviabilizando a sua razão de existência.⁴³ Mas, por outro lado, moderado a ponto de não excluir do Inquérito o direito do cidadão de contribuir para o convencimento da existência ou não de justa causa, respeitando o direito do particular de participar dos principais atos do procedimento/processo

⁴³ Um devido processo legal “cheio”, portanto.

por meio de autorização para manifestação formal, apresentação de quesitos e nomeação de assistente técnico quando for o caso.⁴⁴ Sobre tudo por se tratar o ICP, insista-se, de fase preparatória para o TAC. Diálogo e negociação adequados precisam permear a etapa antecedente do acordo para que um eventual Ajustamento de Conduta seja considerado válido e, desta forma, fruto de consensualidade.⁴⁵

Com base nas lições de Egon Bockmann Moreira:

Atuação adequada, tal como exigida pela Constituição, é aquela que atende às expectativas mínimas de um Estado Democrático de Direito, devendo corresponder e satisfazer o que se espera de uma Administração aberta e participativa, em que se garante ao particular voz ativa, em condição de igualdade com o ente público e sem qualquer espécie de submissão e/ou supressão de expectativas. A adequação confere ao cidadão segurança e certeza de que seus direitos serão respeitados. O processo será instalado e conduzido de maneira equitativa, com observância do rol de garantias constitucionais e legais. O núcleo objetivo visado pelo Estado está no prestígio à dignidade da pessoa humana, não à máquina administrativa.⁴⁶

Antes de se detalhar melhor o devido processo legal adequado, uma preliminar contextualização faz-se necessária. Existem no ordenamento jurídico dois tipos de processo⁴⁷, os chamados: a) processos adjudicatórios (ex. processo judicial); e os b) processos não-adjudicatórios (ex. mediação e conciliação).

⁴⁴ Um devido processo legal “mínimo”, portanto.

⁴⁵ “Tem-se, pois, à vista do exposto, como indubitado que o inquérito civil, instituído pelo §1º do art. 8º da Lei 7.347/85, e institucionalizado pelo art. 129, III, da mesma Lei das Leis nacional, será nulo ‘ex radice’, quando realizado sem que se propicie, como de mister, a participação ativa e contraditória daquele que deva sofrer os efeitos do aforamento de subsequente ação civil pública. E até, por necessária coerência, que tal nulidade, a ser declarada de plano, acarretará a inviabilidade de ação nele fundamentada, ou seja, a extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de pressuposto inarredável de sua constituição e desenvolvimento válidos.” (TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário. In: WALD, Arnaldo (coord.). **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 369).

⁴⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**. Princípios Constitucionais e a Lei 9784/1999. 4ª ed. Malheiros, 2010, p. 297.

⁴⁷ Classificação influenciada pela doutrina norte-americana e pelos sistemas anglo-saxões.

Sobre o processo adjudicatório incide um poder impositivo (um *enforcement* mais profundo). Por ser heterocompositivo, para solucionar o impasse, a decisão, dotada de coercibilidade, é tomada em nome das partes por um terceiro. Os processos adjudicatórios se legitimam a partir de um *right based approach*. O que vai ser avaliado não é quem tem razão, mas quem tem direito.

Já nos processos não-adjudicatórios, também conhecidos como processos mediativos ou conciliatórios, está presente um outro *approach* que é o *interest based approach*. São conhecidos por serem autocompositivos, isto é, desprovidos de coercibilidade (*enforcement*). O terceiro não decidirá pelas partes, avaliando quem possui direito ou não, mas apenas estimulará a solução consensual do impasse pelos próprios sujeitos.⁴⁸

A partir da distinção acima, pergunta-se: considerando os instrumentos outorgados ao MP para conduzir o Inquérito, a fase do pré-acordo está mais próxima do processo adjudicatório ou do não-adjudicatório? Entende-se que mais próxima do adjudicatório. O motivo está nos poderes de coercibilidade inerentes às atribuições do MP.⁴⁹

A teoria do devido processo legal adequado é explicada com didatismo por Richard Ruben.⁵⁰ O autor adota a metáfora da gravidade e do sistema solar. Segundo ele, o sol estaria representado pelo poder extroverso (impositivo) do Estado, ao passo que a força gravitacional estaria abarcada pela Constituição e o seu elenco de garantias. Deste modo, quanto mais próximo estiver o processo do sistema solar, maior será a força gravitacional que incidirá sobre ele. Traduzindo, quanto mais próximo e subordinado ao poder extroverso do Estado estiver o processo, maior deverá ser a incidência das garantias constitucionais.

Ao se transportar o pensamento acima para o regime do ICP, um ponto de especial reflexão relaciona-se aos caminhos percorridos pelo MP até se chegar ao TAC. O Inquérito Civil não pode ser compreendido como um ambiente de interlocução autocompositiva no qual um terceiro auxilia o processo consensual de convencimento comum das partes.

⁴⁸ Para compreender melhor esta distinção, cf.: GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA. Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 29 e ss;

⁴⁹ Cf.: rodapé n. 14.

⁵⁰ REUBEN, Richard. Constitutional Gravity: a Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice. **UCLA. Rev.**, vol. 47, p. 33 e ss.

Como reforçado ao longo deste trabalho, a presença autoritária do Estado, representada pelo MP, é marca incontestada do ICP. Assim, não se pode afirmar, nos termos em que desenhado por Richard Ruben, que a etapa de pré-acordo até a assinatura do TAC esteja distante do “sistema solar”, como estão os processos não-adjudicatórios. Em verdade, por conta das prerrogativas funcionais do MP, a realidade concretizada pelo Inquérito Civil aproxima o pré-acordo do processo adjudicatório.

A estabilidade e a segurança do acordo decorrente do ICP estão diretamente dependentes de contraditório e ampla defesa moderados. Especialmente porque ao tempo da judicialização da controvérsia a convicção da justa causa já estará formada e, por conta da inegável aproximação institucional entre MP e Judiciário, as chances de reversão do entendimento formado extrajudicialmente pelo Ministério Público serão muito reduzidas. Em suma, a oportunidade de defesa, latente no ICP, perde forças com a judicialização. Daí a necessidade de resguardo moderado do direito fundamental do particular.

Quanto ao TAC, quando escolhida a sua via pelo Ministério Público, se percorrido o Inquérito sem o contraditório e ampla defesa adequados, a solução, que se espera seja consensual, negociada, paritária e dialógica, se revestirá de um “*arm-twisting effect*”⁵¹ intimidatório, pois o ajuste não passará de um acordo impositivo (por adesão). Por isto a crucial revisão de suas bases teóricas e normativas a fim de: a) incluir na fase de pré-acordo a obrigação do MP respeitar o devido processo legal adequado; b) disciplinar os parâmetros de identificação e controle do contraditório e da ampla defesa adequados na fase antecedente à assinatura do Ajustamento de Conduta. O objetivo final é a introdução do princípio da juridicidade na cultura ministerial.

1.2 O movimento do Poder Legislativo para introduzir o devido processo legal adequado no Inquérito Civil Público

A tese defendida acima, felizmente, tem sido objeto de movimentos legislativos para adequar o Inquérito Civil Público à realidade do Direito

⁵¹ Expressão cunhada por Lars Noah, cuja melhor tradução para o português é “efeito torção de braço”. Por meio dela o autor procurou ilustrar a ocorrência de ações públicas impositivas e persuasivas transvestidas de consensuais existentes no cenário regulatório norte-americano. Cf.: NOAH, Lars. Administrative arm-twisting in the shadow of Congressional delegations of authority. *Wisconsin Law Review*, 1997, p. 874.

moderno. Ao disciplinar o contraditório e a ampla defesa moderados no ICP, o Congresso tem sido exitoso em compreender a necessidade de superação da atuação ministerial inquisitória. Antes, contudo, serão apresentados alguns comentários preliminares.

Os movimentos legislativos a seguir destacados são motivados pela inexistência de Lei para regular o ICP. Como se sabe, ao tratar do Inquérito Civil Público no art. 129, inciso III⁵², a Constituição apenas recepcionou o instituto criado pela Lei n. 7.347 de 1985, em cujo art. 8º, §1º, limitou-se a prever e autorizar a instauração do ICP pelo Ministério Público⁵³.

Isso significa que os atributos do Inquérito Civil Público não decorrem de Lei, mas de construção doutrinária emprestada da teoria do Inquérito Policial. Nada há na Constituição que justifique dizer ser o ICP inquisitorial e unilateral. Em virtude disto, defende-se que o regime jurídico do Inquérito Civil Público receba tratamento autônomo em relação ao Policial, sendo normatizado em definitivo pelo Poder Legislativo para que as suas bases sejam estruturadas à luz do Estado Democrático de Direito.

O Supremo Tribunal Federal (STF) publicou, em 2009, a súmula vinculante n. 14⁵⁴ com o propósito de garantir acesso aos autos do Inquérito pelo advogado. Para muitos, o advento deste enunciado consolidou a introdução do contraditório e da ampla defesa no ICP. Discorda-se, contudo, deste posicionamento porque a garantia declarada pelo STF cinge-se ao direito de acesso aos elementos de prova, não passando, por isto, de um contraditório tímido e meramente formal. Nada há de concreto no direito assegurado pelo Supremo que possa levar à conclusão de um devido processo legal substancial e, como consequência, da definitiva compreensão do cidadão enquanto sujeito de direitos. A inquisitorialidade, a exorbitância e a unilateralidade são mantidas.

⁵² “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...). III. promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

⁵³ “Art. 8º. (...). §1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.”

⁵⁴ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

Na busca por superar o devido processo legal formal tutelado pelo STF, em 2017 o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) publicou a Resolução n. 161 para alterar os artigos 6º e 7º da Resolução n. 23 de 2007 e os artigos 7º e 13 da Resolução n. 13 de 2006, todas do CNMP. A comunidade jurídica aplaudiu a iniciativa da cúpula do MP ao promover a abertura democrática do Inquérito Civil Público e reconhecer a necessidade de concessão de maior garantia jurídica ao cidadão. E os aplausos são, de fato, merecidos. Fica evidenciada a tentativa do próprio MP de superar gradualmente a exorbitância absoluta do Inquérito Civil Público.

Desde logo, nos “considerandos” da Resolução n. 161 é possível denotar a adoção do devido processo legal adequado. Consta no documento que o “diploma legal não tem o condão de afastar a natureza inquisitorial das investigações preliminares, mas sim de outorgar um viés mais garantista à investigação, buscando assegurar os direitos fundamentais do investigado.”⁵⁵ Percebe-se haver um discurso de moderação do Ministério Público para que tanto o interesse público quanto o interesse privado sejam adequadamente respeitados.

Muito embora a Resolução n. 161 tenha sido revogada pela n. 181 de 2017, a sua essência foi mantida. A proteção substancial do contraditório e da ampla defesa prevista no art. 7º do antigo ato normativo consta agora no art. 9º da atual Resolução:

Art. 9º O autor do fato investigado **poderá apresentar**, querendo, as **informações que considerar adequadas**, facultado o acompanhamento por defensor.

§ 1º O defensor poderá **examinar**, mesmo sem procuração, **autos** de procedimento de investigação criminal, findos ou em andamento, **ainda que conclusos ao presidente**, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

§ 2º Para os fins do parágrafo anterior, o defensor deverá apresentar procuração, quando decretado o sigilo das investigações, no todo ou em parte.

§ 3º O órgão de execução que presidir a investigação velará para que o defensor constituído nos autos assista **o investigado durante a apura-**

⁵⁵ Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-161.pdf>. Acesso em 28 de maio de 2019.

ção de infrações, de forma a evitar a alegação de nulidade do interrogatório e, subseqüentemente, de todos os elementos probatórios dele decorrentes ou derivados, nos termos da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.⁵⁶

Ainda que de caráter infralegal, o movimento normativo-institucional do Ministério Público endossa a preocupação de parcela da doutrina e do Poder Legislativo com a modernização dos atributos autoritários e unilaterais do Inquérito Civil Público.

Encerrados os apontamentos preliminares, a seguir serão apresentados os mais importantes Projetos de Lei em tramitação no Senado Federal e na Câmara de Deputados.

O Projeto de Lei Complementar (PL) n. 233 de 2015, em trâmite no Senado Federal, é a principal proposta sobre a regulamentação do Inquérito Civil Público no Brasil. Ao longo de todo o seu texto, o PL se preocupa com a necessidade de resguardo do direito fundamental do investigado de contraditar os termos da apuração. A intenção final, por meio do reposicionamento jurídico do cidadão, tirando-o da condição de investigado e colocando-o na posição de sujeito de direito, é alcançar a paridade entre as posições jurídicas ocupadas pelo MP e pelo particular.

Em sua fundamentação, o ex-Senador Blairo Maggi, autor do PL, justificou a importância da proposta “como forma de defesa da posição jurídica dos cidadãos perante o Estado, estabelecendo as expectativas que eles devem ter em relação ao comportamento das instâncias estatais.”⁵⁷ Tal proteção, segundo Maggi, decorre das consequências práticas prejudiciais ao patrimônio jurídico do investigado causadas, muitas vezes, pela exposição e pelo prejulgamento decorrentes da instauração do ICP.⁵⁸ O caráter moderado do devido processo legal ficou claro com a ressalva, anotada no Projeto, de que o resguardo aos direitos

⁵⁶ Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em 28 de maio de 2019.

⁵⁷ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120814>. Acesso em 27 de maio de 2019.

⁵⁸ Idem. Este é o posicionamento defendido por Rogério Lauria Tucci: “embora saibamos que as decisões proferidas no âmbito administrativo não se revestem do caráter de coisa julgada, sendo passíveis portanto de uma revisão pelo Poder Judiciário, não é menos certo, por outro lado, que já dentro da instância administrativa podem perpetrar-se graves lesões a direitos individuais cuja reparação é muitas vezes de difícil

fundamentais não importará em restrição ou prejuízo à atuação do Ministério Público.⁵⁹

Diversos foram os dispositivos que explicitaram a obrigação de respeito ao contraditório e à ampla defesa pelo Ministério Público. Veja-se:

Art. 4º. (...). §5º. A instauração do inquérito civil ou de qualquer procedimento investigatório preparatório em razão de requerimento não identificado **dependerá da prévia manifestação do requerido**, quando a autoria for conhecida, sob pena de responsabilidade pessoal.

Art. 5º. (...). §5º. Do recurso **serão notificados** os demais interessados para, querendo, **oferecer contrarrazões** em prazo.

Art. 14. Sem prejuízo do disposto no art. 18, instaurado o inquérito civil, o membro do Ministério Público ordenará a **notificação do investigado para apresentar esclarecimentos**, por escrito, no prazo de dez dias.

Art. 16. (...). §8º. Ressalvadas as hipóteses de urgência, **as notificações e intimações para o comparecimento e a oitiva do investigado ou de outrem devem ser efetuadas com antecedência mínima de três dias úteis**, respeitadas, em qualquer caso, as prerrogativas legais pertinentes, e devendo constar da notificação ou intimação data, hora e local de comparecimento.

Art. 16. (...). §9º. É facultado ao investigado, no curso do inquérito civil, **requerer a juntada das peças informativas**.

Art. 16. (...). §10º. Os atos de instrução que exijam atuação dos investigados devem realizar-se **do modo menos oneroso para estes**.

Art. 16. (...). §11º. É assegurado aos investigados o direito de **acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial**.

Art. 16. (...). §12º. Os investigados serão **intimados da prova ou da diligência ordenada**, com antecedência mínima de três dias úteis,

operacionalização perante o Judiciário.” (TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 477). Ainda, segundo André Guilherme Lemos Jorge: “temos, destarte, que todas as vezes em que existir efetiva imputação, mesmo que o indivíduo não seja formalmente tratado como indiciado, haverá lugar para a defesa. Exemplos desta imputação podem ser encontrados em providências como prisão, quebra de sigilo, autorização para busca e apreensão, dentre outras proporcionadas pela legislação aplicável aos inquéritos, policial e civil.” (JORGE, André Guilherme Lemos. Op. cit., p. 93).

⁵⁹ Idem.

mencionando-se data, hora e local de realização, para acompanhamento da diligência.

Art. 16. (...). §15º. A parte investigada será intimada para **acompanhar as declarações e os depoimentos**, podendo ser ladeada e representada por seu advogado.

Art. 22. Aplica-se ao inquérito civil o princípio da publicidade dos autos, com exceção das hipóteses em que haja sigilo legal ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações ou ao investigado, casos em que a decretação do sigilo legal deverá ser realizada de forma motivada.

§1º. Salvo quando possa haver prejuízo à eficácia do procedimento, não haverá sigilo para a parte investigada, que poderá requerer a obtenção de certidões ou a extração de cópia de documentos constantes dos autos do inquérito civil ou do procedimento preparatório.

O devido processo legal formal e substancial está evidenciado pelo uso dos verbos: acompanhar, apresentar, formular, manifestar, produzir e requerer. Nos termos do PL n. 233 de 2015, a participação do particular no ICP é efetiva, fato que fortalece e torna eficiente e legítima a convicção ou não pela justa causa. Por mais que se alegue a fragilização do ICP pela participação ativa do cidadão, é inegável que, num juízo de ponderação, os benefícios decorrentes do respeito ao contraditório e à ampla defesa são muito maiores ao interesse público se comparado àqueles advindos da manutenção do caráter inquisitorial do Inquérito.⁶⁰

Pelos artigos mencionados também é possível denotar a escolha do legislador por um devido processo legal adequado ou moderado. As evi-

⁶⁰ “Com a oitiva dos investigados no IC podemos obter uma série de vantagens para a tutela dos direitos: a) maior celeridade e efetividade, vez que a oitiva prévia facilita os meios de autocomposição e negociação direta, inclusive para o adimplemento espontâneo total ou parcial das obrigações; b) robustecimento do material probatório produzido no IC, com possibilidade de utilizar a prova produzida em contraditório no IC como prova contraditada, invertendo-se o ônus e o custo da prova a ser produzida em juízo, a exemplo da prova pericial, visto que o juiz poderá dispensar a sua produção quando a prova houver sido produzida em contraditório (art. 472, CPC/2015); c) racionalização das demandas do MP, visto que as informações prestadas em contraditório poderão justificar o arquivamento sem o ajuizamento da ação, com economia de tempo e custos para o sistema de justiça e para os investigados.” (ZANETI JÚNIOR, Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Op. cit., p. 310).

dências da “moderação” são identificadas quando se impõe o respeito ao devido processo legal desde que não haja a desnaturação da essência investigativa do ICP. A eficácia das diligências é resguardada pela proteção do sigilo e da urgência. Também, as atribuições e as prerrogativas do MP são mantidas. O movimento, portanto, é no sentido de equilibrar garantias e sujeições das partes.

O PL n. 233 de 2015 passou pelo crivo da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) e, em relação ao devido processo legal, uma emenda foi acolhida pelo relator e ex-Senador, Ricardo Ferraço. A obrigatoriedade de manifestação prévia do investigado, como condição para a instauração do ICP, foi afastada. No entendimento do relator, comprovando a escolha pelo caráter moderado do devido processo legal, “a obrigatoriedade de manifestação prévia do requerido pode frustrar o trabalho de captação de elementos probatórios hábeis para a formação da convicção do Ministério Público.”⁶¹ Assim, o §5º do art. 4º do PL foi reformado para constar que a manifestação do requerido será diligência obrigatória no curso do ICP e não condição de sua instauração.

Duas outras emendas, que buscavam limitar o contraditório e a ampla defesa, foram indeferidas pela CCJ. Uma delas tentou suprimir do §11º do art. 16 da proposta a garantia do investigado de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, produzir provas e contraprovas e formular quesitos. A intenção, com a emenda, era flexibilizar a obrigatoriedade de tal direito, que passaria existir “sempre que possível” e “desde que não comprometesse o interesse da investigação”. O relator, contudo, indeferiu a proposta de emenda afirmando não ser viável afastar a aplicação do contraditório do ICP.⁶² A importância deste correto posicionamento da CCJ está na confirmação do espírito democrático do PL.

Outra emenda rejeitada pela CCJ objetivava retirar do §2º do art. 22 a prévia intimação e o conhecimento antecipado da parte investigada sobre as informações relativas ao inquérito civil que seriam prestadas ao público em geral. Nas palavras do relator, a solicitação deveria ser indeferida porque

⁶¹ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=20317&paginaDireta=00208#diario>. Acesso em 27 de maio de 2019.

⁶² Idem.

(...) a norma que se busca emendar apenas condiciona a publicidade à prévia intimação da parte investigada, procedimento mais ligado à garantia do contraditório e da ampla defesa do que ao direito à intimidade em si. O conhecimento prévio pela parte investigada das informações que serão prestadas ao público em geral possibilitará, dentre outras medidas, o recurso ao Poder Judiciário para que não sejam divulgadas informações inverídicas, que possam causar danos irreparáveis à honra e à reputação das pessoas sujeitas ao procedimento do inquérito civil. Não se trata de impedir a publicidade, mas de adequar seu momento de forma a proporcionar a melhor convivência entre os direitos fundamentais envolvidos.⁶³

Assim, a essência do devido processo legal moderado, inaugurada pelo PL n. 233 de 2015, foi mantida e o projeto encontra-se, ao tempo de redação deste artigo, em virtude da não reeleição de Ricardo Ferraço, aguardando a designação de novo relator pela CCJ.

Merece destaque também o Projeto de Lei n. 218 de 2015, tramitando no Senado Federal, cujo objetivo é alterar a Lei n. 7.347 de 1985 para autorizar a apresentação de reclamações ou recursos em face das decisões dos representantes do Ministério Público.⁶⁴

Ao criar o art. 9-A, o referido Projeto assegura que “das decisões ou atos do Membro do Ministério Público, no presente procedimento, bem como em outras hipóteses que digam respeito ao mesmo assunto, poderão ser apresentadas reclamações ou recursos ao órgão superior da instituição, que deverá ser resolvida em 45 dias.”⁶⁵ Na justificativa o

⁶³ Idem.

⁶⁴ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124521>. Acesso em 27 de maio de 2019. Tal previsão não é novidade para o Estado de São Paulo em cujo art. 108 da Lei Complementar n. 734 de 1993 (Lei Orgânica do Ministério do Estado de São Paulo) está previsto o direito de recurso pelo interessado contra a instauração do Inquérito Civil.

⁶⁵ Idem. Atualmente, sem qualquer alteração de sua essência, o PL foi modificado pela CCJ e o art. 9-A está redigido da seguinte maneira, com a adição de dois novos parágrafos: “da decisão que o representante do Ministério Público proferir pela instauração de inquérito civil, de outros procedimentos investigatórios prévios ou formalização de notícia de fato poderá ser apresentado recurso ao órgão superior competente, a ser resolvido no prazo de noventa dias. § 1º Igual recurso caberá da decisão pelo declínio de atribuições em inquérito civil, em outros procedimentos investigatórios prévios ou em notícia de fato. § 2º O prazo a que se

ex-Deputado Federal, Bonifácio de Andrada, afirmou que a inserção dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no ICP permitirá criar uma proteção aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. A intenção é “impedir uma série de deficiências, evitando o questionamento judicial de questões que podem ser sanadas no âmbito do próprio Ministério Público, pela ação de seus órgãos superiores colegiados”⁶⁶ e, com isto, aprimorar “o Estado Democrático de Direito elevando o nível de garantias do cidadão.”⁶⁷

Há, ainda, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 89 de 2015, atualmente apensada à PEC n. 423 de 2014, em trâmite na Câmara dos Deputados, que pretende reformar o sistema de persecução penal criando um novo cargo para o Poder Judiciário, chamado de “juizado de instrução e garantia” e provido por “juízes de instrução e garantias”. A ideia geral da Emenda é institucionalizar no âmbito do Poder Judiciário o processo de investigação criminal, retirando esta competência da Polícia Civil.

Embora diga respeito ao Inquérito Policial, a menção à PEC n. 89 é relevante por conta da mensagem por ela passada: mesmo em âmbito penal a inquisitorialidade tem sido objeto de questionamento pelo Poder Legislativo. A Proposta visa incluir na Constituição o art. 98-A, cujo §2º assevera que “os juízes de instrução e garantias assegurarão a participação da defesa técnica na fase investigatória de forma a não prejudicar a eficiência da apuração dos fatos, na forma da lei.”⁶⁸ Ou seja, para a Emenda, devido processo legal e eficiência são faces de uma mesma moeda.

Igualmente, em âmbito penal há o PL n. 9.768 de 2018, em trâmite na Câmara dos Deputados, que procura alterar o Código de Processo Penal (CPP) para assegurar o contraditório no Inquérito Policial. A observação pertinente é a inovação do Projeto em relação à súmula vinculante n. 14. O conteúdo da proposta consolida a garantia reforçada pelo STF: o investigado tem direito de amplo acesso aos elementos de prova já

refere o caput deste artigo é aplicável ao declínio de atribuições, podendo ser prorrogado mediante decisão fundamentada, por igual período.”.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1570777>. Acesso em 27 de maio de 2019.

documentados no Inquérito. Todavia, os diferenciais do PL estão: a) na garantia não apenas de vista dos autos, mas também da possibilidade de o particular requerer diligências; e b) na proibição do juiz exercer a sua convicção exclusivamente com base nas provas colhidas no Inquérito sem a observância do contraditório.⁶⁹ Com isto, ultrapassam-se os limites formais do devido processo legal contidos na súmula vinculante n. 14 e caminha-se para o devido processo legal substancial.

Na justificativa do PL n. 9.768 de 2018, ao defender a aplicação do devido processo legal no Inquérito Policial, o Senador Roberto Rocha, autor da proposta, enfatizou necessidade de paridade público-privada por meio da superação da posição de mero enfeito atualmente ocupada pelo particular.⁷⁰ Para ele, é passada a hora do reconhecimento do “direito-garantia do investigado a um procedimento investigativo que lhe proporcione mais que apenas o direito de se manifestar no momento mais oportuno.”⁷¹ Segundo o parlamentar, “é preciso avançar no sentido de se promover mais condições para que o indiciado participe do procedimento investigatório, seja indicando meios de prova para que a investigação se aproxime ao máximo da verdade, já que o delegado de polícia, autoridade titular da investigação criminal, não se vincula à tese de acusação ou de defesa, mas a fatos.”⁷²

Como se demonstrou, vários são os movimentos legislativos tendentes a reformar a atual compreensão inquisitiva do Inquérito, seja ele Civil Público ou Policial. Espera-se que a doutrina passe a prestigiar com maior entusiasmo o trabalho do Congresso de modo a cooperar para a evolução do tema no Brasil. A saúde jurídica do TAC, enquanto espécie de acordo administrativo, depende da modernização da teoria do Inqué-

⁶⁹ Proposta muito provavelmente inspirada no pensamento de Ada Pellegrini Grinover, para quem: “ao menos em princípio, não têm eficácia probatória no âmbito jurisdicional os elementos coligidos em procedimentos administrativos prévios ou mesmo em outros processos jurisdicionais, se a colheita não contar com a possibilidade real e efetiva de participação dos interessados, em relação aos quais se pretende editar provimento de caráter vinculante e cuja esfera jurídica possa vir a ser atingida.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Inquérito Civil...* Op. cit., p. 320).

⁷⁰ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4442656&ts=1553275742815&disposition=inline>. Acesso em 27 de maio de 2019.

⁷¹ Idem.

⁷² Idem.

rito Civil Público, começando pelo incentivo à participação negocial, adequada ou moderada, do cidadão na etapa processual antecedente à assinatura do ajuste.

2. O pós-acordo. O TAC e a cláusula de segurança ou de não-surpresa

Finalmente, o último tópico deste artigo pretende jogar luz sobre o pós-acordo. Compreendida a importância da inclusão participativa e negocial do particular no pré-acordo, materializada por meio da recepção do devido processo legal adequado pelo Inquérito Civil Público, resta saber como deverá ser o comportamento do Ministério Público durante a execução do TAC, fase aqui chamada de “pós-acordo”.

Um parâmetro indispensável do regime jurídico do acordo administrativo é a aderência do negócio aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima. Segurança existe para gerar confiança que, por sua vez, é assegurada pelo grau de estabilidade contido no acordo. Quanto maior for a estabilidade, maior será a confiança dos sujeitos no TAC. Consequentemente, maior efetividade será concedida ao princípio da segurança jurídica.

No regime do acordo administrativo a segurança jurídica está ligada ao campo do diálogo e da negociação ao forçar (positivamente) que a ação administrativa se dê por meio de técnicas argumentativas capazes de convencer, deixando de lado a via exclusiva da autoridade. A condição para haver segurança é que a relação jurídica seja, dentro do possível, estável e previsível, de modo que inovações não sejam a ela acrescentadas sem uma previsibilidade e uma transparência mínimas acompanhadas de um procedimento prévio que assegure os direitos das partes.

Quando duas ou mais pessoas pública e privada se reúnem para firmar um negócio jurídico guardam consigo expectativas que, se lícitas e diretamente afetas ao objeto do acordo, tornam-se legítimas com a concretização do compromisso.⁷³ A esta confiança, pensada inicialmente pelos alemães e hoje propagada por todo o mundo, o Direito concede

⁷³ MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. **A proteção da confiança legítima como princípio fundamental no Direito Administrativo atual**. Dissertação (Mestrado em Direito). 2010. 221 f. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 11.

proteção, impedindo a sua frustração sem um motivo concreto contido em Lei ou disciplinado no negócio.⁷⁴

Quanto maior a estabilidade maior será a confiança em relação ao cumprimento do acordo. Em outras palavras, estabilidade importa para garantir confiança de que as condições ajustadas serão honradas, isto é, que as promessas negociadas terão efeito jurídico vinculativo, estando os sujeitos obrigados a cumpri-las.⁷⁵

Nesse contexto, fala-se em “cláusula de segurança” ou de “não-surpresa” com a finalidade de sugerir que no TAC seja incluída obrigação

⁷⁴ “(...) o indivíduo tem o direito de poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257). No mesmo sentido: “na verdade, o que o direito protege não é a “aparência de legitimidade” daqueles atos, mas a confiança gerada nas pessoas em virtude ou por força da presunção de legalidade e da “aparência de legitimidade” que têm os atos do Poder Público.”. (SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o Prazo decadencial do art. 54 da lei do processo Administrativo da união (lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 237, p. 271-315, jul./set. 2004, p. 275).

⁷⁵ “Dizer estabilidade quer significar a tendência de manutenção de efeitos, quer dizer, mais especificamente, a vedação de alterações arbitrárias e atabalhoadas, quer dizer, em uma primeira súmula a respeito do tema, respeito pelo cidadão. (...). (...) a estabilidade como expressão da segurança jurídica não significa imobilidade, incapacidade de transformação. Mas que as alterações empreendidas, o devir natural às relações sociais, a própria interpretação evolutiva que deve animar o intérprete do Direito, procedem-se no plano sensível, e não devem descuidar da inteligibilidade da estabilidade, de sua ideia.”. (Pires, Luis Manuel Fonseca. A estabilidade como atributo do ato administrativo. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; Dal Pozzo, Augusto Neves (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 295-309). Almiro do Couto e Silva complementa ao afirmar que: “é certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público. (...)”. (SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica...Op. cit., p. 276).

disciplinando o caminho a ser percorrido pelo órgão ministerial para o caso de descumprimento do acordo pelo particular.⁷⁶

A relação consensual não acaba com a assinatura do ajuste, devendo se manter durante toda a relação jurídica. Isto quer dizer que o TAC deverá conter uma “reserva de consenso” que vincule as partes a buscar, durante a execução do acordo e sempre que possível, a via do diálogo e da negociação em detrimento da autoridade e da imposição. Concretamente, tal postura significa que, constatado o inadimplemento, não havendo urgência iminente, antes de qualquer providência autoritária e unilateral, deverá ser o particular intimado para prestar esclarecimentos. Trata-se de uma espécie de “escuta prévia” condicionante da validade e da eficácia da medida sancionatória tomada pelo MP em casos não urgentes e imprevistos.

O fundamento normativo para a inclusão de cláusula de segurança no TAC está contido no §1º do art. 27 da Lei 13.655 de 2018, que prevê: “a decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. §1º. A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.”

A intenção do legislador foi promover o equilíbrio entre garantismo e efficientismo no âmbito da Administração Pública.⁷⁷ A eficiência do regime jurídico do acordo administrativo, com toda a flexibilidade exigida pelo consenso e pela negociação, está circunscrita na aplicação justa e adequada do devido processo legal. Não se imagina uma atuação administrativa eficiente que não seja respeitosa aos direitos do particular. Assim, eficiência e garantia são fenômenos indissociáveis do processo

⁷⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes; Alves, Gustavo Silva. Op. cit., p. 316.

⁷⁷ Gustavo Justino de Oliveira e Gustavo Schiefler trataram deste ponto ao abordarem o tema da improbidade administrativa. Cf.: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Justa causa e juízo de prelibação (admissibilidade) na ação de Improbidade Administrativa: proteção e preservação dos direitos e garantias dos requeridos frente à busca de maior eficiência judicial no combate à corrupção na era da Operação Lava Jato. **Revista Síntese: Direito Administrativo**, São Paulo, v. 12, n. 141, p. 311-326, set. 2017.

de negociação, o qual, por sua vez, é indisponível ao regime dos acordos administrativos.

O acordo precisa representar uma realidade jurídica célere, objetiva e eficiente, mas ao mesmo tempo observadora dos direitos e garantias individuais. O desafio então é não tornar o garantismo (irrenunciável ao acordo) causa e motivo de ineficiência do seu regime.

É incompatível com o regime jurídico do acordo a adoção de medidas administrativas exorbitantes, alheias aos deveres e obrigações formalizados no ajuste, que não estejam concretamente motivadas em um risco iminente e imprevisível para a coletividade. Em situações que não exijam urgência, todas as hipóteses de ações coercitivas e unilaterais da autoridade precisarão estar previstas no Termo de Ajustamento de Conduta. É esta previsibilidade que evitará surpresas e garantirá confiança e legitimidade para o acordo.

Em suma, o adequado devido processo legal formal e material deve estar presente também no pós-acordo. Ao tempo da execução do TAC, para que a atuação ministerial seja válida e eficaz, o caminho procedimental a ser percorrido pelo MP para responsabilizar o particular pelo inadimplemento do ajuste deverá estar previsto no termo do acordo. Significa dizer: em nome da segurança jurídica e da confiança legítima, é indispensável que o direito ao contraditório adequado, por meio da oitiva prévia do particular, seja garantido.

CONCLUSÕES

O ICP é um ato de autoridade e de supremacia do Estado sobre o particular que, não raras às vezes, ultrapassa os limites de garantias fundamentais dos cidadãos impostos pela Constituição ao Estado. Deste modo, da mesma forma que os demais atos de autoridade, como o ato administrativo, o Inquérito também precisa se adaptar ao moderno sistema jurídico-dogmático de aproximação consensual entre o interesse público e o privado e não mais de oposição ou sobreposição de um ao outro.

Os movimentos legislativos tendentes a abrir o Inquérito Civil Público para a participação do cidadão não permitem mais que ele seja considerado “mero procedimento”. A inclusão moderada do contraditório e da ampla defesa no rito do ICP torna-o subordinado aos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal. Perde sentido, portanto, o debate

semântico sobre a conformação dos atributos do Inquérito às terminologias adotadas pela Constituição.

A consolidação do acordo administrativo no ordenamento jurídico brasileiro impõe a revisão teórica de institutos clássicos do Direito Público, como o Inquérito Civil Público. Assim, considerado como etapa administrativa antecedente ao TAC (fase de pré-acordo), o Inquérito precisa ampliar o seu campo de atuação, deixando de ser mero procedimento probatório voltado a subsidiar eventual ação judicial para assumir protagonismo no âmbito da Administração Pública consensual enquanto momento de diálogo e de negociação público-privada.

Essa nova função do ICP estende-se também ao pós-acordo, na medida em que a participação negocial por ele garantida deverá ser mantida durante a execução do TAC. A reserva de consensualidade, com o reposicionamento da autoridade para os casos em que a busca pelo diálogo houver sido frustrada, exige que no Termo de Ajustamento de Conduta esteja prevista cláusula de não-surpresa contemplando expressamente a vinculação das partes aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, materializada pela previsão das soluções jurídicas negociais a serem adotadas pelo Ministério Público antes de agir com autoridade para punir eventual inadimplemento.

REFERÊNCIAS

- CABRAL DE MONCADA, Luiz S. *Autoridade e Consenso na Teoria do Acto Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, Ulisses Dias de. Uma leitura constitucional do inquérito civil. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 13 – n. 42-43, p. 367-402 – jan./dez. 2014.
- CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Trad. Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes Editora, 2010.
- CATALÀ, Joan Prats i. *De la burocracia al management, Del management a la gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA. Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 183:9-18, jan./mar. 1991.
- _____. Inquérito Civil: contraditório e “prova inequívoca” para fins de antecipação de tutela. *Revista Espaço Jurídico*. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 313-324, jul./dez. 2011.
- JORGE, André Guilherme Lemos. *Inquérito civil: contraditório e ampla defesa – sobre a efetividade dos princípios constitucionais*. 1ª ed. 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011.
- LEWANDOWSKI, Ricardo. Conceito de devido processo legal anda esquecido nos últimos tempos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-27/lewandowski-conceito-devido-processo-legal-anda-esquecido>. Acesso em 18 de maio de 2019.
- LIMA, Mariana Sciesleski de. Fundamentos para uma Administração Pública dialógica. *Revista Perspectiva*, Erechim, v. 34, n. 126, p. 73-84, junho. 2010.
- MACHETE, Pedro. *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*. Coimbra: Almedina, 2007.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. São Paulo: Saraiva.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. *Processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. *A proteção da confiança legítima como princípio fundamental no Direito Administrativo atual*. Dissertação (Mestrado em Direito). 2010. 221 f. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9784/1999*. 4ª ed. Malheiros, 2010.
- NOAH, Lars. *Administrative arm-twisting in the shadow of Congressional delegations of authority*. *Wisconsin Law Review*, 1997.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. “Convênio é acordo, mas não é contrato”: contributo de Hely Lopes Meirelles para a evolução dos acordos administrativos no Brasil. In: JUSTEN FILHO, Marçal et al. (orgs). *O Direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)*, defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Justa causa e juízo de prelibação (admissibilidade) na ação de Improbidade Administrativa: proteção e preservação dos direitos e garantias dos requeridos*

- frente à busca de maior eficiência judicial no combate à corrupção na era da Operação Lava Jato. *Revista Síntese: Direito Administrativo*, São Paulo, v. 12, n. 141, p. 311-326, set. 2017.
- Palma, Juliana Bonacorsi de. Devido processo legal na consensualidade administrativa. In: SCHIRATO, Vitor Rhein (coord). *Estudos atuais sobre ato e processo administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- _____. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- PATTI, Loredana. *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*. Tese (Doutorado em Direito). 2011. 230 f. Facoltà di Scienze Politiche, Università degli Studi di Catania, Catania, Itália.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. A estabilidade como atributo do ato administrativo. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A eficácia probatória do Inquérito Civil no processo judicial: uma análise crítica da jurisprudência do STJ. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 146, p. 189-204, abr. 2007.
- REUBEN, Richard. *Constitutional Gravity: a Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice*. *UCLA. Rev.*, vol. 47.
- SANTOS, Bruno Grego dos. *Transação extrajudicial na Administração Pública*. Tese (Doutorado em Direito). 2015. 348 f. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 43-70, jul./set. 1997.
- _____. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o Prazo decadencial do art. 54 da lei do processo Administrativo da união (lei n° 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 237, p. 271-315, jul./set. 2004.
- TUCCI, Rogério Lauria. Devido Processo Penal e alguns dos seus mais importantes corolários. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 88, 463-484.
- _____. *Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário*. In: WALD, Arnaldo (coord.). *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Inquérito Civil, Contraditório e Improbidade Administrativa: um diagnóstico crítico dos precedentes das Cortes Supremas brasileiras. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 2. Julho a Dezembro de 2016.