II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

ADRIANA SILVA MAILLART

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho -Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

F723
Formas consensuais de solução de conflitos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Caio Augusto Souza Lara – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-175-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Formas consensuais. 3. Conflitos. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Formas Consensuais de Solução de Conflitos II durante o II Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 02 a 08 de dezembro de 2020, sob o tema geral "Direito, Pandemia e Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios". O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, o Centro Universitário Christus – Unichristus e a M. Dias Branco. Trata-se da segunda experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos das mais diversas formas consensuais de solução de conflitos, bem como de uma enorme gama de técnicas e experiências a elas relacionada.

Os temas abordados vão desde as diversas características da autocomposição, a mediação de conflitos, a conciliação e até as práticas de Justiça Restaurativa. Novos trabalhos relacionando as formas consensuais com os acordos ambientais internacionais, o storytelling, as serventias extrajudiciais e as ações civis públicas foram destaque. A interdisciplinaridade com o Direito Ambiental e o Direito Internacional foram inovadoras neste grupo e as discussões se somaram ao estudo tradicional das formas consensuais.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara

Profª. Drª. Adriana Silva Maillart

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Formas Consensuais de Solução de Conflitos II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AUTOCOMPOSIÇÃO NO ÂMBITO DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

SELF-COMPOSITION IN THE FRAMEWORK OF PUBLIC CIVIL ACTIONS

Diego Borges Cruvinel
Cleonacio Henrique Afonso Silva
Daniel Ferreira Dos Santos

Resumo

O artigo visa analisar a investigação feita pelo Ministério Público no inquérito civil, unilateral, ferindo o princípio constitucional ao contraditório e inviabilizando a transação consensual, submetendo o tomador ao . Diante dessa inconstitucionalidade, propõe-se uma nova forma de perquirição de provas, permitindo ao acusado exercer o contraditório. A antecipação de provas é instrumento processual e permite que todas as provas a serem elaboradas passem pelo crivo do contraditório. Portanto, as provas produzidas unilateralmente pelo Ministério Público seriam substituídas por provas produzidas com a participação da outra parte, exercendo o contraditório.

Palavras-chave: Ação civil pública, Inquérito civil, Contraditório, Direitos fundamentais, Autocomposição

Abstract/Resumen/Résumé

Analyze the investigation carried out by the Public Ministry in the civil, unilateral investigation, injuring the constitutional principle against the adversary and making the consensual transaction unfeasible, submitting the policyholder to the. Faced with this unconstitutionality, a new way of investigating evidence is proposed, allowing the accused to exercise the adversary. The anticipation of evidence is a procedural instrument and allows all evidence to be prepared to pass through the sender of the adversary. Therefore, the evidence produced unilaterally by the Public Ministry would be replaced by evidence produced with the participation of the other party, exercising the adversary.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public civil action, Civil inquiry, Contradictory, Fundamental rights, Self-composition

INTRODUÇÃO

A Lei que instituiu da Ação Civil Pública foi promulgada no ano de 1985, dentro de um contexto de ditadura militar, portanto, com características puramente autoritárias, sem que coubesse, por exemplo, ao investigado, o direito de exercer o contraditório no inquérito civil.

Com o advento da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), princípios consagrados como o contraditório e a ampla defesa foram normatizados como sendo direitos fundamentais do cidadão, e, consequentemente, a norma contida na Lei nº 7.347/85 deveria ter sido amoldada à nova ordem Constitucional vigente, oportunizando ao investigado o contraditório e a ampla defesa no inquérito civil, sob pena de nulidade (BRASIL, 1985).

O inquérito civil atualmente é encarado como fase pré-processual, de competência do Ministério Público, que não há a necessidade do contraditório por parte do acusado. A Suprema Corte tem decidido no sentido de que o inquérito civil não é ato processual e, portanto, não prescinde de contraditório. Que as garantias constitucionais ao contraditório estará preservada em caso do ajuizamento de Ação Civil Pública, onde o acusado terá toda a oportunidade de se defender.

Ocorre que, os prejuízos processuais suportados pelo acusado, já geram efeitos mesmo antes da propositura da Ação, pois se o inquérito civil é ato exclusivo do Ministério Público sem a participação do acusado, as provas produzidas unilateralmente teriam validade para a propositura de um Termo de Ajustamento de Conduta – TAC?

A autocomposição é a forma das partes transigirem sem a necessidade do veredicto estatal, onde ambas as partes fazem concessões para buscar a solução do conflito. Nas palavras do Prof. Rosemiro Pereira Leal, “a transação distinguia-se pela troca equilibrada de interesses na solução dos conflitos” (LEAL, 2018).

O que ocorre na realidade é a submissão do acusado aos termos do TAC sem que possa questioná-los, até porque não participou da elaboração das provas no inquérito civil, sendo mais precisamente, uma forma de coação e não de autocomposição.

Este trabalho versa a respeito do inquérito civil, da autocomposição em Ação Civil Pública e da sua possibilidade, trazendo os aspectos jurídicos do Termo de Ajustamento de Conduta e apresentando formas mais eficazes e justas de autocomposição.

1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Ação Civil Pública é uma Ação que tem legislação específica (Lei nº 7345/85) e também possui previsão expressa na Constituição vigente, que tem como objeto a preservação de direito coletivos, difusos e individuais homogêneos (BRASIL, 1985).

Como se trata de uma ação Constitucional, os direitos por ela tutelados são garantias fundamentais, portanto o rol das hipóteses de cabimento da Ação Civil Pública prevista no artigo 1º da Lei, é exemplificativo, sendo passível de Ação Civil Pública qualquer outro direito violado que cause lesão ou ameaça de lesão à coletividade, conforme disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Ao ler o texto do art. 1º da LACP percebe-se que somente trata da reparação pelos danos morais e materiais, no entanto, a Ação Civil Pública pode buscar a tutela de diversos outros direitos, como por exemplo, o pedido para evitar danos, pedido de obrigação de fazer ou de não fazer, dentre outros que porventura forem de interesse da coletividade (ALMEIDA, 2015).

Aliás, nesse ponto é importante ressaltar que o objetivo das Ação Civis Públicas é inicialmente de cessar os danos causados à coletividade e restaurar ao seu *status quo*, sendo que a reparação pecuniária é um objetivo secundário, quando não há como restaurar o dano já efetivado e quando o agente se nega a parar de causar o dano.

O objeto das Ações Civis Públicas é de proteção ao meio ambiente, ao patrimônio de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, patrimônio público, dos consumidores, bem como, a proteção de qualquer outro interesse difuso ou coletivo, conforme o Art. 1º da LACP.

Quando se trata do meio ambiente a Ação Civil Pública toma contornos mais importantes, tendo em vista que o meio ambiente é indispensável à vida saudável de qualquer ser humano, bem como é necessária a sua preservação para as gerações futuras, sendo que um ambiente ecologicamente equilibrado é uma garantia fundamental do cidadão. (SARLET, 2011)

Nesse mesmo sentido, Perez Luno assevera que a incidência direta do meio ambiente na existência humana, justifica a sua inclusão no estatuto dos direitos fundamentais. E não poderia ser diferente o entendimento, pois sem o meio ambiente não há vida humana, portanto está materializada a importância do meio ambiente e da Ação Civil Pública como mecanismo de sua proteção. (LUÑO, 1995)

São também objeto das Ações Civis Públicas a preservação e defesa do espaço urbano, do patrimônio cultural, a defesa do direito do consumidor, sendo que esse rol não é taxativo, permitindo a interposição de Ação Civil Pública para a defesa de qualquer outro interesse coletivo ou difuso (MAZZILI, 2009).

Outro ponto importante é quanto à responsabilidade civil dos Réus nas ações civis públicas, sendo pacífico na doutrina e na jurisprudência que se trata de responsabilidade objetiva, ou seja, respondem pelos danos causados, independentemente de culpa.

Em se tratando de direitos difusos, o que importa é o dano produzido e a necessidade da reparação integral do dano, sendo irrelevante a ilicitude do ato do agente, sendo irrelevante a intenção (se dolosa ou culposa) do agente.

Claro que o peso da obrigação de provar que não deu causa ao dano ou que o dano não ocorreu efetivamente fica a cargo do Réu, suportando um ônus processual enorme. Portanto, o contraditório e ampla defesa devem ganhar destaque em se tratando de ação civil pública, tendo em vista que os réus já se encontram em desvantagem processual, respondendo objetivamente pelos danos causados.

No caso das ações civis públicas, além da responsabilidade objetiva, o réu pode ser investigado em fase de inquérito civil sem qualquer participação em contraditório. Já no Código de Defesa do Consumidor o juiz pode inverter o ônus da prova, determinando ao Réu o ônus probatório.

Em se tratando de dano ao meio ambiente e aos danos causados ao patrimônio histórico, cultural e urbanístico, tem-se aplicado a regra do risco integral, onde basta a ocorrência do dano para gerar o dever de indenizar e reparar, ainda que não haja ato ilícito e nem culpa do agente.

Portanto, quando se fala em responsabilidade civil nas ações civil públicas, a primeira coisa que deve se ter em mente é afastar a ideia de reponsabilidade civil privada, prevista no código civil, onde o dever de reparação é oriundo de um ato ilícito e da culpa do agente, elementos dispensáveis quando se trata de direito coletivos.

Não cabe aqui, nas ações coletivas, com raríssimas exceções, por exemplo, a culpa exclusiva de terceiro previsto do Código de Defesa do Consumidor, o enfoque na culpa do agente, pois, em regra, o seu dever de indenizar ocorre independente de culpa.

Também há de se afastar as excludentes de ilicitude previstas no Código Civil, não se fala em caso fortuito ou de força maior como causas excludentes de responsabilidade do agente. Se, hipoteticamente, uma mineradora sofre com uma tempestade enorme que alaga suas barragens de resíduo e essas barragens se rompem e causam dano ambiental, nem se cogita a

hipótese de caso fortuito (fenômeno da natureza) como fundamento para não indenizar os danos causados. Portanto, nas ações coletivas, mais especificamente nas Ações Civis Públicas não há a figura da excludente de ilicitude, devendo o agente causador do dano indenizar, independentemente culpa.

Nas palavras de Edis Milaré nessa visão aquiliana, o fator "intenção do agente tem um papel de destaque e também há diversas excludentes de responsabilidades, como o caso fortuito, força maior, imprevisibilidade, culpa exclusiva de terceiro, etc. (MILARÉ, 2014).

Ainda há de se ressaltar que um ente pode ser responsabilizado por danos causados, ainda que esse ente não seja o causador direto do dano, mas que por omissão, deixa de tomar medidas preventivas que não evitam a ocorrência do dano, sendo todos os envolvidos no evento danoso responsáveis solidários.

Todos esses apontamentos ilustram a importância dos direitos tutelados via ação civil pública, bem como demonstram o peso desproporcional de ônus probatório entre as partes do processo, sendo que o contraditório e a ampla defesa devem ser muito mais sopesados nessas ações;

Não há limitações para a interposição da Ação Civil Pública, devendo esta ser ajuizada sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direito coletivos ou difusos, a ação civil pública é sim um valioso instrumento de efetiva prevenção e reparação de danos à coletividade, desde que respeitados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sob pena de não fazer um julgamento dentro dos parâmetros democráticos.

Os legitimados para proporem a Ação Civil Pública estão descritos no artigo 5º da LACP, sendo eles o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, as autarquias, empresa pública, fundação, as sociedades de economia mista e as associações (GRINOVER, 1994).

Para este trabalho, a legitimidade ativa da ACP será restringida somente ao Ministério Público, que está prevista como uma de suas incumbências, previstas no Art. 129, III, da CR/88, bem como o inquérito civil é de sua competência exclusiva. Dessa forma, cabe ao Ministério Público instaurar, quando necessário, inquérito civil para a apuração dos fatos que causam suposta lesão à coletividade.

Os pedidos formulados na Ação Civil Pública podem ser de conhecimento, de execução ou assecuratória, nessa última, o julgador poderá conceder liminar para garantir a eficácia do provimento judicial, no entanto, tais medidas acautelatórias são analisadas *prima facie*, muitas vezes pelos elementos de provas produzidas unilateralmente no inquérito civil.

Não é pouco comum, o juiz determinar a indisponibilidade de bens de Réus em Ações Civis Públicas, ou determinar a suspensão liminar de atividade comercial em sede de análise liminar, sem que houvesse oportunidade do Réu se manifestar nos autos, ou até mesmo contestar as provas produzidas no inquérito.

Se um dos argumentos de quem defende a desnecessidade do contraditório em sede de inquérito civil é de que a conclusão do inquérito não acarreta em sanção para o acusado. Ficar com seus bens bloqueados ou ter suas atividades suspensas é sim medida coercitiva e punitiva, sem que o agora réu não tenha tido qualquer oportunidade de contraditar as provas produzidas no inquérito civil, sendo que tais provas são justamente o justo motivo para a propositura da Ação Civil Pública, bem como são os elementos que servem como fundamento para o juiz conceder liminares.

O caráter autoritário visível na Lei de Ação Civil Pública, consoante com a característica política da época em que foi decretada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República em 1985, no âmbito da ditadura militar no Brasil se faz latente não só na previsão expressa da instauração de inquérito civil, sem a necessidade de contraditório, mas também pela ausência de legitimidade do cidadão comum de propor Ação Civil Pública.

No rol de legitimados previstos na Lei, o cidadão não pode propor diretamente Ação, tendo que se valer de representação pelos outros legitimados, seja a defensoria pública, o ministério público, associações ou pessoas jurídicas de direito público interno, no entanto nem sempre o interesse individual do cidadão está representado pela coletividade.

Imagine o exemplo de uma ação civil pública proposta por associação de um bairro contra a construção de um terminal rodoviário no bairro, alegando impactos na mobilidade urbana, na poluição sonora e do ar, no aumento de criminalidade, etc. Porém, há moradores nesse bairro que estão de acordo com a implantação do terminal no bairro, sob o fundamento de que o aumento de trânsito de pessoas vai alavancar o comércio local, valorizar o valor dos imóveis residenciais e etc. Ou seja, nesse caso hipotético, a associação do bairro tem legitimidade para propor ação civil pública representando os direitos dos moradores daquele bairro, porém, há moradores que não sentem lesados e, ao contrário, desejam que a construção do terminal ocorra.

A questão da representatividade nas Ações Civil Públicas nem sempre é uma questão de fácil solução, recentemente o ministério público ajuizou ação civil pública contra a mineradora Vale após o acidente de Mariana e conseguiu a suspensão de suas atividades de extração mineral naquela cidade. Em poucos meses a população de Mariana se posicionava

contra a proibição imposta à Vale em virtude do aumento significativo do desemprego legal e o enorme abalo da economia naquela cidade.

Veja que em ambos os casos, a atuação dos legitimados na Ação Civil Pública não protegeu interesses de todos os envolvidos, sendo certo que um provimento judicial iria certamente desagradar uma parcela das pessoas envolvidas, porém o efeito da decisão repercutiria em todos.

Por fim, é de se ressaltar que a Ação Civil Pública é um importante mecanismo jurídico de proteção dos direitos da coletividade, porém cabe aqui a crítica à restrição dos legitimados para propor a Ação, prevista no art. 5º da LACP, excluindo qualquer cidadão, que em tese é o titular do direito violado, de poder propor tal ação.

2. INQUÉRITO CIVIL

O inquérito civil é procedimento de investigação administrativa realizada pelo Ministério Público, muito semelhante ao Inquérito Penal. Porém no Inquérito Penal o Ministério Público investiga de forma subsidiária à polícia judiciária, já o inquérito civil é ato exclusivo do ministério público, realizando diretamente toda a condução do procedimento (MAZZILI, 2000).

No Art. 129, III, da CR/88 está disposto dentre as incumbências do Ministério Público, a obrigação de promover o inquérito civil, sendo este uma fase pré-processual, para a colheita de provas que serão a base do justo motivo para a interposição da ação civil pública.

O inquérito civil não é procedimento obrigatório. No caso do Ministério Público já tiver elementos probatórios suficientes para justificar a propositura da Ação Civil Pública, a instauração de inquérito civil se torna desnecessária e prejudicial à prestação jurisdicional. O procedimento só se justifica no caso da necessidade de se obter elementos probatórios para embasar o justo motivo para a propositura da Ação Civil Pública.

Somente o Ministério Público pode instaurar inquérito civil é de sua competência exclusiva. Os outros legitimados, defensoria pública, união, estados, distrito federal, municípios, fundações, sociedades de economia mista, não têm permissão legal para instaurar o inquérito civil.

O inquérito civil atualmente é encarado como fase pré-processual, de competência do Ministério Público, que não há a necessidade do contraditório por parte do acusado. A Suprema Corte tem decidido no sentido de que o inquérito civil não é ato processual e, portanto, não prescinde de contraditório. Que as garantias constitucionais ao contraditório estarão

preservadas em caso do ajuizamento de Ação Civil Pública, onde o acusado terá toda a oportunidade de se defender.

Outras justificativas para a desnecessidade do contraditório em inquérito civil é de que o procedimento não visa qualquer sanção ao acusado, sendo somente um procedimento administrativo para o municiamento de provas que justifiquem o ajuizamento da Ação Civil Pública. Há também o entendimento de que a participação do acusado em contraditório poderia inviabilizar a apuração dos fatos, bem como criaria incidentes desnecessários que retardariam a conclusão do inquérito, causando enorme prejuízo à coletividade. (ALMEIDA, 2007)

Para exemplificar, veja alguns julgados do Supremo Tribunal Federal:

> "EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário. Processual civil e administrativo. Recurso em confronto com a jurisprudência dominante do supremo tribunal federal: legitimidade da aplicação do art. 557 do código de processo civil. Desnecessidade de observância no inquérito civil dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (Ministra Carmen Lúcia, RE nº481955 – Publicação: 26/05/2011).

> EMENTA: Agravo regimental. Inquérito. Diligências. Requerimento pelo Ministério Público. Deferimento, desde logo, pelo Relator. Admissibilidade. Pretendida manifestação prévia da defesa a respeito desse requerimento e dos documentos que o instruíram. Descabimento. Inaplicabilidade do princípio do contraditório na fase da investigação preliminar. Impossibilidade de a defesa controlar, ex ante, a investigação, restringindo os poderes instrutórios do relator do feito. Direito de ter acesso às provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório. Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal. Recurso não provido. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório. Precedentes. 2. Não cabe à defesa controlar, ex ante, a investigação, de modo a restringir os poderes instrutórios do relator do feito para deferir, desde logo, as diligências requeridas pelo Ministério Público que entender pertinentes e relevantes para o esclarecimento dos fatos. (Ministro Dias Toffoli, RE nº 3387 – Publicação: 26/02/2016).

É nesse ponto que surgem as críticas levantadas neste trabalho. Se no inquérito civil não há a necessidade do contraditório pelo acusado, as provas produzidas unilateralmente pelo Ministério Público são válidas para a propositura de um Termo de Ajustamento de Conduta – TAC? E ainda, seriam essas provas unilaterais a base para o julgador deferir uma liminar de indisponibilidade de bens?

Ocorre que, tal entendimento destoa do que é preconizado pela Constituição. No seu art. 5º há uma gama de garantias fundamentais dos cidadãos que, em nenhuma hipótese, podem sofrer alguma limitação, modificação ou extinção, sendo assim, a norma Constitucional preconiza o contraditório e a ampla defesa nos procedimentos tanto judiciais como administrativo.

O prejuízo processual causado ao acusado é latente, não há como interpretar de maneira diversa. Se analisar a questão sob o espeque da Constituição é necessária a participação do acusado no inquérito civil, até mesmo para que ele tenha condições de transigir consensualmente com o Ministério Público antes da propositura da Ação.

Usualmente, o Ministério Público se vale das provas colhidas na fase de inquérito civil para coagir o acusado a aceitar um Termo de Ajustamento de Conduta que, muitas vezes, é abusivo e desfavorável.

A ausência do acusado no inquérito civil inviabiliza que a autocomposição consensual seja realmente alcançada, pois não há, necessariamente, consenso entre as partes, sendo o "termo" pré-determinado pelo Ministério Público.

Há na verdade a submissão do acusado aos termos do TAC, sem a possibilidade de transação, como explica o Prof. Rosemiro Pereira Leal, "a submissão era a aceitação resignada das condições impostas nos conflitos ou pugnas individuais ou sociais" (LEAL, 2018).

3. CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. A participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório (DIDIER, 2018).

O processo é estruturado em contraditório, numa democracia em que o exercício democrático de um poder deve ter o contraditório como uma exigência. Privar o cidadão da participação na construção do processo destoa dos princípios democráticos e macula todo o processo (FAZZALARI, 2006).

Como ensina Fredie Didier Júnior, não basta que a parte participe do processo para que seja respeitado o contraditório, a manifestação da parte tem que ter a possibilidade de influenciar, interferir na decisão do Julgador (DIDIER, 2018).

Mais uma vez, a ausência do acusado no inquérito civil demonstra uma afronta ao princípio do contraditório e vicia todo o processo, vez que, o contraditório é pressuposto de validade processual. Até porque o contraditório visa a aplicação de decisões mais adequadas e perfeitas ao direito material. (DELGADO, 2001)

Atualmente, o princípio do contraditório ganhou maior dimensão no direito processual, haja vista que com a nova abordagem processual compete às partes cooperarem para o provimento judicial. Essa cooperação das partes se efetiva pelo contraditório. Portanto, o Código de Processo Civil impõe ao Juiz o dever de zelar pelo efetivo contraditório, bem como de assegurar às partes a igualdade de tratamento (paridade de armas).

Nesse sentido, decisões judiciais proferidas sem a observância do contraditório são nulas, pois foi proferida de forma autocrática, sem os preceitos democráticos que norteiam o Estado Democrático de Direito.

No caso tratado aqui, da ausência do contraditório pelo acusado em fase de inquérito civil destoa de toda a norma vigente a respeito do tema. Destoa do Código de Processo Civil e da Constituição. Portanto, toda decisão proferida com base em dados colhidos de forma unilateral deveria ser nula.

É usual que na Ações Civis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público, há pedido de tutela de urgência para o bloqueio de bens, em caso de dano ao erário. Mais uma vez, ressalte-se que para a análise desse pedido o Julgador tem como base probatória justamente as provas produzidas de forma unilateral, sem ter passado pelo crivo do contraditório, no inquérito civil, o que é um absurdo aos olhos de um Estado Democrático.

Esse julgamento preliminar, sem que seja dado ao acusado a oportunidade de se manifestar, sem que seja dado a ele a chance de influenciar na decisão do juiz se mostra arbitrária, inconstitucional.

Com essa desigualdade entre as partes em se tratando de Ação Civil Pública, onde, de um lado está todo o aparato do Estado, através do Ministério Público, podendo realizar todas as diligências que entenderem necessárias no inquérito civil sem a participação do acusado e do outro lado, o cidadão que se vê privado pelo próprio Estado de suas garantias fundamentais resguardadas pela Constituição.

Dessa forma, o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC se mostra abusivo e inviabiliza a composição entre as partes, haja vista que o tomador do TAC confessará sua culpa

no evento que deu origem ao inquérito civil, podendo ser usado isso como prova em eventual responsabilidade penal.

Além disso, que se vê compelido a assinar um TAC não o faz por livre consentimento, que seria a forma de transigir, mas sim coagido pelas circunstâncias processuais desfavoráveis.

4. POSSIBILIDADE DE AUTOCOMPOSIÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

Os direitos tutelados nas ações civis públicas não são de titularidade do Ministério Público, portanto, os direitos ali tratados são indisponíveis, restringindo muito a possibilidade de autocomposição (GAVRONSKI, 2015).

Segundo o Dr. Adriano Perácio de Paula, a autocomposição em ações coletivas se resume ao termo de ajustamento de conduta. Ainda segundo o Autor, o ajustamento de conduta não é uma autocomposição consensual, mas sim para determinar uma obrigação ao investigado, não sendo um acordo, mas sim uma subordinação aos termos (PAULA, 2020).

Já Fredie Didier tem posicionamento diferente, apesar dele reconhecer que os direitos tutelados são indisponíveis, que a autocomposição se restringe ao ajustamento de conduta, que a margem para transigir é restrita, ele entende que há sim uma efetiva composição consensual (DIDIER, 2017).

A margem para negociação ficaria restrita à forma de cumprimento da obrigação, prazo para pagamento de eventuais indenizações ou prazo para adequações. Mas ressalta que o termo de ajustamento de conduta também poderia prever obrigações para ambas as partes (ZANELLATO, 2008).

Nesse mesmo sentido, Gregório Assagra assevera que não transação material, em virtude dos direitos tutelados em sede de Ação Civil Pública, serem indisponíveis. Porém há margem para uma transação formal, onde poderão ser pactuados a forma e prazo para a restauração do dano. (ALMEIDA, 2007)

De qualquer forma, a questão tratada nesse trabalho não é da possibilidade ou não de autocomposição em ações coletivas, mas sim da forma que as provas colhidas são formuladas pelo Ministério Público em inquérito civil. De forma unilateral, sem o crivo do contraditório, como meio de subsidiar a elaboração de termo de ajustamento de conduta.

Nesse ponto que a autocomposição se torna viciada, pois ao acusado não foi dada a chance de contrapor as provas produzidas no inquérito civil. Portanto, as provas que não se submeteram ao crivo do contraditório não seriam hábeis para justificar a proposta de ajustamento de conduta.

O termo de ajustamento de conduta não se trata, portanto, de uma transação entre o Ministério Público e o investigado, mas sim, um reconhecimento por parte do tomador do TAC dos fatos apurados em sede de inquérito civil, fatos estes que seriam discutidos judicialmente com a propositura da Ação Civil Pública.

Claro que a autocomposição é viável em sede de ação civil pública, porém, deve-se adotar outra via para a colheita de elementos probatórios, seja dando oportunidade ao acusado de contrapor, ainda em sede de inquérito, as provas produzidas, seja pela produção antecipada de provas.

A produção antecipada de provas é um instrumento importante para estimular a autocomposição, respeitando o contraditório. O código de processo civil prevê a possibilidade, da produção antecipada de prova para estimular a autocomposição. Sendo certo que dependendo das provas produzidas antecipadamente pode desestimular a parte a ajuizar a Ação Civil Pública.

No caso da Ação Civil Pública essa parece ser a solução mais adequada para a proposta de ajustamento de conduta, tendo em vista as provas produzidas de forma antecipada passaram pelo crivo do contraditório. É conferido a ambas as partes a participação no processo, sem que haja vício ou nulidades.

Nesse caso, foi conferido às partes igualdade de tratamento, sendo que a transação se torna efetivamente consensual e não mais imposta pelo Ministério Público.

A autocomposição é a forma de solução de conflitos mais efetiva, sendo, na nova legislação processual civil, estimulada e valorizada, portanto, essa forma de solução de conflito em ações civis públicas seguem os ditames da nova ordem processual e constitucional.

O fundamento de que não há autocomposição em ação civil pública pelo fato dos direitos tutelados serem indisponíveis não é razoável. Na autocomposição não há a disponibilidade de direitos, mas tão-somente a regulamentação da forma de como deverá cumprir ao o que ficou acordado no TAC. Certo é, que os direitos coletivos estarão assegurados e serão efetivados com muito mais celeridade.

Portanto, é inegável a possibilidade de autocomposição nas ações civis públicas, desde que respeitado o contraditório como forma de manter a igualdade entre as partes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ações civis públicas são importantes e necessários meios judiciais para resguardar e restaurar direito coletivos, difusos e individuais homogêneos, sendo conferido aos legitimados, mais precisamente ao ministério público prerrogativas que geram desequilíbrio processual entre as partes.

Compete ao Ministério Público a instauração de inquérito civil, onde não é necessário o respeito ao contraditório, permitindo ao órgão ministerial a formulação de todos os meios de provas, sem que essas provas passem pelo crivo do contraditório.

Essa forma de perquirição de provas inviabiliza a autocomposição consensual entre as partes, tendo em vista a posição fragilizada do acusado em relação ao bojo probatório formulado unilateralmente pelo Ministério Público.

Porém, a autocomposição deve ser estimulada, mesmo em ações coletivas, sendo que o ordenamento jurídico tem previsão de formas mais democráticas de elaboração de provas.

A produção antecipada de provas, com previsão no código de processo civil seria a via mais adequada para a formulação de provas e respeitando o contraditório, como garante a constituição.

Dessa forma, a produção antecipada de provas serve para estimular a autocomposição consensual e coloca as partes em posição mais equilibrada para firmarem um termo de ajustamento de conduta.

Aliás, essa é a finalidade do direito, dar mais efetividade à composição dos conflitos de forma justa, sem que haja supressão de direitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra. Objeto Material da ação civil pública: algumas questões polêmicas. In: MILARÉ, Éds. *Ação Civil Pública Após 30 anos*. 2015. São Paulo. Revista dos Tribunais.

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Manual das Ações Constitucionais.* 2007. Belo Horizonte. Editora Del Rey.

BRASIL. Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Publicada no *Diário Oficial da União,* Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 jun. 2020.

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 e dá outras providências. Publicado no *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 julho de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

DIDIER, Fredie Júnior & ZANETII Hermes Júnior. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direito Coletivos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.* Volume 15, pp. 111-142. 2017.

DIDIER, Fredie Jr. *Curso de Direito Processual Civil*. 2018. 21ª Edição. Salvador. Editora Jus PODIVM.

FAZZALARI, Élio. *Instituições de Direito Processual.* Tradução de Elaine Nassif. 8ª Edição. Campinas. Editora Book Seller. 2006.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Auto Composição na Ação Civil Pública. In: MILARÉ, Éds. *Ação Civil Pública Após 30 anos*. 2015. São Paulo. Revista dos Tribunais.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 1994. 3ªed. São Paulo. Ed. Revistas dos Tribunais.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos.* 2018. 14ª Edição. Belo Horizonte. Editora Fórum.

LUÑO, Antônio Henrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constituición.* 1995. 5. ed. Madrid. Editorial Tecnos.

MAZZILI, Hugo Nigro. Pontos Controvertidos sobre Inquérito Civil. In: Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos. *Revista dos Tribunais.* 2000. Disponível em: http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/pontoscontic.pdf. Acesso em: 17/06/2020.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultura, patrimônio público e outros interesses.* 2009. 22. ed. São Paulo. Editora Saraiva.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente.* 2014. 9. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.

PAULA, Adriano Perácio. Aspectos da Ação Civil Pública em Matéria de Consumo. *Revista de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.* Cap. XV. 2020. Disponível em: http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/PDF-D2-06.pdf Acessado em 16/06/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang & FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental.* 2011. São Paulo. Editora Revista dos tribunais.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: nº481955/PR. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Publicado em 26 de maio de 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur192767/false Acessado em: 15/06/2020

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: Inq 3387 AgR / CE. Relator: Ministro Dias Toffoli. Publicado em 26 de fev de 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur340263/false Acessado em: 15/06/2020.

ZANELLATO, Marco Antônio. *Termo de Ajustamento de Conduta – TAC: Aspectos Gerais e Polêmicos. Encontro IBRAC sobre Relações de Consumo*. 2008. Disponível em: https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/318/Marco%20Antonio%20Zanellato.pdf Acessado em: 16/06/2020.