

PONTOS CONTROVERTIDOS SOBRE O INQUÉRITO CIVIL

Hugo Nigro Mazzilli

Advogado, Procurador de Justiça Aposentado e
Professor da Escola Superior do Ministério
Público do Estado de São Paulo

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho consiste na análise dos pontos que causam maiores polêmicas e dificuldades do inquérito civil. Trata-se de instituto relativamente novo, de pouco mais de uma década — o que é muito pouco em termos de existência de um instituto jurídico —, de forma que não pretendemos ter soluções prontas e acabadas para cada um dos inúmeros pontos controvertidos a respeito do inquérito civil — que são muitos e extremamente complexos —, mas sim discutir as principais questões que têm surgido no trato da matéria.

Embora seja o inquérito civil um instrumento de atuação do Ministério Público, sem dúvida, conhecer seus principais princípios e regras, passa a interessar a toda a família jurídica, pois, não raro, o Advogado requererá sua abertura, nele interporá recursos, acompanhará suas audiências; em virtude de eventuais ilegalidades nele cometidas, ajuizará mandados de segurança ou *habeas-corpus*, que serão apreciados pelo Juiz.

CRIAÇÃO

O inquérito civil foi criado pela Lei federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública).

Por semelhança com o inquérito policial, que é o meio normal de que se vale o Ministério Público a fim de se preparar para a propositura

da ação penal pública, surgiu gradativamente a consciência de que, também na área não penal, a instituição ministerial deveria ser dotada de um mecanismo de investigação administrativa, destinado a colher dados para a propositura da ação civil pública. Enfim, hoje se reconhece que, para o correto exercício das diversas funções ministeriais, criminais ou não, o Ministério Público precisa dispor de meios diretos de investigação, para apurar fatos que possam embasar sua iniciativa nas diversas áreas de sua atuação.

Ainda sem ter a visão do que seria o inquérito civil de hoje, e ainda bastante influenciado pelo sistema do inquérito policial, o Promotor de Justiça José Fernando da Silva Lopes, em palestra no Grupo de Estudos de Ourinhos (1980), sugeriu a criação de um *inquérito civil*, à guisa do já existente *inquérito policial*. Não previu ele o instituto como passou a existir hoje, mas sim como um procedimento investigatório *dirigido por organismos administrativos, para ser encaminhado ao Ministério Público e servir de base à propositura da ação civil pública*.

Tal como existe hoje, o inquérito civil foi sugerido no anteprojeto da Lei da Ação Civil Pública (LACP), de Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édís Milaré e Nelson Nery Júnior (1984), o qual serviu de base à Lei n. 7.347/85. Esse anteprojeto já previa o inquérito civil tal como existe hoje: um instrumento diverso do inquérito policial, conduzido diretamente pelo Ministério Público e destinado a colher elementos para propositura de eventual ação civil pública¹. Foi sua proposta integralmente acolhida na LACP.

A LEGISLAÇÃO SUBSEQÜENTE

Seguindo-se à Lei n. 7.347/85, a Constituição de 1988 consagrou o inquérito civil (art. 129, III); a Lei n. 7.853/89, que dispôs sobre a proteção às pessoas portadoras de deficiência, também fez referência ao inquérito civil; da mesma forma o fizeram o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA — art. 210 da Lei 8.069/90), o Código de Defesa do Consumidor

¹ De sua autoria, v. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, São Paulo: Saraiva, 1984.

(CDC — art. 90 da Lei 8.078/90), a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP — art. 25, IV, da Lei 8.625/93) e a Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU — art. 7º, I, e 38, I, da LC federal n. 75/93).

CONCEITO

O inquérito civil é um procedimento administrativo investigatório a cargo do Ministério Público; seu objeto é a coleta de elementos de convicção que sirvam de base à propositura de uma ação civil pública para a defesa de interesses metaindividuais — ou seja, destina-se a colher elementos de convicção para que, à sua vista, o Ministério Público possa *identificar ou não* a hipótese em que a lei exige sua iniciativa na propositura de alguma ação civil pública.

Só o Ministério Público está autorizado a instaurar inquérito civil; não os demais co-legitimados à ação civil pública. A União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações ou as associações civis podem propor a ação civil pública ou coletiva; antes de propô-la, é natural que recolham elementos de convicção necessários, e farão isso em procedimentos quaisquer, mas inquérito civil propriamente dito, só o Ministério Público pode instaurar. Na forma como foi concebido na Lei n. 7.347/85 e legislação subsequente, trata-se de instrumento exclusivo de investigação do Ministério Público, e só o inquérito civil está sujeito aos mecanismos de controle de arquivamento instituídos na LACP.

É errônea a expressão, às vezes encontrada, de *inquérito civil público*. Usa-se a expressão ação civil *pública* em contraposição à ação civil *privada* — mas como não existe inquérito civil *privado*, não há falar em inquérito civil *público*.

FUNÇÃO INSTITUCIONAL OU INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO?

O art. 129, III, da Constituição, insere o inquérito civil dentre as *funções institucionais* do Ministério Público. Entretanto, a LOMPU — que

é de aplicação subsidiária para Ministério Público dos Estados² — bem distingue o que são funções institucionais (art. 5º — como a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e o zelo pelo efetivo respeito dos poderes públicos aos direitos assegurados na Constituição, v.g.) e aqueles que são os instrumentos de atuação ministerial (art. 6º — como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação civil e a ação penal públicas, além do próprio inquérito civil).

INQUÉRITO CIVIL E INQUÉRITO POLICIAL

Tracemos as principais linhas distintivas entre inquérito civil e inquérito policial:

A *disciplina legal* do inquérito policial encontra-se nos arts. 4º e s. do Código de Processo Penal (CPP); a do inquérito civil, nos arts. 8º e 9º da LACP.

O *objeto* do inquérito policial consiste em apurar infrações penais na sua materialidade e autoria para servir de base à denúncia; o do inquérito civil é apurar lesões a interesses metaindividuais, ao patrimônio público e social, ou a qualquer interesse cuja tutela esteja afeta ao Ministério Público; a finalidade da apuração é determinar a materialidade e a autoria dessas lesões, para servir de base à ação civil pública. Também se prestam os elementos de convicção colhidos no inquérito civil para servir de base, eventualmente, à propositura de ação penal pública³.

A *presidência* do inquérito policial cabe à autoridade policial; a do inquérito civil cabe ao Promotor de Justiça.

O *controle de arquivamento*, no inquérito policial, ocorre da seguinte maneira: o Promotor de Justiça requer o arquivamento, que é determinado pelo Juiz, com a *possibilidade de reexame* da promoção de arquivamento pelo Procurador-Geral de Justiça (art. 28 do CPP). No inquérito civil, o Promotor de Justiça não *requer* e sim *determina* o arquivamento, e sempre

² Cf. art. 80 da LONMP.

³ Nesse sentido, v. nosso livro *O inquérito civil*, São Paulo: Saraiva, 1999.

há o *obrigatório reexame* pelo Conselho Superior do Ministério Público (CSMP), independentemente de provocação ou requerimento de quem quer que seja.

O INQUÉRITO CIVIL É INDISPENSÁVEL?

Embora normalmente seja o inquérito civil muito útil para colher elementos aptos à propositura da ação civil pública, não é ele indispensável para isso.

O inquérito civil pode ser dispensado em várias hipóteses, como em caso de: *a*) urgência (como no ajuizamento de medida cautelar); *b*) existência prévia de peças de informação suficientes (documentos extraídos de outros autos; processo administrativo; autos ou peças recebidas do tribunal de contas etc.).

Antes do advento do inquérito civil, o Ministério Público não podia promover investigações? Podia e ainda pode promover investigações independentemente do inquérito civil: a Lei Complementar n. 40/81 (a anterior Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) já lhe conferia o poder de promover diligências, efetuar requisições e expedir notificações, poder esse que conservou por força de suas atuais leis orgânicas⁴; acresce que a própria Constituição Federal lhe comete a direção de *procedimentos administrativos de sua competência* (art. 129, VI e VIII). Entretanto, ao menos em questões que possam ensejar a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público, sem dúvida, é o inquérito civil o sistema próprio de investigação, sujeito a um saudável sistema de controle de arquivamento.

EFEITOS DA INSTAURAÇÃO

Desde a instauração até o encerramento do inquérito civil, obsta-se à decadência do direito que tem o consumidor de reclamar dos vícios aparentes ligados ao fornecimento de serviço ou produto (CDC, art. 26, § 2º, III).

⁴ Sobre a questão da vigência da LC n. 40/81, v. nosso *Regime jurídico do Ministério Público*, Cap. 6, 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

Além disso, a instauração do inquérito civil permite que, em sua sede, se expeçam requisições e notificações, com condução coercitiva (CF, art. 129, VI.; LONMP, art. 26, I; LOMPU, art. 8º).

No bojo do inquérito civil poderá ocorrer crime de falso testemunho ou falsa perícia (CP, art. 342)⁵.

Enfim, os elementos de convicção colhidos no inquérito civil terão valor subsidiário em juízo, desde que não afrontados por provas de maior hierarquia⁶.

MODO DE INSTAURAÇÃO

O inquérito civil pode ser instaurado por meio de portaria ou despacho do órgão do Ministério Público, proferido em requerimento, ofício ou representação que lhe sejam encaminhados.

A instauração poderá ser de ofício, ou em atendimento a requerimento de qualquer pessoa.

PROBLEMAS LIGADOS À INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO CIVIL

Algumas questões costumam ser colocadas a propósito da instauração do inquérito civil.

a) O inquérito civil só se destina a apurar lesões a interesses metaindividuais (interesses difusos e coletivos, em sentido lato)?

Sem dúvida, o inquérito civil presta-se à investigação de lesões a interesses metaindividuais; contudo, poderão ser investigadas em inquérito civil as lesões a outros interesses que, na área civil, justifiquem a ação civil pública do Ministério Público? Por meio do inquérito civil, pode o Ministério Público investigar previamente fatos que ensejem a propositura de outras ações

⁵ Nesse sentido, v. nosso *O inquérito civil*, cit.

⁶ V. nosso *O inquérito civil*, cit.

civis públicas a seu cargo (como a ação de nulidade de casamento, algumas ações rescisórias, a ação direta de inconstitucionalidade, a destituição de pátrio poder e ações para defesa de interesses individuais indisponíveis)?

Há duas posições possíveis para enfrentar o problema: *a*) uma, de que o Ministério Público não poderia fazê-lo, pois a instauração de inquérito civil estaria limitada aos objetivos específicos da LACP, que o instituiu (defesa de interesses difusos e coletivos); *b*) outra, de que poderia instaurá-lo não só nos casos da LACP, como em todos os casos de atribuições afetas ao Ministério Público.

Esta última é a solução preferível, não apenas por interpretação analógica com o sistema da LACP, mas em decorrência do alargamento do objeto do inquérito civil, trazido pelo CDC (art. 90), pela própria CF (art. 129, III) e pelas Leis Orgânicas do Ministério Público (LONMP, art. 26, I; LOMPU, art. 6º, VII, *c*, e 38, I). É o posicionamento que temos defendido⁷, com endosso da doutrina de Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz⁸ e de Nelson Nery Júnior e Rosa Nery, para quem o inquérito civil pode, eventualmente, até mesmo servir de base para a propositura de ação penal⁹.

Assim, além da investigação de danos a interesses diretamente objetivados na LACP (meio ambiente, patrimônio cultural, consumidor, ordem econômica e outros interesses difusos e coletivos), hoje o Ministério Público está autorizado a instaurar inquérito civil para apurar danos ao patrimônio público e social¹⁰, cuidar da prevenção de acidentes do trabalho, defender interesses de populações indígenas, crianças e adolescentes, pessoas idosas ou portadoras de deficiência, investigar abusos do poder econômico, defender contribuintes¹¹, apurar omissões a que se refere o art. 129, II, da CF, etc.

⁷ *O inquérito civil*, cit., e *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

⁸ *Apontamentos sobre o inquérito civil*, *Justitia*, 165/33; *Inquérito civil — 10 anos de um instrumento de cidadania* — em *Ação civil pública*, São Paulo: Saraiva, 1995.

⁹ *Código de Processo Civil comentado*, notas ao art. 8º da LACP, 3ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

¹⁰ CF, art. 129, III.

¹¹ LC n. 75/93 (LOMPU), art. 5º, II, *a*.

As investigações diretas a cargo do Ministério Público devem ser feitas por meio do inquérito civil: além de ser procedimento mais metódico e organizado de investigação, que poderá ser muito útil em diversas atividades ministeriais (como antes de propor eventual ação de extinção de fundação, destituição de pátrio poder, rescisórias etc.), também permite, nas substituições, afastamentos ou até sucessão do Promotor de Justiça, tenha continuidade a investigação já iniciada. Durante nossa gestão no CSMP (1994-1995), houve o caso de um Promotor de Justiça paulista que faleceu, e na sua gaveta e nos seus armários foram encontrados diversos documentos avulsos e procedimentos investigatórios não formalizados, que causaram dificuldade para sua regularização. Ora, da regular instauração do inquérito civil decorrem efeitos jurídicos relevantes; além disso, o trabalho do Promotor de Justiça não é *peçoal* e sim *institucional*; por isso, é de toda conveniência que seja formalizado, até para ter continuidade.

b) O Ministério Público pode instaurar inquérito civil para apurar lesão a interesses individuais homogêneos?

A questão tem sido objeto de controvérsias.

De um lado, há os que propendem pela resposta positiva, baseados na legitimidade genérica que ao Ministério Público foi concedida na matéria pelo CDC (arts. 81-2). Argumentam esses que, se o CDC permite ao Ministério Público ajuizar ação civil pública para defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, não só na defesa do próprio consumidor, mas em qualquer outra área (art. 90 CDC), então, não haveria razão para restringir sua iniciativa e excluir de sua investigação os danos a interesses individuais homogêneos. Em reforço a essa argumentação, poderíamos lembrar que o art. 6º, VII, *d*, da LOMPU, também permite, expressamente, que o Ministério Público instaure inquérito civil para defesa de interesses individuais homogêneos, norma essa de aplicação subsidiária ao Ministério Público dos Estados (art. 80 da LONMP).

De outro lado, porém, há os que, como nós, entendem ser necessário compatibilizar a destinação social e constitucional do Ministério Público com a defesa do interesse a ele cometido na legislação infraconstitucional. No caso dos interesses difusos, em vista de sua abrangência ou extensão, não há negar,

está o Ministério Público sempre legitimado à sua defesa, mas, no caso de interesses individuais homogêneos e até coletivos, a iniciativa do Ministério Público só pode ocorrer quando haja conveniência social em sua atuação, a partir de critérios como estes: *a)* conforme a natureza do dano (saúde, segurança e educação públicas); *b)* conforme a dispersão dos lesados (a abrangência social do dano, sob o aspecto dos sujeitos atingidos); *c)* conforme o interesse social no funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico (previdência social, captação de poupança popular etc.). Neste sentido, é também a solução acolhida pela Súmula 7-CSMP de São Paulo.

c) O Ministério Público pode instaurar inquérito civil para investigar decisões da administração tomadas dentro do campo da discricionariedade administrativa?

Diversos julgados têm advertido contra o cabimento de ação civil pública ou coletiva (e, *a fortiori*, contra cabimento de inquérito civil) para contrastar diretrizes de oportunidade e conveniência do administrador — pois a discricionariedade do ato administrativo só pode ser aferida pela própria administração. Sem negar tais considerações, aliás pacíficas na doutrina e na jurisprudência, nosso entendimento é o de que, tanto em matéria de inquérito civil como de ação civil pública, o Ministério Público pode ingressar no exame: *a)* dos aspectos formais de competência e legalidade do ato administrativo vinculado ou do ato administrativo discricionário; *b)* do mérito do ato administrativo vinculado; *c)* do mérito do ato administrativo discricionário, quando tenha havido imoralidade, desvio de poder ou de finalidade, ou quando o ato administrativo se tenha apartado do princípio da razoabilidade; *d)* do mérito do ato administrativo discricionário, quando a administração o tenha motivado, embora não fosse obrigada a fazê-lo (*teoria dos motivos determinantes*). Outrossim, como *os fins a atingir pela administração são sempre vinculados*, conforme ensinamento de Hely L. Meirelles, apesar das dificuldades que o Promotor de Justiça encontrará, é possível que se instaure inquérito civil, p. ex., diante da falta de vagas para menores nas escolas, da inexistência de atendimento na área de saúde pública, da falta de condições de saneamento básico etc. Afinal, se são direitos, alguns até constitucionais, a eles correspondem deveres que podem ser cobrados em juízo.

Assim, por exemplo, é o que ocorre na aplicação de orçamentos. É certo que o Poder Executivo pode efetuar despesas ou remanejar verbas, dentro da lei; mas, se o fizer fora dos parâmetros legais ou constitucionais (art. 167 da CF), poderá haver dano ao patrimônio público ou até crime a investigar.

O que não poderá, porém, o membro do Ministério Público é pretender impor ao administrador critérios discricionários dele, Promotor de Justiça, no tocante à utilização do orçamento, nem querer tomar do administrador o poder de decidir quais as despesas, investimentos ou opções são as melhores para a coletividade — pois, para isso o administrador foi eleito, e não o Promotor de Justiça nem o Juiz.

d) Os fatos que ensejem a instauração de inquérito civil devem ser *determinados*?

Uma breve, porém necessária digressão aponta-nos que o direito romano considerava delitos certos atos precisamente indicados na lei¹². Havia uma ligação muito intensa entre o ilícito civil e o ilícito penal, de forma que o ilícito penal era, em regra, também um ilícito civil, mas, como a abrangência deste fosse sendo alargada, os demais ilícitos civis, que não eram propriamente ilícitos penais, eram considerados *quasi ex delicto*.

Esse quadro levou a muitas equiparações e semelhanças entre o ilícito civil e o ilícito penal. Contudo, com a evolução da teoria da responsabilidade civil, gradativamente se afastou o ilícito civil do ilícito penal, seja porque o ilícito civil dispensa a culpa ou dolo (no âmbito civil, não raro basta o mero vínculo da causalidade entre o agente e o prejuízo), seja porque, e principalmente, há características próprias na descrição do ilícito civil, que admite contornos mais flexíveis que o tipo do ilícito penal.

Assim, a teoria da tipicidade que, em defesa das mais altas garantias individuais, atingiu seu ponto culminante no direito penal, já no direito civil não restou tão exacerbada. Enquanto no direito penal os tipos são descritos com a

12. Clóvis Beviláqua, *Teoria geral do direito civil*, § 71, Ministério da Justiça, 1972.

maior precisão possível, a ponto de não serem sequer a regra os chamados *tipos anormais* (como os que contêm elementos normativos: *indevidamente, sem justa causa*; ou contêm elementos subjetivos: *com o fim de etc.*), *no direito civil, qualquer ação humana que viole o direito ou cause prejuízo constitui ilícito civil* — independentemente de tratar-se de uma ação prévia e abstratamente definida pela lei material, com todas as suas características e circunstâncias, ao contrário do que ocorre no direito penal (art. 159 CC). Sob o aspecto civil, em regra não há, diversamente do direito penal, um rol de ações humanas ilícitas, e sim, existe apenas uma norma genérica equivalente à responsabilização pela prática de *comportamento contrário à ordem jurídica*.

Na área civil, seria, pois, pressuposto de uma ação a existência de tipicidade, ou de um *fato típico determinado*? Poderia parecer à primeira vista que a resposta mais simples seria a positiva, ainda que mitigada a afirmação pelos contornos próprios do ilícito civil; contudo, é preciso cautela para não generalizar demais nem fazer analogias excessivas e assim descabidas com o direito penal, pois, em vista das peculiaridades do ilícito civil, neste, o princípio da tipicidade é norma aberta; além disso, a exigência de fato determinado é muito mais flexível no direito civil do que no direito penal.

É natural que, observadas as peculiaridades do ilícito civil, não se deva descurar de uma adequação típica mínima entre a ação humana e o resultado vedado pela lei. Em alguns casos, o legislador civil é até mais rigoroso a respeito e chega a aproximar-se do legislador penal, como ocorre com a responsabilização civil de agentes públicos pelo sistema da Lei n. 8.429/92, que exige a prática de atos determinados de improbidade para que sejam impostas as sanções cíveis nela previstas. Não é demais insistir, porém, em que, em vista dos pressupostos e objetivos diversos que distinguem a esfera civil da esfera penal, em regra, devemos entender com mais largueza o fenômeno da adequação típica do ilícito civil, justamente porque normalmente os ilícitos civis são tipos abertos.

Além disso, muitas vezes os ilícitos civis podem constituir um *estado de coisas* e não propriamente uma ação precisa ou determinada, atual ou pretérita. Assim, por exemplo, a falta de segurança nos transportes ou a falta de vagas nas escolas podem ser consideradas, *lato sensu*, como matéria a ser

investigada em inquérito civil, ainda que não decorram de um ato isolado de um administrador específico em determinado momento. O mesmo se diga, p. ex., da degradação atual do Rio Tietê, que pode ser considerada resultado de um estado de coisas de dezenas de anos, e não fruto de uma ou algumas poucas ações humanas individualizadas, determinadas ou localizadas mais precisamente no tempo. Nem por isso essas matérias ficam a salvo de investigação ou de medidas reparatórias na área do inquérito civil ou da ação civil pública ou coletiva. Para ilustrar o que vimos dizendo acima, tome-se como exemplo a ação civil pública em andamento, que está sendo movida pelo Ministério Público e por entidade ambiental, e que se destina a restaurar a qualidade de vida em Cubatão (SP), fruto da poluição desenfreada de dezenas de anos praticada por centenas de indústrias.

Havendo motivos razoáveis para tanto, até mesmo *meras atividades perigosas* podem ser investigadas em inquérito civil, e seria absurdo ter de esperar por um fato determinado ou por um dano específico, para iniciar investigações na área civil, até porque a própria LACP admite propositura de ação civil pública para *evitar danos* (art. 4º da LACP). É o que fazem, v.g., com zelo e eficiência, os Promotores de Justiça da Promotoria de Justiça de Acidentes do Trabalho (Setor de Prevenção), quando investigam condições laborativas em situações de sabido risco e, para tanto, recorrem ao inquérito civil, obtêm compromissos de ajustamento ou propõem as ações competentes.

e) Cabe instauração de inquérito civil à vista de denúncias anônimas, notícia de jornal ou representação?

Seria descabido dar resposta abstrata ou genérica a essa pergunta. A resposta correta é: *depende do caso concreto*. Assim como um delegado de polícia pode fazer uma diligência ou abrir um inquérito policial à vista de uma representação ou de uma notícia de jornal (art. 5º CPP), desde que reconheça haver justa causa para tanto, também o Promotor de Justiça pode instaurar um inquérito civil nas mesmas circunstâncias. Há denúncias, ainda que anônimas, representações ou reportagens de jornais ou revistas tão bem fundamentadas, que seria um despropósito cruzar os braços e nada fazer.

COMPETÊNCIA

Para instaurar o inquérito civil ou propor a ação civil pública, normalmente, a regra é a competência do local do dano que ocorreu ou deva ocorrer (art. 2º da LACP).

A nosso ver, trata-se de regra de competência *absoluta* (a lei a chama de *funcional*)¹³. E essa é uma regra de competência, não de jurisdição. Em que pese a atual posição prevalente na jurisprudência até do STJ¹⁴, entendemos não ter dado a LACP jurisdição aos juízes estaduais sobre questões de interesse da União em matéria de interesses metaindividuais. A nosso ver, a LACP não exclui a competência da Justiça Federal, nos casos em que a CF lhe comete o processo e o julgamento das causas em que sejam interessada a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, na condição de autora, ré, assistente ou oponente (art. 109, I, da CF)¹⁵.

Como antecipamos, há entendimentos contrários, no sentido de que a competência da Justiça local, ainda que estadual, abrangeria até mesmo causas em que fosse interessada a União, entidade autárquica ou empresa pública federal. Nosso entendimento é diverso¹⁶, pois, embora a CF admita que a lei ordinária possa estabelecer exceções à regra de competência da Justiça Federal, no caso em discussão a LACP, a nosso ver, não excepcionou a competência da Justiça Federal: apenas estabeleceu regra de competência absoluta, mas não trouxe regra de jurisdição; apenas disse que a ação será proposta no foro do local do dano, cujo juízo terá competência absoluta (a lei diz *funcional*) para apreciar a causa. Assim, dentro de nosso entendimento, se tiver ocorrido um dano causado pela própria União, em comarca que não seja sede de vara federal, a atribuição para investigar os fatos será do membro

¹³ Incorreta, pois, é a referência constante do art. 16 da LACP, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.494/97 (fruto de conversão de medida provisória), quando se refere à suposta “competência territorial” (*sic*) do juiz prolator...

¹⁴ Súm. n. 183-STJ.

¹⁵ Será, porém, da competência da Justiça estadual a ação em que seja interessada sociedade de economia mista, sociedade anônima de capital aberto ou outras sociedades comerciais, ainda que delas participe a União como acionista, cf. Súm. n. 8-CSMP.

¹⁶ *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., Cap. 15.

do Ministério Público que tenha atribuições em tese para propor a ação correspondente perante a vara da Justiça Federal, com competência absoluta sobre o local do dano. Estará cumprido o art. 2º da LACP¹⁷.

Em casos de lesão a interesses individuais homogêneos, o art. 93 do CDC estabelece regras próprias (foro da Capital do Estado ou do País, para danos regionais ou nacionais, conforme o caso). Por analogia, quando cabível, essa regra também pode ser aplicada seja para a instauração do inquérito civil, seja para a propositura da ação civil pública ou coletiva.

NATUREZA DO INQUÉRITO CIVIL

O inquérito civil não é *processo* administrativo e sim *procedimento*; nele não há uma acusação nem nele se aplicam sanções; dele não decorrem limitações, restrições ou perda de direitos. No inquérito civil não se *decidem interesses*; não se aplicam penalidades. Apenas serve para colher elementos ou informações com o fim de formar-se a convicção do órgão do Ministério Público para eventual propositura ou não da ação civil pública.

Assim, não sendo *um fim em si mesmo*, o inquérito civil não é contraditório; é o mesmo que ocorre com o inquérito policial, e, pois, *a fortiori*, é o que se dá com o inquérito civil¹⁸.

Pode-se facultar o contraditório no inquérito civil? Isso pode ocorrer, sob juízo de conveniência do presidente do inquérito civil. Tomemos estas hipóteses como exemplo: o Ministério Público não está bem instruído para o caso de propor ou não a ação civil pública, se houve ou não o dano, se a argumentação do autor do requerimento é ou não correta (nesses casos, como em outros, ouvir todos os interessados, produzir provas requeridas pelo indiciado, facultar-lhe apresentação de documentos e elementos instrutórios — tudo isso pode ser mais que útil, até mesmo necessário).

¹⁷ Nesse caso, nada obstará a que houvesse litisconsórcio de vários Ministérios Públicos, inclusive o Federal e o do Estado, em conformidade com o art. 5º, § 5º, da LACP, com a redação que lhe deu o CDC.

¹⁸ Esse entendimento é compartilhado por Nelson Nery Jr., Rodrigues Fiorillo, Rosa Nery, Antonio Augusto M. Camargo Ferraz.

Às vezes, porém, *não deve* ser contraditório; se não em todas as fases, ao menos em algumas delas, como quando deseja o Promotor de Justiça surpreender uma situação que precise constatar, como o lançamentos poluentes; o uso de lixos clandestinos etc. Neste último caso, o Promotor de Justiça pode impor *sigilo* ao inquérito civil, cuja preservação será obrigatória pelos funcionários do Ministério Público; aqui, cabe analogia com o inquérito policial (imposição de sigilo nos casos de “interesse da sociedade” — art. 20 do CPP).

PUBLICIDADE

A questão da publicidade do inquérito civil está estreitamente ligada à questão anterior, do sigilo. Em regra, o acesso ao inquérito civil deve ser franqueado aos interessados, em decorrência do princípio geral da publicidade dos atos da administração (art. 37 da CF).

Daí, os atos do inquérito civil são, em regra, públicos (audiências, inquirições, expedição de certidões), feita, porém, a ressalva análoga à do art. 20 do CPP (imposição de sigilo, se da publicidade advier prejuízo à investigação), ou a hipóteses em que o órgão do Ministério Público tenha acesso a dados ou informações sigilosas, quando lhe incumbirá o dever de preservar o sigilo legal.

REQUISIÇÕES EM MATÉRIA SIGILOSA

Tem havido resistência na doutrina e em decisões judiciais sobre o amplo poder de requisição do Ministério Público no inquérito civil, especialmente em matérias atinentes a informações bancárias, cadastros eleitorais e informações fiscais.

Contudo, como hoje a LOMPU, a LONMP e a LACP não fazem mais as mesmas restrições da LC n. 40/81 (esta lei, feita em tempo de ditadura, limitava o poder de requisição do Ministério Público, excluindo-o em caso de sigilo legal ou segurança nacional), hoje, o Ministério Público pode requisitar quaisquer documentos ou informações, de quaisquer autoridades, inclusive nos casos legais de sigilo. Nesse caso, deverá o próprio membro do Ministério

Público tomar as cautelas para não ocorrer uso indevido das informações. No mesmo sentido, é o ensinamento de Nelson & Rosa Nery¹⁹.

Só nos casos de exceções constitucionais, como no sigilo das comunicações telefônicas, é que o Ministério Público precisará de autorização judicial para ter acesso à informação sigilosa²⁰.

CONTROLE DE LEGALIDADE

A LC paulista n. 734/93 (Lei Orgânica Estadual do Ministério Público — LOEMP) instituiu um sistema de recursos para controlar a instauração do inquérito civil.

Lembremos, brevemente, o momento em que o fez: isso ocorreu em fim de um governo estadual, em época em que nós e outros tantos denunciávamos a prejudicial concentração de poderes nas mãos da chefia do Ministério Público, estreitamente vinculada ao governante estadual da época — vinculação essa que o Ministério Público paulista majoritariamente recusou quando acatou nossas denúncias e nos investiu de forma maciça nas funções de membro do CSMP em 1993, justamente para combater esse estado de coisas, o que efetivamente fizemos²¹.

Desta forma, a LOEMP previu dois recursos em matéria de inquérito civil: *a)* contra o indeferimento de representação visando à sua instauração (no prazo de 10 dias a contar da ciência do indeferimento — art. 107, § 1º); *b)* contra a instauração do inquérito civil (no prazo de 5 dias a contar da ciência da instauração — 108, § 1º).

Ora, se o indeferimento de instauração de inquérito civil fosse eventualmente lançado sobre peças de informação, a rigor o recurso seria inócuo, pois tal decisão equivaleria ao arquivamento das peças de informação, e, como tal, já estaria sujeita ao reexame do CSMP. E, quanto à primeira

¹⁹ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery, em *Código de Processo Civil comentado*, cit., notas à LACP.

²⁰ Cf. art. 5º, XII, da Constituição.

²¹ A propósito, cf. nosso *Regime jurídico do Ministério Público*, cit., Cap. 8.

hipótese (recurso contra a instauração de inquérito civil), estava claro que o objetivo da LOEMP era o de limitar a liberdade de ação dos órgãos de execução do Ministério Público; é por isso que, em nossa gestão junto ao CSMP, em caso algum foi provido o recurso interposto contra a instauração de inquérito civil por Promotor de Justiça (1994/1995)²².

É totalmente írrito o sistema de recursos no inquérito civil, criado pela LOEMP. Ainda que em tese pudesse o legislador estadual dispor sobre *procedimentos*, não estaria a disciplina do inquérito civil contida no objeto da LOEMP do Ministério Público. O objeto a ela reservado no art. 128, § 5º, da CF, seria apenas *dispor sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público*, e não dar disciplina normativa ao inquérito civil, ainda mais inovando o legislador paulista e criando recursos destinados a obstar a instauração ou a tramitação de um procedimento já inteiramente disciplinado por lei federal. Não poderia, pois, a LOEMP apartar-se do modelo federal²³. Os Estados podem, em suas leis locais de organização do Ministério Público, dispor sobre qual membro do Ministério Público poderá instaurar um inquérito civil, quais as providências administrativas devem tomar para fazê-lo ou as comunicações e os registros que devem ser cuidados, mas não podem dispor sobre as hipóteses de instauração, o objeto, a revisão do arquivamento, os recursos. Como dizem Nelson & Rosa Nery, “não poderão os Estados editar leis normatizando o inquérito civil no âmbito estadual, pois estariam ferindo o *modelo federal* da LACP, que já traçou o regime jurídico *integral* do inquérito civil. Assim, v.g., a LOEMP-SP art. 108, que estabelece recurso, com efeito suspensivo, contra a instauração do inquérito civil, em flagrante inconstitucionalidade por ferir o modelo federal”²⁴.

²² V. nota de rodapé n. 21, *retro*.

²³ Esse argumento foi bem exposto por Nelson & Rosa Nery, em sua obra *Código de Processo Civil comentado*, cit., em notas à LACP.

²⁴ *Código de Processo Civil comentado*, cit., notas ao art. 8º da LACP.

Haveria o mesmo vício se a LOEMP paulista criasse recursos contra o ato do Promotor de Justiça que requisite inquérito policial ao delegado de polícia. O respectivo controle de legalidade já existe e é do Poder Judiciário, não dos órgãos administrativos do Ministério Público, sob pena de instituir-se verdadeira hierarquização ministerial, violando o princípio da independência funcional de seus agentes. Ou haveria igual vício se, em cada Estado, se dispusesse diversamente sobre os casos em que se admite ou não se admite a instauração de inquérito policial.

Como agentes políticos dotados de independência funcional, os membros do Ministério Público não se subordinam hierarquicamente, sob o aspecto funcional, aos órgãos de administração superior da instituição. Assim, se houver ilegalidade na instauração do inquérito civil, a situação se equipara a uma requisição de inquérito policial sem justa causa, ou a uma denúncia criminal dada ilegalmente, ou ainda a uma ação civil pública proposta sem base para tanto: a correção é jurisdicional, apenas. No caso de inquérito civil instaurado sem justa causa, poderá caber até mesmo mandado de segurança. Além disso, como lembrou Antônio Augusto M. Camargo Ferraz, nos estudos acima citados²⁵, o trancamento judicial do inquérito civil só ocorrerá em hipóteses restritas, e, nessa linha, podemos imaginar casos de ilegalidade, desvio de finalidade ou falta de atribuições, quando será possível impetrar-se o mandado de segurança contra a instauração do inquérito civil; nos casos de conduções coercitivas ilegalmente determinadas pelo Ministério Público, caberá o *habeas-corpus*; nesta hipótese, a competência será originária dos Tribunais de Justiça, conforme precedentes jurisprudenciais indicados por Nelson & Rosa Nery²⁶.

PROCEDIMENTOS PREPARATÓRIOS

Às vezes, o Promotor de Justiça recebe um requerimento, uma representação, uma denúncia de lesão a interesses metaindividuais e pode ter dúvidas à primeira vista se é ou não caso de instaurar um inquérito civil. Nessas hipóteses, principalmente depois que altas autoridades

²⁵ V. nota de rodapé n. 8, *retro*.

²⁶ *Código de Processo Civil comentado*, cit., notas ao art. 8º da LACP.

começaram a perder cargos em virtude de improbidade administrativa e outras tantas começaram a ser investigadas pelo Ministério Público em decorrência dos mesmos motivos, surgiu um movimento em prol da instauração de *procedimentos preparatórios*, verdadeiras investigações preliminares ao inquérito civil. Foi irregular solução caseira do Ministério Público paulista, depois indevidamente endossada na LC estadual n. 734/93.

Entretanto, segundo o art. 128, § 5º, da CF, a LC paulista n. 734/93 deveria limitar-se a dispor sobre *organização, atribuições e estatuto* do Ministério Público local, não podendo chegar a instituir ou alterar o inquérito civil, instrumento todo criado e disciplinado pela lei federal (LACP). Além disso, como já antecipamos, o meio para apurar se há ou não lesão a um dos interesses que justificam em tese a propositura de ação civil pública é precisamente o inquérito civil, e não o procedimento preparatório ou preliminar. O inquérito civil é que já é o procedimento preparatório. Não tem cabimento um procedimento preparatório de outro preparatório.

A solução da LC estadual n. 734/93 contém o mesmo absurdo que o faria outra lei estadual que, alegando também tratar-se de mero *procedimento*, estabelecesse que o delegado de polícia poderia instaurar um procedimento preparatório para, se a seguir julgasse necessário, vir a instaurar o inquérito policial. Quem negaria estar a lei estadual a disciplinar diversamente o procedimento instituído pela lei federal?

Nas felizes palavras de Antonio Augusto M. C. Ferraz, criticando o procedimento preparatório ao inquérito civil, cabe verberar: “como se fosse razoável investigar um fato para saber se é o caso de investigar esse mesmo fato”²⁷.

Além disso, a LC estadual n. 734/93 traz sérios e indesejáveis riscos: quem não se lembra das velhas *sindicâncias policiais*, que só se transformavam em inquéritos policiais por razões de conveniência nem

²⁷ *Inquérito civil — 10 anos de instrumento de cidadania, em Lei n. 7.347/85 — reminiscências e reflexões após 10 anos de aplicação* — São Paulo: Rev. Tribunais, 1995.

sempre jurídica?! Será mera questão de terminologia recorrer-se a procedimentos preparatórios, sindicâncias ou apurações prévias, se tiverem eles o mesmo tratamento do inquérito civil (e deverão ter, por força dos arts. 8º e 9º da LACP); se não o tiverem, especialmente no controle de arquivamento, ficará evidenciada a burla ao controle de arquivamento do CSMP. Será inevitável a perda de atribuições ministeriais, quando mal exercidas.

Assim, se o órgão do Ministério Público instaura inquérito civil, haverá controle CSMP; se não instaura, controle algum?! Os autos irão para a gaveta, para o armário ou para o lixo?! Afinal, as investigações a cargo do Ministério Público não são um trabalho pessoal e sim institucional, e, sem prejuízo da necessária liberdade e independência funcional dos membros da instituição, seus misteres estão sujeitos aos controles de obrigatoriedade e legalidade: há sério interesse da coletividade em que esse controle seja desenvolvido a contento, assim como ocorre no arquivamento do inquérito policial. Foi assim que o quis o legislador federal. E isso tanto mais necessário é que, no inquérito civil, ao contrário do que ocorre com o inquérito policial, sequer há o controle de instituições distintas (polícia, Ministério Público e Poder Judiciário).

Por isso, a LACP deu o mesmo tratamento ao inquérito civil e a quaisquer *peças de informação* (arts. 8º e 9º da LACP). E o que são peças de informação? O conceito é o mesmo do CPP: neste, são representações, documentos, certidões, cópias de peças processuais, declarações ou quaisquer informações que, mesmo sem o inquérito policial, permitam caracterizar a autoria e a materialidade de um crime e embasar eventual propositura da ação penal. *Mutatis mutandis*, é o que ocorre com as peças de informação na área civil: não só permitirão servir de base para eventual ajuizamento de ação civil pública, como seu arquivamento sempre exigirá controle pelo CSMP.

Nesse sentido, dispôs a Súm. n. 12-CSMP que o arquivamento de inquérito civil *ou de peças de informação* está sempre sujeito à revisão pelo CSMP.

Por fim, a instauração de procedimentos preparatórios, em substituição irregular ao inquérito civil, pode até mesmo trazer graves e imediatos prejuízos

à defesa de interesses metaindividuais afetos ao Ministério Público, inclusive deixando de obstar o curso do prazo de decadência, característica que, em certos casos, só a teria a instauração do próprio inquérito civil²⁸.

APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPP

É fato que o inquérito policial foi confessadamente a inspiração do inquérito civil. Natural é que algumas soluções analógicas sejam invocadas, como na instauração, instrução e coleta da prova técnica do inquérito civil.

Contudo, algumas cautelas são necessárias: *a)* só devemos fazer analogia com o inquérito policial naquilo em que a LACP não tenha solução própria diversa deste último (obviamente, não caberia analogia quanto ao modo de fazer o arquivamento, ou suas conseqüências, pois o sistema do art. 28 CPP é diverso do art. 9º da LACP; por igual, não caberia analogia entre inquérito civil e policial, em matéria de presidência e controle de prazos da investigação); *b)* só cabe analogia *naquilo que seja compatível* entre ambos (ex.: imposição de sigilo nas investigações, cf. art. 20 CPP; procedimento inquisitivo; poderes instrutórios; regras de condução etc.).

TRANSAÇÃO E COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO.

O compromisso de ajustamento de conduta em matéria de danos a interesses metaindividuais é uma espécie de transação que foi criada pelo CDC, cujo art. 113 introduziu um § 6º ao art. 5º da LACP.

Foi totalmente inconseqüente o veto ao § 3º do art. 82 do CDC, que previa compromisso de ajustamento em matéria de interesses metaindividuais de consumidores. E isso porque: *a)* o art. 113 do próprio CDC inseriu o § 6º do art. 5º da LACP, instituindo o mesmo compromisso de ajustamento antes vetado, e este parágrafo tem aplicação subsidiária até mesmo em matéria de defesa do consumidor (art. 21 da LACP, introduzido pelo art. 117 do CDC); *b)* o artigo 113 do CDC não foi vetado; *c)* como anotaremos adiante, diversas

²⁸ CDC, art. 26, § 2º, III.

leis subseqüentes admitiram a transação ou o compromisso de ajustamento referendados pelo Ministério Público.

Theotonio Negrão entendeu ter havido veto também ao art. 113 do CDC, e, para fundamentar seu entendimento, invocou passagem das razões do veto presidencial. *Concessa venia*, não obstante tenha havido expressa manifestação presidencial no sentido de que o compromisso de ajustamento previsto no art. 113 também seria vetado como o foi no art. 82, § 3º, essa assertiva do presidente foi exposta antes como argumento de veto a outro dispositivo da mesma lei (art. 92), mas tecnicamente não foi formalizado o veto ao art. 113, que foi regularmente sancionado e promulgado. Como não existe veto implícito, pois esse sistema não permitiria o controle da rejeição, a doutrina tem aceito a validade do compromisso de ajustamento, que vem sendo aplicado sem maiores transtornos pelo Ministério Público²⁹.

Além disso, o compromisso de ajustamento tomado pelo Ministério Público foi sancionado, também sem veto algum, e consta do art. 211 do ECA; outrossim, com as alterações que a Lei n. 8.953/94 introduziu ao CPC, ficou reconhecida a qualidade de título executivo às transações referendadas pelo Ministério Público, em forma até mais abrangente que as da LACP e do CDC.

Assim, a transação ou o compromisso de ajustamento podem ser validamente tomados pelo Ministério Público, sem qualquer problema.

Novamente invadindo área que não lhe era própria, a LC paulista n. 734/93 canhestamente determinou que o compromisso de ajustamento teria sua “eficácia condicionada à homologação do arquivamento pelo CSMP” (art. 112, parágrafo único). A LOEMP expediu comando írrito: não só violou o modelo federal como tentou legislar sobre o momento da constituição de título executivo, matéria de direito substantivo e processual... Cometeu o mesmo absurdo que o faria o legislador estadual que tentasse dizer que o cheque só teria eficácia de título executivo a partir da terceira recusa de pagamento pelo banco sacado, ou a partir de quando fosse protestado...

²⁹ Para uma análise mais profunda sobre a eficácia dos §§ 5º e 6º do art. 5º da LACP, introduzidos pelo art. 113 do CDC, v. nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., Caps. 5 e 23.

Além do mais, o legislador paulista não previu o óbvio, ou seja, é possível haver compromissos de ajustamento mesmo sem arquivamento do inquérito civil. Para contornar esse problema, o CSMP editou sua Súm. n. 20, com o que reconheceu a existência de compromissos de ajustamento independentemente do arquivamento do inquérito civil (para casos em que o compromisso de ajustamento não resolva todos os pontos investigados no inquérito civil, que deve prosseguir).

Assim, a eficácia do compromisso de ajustamento surge, nos termos da LACP, em decorrência de sua homologação pelo Promotor de Justiça, e não no momento previsto pela LOEMP, que não poderia dispor sobre o momento da formação do título executivo.

Algumas recomendações são pertinentes em matéria de compromissos de ajustamento: *a)* como regra geral, devem versar obrigação líquida e certa (certa quanto à existência e determinada quanto ao objeto); *b)* a multa pecuniária neles inserida deve ter caráter cominatório e não compensatório, caso se deseje que funcione como meio de influência do cumprimento espontâneo da obrigação; *c)* hoje cabe execução de obrigação de fazer fundada em título extrajudicial (CPC, art. 585, II, e 645, com as alterações da Lei n. 8.953/94); contudo, há grande conveniência prática em colher obrigação líquida e certa, se possível, além de estabelecer-se cláusula penal ou cláusula cominatória; *d)* se o compromisso de ajustamento levar ao arquivamento do inquérito civil, esse arquivamento estará sujeito à revisão do CSMP.

Enfim, entendemos que o valor do compromisso de ajustamento é de garantia mínima em prol da coletividade, não limite máximo de responsabilidade do autor da lesão³⁰.

³⁰ Nesse sentido, v. nossos *O inquérito civil e A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit.

É CONSTITUCIONAL O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO CIVIL?

No inquérito policial, a última palavra sobre seu arquivamento é do Ministério Público, e não há inconstitucionalidade alguma quando o Estado, titular do *ius puniendi*, se recusa a efetuar a acusação penal³¹.

No inquérito civil, a decisão sobre seu arquivamento também é do Ministério Público, e aqui, até com mais técnica, não se exige manifestação judicial a propósito, pois não há pretensão alguma resistida. Entretanto, aqui no inquérito civil, diversamente do que ocorre no inquérito policial, não estamos lidando com interesse público estatal (o *ius puniendi*, do qual é titular o Estado), e sim com interesses metaindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos), que são compartilhados por inúmeros lesados individuais. Por isso, seria de cogitar se não haveria inconstitucionalidade em monopolizar o Ministério Público o arquivamento do inquérito civil.

Haveria, sim, inconstitucionalidade, se o Ministério Público fosse titular privativo da ação civil pública ou coletiva, como o é da ação *penal* pública, pois, diversamente do que ocorreria nesta última, ao cogitarmos de ação civil pública, estaremos lidando com interesses *individuais* homogêneos, coletivos e difusos, e não com interesses estatais, em sentido estrito.

Contudo, como o Ministério Público não é o único legitimado ativo (na ação civil pública, há legitimação ativa *concorrente e disjuntiva*)³², não há óbice algum a que co-legitimados proponham a ação que o Ministério Público entendeu de não propor. Assim, não há inconstitucionalidade alguma em que o Ministério Público promova o arquivamento do inquérito civil, porque não é o único legitimado à propositura de ação civil para a defesa de interesses metaindividuais.

³¹ Cf. art. 28 do CPP; v. ainda nosso artigo *O Ministério Público no processo penal*, RT, 494/269.

³² CR, art. 129, § 1º; LACP, art. 5º, *caput*.

O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO CIVIL E PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

Segundo Calamandrei, o princípio da obrigatoriedade consiste em que, identificando o Ministério Público uma hipótese em que a lei exige sua atuação, não poderá abster-se de agir³³.

Quando o Ministério Público arquiva o inquérito civil, não está violando o princípio da obrigatoriedade. Sob o nosso sistema jurídico, o Ministério Público tem liberdade para examinar o caso e identificar ou não a hipótese de agir; *identificada* a situação em que a lei exige sua atuação, aí sim terá de agir, aí sim será obrigatória sua atuação.

Há bastante liberdade de atuação dos membros do Ministério Público; não, porém, para negar a prova dos autos ou dizer que está lendo “A” naquilo em que está escrito “B”. Nem para dizer que se recusa a agir, embora se trate de caso em que a lei lhe imponha a ação. Há anos, por exemplo, vi o caso de um Promotor que assim “fundamentou” o arquivamento de um inquérito policial. Disse ele algo como isto: “está provado que o indiciado furtou a vítima; ele o confessa, a vítima o acusa, há testemunhas presenciais, a *res* foi apreendida em seu poder; entretanto, neste país em que o presidente da República fez isso, o presidente da Câmara, aquilo etc. etc. etc. — requeiro o arquivamento do inquérito policial”. Houve nítida violação do princípio da obrigatoriedade.

Mutatis mutandis, é o que ocorre no inquérito civil. *Não identificada* lesão alguma a interesse que lhe incumba tutelar, não está o membro do Ministério Público obrigado a promover ação civil pública; em caso contrário, *identificada* a lesão, surge-lhe o dever legal de agir. É evidente que, com mísera burla, não poderá o Promotor de Justiça formalmente dizer que *não está provado isso, não há base para aquilo*, se para dizer isso entrar em franca contrariedade com toda a prova dos autos; neste caso, igualmente terá havido violação ao dever de agir.

33. *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. 2, p. 469, § 126, 2ª. ed., 1943.

O ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO

O inquérito civil termina com propositura de ação civil pública ou coletiva pelos legitimados, ou com o arquivamento do inquérito civil pelo Promotor de Justiça e sua revisão pelo CSMP.

O arquivamento tem de ser fundamentado: há obrigação legal de motivá-lo (o art. 129, VIII, da CF, traz para os membros do Ministério Público o dever de “indicar os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”; o art. 43, III, da LONMP, também lhes comete o dever de “indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final”, e essa norma tem sido repetida nas leis orgânicas locais do Ministério Público).

Mas pode ocorrer — e tem ocorrido — que o arquivamento não seja fundamentado, ou que não seja *suficientemente* fundamentado. Por falhas ou descuidos, isso se pode dar especialmente quando: *a)* haja vários atos ilícitos, em tese, e o Promotor de Justiça só enfrente expressamente alguns dos atos na promoção de arquivamento; *b)* haja vários possíveis autores ou responsáveis pelas ilegalidades e o Promotor de Justiça só enfrente expressamente a responsabilidade ou, mais precisamente, a ausência de responsabilidade de alguns deles.

Também pode ocorrer que o Promotor de Justiça não promova o arquivamento do inquérito civil e sim proponha a ação civil pública; contudo restringe os limites objetivos ou subjetivos da lide e nada expõe nem fundamenta em relação a outros possíveis ilícitos ou seus autores, ou, se o faz, não destina suas ponderações ao órgão legalmente encarregado de rever sua decisão de arquivamento, que é o CSMP.

Nesses casos, estaria havendo arquivamento implícito?

Com Ludgero Henrique Perdizes e Álvaro Busana, que abordaram problema semelhante no inquérito policial, podemos concluir que *todo arquivamento deve ser expresso*³⁴.

³⁴ A admissibilidade do arquivamento implícito, RBCC, 5/160.

Entretanto, se, não obstante esse dever de fundamentar, a fundamentação estiver ausente, ou não tiver sido encaminhada ao CSMP, o que fazer?

Em primeiro lugar, devemos reconhecer que nesse caso estará havendo um irregular arquivamento implícito, e, *ipso facto*, devolve-se o conhecimento da matéria ao órgão competente para a revisão do arquivamento (o CSMP). Negá-lo será permitir a burla ao sistema de arquivamento do inquérito civil. Em outras palavras, se o Promotor de Justiça arquivasse fundamentadamente o inquérito civil, haveria controle do CSMP; se arquivasse sem fundamento algum ou sem apreciar fato algum, não haveria qualquer controle para seu ato... Seria rematado absurdo.

Quem deve provocar o CSMP para rever o ato do Promotor de Justiça? Em primeiro lugar, o próprio Promotor (art. 8º, *caput*, e § 1º, da LACP); por isso que deve ele evitar os chamados arquivamentos implícitos. Em segundo lugar, qualquer interessado pode representar ao CSMP denunciando um arquivamento implícito e pedindo tome ele conhecimento do caso (p. ex., um co-legitimado, uma associação, uma das vítimas de lesões individuais homogêneas etc.). Por fim, até o Juiz pode provocar o reexame do arquivamento do inquérito civil.

Há alguns anos, invocando analogicamente o sistema do art. 28 do CPP, uma Juíza paulista entendeu ter havido um arquivamento implícito e remeteu o caso ao reexame do Procurador-Geral de Justiça (que era o próprio autor do arquivamento implícito), no chamado *Caso Baneser*³⁵. Enganou-se quanto ao destinatário da revisão.

Se quem deseje provocar a revisão do caso é o próprio Juiz, não há porque seguir às inteiras o rito do art. 28 do CPP e enviar o caso a reexame do Procurador-Geral de Justiça (como ocorreu no *Caso Baneser*): o correto será buscar mais exata analogia com o art. 9º da LACP; assim, a revisão do arquivamento, implícito ou expresso, incumbirá sempre ao CSMP.

³⁵ Pt. n. 2.976/95-CSMP.

TRAMITAÇÃO DO INQUÉRITO CIVIL NO CSMP

Arquivado o inquérito civil, o membro do Ministério Público que o arquivou deverá remeter os autos ao CSMP. Poderá o CSMP: *a*) homologar o arquivamento; *b*) reformar o arquivamento e mandar que outro membro do Ministério Público proponha a ação civil pública; *c*) converter o julgamento em diligência.

O arquivamento somente confere uma solução administrativa para o procedimento, solução esta limitada ao âmbito do Ministério Público, e assim mesmo não cria preclusão alguma nem impedimento para novas investigações. Arquivado o inquérito civil, qualquer outro co-legitimado pode propor a ação que o Ministério Público entendeu de não propor; o próprio Ministério Público não está inibido de propô-la, apesar do arquivamento do inquérito civil, desde que reveja a qualquer tempo sua posição anterior. Nesse sentido, inviável a restrição contida no art. 111 da LOEMP (a de só se poderem reabrir as investigações se de outras provas se tiver notícia), seja porque a LOEMP desbordou seu objeto, seja porque violou o modelo federal, seja enfim porque dispôs sobre pressupostos processuais (segundo a lei paulista, sem novas provas o Ministério Público não poderia reabrir as investigações cíveis, e, *a fortiori*, não poderia propor a ação...).

Com Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, que mantém o mesmo entendimento a respeito, cabe lembrar que o arquivamento não cria direitos nem uma situação jurídica que deva ser mantida³⁶, salvo, apenas, que fará cessar o óbice ao curso da decadência em matéria de danos ao consumidor, por defeitos ou vícios do produto ou do serviço (CDC, art. 26, § 2º, III). Da mesma forma, Nelson e Rosa Nery sustentam, já sob a vigência da atual LOEMP, que, de forma írrita, seu art. 111 não poderia violar o modelo federal para o inquérito civil³⁷.

³⁶ *Apontamentos sobre o inquérito civil, Justitia*, 165/33. Embora se trate de estudo publicado antes da vigência da atual LC paulista n. 734/93 (LOEMP), seu ensinamento mantém toda atualidade.

³⁷ *Código de Processo Civil comentado*, cit., notas à LACP.

ARRAZOAMENTO PERANTE O CSMP

A LACP permite que associações legitimadas apresentem razões e documentos ao CSMP, antes do julgamento da promoção de arquivamento (art. 9º, § 2º). Mas, embora mencione a lei apenas as associações, na verdade, qualquer interessado pode fazê-lo (o investigado, terceiros interessados, e até os co-legitimados, ainda que não associações), pois isso é decorrência do direito genérico petição.

Para esse fim, deve-se assegurar publicidade à tramitação do inquérito civil no CSMP, com julgamentos em sessões públicas, conforme precedentes do CSMP paulista e conforme disposto em seu Regimento Interno (arts. 203-245), ressalvadas, naturalmente, as hipóteses de sigilo legal.

ALCANCE DO PODER REGIMENTAL DO CSMP

O art. 9º, § 3º, da LACP, prevê que o reexame dos arquivamentos dos inquéritos civis será feito pelo CSMP, *na forma de seu regimento interno*.

A própria lei federal estipula que o regimento interno do CSMP é que deve regulamentar como esse órgão fará o reexame dos arquivamentos dos inquéritos civis e deliberará a respeito. Nessa matéria, o regimento do CSMP tem caráter complementar e assume nível hierárquico superior ao da própria lei orgânica estadual de cada Ministério Público, ou ao de atos regulamentares de outros órgãos ministeriais, como o Colégio de Procuradores de Justiça ou a Procuradoria-Geral de Justiça.

Para atender a esse mandamento legal, o CSMP paulista elaborou regimento interno, publicado no *DOE*, com as regras sobre a tramitação da confirmação, rejeição de arquivamento ou conversão em diligência do inquérito civil³⁸.

38. Cf. arts. 203-245 do Ato n. 5/94-CSMP (*DOE*, seq. I, 21-10-94, p. 44).

QUEM FAZ A DESIGNAÇÃO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO?

Rejeitado o arquivamento do inquérito civil pelo CSMP, quem fará a designação de outro membro do Ministério Público para propor a ação civil pública? O CSMP (art. 9º, § 4º, LACP) ou o Procurador-Geral de Justiça (art. 10, IX, *d*, da LONMP)? Há um aparente conflito entre os dispositivos da LACP e da LONMP.

A correta solução consiste no seguinte: em decorrência do julgamento do caso, o CSMP escolhe quem deva propor a ação (a escolha do CSMP paulista tem sempre recaído no substituto automático do Promotor de Justiça que propendeu pelo arquivamento); o Procurador-Geral, como presidente do Conselho, apenas expede o ato formal de designação³⁹.

CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES

Os conflitos de atribuições entre órgãos de execução do Ministério Público são solucionados pelo respectivo Procurador-Geral (art. 10, X, da LONMP).

Se não houver conflito de atribuições, mas entendimento de um Promotor de Justiça de que o caso é da atribuição de outra Promotoria de Justiça do mesmo Estado, bastará a remessa dos autos à Promotoria competente. Se o Promotor de Justiça destinatário recusar a remessa, sobrevirá conflito de atribuições entre os respectivos membros da instituição, e esse conflito será resolvido pelo Procurador-Geral, no sistema vigente.

Se, porém, o Promotor de Justiça de um Estado entender que a presidência do inquérito civil é de atribuição de outro Ministério Público (p. ex., o de outro Estado, ou o Federal), de boa cautela será remeterem-se-lhe os autos por intermédio do CSMP, pois, nesse caso, ao declinar da atribuição própria para investigar o caso, o membro do Ministério Público estará fazendo um verdadeiro arquivamento do caso na esfera local

³⁹ É esse o posicionamento que sustentamos em *A defesa dos interesses difusos em juízo*; no mesmo sentido, cf. Nelson & Rosa Nery, *CPC comentado*, *id. ib.*; v., ainda, Antonio Augusto M. Camargo Ferraz, embora escrevendo antes da LONMP, *Justitia*, 165/33.

(quando um Promotor de Justiça do Ministério Público local entende que a atribuição não é da instituição a que pertence).

De qualquer forma, eventuais conflitos de atribuição serão resolvidos na forma da legislação pertinente⁴⁰.

ARQUIVAMENTO DE OUTROS CASOS QUE NÃO OS DA LACP

Segundo o art. 110 CDC, o sistema da LACP se aplica à defesa de quaisquer interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e não só àqueles ligados ao meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e ordem econômica. Isso é decorrência, aliás, da norma residual inserida pelo CDC ao art. 1º, IV, da LACP.

Com isso se quer dizer que o sistema do inquérito civil, previsto na LACP, também se aplica à investigação de danos a quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Resta indagar: e as lesões ao interesse público em sentido estrito (p. ex.: ao patrimônio público)? E as lesões a interesses individuais indisponíveis, muitas das quais que também ensejam atuação do Ministério Público por meio de ações civis públicas (p. ex.: questões atinentes à defesa de uma criança ou um adolescente, ou à nulidade de casamento, ou à propositura de uma ação rescisória a cargo do Ministério Público etc.)?

Já vimos que o inquérito civil se presta, analogicamente, a investigar outras questões fáticas que possam em tese ensejar a atuação ministerial com propositura de ação civil pública, ainda que com objeto diverso da defesa dos clássicos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (p. ex.: denúncias de irregularidades numa fundação, ações diretas de inconstitucionalidade, ação de nulidade de casamento, ações cíveis baseadas nas hipóteses previstas no ECA).

⁴⁰ A respeito do conflito entre Ministérios Públicos diversos, v. nosso *Regime jurídico do Ministério Público*, cit., Cap. 6, n. 27.

Além do inquérito civil, a CF comete ao Ministério Público o poder de dirigir investigações e procedimentos administrativos (arts. 129, III, VII e VIII); por outro lado, já vimos que a LOMPU e a LONMP também permitem a instauração de inquérito civil, com objeto mais abrangente que o originário da LACP (LONMP — art. 25, IV, da Lei 8.625/93; LOMPU — art. 7º, I, e 38, I, da LC federal n. 75/93); por fim, por analogia ao sistema da LACP, nada impede que seja instaurado inquérito civil também para casos nesta não abrangidos.

Nessas hipóteses, para eventual controle de arquivamento de inquérito civil, deve-se aplicar por analogia o art. 9º da LACP e não o art. 28 do CPP.

Em matéria de inquérito civil, a posição do CSMP paulista tem sido a de que: *a)* em se tratando de lesão a quaisquer interesses metaindividuais, é sempre obrigatória a revisão pelo CSMP, mesmo que não se trate de hipótese expressamente prevista na LACP (assim, os casos de improbidade administrativa, por exemplo); *b)* em se tratando de lesão a interesses meramente individuais, não se faz a revisão do arquivamento pelo CSMP (como em casos de danos a interesses individuais previstos no ECA; nesse sentido, é o que dispõe a Súmula n. 19 CSMP⁴¹).

A nosso ver, a tendência é a de que, gradativamente, todos os casos de arquivamentos de inquérito civil passem a ser revistos pelo CSMP, refiram-se eles à matéria abrangida pela LACP ou não.

EFEITOS DO ARQUIVAMENTO

O arquivamento do inquérito civil faz com que volte a correr a decadência em matéria de danos ao consumidor, por defeitos ou vícios do produto ou do serviço (CDC, art. 26, § 2º, III).

Já no âmbito estrito do próprio Ministério Público, o efeito do arquivamento do inquérito civil consiste causar o encerramento da investigação.

⁴¹ V. nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., Cap. 43.

Outrossim, acolhida ou não a promoção de arquivamento do inquérito civil, cria-se para o Promotor de Justiça que a lançou um impedimento lógico para que funcione em eventual ação promovida com base nos mesmos fatos por outro membro da instituição ou por uma entidade co-legitimada⁴².

De fato, se for proposta a ação por *outro* membro do Ministério Público ou por entidade co-legitimada, não poderá o mesmo membro que tinha promovido a arquivamento funcionar no feito, nem mesmo como fiscal da lei, como veremos adiante.

O arquivamento do inquérito civil óbice algum traz a que outro co-legitimado proponha a ação (art. 129, § 1º, da CF): isso é decorrência do fato de tratar-se de legitimação concorrente e disjuntiva aquela para propor a ação civil pública (art. 5º da LACP).

É possível a *reabertura* do inquérito civil arquivado?

Há duas posições: *a)* uma, de que só é possível fazê-lo com base em novas provas (em analogia com o art. 19 do CPP, que exige notícia de “outras provas” para reabertura do inquérito policial; é, aliás, o sistema da LC estadual n. 734/93, art. 111); *b)* outra, de que não há necessidade de novas provas, pois, ao contrário do que ocorre com o inquérito policial, no qual existe vedação expressa, já no inquérito civil a lei não restringiu a reabertura das investigações.

Para solucionarmos a controvérsia, antes de mais nada é preciso colocar no devido lugar a LC paulista n. 734/93 (LOEMP): embora o inquérito civil seja *procedimento* e não *processo* (o que em tese permitiria que lei estadual dispusesse sobre ele), na verdade não é a LOEMP instrumento adequado para disciplinar o inquérito civil porque: *a)* o objeto da LOEMP está limitado pelo art. 128, § 5º, da CF (organização, atribuições e estatuto do Ministério Público local); *b)* a disciplina do inquérito civil não diz, pois, respeito ao objeto que a CF reservou à LOEMP; *c)* tem o Procurador-Geral de Justiça iniciativa legislativa facultada para projeto de lei para dispor

42. Esse impedimento decorre da norma do art. 9º, § 4º, da LACP, que manda que, se for caso da propositura da ação civil pública, officie *outro membro do Ministério Público* que não aquele que propendeu pelo arquivamento.

sobre organização, atribuições e estatuto da instituição, mas não para dispor sobre a disciplina do inquérito civil, bem como a seu arquivamento ou à sua reabertura; *d*) o inquérito civil está disciplinado pela própria LACP, que, diversamente do CPP, *não faz restrições sobre a reabertura do inquérito civil arquivado* — e não poderia a LOEMP violar o modelo federal estabelecido na LACP para o inquérito civil.

A LACP não fez restrições à reabertura do inquérito civil porque: *a*) diversamente do inquérito policial, que versa sobre o *ius puniendi* do Estado e o *status libertatis* do indivíduo, e de cuja ação penal pública o Ministério Público é o único titular privativo, já na ação civil pública e no inquérito civil, os interesses em jogo não são do Estado, e sim são metaindividuais, porque vêm compartilhados por indivíduos lesados; neste campo, longe de ser titular privativo, o Ministério Público é apenas um legitimado concorrente e disjuntivo para a defesa de interesses metaindividuais; *b*) nenhum dos co-legitimados à ação civil pública ou coletiva está vinculado ao arquivamento do inquérito civil; porque o estaria só o próprio Ministério Público, se a própria lei federal não o disse expressamente?

Nesta questão, não cabe analogia com o inquérito policial, pois a situação não é a mesma nem apresenta semelhanças suficientes para que se busque a mesma solução. O certo é que, sob um inquérito policial arquivado, *sem nova prova*, ninguém pode propor a ação penal pública (nem o Ministério Público nem o particular, por meio de ação privada); mas sob inquérito civil arquivado, qualquer co-legitimado pode propor a mesma ação *até sem nova prova*.

A solução contrária violaria a regra geral da LACP, e, o que é pior: *a*) criaria um pressuposto processual único para o foro paulista, diverso dos demais Estados da Federação; *b*) adviria de uma lei estadual, que não poderia restringir o acesso do Ministério Público ao Judiciário, acesso este que lhe foi irrestritamente concedido pela lei federal. E se pode o mais, que é propor a ação civil pública, porque não poderia o menos, que é simplesmente reabrir as investigações, com ou sem novas provas?

Lembrando, mais uma vez, o ensinamento de Nelson & Rosa Nery, cabe dizer que, como a LACP é lei nacional que contém disciplina integral do inquérito civil, não pode o legislador estadual violar a *teoria do modelo federal* (seria o mesmo que cada Estado regulamentasse o inquérito policial de forma diferente, usando como pretexto o fato de ser ele um procedimento e não um processo)⁴³ .

Por cautela e para evitar discussões desnecessárias, quando o Promotor de Justiça quiser reabrir um inquérito civil arquivado, não custa, porém, registrar nos autos, sempre que for o caso, que tem *notícia de novas provas*, indicando-as onde sabe que pode ou espera obtê-las.

SUSPEIÇÃO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Promotor de Justiça que promoveu o arquivamento (não *requereu* mas *promoveu* o arquivamento) pode depois ajuizar a ação civil pública que ele próprio tinha antes resolvido não propor?

Se tiver havido rejeição pelo arquivamento do CSMP, não poderá. Nesse caso, a própria lei (art. 9º, § 4º, da LACP) assegura que será designado *outro* membro do Ministério Público (não só para preservar a liberdade de convicção do Promotor de Justiça originário, como também para evitar clara incompatibilidade, ou seja, para impedir que este, podendo estar convencido do descabimento da ação, tenha interesse na improcedência).

Mas, depois de homologado o arquivamento do inquérito civil, em virtude de nova prova ou não, o Promotor de Justiça originário pode convencer-se de que há base para a ação. Nesse caso, não estará sendo violada sua convicção, e, assim, a nosso ver poderá propor a ação civil pública, por iniciativa própria ou por provocação de terceiro; nunca por determinação do CSMP.

43. *Código de Processo Civil comentado*, comentários à LACP.

E como fiscal da lei? O Promotor de Justiça que promoveu o arquivamento poderá officiar na mesma ação que ele não quis propor, agora proposta por outro colega do Ministério Público ou por um co-legitimado? A nosso ver, não o poderá. Como fiscal da lei, tem o membro do Ministério Público os mesmos impedimentos que o Juiz, e um deles é que não pode ter interesse na posição de uma das partes: tendo antecipado um juízo de descabimento da propositura da ação, sua posição de *custos legis* estaria comprometida. Teríamos no caso verdadeiro motivo de suspeição, que poderia justificar até mesmo a oposição da competente exceção.

INTERESSE PESSOAL DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como sabemos, as ações civis públicas de que cuida a LACP versam interesses metaindividuais, ou seja, alcançam um feixe de interesses individuais, ligados por um elo comum. A própria LACP exige que essas ações corram, em regra, no foro do local do dano, justamente para que o Juiz, o Promotor, as partes, as testemunhas e os peritos tenham maior facilidade de conhecer a extensão do dano.

Não raro isso levará, por exemplo, a que o Promotor que instaure o inquérito civil ou venha a promover a ação civil pública seja um dos moradores da cidade que está sendo contaminada pela poluição que ele visa a combater. Nesse caso, não estaria o Promotor de Justiça *pessoalmente interessado na solução da lide*, o que lhe retiraria condições de agir como autor ou até mesmo de instaurar o próprio inquérito civil?

Esse argumento peca por provar demais. Devemos distinguir: *a)* no caso de lesão a interesses *difusos*, pela sua total dispersão, não há impedimento algum. Caso houvesse impedimento, questões ambientais que dissessem respeito ao interesse de toda a coletividade sequer poderiam ser julgadas, porque o Juiz também estaria sujeito ao mesmo impedimento...; *b)* no caso de lesão a interesses *coletivos* ou *individuais homogêneos*, com titulares determinados ou determináveis, não poderão o Promotor ou o Juiz estar entre

os que foram pessoalmente lesados; os interesses individuais homogêneos ou coletivos não são comungados por toda a coletividade, abstratamente considerada, e sim por um grupo determinado. Se o Promotor ou o Juiz fizerem parte do grupo limitado que comunga dos interesses individuais homogêneos ou coletivos (aqui considerados em sentido estrito), estarão incompatibilizados de officiar no caso.