

# Uma leitura constitucional do inquérito civil

Ulisses Dias de Carvalho

Procurador do Trabalho. Mestre em Direito pela UNICAP/PE, especialista em Direito Processual Civil pela UNICAP/PE, especialista em Direito Constitucional pela Universidade Católica de Brasília/DF e especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Escola Superior do Ministério Público do Estado do Mato Grosso.

**Resumo:** O presente estudo analisa a teoria criada sobre o inquérito civil com base em um paradigma constitucional, no qual se reconhece uma normatividade forte dos princípios que instrumentalizam direitos fundamentais. Como resultado da análise, observou-se a extrema dificuldade em se defender a manutenção da clássica teoria do inquérito de natureza civil, na medida em que se mostrou inviável sustentar uma atuação legítima do Ministério Público sem a sua abertura aos princípios processuais constitucionais. Com fundamento nessa nova leitura, esse instrumento processual deixa de ser tido como mero procedimento facultativo e inquisitorial, destituído de maiores formalidades, cujo objetivo é apenas o levantamento de dados para o ajuizamento de ação judicial e passa a ser visto como verdadeiro processo administrativo necessário para a solução extrajudicial de conflitos coletivos.

**Palavras-chave:** Constitucional. Administrativo. Inquérito civil. Princípios processuais constitucionais.

**Riassunto:** Il presente studio analizza la teoria creata sull'inchiesta civile a partire di un paradigma costituzionale, nel quale si riconosce una forte normatività dei principi che strumentalizzano i diritti fondamentali. Come risultato dell'analisi, si è osservata la massima difficoltà nel difendere la conservazione della teoria classica dell'inchiesta di natura civile, nella misura in cui si è

mostrato impraticabile sostenere una attuazione legittima del Pubblico Ministero senza la sua apertura ai principi processuali costituzionali. Da tale nuova lettura, questo strumento processuale cessa di essere considerado come semplice procedimento facultativo e inquisitorio, esautorato di grandi formalità, il cui obiettivo è solo la raccolta di dati per la decisione di azioni giudiziali e passa ad essere visto come vero processo amministrativo necessario per la soluzione extragiudiziale dei conflitti collettivi.

**Parole chiavi:** Costituzionale. Amministrativo. Indagine civile. Principi processuali costituzionali.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Doutrina e jurisprudência sobre o inquérito civil. 3 O inquérito civil sob o enfoque constitucional-processual. 3.1 Processo e procedimento: uma visão constitucional. 3.2 O conteúdo do princípio do contraditório. 3.3 O formalismo do inquérito civil. 3.4 A facultatividade do inquérito civil e o princípio do promotor natural. 4 Conclusões.

## 1 Introdução

Faz parte do senso comum teórico dos juristas atribuir ao inquérito civil, instrumento criado pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (LACP) e alçado ao nível constitucional pelo art. 129, inciso III, da Constituição da República de 1988, a natureza de mero procedimento administrativo, destituído de maiores formalidades, em que não se faz necessária a aplicação do direito fundamental do contraditório, na medida em que não se impõe a quem é investigado nenhum gravame relevante ou sanção jurídica. Nessa perspectiva, ele seria apenas um instrumento extrajudicial para coleta de provas que viabilizaria a propositura de uma demanda judicial coletiva por parte do Ministério Público.

A questão que se discute neste texto é que toda a teoria criada sobre o referido instituto foi produzida antes da edição da Carta de 1988 e não foi reformulada a fim de se adequar aos novos paradigmas constitucionais. Em sua maioria, os autores consultados

limitam-se a repetir um discurso criado antes de 1985, fortemente influenciado pela teoria do inquérito policial, que era marcada pelas limitações de uma legislação editada durante a vigência do Estado Novo, período político caracterizado pela centralização de poder, nacionalismo e autoritarismo.

Assim, com base em uma perspectiva garantista do Direito, que se preocupa com uma interpretação democrática do Direito e com a concretização dos direitos fundamentais e objetiva garantir o respeito à integridade e à coerência do Direito e a possibilidade de que os cidadãos tenham seus conflitos solucionados com fundamento na Constituição, propõe-se o estudo do inquérito civil por meio da construção de um discurso jurídico-político que amplie o tradicional conceito dado ao referido instrumento processual, fazendo uma análise crítica da doutrina e jurisprudência predominantes.

Tentar-se-á demonstrar que 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.

A hipótese que será desenvolvida é bastante simples, mas absolutamente contrária ao discurso majoritário: 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.

O presente texto apresenta-se subdividido em duas partes: na primeira, é delineado o *estado da arte* teórico do inquérito civil, com a exposição dos principais contornos doutrinários e jurisprudenciais sobre o aludido instrumento processual. Em seguida, são lançados argumentos críticos sobre o instituto, que acabam por demonstrar a insuficiência do modelo teórico dominante.

Desde logo, deixemos claro que não defendemos a aplicação da estrutura dialética do processo judicial (cujos pressupostos e finalidades são absolutamente distintos) ao inquérito civil, apesar de, em determinados momentos, fazermos uso de teses criadas para o processo civil, ramo do direito dentro do qual a teoria do processo foi muito melhor desenvolvida. O que se busca responder neste artigo é se, diante da elevada missão reservada ao Ministério Público pela Carta Constitucional de 1988, e levando em consideração a necessidade de integridade e coerência do direito, ainda é possível defender a qualificação de seu principal instrumento de atuação extrajudicial como procedimento não contraditório e facultativo.

## **2 Doutrina e jurisprudência sobre o inquérito civil**

Luis Alberto Warat (1994, p. 57) afirma que o discurso jurídico, sob o paradigma liberal-individualista, é sustentado por um conjunto de saberes acumulados, apresentados por meio de práticas jurídicas institucionais, que expressam representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, sociais, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares aceitos pelos juristas em suas atividades por meio da dogmática jurídica. Em outras palavras, existiria um conjunto de crenças, valores e justificativas que legitimaria o

discurso adotado em uma determinada comunidade jurídica. É o que ele chama de *sentido comum teórico dos juristas*.

Para Lenio Streck (2009, p. 66), a existência desse sentido comum teórico afasta do aplicador do direito uma faculdade cognoscitiva, institucionalmente conformada com todos os seus elementos fáticos, lógicos, científicos, epistemológicos, éticos e de qualquer outra espécie. O direito partiria de uma significação dada ou construída pelo sentido comum teórico, que possui um conhecimento axiológico que reproduz valores, mas não os explica. Essa falta de explicação conduziria a uma espécie de *conformismo* dos operadores do direito.

Essa poderosa força da manutenção do *status quo* parece ser a razão por que a doutrina do inquérito civil resiste em qualificá-lo como mero procedimento de natureza administrativa, inquisitorial, unilateral e público (SOUZA, 2011, p. 171). É marcado pelo caráter não contraditório (MAZZILI, 2009, p. 448), pela informalidade e pela facultatividade, servindo apenas para levantar elementos para o futuro ajuizamento da ação civil pública (GARCIA, 2008, p. 289; Mancuso, 1999, p. 111).

Dissertando sobre o princípio do contraditório, Nelson Nery Junior (2000, p. 135-136) defende que o dito princípio não se aplica aos inquéritos policial e civil, pois não são casos de processo administrativo, mas de simples procedimento inquisitório com finalidade de aparelhar o Ministério Público para que possa, eventualmente, promover a ação penal ou civil, não se destinando à aplicação de sanção contra o investigado.

Sintetizando o discurso predominante sobre a matéria, Mazzilli (2007, p. 189-204), que é repetido por praticamente todos os comentaristas do tema, ensina que:

O inquérito civil é procedimento investigatório não contraditório; nele não se decidem interesses nem se aplicam sanções; antes, ressalte-se sua informalidade.

Como as investigações nele produzidas têm caráter inquisitivo, é relativo o valor dos elementos de convicção hauridos no inquérito civil, da mesma forma que no inquérito policial. Assim, pode haver aproveitamento daquilo que seja harmônico com a instrução judicial, não do que seja infirmado por provas colhidas sob o contraditório.

A instauração do inquérito civil sequer é pressuposto processual para que o Ministério Público compareça em juízo: o inquérito pode ser dispensado se já existirem elementos necessários para propor a ação. Recomenda-se, porém, seja desde logo instaurado ao iniciar-se uma investigação, para evitar-se o mau vezo de apurarem-se fatos de relevância, sem método ou continuidade, e sem controle algum.

Os nossos tribunais superiores adotam esse mesmo posicionamento no que se refere ao conceito e aos limites do inquérito civil.

Para o Supremo Tribunal Federal, as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório não são aplicáveis na fase do inquérito civil, que possui natureza administrativa, de caráter pré-processual, que somente se destina à colheita de informações para propositura da ação civil pública (ED no RE n. 481.955/PR, *DJ* de 26 maio 2011, entre outros).

A estreita vinculação entre o inquérito civil e o inquérito policial, bem como o seu caráter pré-processual, foram objeto de apontamento pelo STF no julgamento da Medida Cautelar na ADI n. 1285/SP (*DJ* n. 58, de 23 mar. 2001).

O Superior Tribunal de Justiça segue a mesma orientação: para esta Corte, apesar de ser aconselhável a instauração do inquérito civil como forma de controle do Ministério Público, evitando-se, com a investigação prévia, que se dê à demanda civil um cunho individual do representante ministerial que nela atua, ele possui natureza jurídica de procedimento inquisitorial facultativo, cuja repercussão no processo judicial é meramente relativa, pois as provas nele produzidas podem ser contrastadas com contraprova colhida sob as garantias do contraditório, passando a ocupar posição de hie-

rarquia superior (REsp n. 476.660/MG, DJ de 4 ago. 2003; REsp n. 644.994/MG, DJ de 21 mar. 2005). Ademais, a prova coletada inquisitorialmente não pode ser afastada pela mera negativa da parte interessada, cabendo ao magistrado, no seu livre convencimento, sopesá-la (REsp n. 476.660/MG, DJ de 4 ago. 2003).

Para o STJ, o inquérito civil público é procedimento informativo que tem por fim formar a *opinio actio* do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva (RMS n. 21.038/MG, DJ de 1º jun. 2009).

A despeito de ter reconhecido a sua natureza informativa, em que não há necessidade de se atender aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a Primeira Turma do STJ declarou ser direito do advogado do inquirido ter acesso aos autos do inquérito civil, porquanto tal medida poderia subtrair do investigado o acesso a informações que lhe interessam diretamente. Assim, é reconhecido ao investigado o direito de *ciência* dos elementos já documentados nos autos e que lhe digam respeito, para fim de estrita defesa do acusado (HC n. 123.343/SP, DJe de 9 dez. 2008 e RMS n. 28.949/PR, DJ de 26 nov. 2009).

O Tribunal Superior do Trabalho, na mesma linha das outras cortes superiores, entende que as provas produzidas em inquérito civil, ante sua natureza e suas características inquisitiva, pública e autoexecutável, possuem valor relativo, em função da não obrigatoriedade do contraditório. Essas provas poderiam ser afastadas por contraprova de valor superior, a saber, aquela produzida em juízo, sob o amparo da referida garantia constitucional (RO n. 2266-62.2011.5.04.0000, DEJT de 8 nov. 2012).

A Corte também declarou a existência da presunção de legitimidade dos documentos produzidos no inquérito civil, à luz do disposto no art. 364 do Código de Processo Civil, não bastando ao réu, para a sua desconstituição, a singela impugnação (RR n. 57600-73.2005.5.06.0105, DEJT de 13 ago. 2009).

De todo o exposto, observa-se que o inquérito civil, como instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público, é caracterizado pela doutrina majoritária e jurisprudência de nossos tribunais como uma mera oportunidade, *absolutamente facultativa*, dispensável até, para a coleta unilateral de provas para futura demanda judicial. O contraditório nele é dispensado, apesar de, como documento público que é, presumirem-se legítimos e verdadeiros os fatos apurados na via administrativa. O inquirido possui direito de vista dos autos do inquérito civil, mas não lhe é formalmente concedida oportunidade para se manifestar e influenciar a decisão do membro ministerial.

Essas contradições teóricas serão objeto de análise a seguir, ocasião em que tentar-se-á comprovar a incorreção da teoria dominante acerca do inquérito civil, ante a sua incongruência com os princípios regentes do Estado Democrático de Direito, com os princípios que vinculam o Ministério Público e com uma visão constitucional de processo.

### **3 O inquérito civil sob o enfoque constitucional-processual**

Segundo o discurso dominante, a esse importante instrumento de ação extrajudicial colocado à disposição do Ministério Público, inicialmente, pelo art. 8º da Lei da Ação Civil Pública (n. 7.347/1985) e, posteriormente, alçado ao nível constitucional (art. 129, inciso III, da Constituição Federal), dentro do qual se exerce importante parcela da soberania estatal, a saber, a proteção administrativa de interesses e direitos coletivos (*lato sensu*), não se aplicam determinados direitos e garantias fundamentais. Apesar do indiscutível exercício de poder público (que, contemporaneamente, traz em si ínsitas limitações em prol da cidadania), as imprescindíveis funções institucionais reservadas ao *Parquet*, quando instrumentalizadas no inquérito civil, parecem não tomar os direitos fundamentais como baliza e referencial, na medida em que o dito instituto constitui-se, conforme visto, em mero proce-

dimento administrativo, do tipo inquisitorial, unilateral, que não está vinculado ao princípio do contraditório, por não se constituir em processo administrativo.

Ocorre que, a despeito de os Estados-Nação não mais se constituírem como fundadores de referências sociais, por conta da ruptura da noção de dois de seus grandes referentes, a saber, a terra, ante o *esfacelamento das fronteiras nacionais*, e o povo, em razão da *multiculturalidade das populações* (DUFOUR, 2005), de sua *fragmentação política* decorrente da chamada Nova Ordem Mundial, em que os Estados são reduzidos a papéis cada vez menos relevantes, em razão da desregulamentação, liberalização, flexibilidade, fluidez e facilitação das transações comerciais, limitando-se a garantir um nível mínimo de ordem necessária para a realização de negócios (BAUMAN, 1999, p. 76), e apesar da *transnacionalidade dos conflitos* que envolvem direitos fundamentais (NEVES, 2009), parece inegável que essa forma de organização do poder *ainda* permanece firme no seu intuito de organizar e dirigir a sociedade. *Ainda* é sob a batuta do poder estatal minimamente centralizado que as sociedades modernas vêm se desenvolvendo. Para tanto, foi criado um projeto de construção da sociedade, no qual foram incorporados compromissos ético-comunitários: a Constituição.

É por meio da Constituição que ocorre a revelação normativa do *consenso fundamental*, que se confere *legitimidade* a uma ordem política e se dá legitimação aos respectivos titulares do poder político, bem como se garantem formalmente direitos e deveres para os indivíduos e são estabelecidas formas de distribuição e limitações ao exercício do poder, fora dos quais o dito exercício se torna ilegítimo (CANOTILHO, 2007, p. 1438-1441). Esses direitos fundamentais passam a constituir os contornos estruturais da reprodução dos processos políticos de busca pelo poder e de tomada de decisões coletivas (NEVES, 2009, p. 57). Assim, Estado de Direito, direitos fundamentais e democracia tornam-se conceitos que *se complementam e se autolegitimam*, a ponto de se afirmar que a noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização

dos direitos fundamentais (STRECK, 2009, p. 37). E tudo isso afeta diretamente a forma como a Administração Pública, por meio de seus órgãos e instituições, forma e manifesta a sua vontade.

É dentro desse contexto que surgem *instituições de controle*, como o Ministério Público, que, no Brasil, tem a função de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Para tanto, foram colocados à disposição da instituição diversos instrumentos jurídicos que viabilizam o cumprimento de seu mister, consoante se pode verificar das normas estampadas nos incisos I, III, IV, VI e VIII do art. 129 da Carta Constitucional.

Observe-se que todos esses instrumentos servem para o fiel desempenho daquelas funções superiores previstas no *caput* do art. 127 da Constituição, a saber, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. E, como não poderia ser diferente, o MP também deve obediência ao rol de Direitos e Garantias Fundamentais previsto na Constituição, sob pena de ruptura do sistema jurídico: a instituição responsável pela defesa do regime criado pela Constituição não deve atentar contra os seus valores e limites, pois a racionalidade do direito de um país exige uma consistência constitucional do sistema jurídico (NEVES, 2009, p. 64).

Assim, em um paradigma em que se busca a consolidação da democracia como um dos vetores do Estado contemporâneo, não há mais como o Estado impor suas decisões de forma unilateral, sem prévia oportunidade de diálogo, uma vez que os valores democráticos exigem que o Estado não só produza resultados conforme a lei, mas que também obedeça ao caminho legalmente disciplinado para produzir tais resultados, de forma concertada com aqueles direta ou indiretamente interessados no conteúdo do ato a ser exarado (SCHIRATO, 2010, p. 10).

Deve-se evitar, portanto, que instituições da relevância social do *Parquet* brasileiro se tornem apenas formalmente democráticas,

em que o processo de legitimação de sua atuação elide motivações generalizadas, ou seja, difunde lealdade das massas (e esta lealdade pode ser comprovada nas manifestações populares ocorridas no Brasil no ano de 2013), mas evita a efetiva participação dos interessados (HABERMAS, 2002, p. 51).

Conforme esse ponto de vista, os influxos democráticos trazidos pela Carta Constitucional de 1988 demandam uma releitura das teses criadas em torno do inquérito civil, de tal forma que se faz necessário analisar a influência da *revolução dos direitos constitucionais* e da reformulação institucional do Ministério Público brasileiro na teoria geral dos processos administrativos, em especial do inquérito civil.

### 3.1 Processo e procedimento: uma visão constitucional

Um dos primeiros argumentos para afastar a aplicação da garantia prevista no inciso LV do art. 5º da Constituição de 1988 é o de que o inquérito civil não é processo administrativo, mas procedimento que objetiva tão somente a coleta de provas para o ajuizamento de ação civil pública e não a aplicação de sanção ou penalidade.

Esse posicionamento, contudo, não se enquadra no modelo constitucional adotado em nosso País. Explica-se:

A consolidação da democracia como um dos vetores do Estado brasileiro traz como consequência a alteração da forma de gerenciamento da máquina pública, que deixa de se focar no ato administrativo, imposto unilateralmente com eficácia imediata, e passa a dar prevalência ao processo administrativo, *locus* adequado para o respeito dos direitos e garantias fundamentais do cidadão-administrado. Essa mudança de paradigma impõe ao representante do poder público e àquele que exerce função pública o respeito aos postulados procedimentais e substanciais fixados na Carta Constitucional. O modo de agir da Administração Pública deve ser desenvolvido como atividade aberta à *colaboração dos indivíduos* (MEDAUAR, 1993, p. 211).

A noção de uma *processualidade necessária* para o desempenho de todas as funções estatais torna imprescindível a fixação dos contornos mínimos diferenciadores dos conceitos de processo e procedimento, especialmente quando se verifica que, na seara estritamente administrativa, essa diferenciação ainda não foi definitivamente estabelecida (MELLO, 2002, p. 428). Tal fato decorre da circunstância de que o *processo administrativo*, como elemento norteador da ação estatal, *locus* adequado para a identificação, a ponderação e decisão de conflitos socialmente relevantes, com o devido respeito aos direitos e garantias dos indivíduos, somente pode ser plenamente desenvolvido em um ambiente democrático, o que só ocorreu no Brasil após 1988.

Todavia, não há consenso acerca dos limites conceituais das noções de processo e procedimento. Diniz (2008, p. 850-851, 857-858) conceitua procedimento como a soma de atos processuais que se realizam, ordenada e sucessivamente, para a solução da lide, enquanto o processo é tido como o conjunto de atos necessários, que devem ser praticados numa ordem pré-estabelecida, para esclarecimento da controvérsia, podendo também significar ação de prosseguir, ordem sequencial, ação progressiva.

Por sua vez, Mello (2002, p. 429-430) defende que os dois signos correspondem à sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. Nesse modelo, é imprescindível a coexistência de dois elementos: a sucessão de atos conectados entre si e um objetivo final. É dentro do processo ou procedimento que se estrutura, se compõe, se canaliza e se estampa a vontade administrativa.

Há ainda quem defenda que o procedimento administrativo é a sequência de atividades da Administração, interligadas entre si, que visa a alcançar determinado efeito final previsto em lei. Pelo fato de o procedimento ser constituído pela prática de vários atos e atividades da Administração e de administrados e terceiros, a sua formalização se consuma, em geral, por meio de um processo administra-

tivo. Sob essa perspectiva, o processo é instrumento de atuação do procedimento administrativo (CARVALHO FILHO, 2008, p. 137-138).

Analisando a questão, Odete Medauar (1993, p. 31-33) elenca um interessante critério de distinção entre as noções de processo e procedimento, que parece ser a base utilizada pela doutrina para classificar o inquérito civil como mero procedimento: pelo *critério do interesse*, os atos do procedimento realizam-se com o objetivo de satisfazer somente o interesse do autor do ato, que é o único interesse para cuja satisfação é conferido o poder. Os atos do processo, por seu turno, são realizados para satisfazer o interesse dos destinatários do ato, mas não do autor do ato final.

Nesse sentido, poder-se-ia argumentar, em prol do afastamento do contraditório do âmbito do inquérito civil, a prevalência do interesse público sobre o privado: em vista das relevantes funções ministeriais, o interesse da coletividade prevaleceria, *a priori*, sobre os interesses ou direitos do investigado, tornando desnecessária a incidência de algumas garantias fundamentais.

Interessante notar que o critério ora em comento tem como pano de fundo a oitocentista diferenciação entre interesse público e interesse privado, que não se sustenta em um ambiente de alargamento da esfera pública dos direitos, em que a separação entre Estado e sociedade perde clareza, ocorrendo progressiva aproximação entre a administração e os cidadãos, onde grupos sociais colaboram na identificação do interesse público. Reforçando esse entendimento, Schirato (2010, p. 9-51) defende que na atualidade não há mais como se falar em bipolaridade e delimitação clara de interesses públicos e privados, na medida em que espaços antes privados tornam-se públicos, em razão de relevante interesse coletivo, e espaços antes públicos passam a ser preenchidos por particulares, em complementação ou rivalidade com o Estado, podendo se falar na publicização do direito privado e na privatização do direito público.

A despeito das discussões acerca da ausência de densidade significativa da expressão “interesse público”, defendemos que não é

possível falar-se na existência de um único interesse público, previsto na Constituição da República e defendido pelo Ministério Público. O que há são interesses públicos legítimos, interesses que ultrapassam a esfera do individual, que devem ser identificados, sopesados e limitados somente na atuação concreta da administração. E tudo isso somente pode ser feito dentro de um processo administrativo.

Ademais, a evolução da teoria do processo, especialmente após a *revolução dos direitos constitucionais* (HIRSCHL, 2004) perpetrada pela Carta Constitucional de 1988, levou à visão publicista do processo, ao reconhecimento de escopos sociais e políticos da jurisdição e ao acolhimento da necessidade de proteção de direitos coletivos, concepções que dificultam a defesa da ideia de um ato final destinado unicamente ao interesse do autor do ato (MEDAUAR, 1993, p. 32-33).

Verifica-se ainda que, do ponto de vista político-filosófico, o processo administrativo cria para os cidadãos a oportunidade de explicitar os valores morais, econômicos, políticos, sociais etc., que devem pautar uma administração democrática constitucional. Nesse sentido, o processo administrativo acaba se tornando uma implicação da democracia deliberativa (RAWLS, 2011, p. 531-532).

A Lei Federal n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, parece seguir essa ideia ao estabelecer, em seu art. 31, a possibilidade da realização de consultas públicas quando o processo envolver assunto de interesse geral. Seguindo a mesma trilha, o CNMP, no exercício de seu poder regulamentar, editou a Resolução n. 82/2012, que dispôs sobre a realização de audiências públicas no âmbito do Ministério Público da União e Estados, determinando competir aos membros ministeriais, nos limites de suas atribuições, a promoção de audiências públicas para auxiliar nos procedimentos sob sua responsabilidade e na identificação de demandas sociais.

O resultado das audiências públicas realizadas pelo Ministério Público terá ampla publicidade (art. 4<sup>o</sup>) e poderá resultar no arqui-

vamento de investigações em andamento, na celebração de compromissos de ajustamento de conduta, na expedição de recomendações, na instauração de novos inquéritos civis ou policiais, no ajuizamento de ações coletivas ou na divulgação das conclusões de propostas de soluções ou providências alternativas, em prazo razoável, diante da complexidade da matéria (art. 6º).

Nota-se, portanto, que, apesar de predominante o discurso contrário à aplicação do contraditório, há sim margem jurídica para a intervenção ativa dos cidadãos (investigados ou interessados) na formação de vontade e legitimação do Ministério Público, pois é essencial que o processo de justificação, participação nas deliberações públicas e na decisão pelos cidadãos esteja institucionalmente protegido, sendo reconhecido que todos têm direito de participar.

### 3.1.1 Processo, procedimento e inquérito civil

Mesmo reconhecendo a inutilidade de qualquer esforço para se tentar retirar das palavras ou dos textos uma essência que lhes qualifique o sentido, na medida em que nenhum enunciado possui apenas um sentido unívoco, mas um *sentido motivado* (STRECK, 2012, p. 62), uma análise atenta de nosso sistema jurídico parece apontar para o fato de que a solução para o problema em comento (diferenciação entre processo e procedimento) é mais simples do que aparenta. Observando a Constituição Federal e os principais sistemas processuais em vigor, a saber, os Códigos de Processo Civil e Penal, a Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei do Processo Administrativo Federal (Lei n. 9.784/1999), é possível verificar a existência de uma *regularidade*<sup>1</sup> no uso da palavra procedimento.

---

1 *Regularidade* é entendida aqui no sentido proposto por Katharina Sobota (1996, p. 251-273), significando padrões construídos por um observador dentro do próprio sistema. Não são estruturas ou regras, pois não dirigem ou controlam a natureza nem fornecem qualquer descrição universal dela. Segundo a referida autora, o processo decisório jurídico não seria governado por normas universais, mas por padrões mutáveis e auto-organizados, que se encontram frequentemente articulados como regras, mas são de fato apenas “regularidades”.

Com efeito, ela é mencionada dez vezes no corpo permanente da Carta Constitucional, com três sentidos distintos:

a) como *processo*, é referida no inciso XXIV do art. 5º, que trata do *processo* de desapropriação; no inciso III do § 1º do art. 41, ao mencionar o *processo* administrativo de avaliação de servidor público; na alínea *d* do inciso II do art. 93, que trata do *processo* administrativo para promoção de magistrados por antiguidade; e no inciso VI do art. 129, que dispõe sobre a possibilidade de expedição de notificações nos *processos* administrativos de competência do MP;

b) com o significado de *rito processual*, aparece no inciso XI do art. 24, que cuida da competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e União para legislar sobre *ritos* de natureza processual; no inciso I do art. 98, que trata da necessidade de criação de juizados especiais federais, que respeitarão os *ritos* oral e sumárrissimo; no § 3º do art. 184, que, apesar da terrível redação, cuida do *rito* contraditório especial e sumário para o processo judicial de desapropriação; no inciso I do art. 200, que disciplina a competência do Sistema Único de Saúde de fiscalizar *ritos* (*forma de produção de medicamentos*) de interesse para a saúde; e na alínea *b* do inciso V do art. 235, que trata do *rito* para escolha de promotores e advogados para compor os tribunais de justiça de novos Estados;

c) com o significado de *conduta*, a palavra procedimento aparece no inciso II do art. 55, que disciplina hipótese de perda de mandato parlamentar.

No Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/1941), a palavra *procedimento* aparece predominantemente<sup>2</sup> com o significado de *rito processual*, conforme se pode verificar dos arts. 394 e 396.

---

2 No art. 736, a palavra aparece com o sentido de *conduta*: “O Conselho Penitenciário, à vista dos autos do processo, e depois de ouvir o diretor do estabelecimento penal a que estiver recolhido o condenado, fará, em relatório, a narração do fato criminoso, examinará as provas, mencionará qualquer formalidade ou circunstância omitida na petição e exporá os antecedentes do condenado e seu procedimento depois de preso, opinando sobre o mérito do pedido”.

No Processo Civil, apesar da tradicional doutrina que se criou a respeito, no sentido de o *processo* constituir-se em método ou sistema de compor um determinado conflito, enquanto o *procedimento* seria a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 40), a palavra *procedimento* é utilizada majoritariamente com o sentido de *rito*, conforme se verifica nos arts. 272 e 274 do CPC, mas também aparece com o sentido de *processo*, por exemplo, nos arts. 796, 798 e 809 do mesmo código. Observe-se que, mesmo nos chamados Procedimentos Especiais (Livro IV do CPC), o que há são processos de jurisdição contenciosa ou voluntária com ritos (procedimentos) diferenciados em razão da natureza dos direitos materiais envolvidos.

Por fim, no sistema processual laboral, a palavra *procedimento* é utilizada com o sentido de *processo*, quando disciplina o processo fiscal trabalhista no art. 420, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho; com o sentido de *conduta* na alínea *b* do art. 482 da CLT, quando trata da hipótese de *incontinência de conduta* ou *mau procedimento* como justas causas para rescisão do contrato de trabalho; e com sentido de *rito processual* no art. 852-A, quando disciplina o procedimento sumaríssimo.

Excluindo-se as hipóteses em que o sentido atribuído à palavra está ligado à ideia de conduta, comportamento social, observa-se que o sistema jurídico vincula a noção de procedimento ao processo. Não há processo sem um procedimento, na medida em que este se consubstancia na forma com que se realiza aquele. Não há referência a um procedimento como instituto processual autônomo, possuidor de uma forma e finalidade específicas. Nessa leitura feita do ordenamento, não há como se falar em um procedimento desvinculado de um processo. Nesse sentido, concordamos com Yarshell (2006, p. 181), para quem o processo se constitui em um procedimento, do ponto de vista formal, e em uma relação jurídica, do ponto de vista material.

Além disso, não há nenhuma referência na Constituição a um procedimento (entendido como *processo* ou *rito*) destituído de

contraditório, o que seria minimamente necessário para se afastar a força normativa do princípio do contraditório. O que se verifica, em verdade, é que os conceitos de processo e procedimento estão inter-relacionados: o procedimento é tido como a forma por meio da qual se manifesta o processo, que se dá necessariamente em contraditório.

Não havendo como se falar em processo sem contraditório, inviável defender-se a tomada de decisão administrativa sem a necessária abertura democrática. O processo administrativo é, essencialmente, um processo contraditório.

Ora, se não há de se falar na existência de um procedimento desvinculado de um processo nem de um processo desvinculado da noção de contraditório, como aceitar a defesa da existência de um procedimento autônomo destituído de contraditório?

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*.

Ademais, não podemos nos olvidar que o *Parquet* foi construído com base no discurso da necessidade da defesa dos interesses sociais e da democracia, e que a implementação desses valores é absolutamente imprescindível em um país de tradição autoritária como o Brasil, que apenas recentemente concluiu o processo de transição de um regime ditatorial. Assim, admitir a ideia de aplicação da garantia constitucional do contraditório ao inquérito reforça a noção de legitimação do poder estatal por meio do procedimento (LUHMANN, 1980), na medida em que é arbitrário, porque não sujeito a controle, o poder exercido sem a possibilidade de participação dos próprios interessados diretos no resultado do processo (DINAMARCO, 2002, p. 159).

### 3.2 O conteúdo do princípio do contraditório

Como limitação ao poder estatal, a Constituição da República determina que será garantido a todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o respeito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV). Essas garantias visam assegurar o efetivo cumprimento do devido processo legal, entendido não apenas como a possibilidade de utilização da via processual para o pleito ou defesa de direitos, mas, em uma compreensão mais ampla, como forma de se viabilizar ao litigante, no processo e por intermédio do processo, a demonstração dos fatos nos quais se fundamentam seus direitos. A utilização do processo sem a garantia absoluta do direito ao contraditório reduz esta ferramenta processual a uma garantia meramente formal, sem quaisquer desdobramentos de cunho material (CREUZ, 2006, p. 22). O princípio cardinal do processo administrativo, e de qualquer procedimento de exercício do poder sobre um indivíduo ou grupo de indivíduos, é o devido processo, o procedimento leal e justo. Ouvir o interessado e o público antes de decidir algo que os afeta não é apenas um princípio de justiça mas também um critério de eficácia política e administrativa, um verdadeiro dever ético (GALVÃO, 2007, p. 122-123).

Como decorrência da personalidade e da dignidade humanas, os indivíduos sujeitos ao poder estatal têm garantida a possibilidade de *trazer aos autos* de processos judiciais e administrativos todos os elementos tendentes a construir uma verdade dos fatos controvertidos. Mas não só isso: é desdobramento natural do princípio do contraditório a *ciência* sobre os fatos discutidos no processo, bem como o *acesso a seus autos* e a possibilidade de *manifestação* antes da decisão.

Para Medauar (1993, p. 96), o contraditório constitui-se em um elemento ínsito à caracterização da processualidade e propicia ao sujeito a ciência dos dados, fatos, argumentos e documentos, a cujo teor ou interpretação pode reagir, apresentando, por seu

lado, outros dados, fatos, argumentos e documentos. Para além de seu conteúdo garantístico, o princípio do contraditório presta-se como critério de eficácia política e de legitimidade do exercício do poder, na medida em que serve para catalisar a participação dos cidadãos na formação da decisão administrativa e parametrizar o exercício do poder (GALVÃO, 2007, p. 122-123).

Nessa direção, o Plenário do STF já se manifestou no sentido de que a ampliação do direito de defesa formulada pela Carta Constitucional de 1988 contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo (STF, MS n. 24268/MG, DJ de 17 set. 2004, p. 53).

Na mencionada demanda, a Corte concedeu a segurança pleiteada, conduzida pelo voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, que, partindo da doutrina alemã sobre o tema, destrinchou o conteúdo do princípio do contraditório nos seguintes direitos: a) *direito de informação*, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; b) *direito de manifestação*, que assegura ao defendente a possibilidade de se manifestar oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; e c) *direito de ver seus argumentos considerados*, o que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas. Esse direito corresponde ao dever de o julgador tomar conhecimento e considerar séria e detidamente os argumentos apresentados pelos interessados. Desse dever surge a obrigação de fundamentar as decisões judiciais e administrativas.

Em outra ocasião, o STF manifestou-se favoravelmente à aplicação do princípio do contraditório em *relações estritamente privadas*. Nos autos do Recurso Extraordinário n. 201.819/RJ, DJ de 27 out. 2006, a Suprema Corte reconheceu que a autonomia privada não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, na medida em que a autonomia da vontade não

confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição.

Esse posicionamento é defendido pela doutrina de Sarlet (2007, p. 405), para quem existiria uma *eficácia irradiante* dos direitos e garantias fundamentais que obrigaria também os particulares a respeitá-los em suas relações entre si.

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 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.

Pode-se argumentar, no entanto, que a investigação realizada por meio do inquérito civil poderia ser inviabilizada se garantido contraditório prévio em todo e qualquer ato nele proferido.

Ocorre que, a despeito de o princípio do contraditório firmar-se como um dos fundamentos básicos de nosso ordenamento processual, a inversão ou a postergação do contraditório não é estranha ao sistema de normas processuais.

Com efeito, há inúmeros exemplos que confirmam a possibilidade de restrição do princípio do contraditório, dentro de uma lógica que privilegia determinadas classes sociais. Assim, impõe-se como “regra geral” da teoria geral do processo o contraditório prévio, ou seja, antes da tomada de qualquer decisão, deve ser garantida a efetivação do dito princípio, em detrimento de outras formas de contraditório, mais eficazes processualmente, como o diferido e o eventual. Todavia, como dito, essas formas não deixam de existir no ordenamento. Elas são destinadas a determinados

tipos de tutela, reservados àqueles que possuem um título executivo extrajudicial, como a ação monitória (CPC, arts. 1102-A a 1102-C) e a execução por quantia certa fundada em título executivo extrajudicial (CPC, arts. 646 a 724), em cujo procedimento o princípio do contraditório será observado não de maneira prévia, mas sim de forma diferida ou eventual.

Assim, não convence o argumento de que a produção de provas sem a participação concomitante do inquirido seja comprovação da inaplicabilidade do contraditório no inquérito civil, porque nada impede seja dada oportunidade para o interessado se manifestar após a produção da prova, em analogia ao que ocorre com o procedimento da produção antecipada de provas (CPC, arts. 846 a 851), tendo em vista que, conforme observado, nosso ordenamento não impõe necessariamente o contraditório prévio.

Nesse contexto, parecem absolutamente corretas as palavras de Yarshell (2006, p. 183), no sentido de que o princípio do contraditório, antes de ser um critério de organização do sistema processual, possui uma evidente função ética para o sistema jurídico, que obriga o membro ministerial a aplicá-lo também no âmbito do inquérito civil, ainda que em momento posterior à produção do ato. Por essa razão, o contraditório caracteriza-se como uma forma de respeito à dignidade do sujeito passivo do processo, que não possui modelo único, aprioristicamente definido, de aplicação, desde que, no entanto, sejam resguardados os direitos de seu *núcleo duro*, a saber, os direitos de informação, de manifestação e de consideração dos argumentos pelo julgador.

### 3.2.1 Manifestações do princípio do contraditório na disciplina normativa do inquérito civil

A análise atenta da disciplina normativa do inquérito civil resulta em uma aparente contradição entre o discurso predominante e o marco legal que o rege. Apesar de ter sido criado sob a regência de um ordenamento jurídico não democrático, a

observação da interação teórica do inquérito civil com as normas produzidas após 1988 resulta na necessidade de se rediscutir os fundamentos da teoria que cerca o instituto.

Como já dito, o inquérito civil foi criado em 1985 pela Lei n. 7.347, que tratou de seus aspectos gerais, como a facultatividade de sua instauração, os poderes atribuídos ao *Parquet* na sua condução e o procedimento de arquivamento.

Observa-se que a norma que primeiramente previu o instituto (LACP, art. 8º, § 1º) é subdivisão da norma que tratava dos documentos que instruiriam a petição inicial da ação civil pública, principal objeto da lei analisada. Em artigo próprio (LACP, art. 9º), o legislador, de forma descontextualizada, estabeleceu o procedimento de arquivamento do inquérito civil.

Foi com base na interpretação dessas normas que se formou a tradicional doutrina do inquérito de natureza civil, caracterizando-o como instrumento pré-processual acessório da ação civil pública, cuja única finalidade é a coleta de provas para a fundamentação da dita demanda.

A Constituição Federal de 1988, porém, alterou os rumos da discussão. Ao elevar à categoria de função ministerial a promoção do inquérito civil, a Carta Magna qualificou o aludido instituto, voltando-o para a proteção direta do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme se verifica do art. 129, inciso III, do aludido texto legal.

A proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos dar-se-á, a partir da edição da Constituição, por meio de dois institutos jurídicos: o inquérito civil, de natureza administrativa, e a ação civil pública, de natureza judicial.

Assim, o inquérito civil não mais se constitui em uma faculdade atribuída ao membro do *Parquet* para instrumentalizar sua

ação civil pública. Ele se torna um instrumento jurídico extrajudicial para a proteção de direitos difusos e coletivos. Ele passa a ter autonomia, não mais se destinando a servir como uma oportunidade para coleta de provas para a ação civil pública.

O erro do legislador infraconstitucional foi manter nas novas leis produzidas posteriormente o disciplinamento do instituto sem adequá-lo ao novo modelo constitucional, em que o inquérito civil deixa de ser elemento acessório da ação civil pública e passa a constituir-se em instrumento de tutela administrativa dos direitos coletivos. Esse equívoco pode ser verificado nas Leis n. 7.853/1989, n. 7.913/1989, n. 8.069/1990, n. 8.078/1990 e n. 10.741/2003, que se limitaram a repetir as regras já previstas na Lei n. 7.347/1985 sobre os poderes ministeriais na condução do inquérito e na forma de seu arquivamento, não fazendo qualquer referência aos avanços conceituais estabelecidos pelo Constituinte.

Com a edição da Resolução n. 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, diversas regras procedimentais foram criadas para regular a tramitação do inquérito civil de uma maneira uniforme para todos os ramos do MP brasileiro. Algumas dessas regras nada mais são do que a efetivação do princípio do contraditório no inquérito civil. Assim, ainda que o discurso dominante prevaleça na doutrina e jurisprudência, promotores e procuradores do MP, sob pena de responsabilidade administrativa (Lei n. 8.625/1993, art. 43 e LC n. 75/1993, art. 236), têm o dever de obedecer as seguintes regras durante a tramitação do inquérito: a) editar portaria *fundamentada* para sua instauração e prorrogação, determinando a afixação da portaria em local de costume, bem como a remessa de cópia para publicação (arts. 4º e 9º do referido ato normativo); b) dar *ciência* pessoal ao representante e ao *representado* da decisão, devidamente fundamentada, que indeferir o pedido de instauração de inquérito (art. 5º), cabendo recurso administrativo da mencionada decisão, como direito à apresentação de contrarrazões (art. 5º, §§ 1º e 3º); c) *documentar*, mediante termo ou auto circunstanciado, todas as diligências realizadas durante a instrução do inquérito

(art. 6º, § 3º); d) aceitar eventuais contribuições, como documentos ou outros subsídios, apresentados por qualquer pessoa, para melhor apuração dos fatos (art. 6º, § 5º); e) *fundamentar* e fazer acompanhar de cópia da portaria que instaurou o processo, ou indicar o endereço eletrônico oficial em que tal peça esteja disponibilizada, todos os ofícios requisitórios de informações ao inquérito civil (art. 6º, § 10); f) garantir a *ampla publicidade* do inquérito civil, sendo o sigilo medida excepcional que somente pode ser decretado fundamentadamente (art. 7º); g) *fundamentar* o arquivamento do inquérito civil e dar ciência pessoal aos interessados (art. 10).

Observe-se que todas essas regras procedimentais que devem ser adotadas na condução do inquérito civil acabam se amoldando àquilo que se convencionou chamar de *núcleo duro* do princípio do contraditório (STF, MS n. 24.268/MG, DJ 17 set. 2004): o direito de ser informado daquilo que está sendo investigado, a possibilidade de manifestação sobre o objeto do inquérito e a consideração dos argumentos levantados pelo investigado (dever de fundamentação das decisões). Ao determinar que seja garantida a ampla publicidade do inquérito, com a intimação do interessado de determinados atos do processo, a publicação de atos, a expedição de certidões e a concessão de vista dos autos, assim como a determinação de que os atos do inquérito sejam fundamentados, o CNMP acabou por contrariar o discurso dominante de que o inquérito civil é procedimento de natureza unilateral, facultativa e não contraditória.

Contudo, há ainda um aspecto que parece afastar definitivamente o argumento da inaplicação do contraditório no inquérito civil: o de que a Lei n. 11.417/2006, em seu art. 7º, § 1º, determinou que a admissibilidade de reclamação dirigida ao Supremo Tribunal Federal contra ato ou omissão administrativa que contrarie enunciado de súmula vinculante está condicionada ao esgotamento das vias administrativas.

A despeito de possível questionamento acerca da constitucionalidade da referida regra (que parece afrontar a regra da inafastabi-

lidade do controle jurisdicional prevista no inciso XXXV do art. 5º da CF), é indiscutível que ela acaba por criar um *direito subjetivo ao recurso administrativo*, que encontra bastante similitude com o direito de exceção (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 20), de defesa, do investigado.

Na hipótese, por exemplo, de o promotor presidente do inquérito civil indeferir ao investigado o amplo acesso aos elementos de prova já documentados, surgirá para o inquirido, por força do aludido dispositivo de lei, o direito público subjetivo ao recurso administrativo, como forma de garantir o princípio do contraditório no inquérito. Isso porque, antes de ajuizar a reclamação no STF, por afronta à Súmula Vinculante n. 14 – “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” –, deve o interessado *exaurir as vias administrativas*, interpondo os competentes recursos administrativos. Ora, se o inquirido possui o direito de ter acesso a todos os elementos documentados no inquérito civil (por força da aplicação da dita súmula e das regras constantes da Resolução n. 23/2007 do CNMP, especialmente daquelas constantes de seu art. 7º), assim como o de recorrer administrativamente da decisão que eventualmente lhe negue aquele direito, e até mesmo de ajuizar reclamação na Corte Suprema, parece inquestionável que o sistema prevê a aplicação da garantia do contraditório no inquérito de natureza civil, ainda que de forma diferida.

Destarte, mostra-se em absoluta dissonância com a Constituição Federal qualquer interpretação dos arts. 8º e 9º da Lei da Ação Civil Pública que afaste do inquérito civil a incidência do princípio do contraditório.

### 3.3 O formalismo do inquérito civil

Todo o apanhado de regras procedimentais acima realizado contraria outra característica atribuída pela tradicional doutrina ao

inquérito: a da sua informalidade. Ainda que não se possa dizer que o inquérito é regido pelo *princípio da sequência legal*, em que a lei estabelece detalhada e previamente toda a dinâmica procedimental, também não se pode afirmar que o inquérito civil é regido pelo princípio oposto, qual seja, o da *sequência discricionária*.

A despeito da existência de uma margem de discricionariedade para o membro do *Parquet* na escolha dos atos de instrução do inquérito, é inconcebível a alegação de sua completa informalidade, especialmente porque as expressões de poder que não consigam reunir um mínimo de formalidade não poderão ser consideradas expressão legítima do poder e, portanto, não poderão fazer surgir nos atingidos por elas um sentimento de adesão ou obediência (CADEMARTORI, 2006, p. 10).

Nesse sentido, a própria lei que criou o instituto (n. 7.347/1985) já previa implicitamente três fases procedimentais: a instauração (art. 8º, § 1º), a instrução (art. 8º, §§ 1º e 2º) e o arquivamento (art. 9º). Por sua vez, a Resolução n. 23/2007 do CNMP também divide o rito procedimental do inquérito em três partes: instauração (capítulo II), instrução (capítulo IV) e arquivamento (capítulo V).

Assim, é de ser reconhecida a existência de um dever de obediência a determinadas *formas*, entendidas aqui como os invólucros dos atos processuais, a maneira como eles devem ser exteriorizados (OLIVEIRA, 2010, p. 26), porque “[t]odas as diligências serão documentadas mediante termo ou auto circunstanciado”, e todas as “declarações e os depoimentos sob compromisso serão tomados por termo pelo membro do Ministério Público, assinado pelos presentes ou, em caso de recusa, na aposição da assinatura por duas testemunhas” (art. 6º, §§ 3º e 4º, da Resolução n. 23/2007, CNMP).

Por outro lado, também deve ser identificada a existência de um formalismo em sentido amplo, caracterizada pela totalidade formal do processo, o que inclui não somente a forma dos atos mas também a delimitação de poderes, faculdades e deveres dos sujeitos

processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam alcançadas suas finalidades primordiais (OLIVEIRA, 2010, p. 28), porque, conforme exposto acima, estão estampados ao longo da mencionada resolução inúmeros deveres, poderes e faculdades aos envolvidos no inquérito civil, especialmente ao seu presidente, como prazos para sua prorrogação e conclusão, limites formais e materiais para decretação do sigilo do inquérito ou de parte dele etc.

### 3.4 A facultatividade do inquérito civil e o princípio do promotor natural

O princípio do promotor natural objetiva expurgar do ordenamento jurídico as designações casuísticas de membros do Ministério Público feitas pela chefia da instituição, com propósitos de natureza metajurídica. Ele consiste na existência de um órgão do Ministério Público previamente estabelecido pela lei para officiar nos casos afetos à instituição (MAZZILI, 2007, p. 74). É garantia da ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do *Parquet*, na medida em que lhe assegura a inamovibilidade e o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, pois veda a figura do acusador de exceção (JATAHY, 2008, p. 22). Decorre das garantias ministeriais de independência funcional e inamovibilidade (CF, arts. 127, § 1º, e 128, § 5º, inciso I, alínea *b*).

Por outro lado, a não obrigatoriedade da instauração de inquérito civil é regra dominante entre processualistas e tribunais nacionais. Segundo este entendimento, a demanda coletiva pode ser ajuizada diretamente pelo membro ministerial que tiver conhecimento do fato ilícito, sem a necessidade da abertura do inquérito se já existirem elementos necessários para propositura da ação. Funda-se esse posicionamento no conteúdo do § 1º, art. 8º, da LACP, que determina que o MP poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias. A circunstância de o inquérito civil não constituir condição de

procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do MP é regra expressamente prevista no parágrafo único do art. 1º da Resolução n. 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Entendemos, todavia, que esse entendimento não se coaduna integralmente com o ordenamento jurídico em vigor. Isso ocorre porque, mais do que mera oportunidade para produção de provas que irão fundamentar o ajuizamento de demanda coletiva, o inquérito civil, após a edição da Carta Constitucional de 1988, passou a ser verdadeiro instrumento autônomo de tutela (administrativa) dos direitos e interesses coletivos, visto ser definida como função institucional do MP a promoção do inquérito civil e da ACP, circunstância que exige seja respeitada uma *processualidade administrativa mínima* em respeito aos direitos fundamentais de quem é investigado.

Essa processualidade mínima, prevista na LACP e na Resolução n. 23/2007 do CNMP, exige para cada notícia de fato que chegue ao *Parquet* a abertura de expediente próprio que será submetido à imediata distribuição entre os membros ministeriais com atribuição para atuar no caso (CF, art. 129, § 5º), regra diretamente ligada ao princípio do promotor natural.

Dentro deste contexto, o promotor ou procurador, ao tomar ciência direta de lesão ou ameaça de lesão a direito ou interesse de natureza coletiva, não pode, a princípio, atuar diretamente sem a necessária e prévia distribuição de um feito (obviamente, diante da hipótese de perecimento do direito a ser tutelado, cabe a atuação direta do membro ministerial, com fundamento nos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição, condicionada à futura distribuição do processo administrativo ou demanda judicial ajuizada ao membro competente). Esse expediente inicial pode até não receber o nome de inquérito civil (fala-se em *notícia de fato*, *pedido de providências*, *representação*, entre outras denominações), e nesse sentido efetivamente a instauração de inquérito civil não se faz necessária. Todavia, o respeito a uma *processualidade mínima* deve sempre existir, até para que seja garantido o respeito ao princípio do promotor

natural: o processo aberto e previamente distribuído pode ser indeferido de plano (Resolução n. 23/2007, CNMP, art. 5º), pode ser convertido em procedimento preparatório de inquérito civil para “[...] apurar elementos para identificação dos investigados ou do objeto da investigação [...]”, ou pode ser transformado diretamente em inquérito civil (Resolução n. 23/2007, art. 2º, § 4º e art. 4º).

Na doutrina, mesmo antes da edição da dita regulamentação, Raimundo Simão de Melo (2002, p. 68) entendia que o inquérito civil, como moderno instrumento de defesa da sociedade, deve ser sempre instaurado, e o próprio MAZZILLI (2002, p. 68) acaba por recomendar a sua instauração ao iniciar-se uma investigação, “para evitar-se o mau vezo de apurarem-se fatos de relevância, sem método ou continuidade, e sem controle algum”.

Assim, uma leitura constitucionalmente adequada da regra constante do § 1º do art. 8º da LACP exige a mitigação da facultatividade do inquérito civil, seja como medida para garantir o respeito aos direitos fundamentais dos inquiridos (necessidade de uma processualidade administrativa mínima), seja como forma de dar cumprimento à regra constitucional da distribuição imediata e do princípio do promotor natural. Isso significa, em síntese, que, se efetivamente um inquérito civil não precisa ser instaurado sempre e necessariamente em face da notícia de lesão ou ameaça a direito a ser tutelado pelo MP, algum processo, seja qual for o nome a ele atribuído, precisa ser aberto e distribuído ao promotor competente, dentro do qual devem ser respeitados os direitos fundamentais de quem é investigado. O inquérito civil é facultativo; o respeito a uma processualidade limitadora da atividade administrativa não.

#### **4 Conclusões**

Na atualidade, as constituições consubstanciam-se em instrumentos de limitação do poder estatal, que se instrumentalizam por meio da distribuição de competências, da transmissão e exercício da autoridade e da formulação de direitos e garantias individuais e coletivos.

Partindo dessa premissa, concluímos que o inquérito civil, do ponto de vista da máxima efetivação dos direitos fundamentais, é muito mais do que um procedimento não contraditório, facultativo e informal.

Ele é instrumento jurídico que, sob o ponto de vista formal e material, serve para tutelar extrajudicialmente direitos de natureza coletiva dentro de uma visão de respeito aos princípios que vinculam o Ministério Público no exercício de seu dever-poder. A defesa do regime democrático, nesse sentido, assume vital importância em tal processo, na medida em que está vinculada à função precípua da instituição ministerial.

Baseando-se em uma perspectiva principiológica, que reconhece uma normatividade forte nos princípios constitucionais, especialmente naqueles que veiculam direitos fundamentais, não há como afastar a incidência do princípio do contraditório do inquérito civil.

A utilização da clássica distinção entre processo e procedimento não pode servir como alibi argumentativo para se afastar um direito constitucionalmente assegurado do cidadão em suas relações com o *Parquet*. Ademais, conforme se comprovou, dentro do sistema jurídico as noções de processo e procedimento estão umbilicalmente ligadas. Não há processo sem um procedimento, assim como não há um procedimento como instituto processual autônomo, distinto de um processo. Reconhece-se, portanto, ao investigado em inquérito civil a garantia de a) ser informado acerca do objeto da investigação, b) poder se manifestar sobre os elementos do inquérito e c) ter seus argumentos considerados na decisão, o que deve ser explicitado na sua fundamentação.

Uma análise cuidadosa da disciplina normativa que rege o inquérito, por sua vez, corrobora a obrigação de aplicação do contraditório. Em primeiro lugar, em nenhum momento, a LACP afirma ser inaplicável o referido direito constitucional. A Constituição Federal, por sua vez, afirma ser o inquérito civil instrumento de atu-

ação na defesa dos direitos difusos e coletivos, não fazendo qualquer vinculação ao ajuizamento de ação judicial coletiva, como ensina o posicionamento dominante. Por fim, a Resolução n. 23/2007 do CNMP unificou o seu procedimento para todos os ramos do MP e criou diversas regras formais que acabam por vincular membros ministeriais ao conteúdo do princípio do contraditório.

Outro argumento rebatido no presente estudo foi o de cuidar o inquérito civil de procedimento informal. Estipulado o sentido de formalismo como a totalidade formal do processo, que inclui a forma dos atos, mas também a delimitação de poderes, faculdade e deveres dos sujeitos processuais, comprovou-se que a legislação em vigor cria inegáveis formalidades para a tramitação regular do inquérito civil, todas detalhadas na Resolução n. 23/2007 do CNMP.

Também se verificou que a não obrigatoriedade do inquérito civil atenta contra a regra constitucional da distribuição imediata dos processos aos membros do MP, contra o princípio do promotor natural e contra a necessidade de respeito a uma processualidade administrativa mínima necessária para a garantia dos direitos fundamentais do cidadão investigado.

Enfim, o respeito a uma necessária abertura cognitiva no inquérito civil proporciona o fortalecimento da *integridade* do direito aplicado pelos membros do *Parquet*, legitimando a sua atuação extrajudicial e indo ao encontro das exigências sociais e políticas por mais respeito aos direitos fundamentais.

## **Referências**

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas, SP: Millennium, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e; ANDRÉ FILHO, Pedro Felício; VILLARREAL, Gabriel Hernan Facal. Contraditório, ampla defesa e o direito à prova no processo administrativo. *Revista IOB de direito administrativo*, ano I, n. 9, set. 2006, p. 19-28.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUFOUR, Dany-Robert. *A arte de reduzir as cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

GALVÃO, Rodrigo. Devido processo legal, ampla defesa e contraditório no processo administrativo. *Revista IOB de direito administrativo*, ano II, n. 21, set. 2007, p. 121-132.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público, organização, atribuição e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de princípios institucionais do Ministério Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do estado de direito e da democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 9-51.

SOBOTA, Katharina. Don't Mention the Norm! International Journal for the Semiotics of Law, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato. *Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife*, n. 7. Recife: UFPE, 1996, p. 251-273.

SOUZA, Motauro Ciocchetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V. I. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006.