

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

ULISSES DIAS DE CARVALHO

**LEGITIMAÇÃO DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO:
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO CIVIL**

**Recife
2013**

ULISSES DIAS DE CARVALHO

**LEGITIMAÇÃO DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO:
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO CIVIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Linha de Pesquisa: Processo e Dogmática.

Orientador: Professor Dr. Fábio Túlio Barroso

Recife
2013

ULISSES DIAS DE CARVALHO

LEGITIMAÇÃO DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO:
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO CIVIL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Linha de Pesquisa: Processo e Dogmática.

Orientador: Professor Dr. Fábio Túlio Barroso

Dissertação defendida e aprovada em 05 de dezembro de 2013
pela banca examinadora constituída pelos Professores:

Dr. Fábio Túlio Barroso
(UNICAP)

Dr. Sérgio Torres Teixeira
(UNICAP)

Dr. Luciano Dorea Martinez Carreiro
(UFBA)

A Miguel

Agradecimentos

Ao Ministério Público do Trabalho, por possibilitar a clausura necessária à preparação deste trabalho.

A todos os colegas Procuradores do Trabalho e servidores do Ministério Público do Trabalho em Pernambuco que colaboraram direta ou indiretamente com na confecção deste estudo.

Ao Professor Fábio Túlio Barroso, pela inestimável orientação e confiança em mim depositada durante a elaboração da dissertação.

A todos os Membros da Banca Examinadora pela contribuição dada à dissertação.

À Procuradora do Trabalho, Christiane Vieira Nogueira, pela paciência na revisão do texto.

À minha esposa, por tudo.

“Só há *um* ver em perspectiva, *um* conhecer em perspectiva;
mais deixamos afetos tomar a palavra a respeito de outra coisa,
mais sabemos dar-nos olhos, olhos diferentes para essa mesma coisa,
e *mais* nosso ‘conceito’ dessa coisa, nossa ‘objetividade’ serão completos”
(Friedrich Nietzsche, A genealogia da moral, 2009, p. 133)

“Nem tudo no mundo virou pós-moderno,
restam vastas zonas modernas e até zonas pré-modernas”
(Dany-Robert Dufour, A arte de reduzir as cabeças, 2005, p. 22)

“Com a plena defesa são incompatíveis, e, portanto,
inteiramente, inadmissíveis, os processos secretos, inquisitoriais, as devassas...”
(João Barbalho, Constituição Federal Brasileira – Comentários, Rio de Janeiro,
1902, p. 323)

RESUMO

O presente estudo analisa a teoria criada sobre o inquérito civil a partir de um paradigma constitucional, no qual se reconhece uma normatividade forte dos princípios que instrumentalizam direitos fundamentais. Deste ponto de vista, os princípios constitucionais proporcionam o fechamento interpretativo do sistema jurídico, preservando a autonomia, a integridade e a coerência do direito. Como resultado da análise doutrinária e dos dados empíricos levantados na dissertação, 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. A partir desta 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. Os métodos utilizados foram a análise da bibliografia específica, o estudo documental de decisões judiciais prolatadas pelos Tribunais Superiores do Brasil e a discussão de dados obtidos nos arquivos da Procuradoria Regional do Trabalho da 6ª Região.

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. Da questo punto di vista, i principi costituzionali forniscono la chiusura interpretativa del sistema giuridico, conservando l'autonomia, l'integrità e la coerenza del diritto. Come risultato dell'analisi dottrina e dei dati empirici raccolti nella tesi, 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 considerato come semplice procedimento facoltativo 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. I metodi utilizzati sono stati l'analisi della bibliografia specifica, lo studio documentale di decisioni giudiziali emesse dai Tribunali Superiori del Brasile e la discussione dei dati ottenuti dagli archivi della Procura Regionale del Lavoro della 6ª Regione.

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

Lista de abreviaturas

ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
AI	Agravo de Instrumento
AgReg	Agravo Regimental
AP	Ação Penal
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90)
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei 5452/43)
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CPC	Código de Processo Civil (Lei 5.869/73)
CPP	Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689/1941)
CR	Constituição da República
DEJT	Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho
DJ	Diário de Justiça
ED	Embargos de declaração
IC	Inquérito civil
LACP	Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85)
LC	Lei Complementar
MP	Ministério Público
MPT	Ministério Público do Trabalho
MS	Mandado de Segurança
RE	Recurso Extraordinário
Res.	Resolução
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajuste de Conduta
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. MOVIMENTOS CONSTITUCIONALISTAS E PROCESSUALIDADE	17
1.1 Constitucionalismo clássico	18
1.2 Constitucionalismo principialista ou neoconstitucionalismo	20
1.3 Constitucionalismo garantista	26
1.4 O constitucionalismo brasileiro.....	33
1.5 A posição adotada no trabalho.....	36
1.6 Reflexos do constitucionalismo contemporâneo na teoria do processo	39
1.7 O Estado Democrático e a processualidade administrativa	43
2. O MINISTÉRIO PÚBLICO E O INQUÉRITO CIVIL	48
2.1 O Ministério Público	48
2.1.1 Origens do Ministério Público	48
2.1.2 O Ministério Público no direito comparado	50
2.1.3 Evolução funcional do Ministério Público nas Constituições brasileiras.....	55
2.1.4 Conceito e princípios institucionais.....	60
2.1.5 O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito.....	64
2.2 O inquérito civil.....	68
2.2.1 Disciplina legal.....	69
2.2.2 Doutrina nacional sobre os contornos teóricos do inquérito civil	72
2.2.3 O Poder Judiciário Brasileiro e o inquérito civil.....	76
3. O INQUÉRITO CIVIL SOB O ENFOQUE CONSTITUCIONAL-PROCESSUAL....	81
3.1 Processo e procedimento: uma visão constitucional.....	87

3.1.1 O argumento da prevalência do interesse público sobre o privado	90
3.1.2 Processo, procedimento e inquérito civil.....	94
3.2 O conteúdo do princípio do contraditório.....	98
3.2.1 Indícios de contraditório na disciplina normativa do inquérito civil	104
3.2.2 Uma palavra final sobre o princípio do contraditório	109
3.3 O formalismo do inquérito civil	111
3.4 A inquisitorialidade do inquérito civil e o Estado Democrático	113
3.5 Prejuízos jurídicos do inquérito civil	119
3.5.1 Os poderes do Ministério Público e o dever de respeitá-los	119
3.5.2 O inquérito civil como causa de suspensão de decadência.....	123
3.5.3 O Compromisso de Ajuste de Conduta.....	125
3.5.4 O valor probatório dos documentos produzidos no inquérito civil.....	128
3.6 A facultatividade do inquérito civil e o princípio do Promotor Natural.....	130
3.7 Análise dos dados empíricos	134
CONCLUSÕES	139
REFERÊNCIAS.....	143
APÊNDICE A – LISTA DE INQUÉRITOS CIVIS CONSULTADOS	155

INTRODUÇÃO

Faz parte do senso comum teórico dos juristas atribuir ao inquérito civil, instrumento criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e alçado ao nível constitucional pelo artigo 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. Nesta 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 grande questão que se coloca – e que se constitui no objeto do presente trabalho – 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 para a confecção desta dissertação limitam-se a repetir um discurso criado antes de 1985 e que foi fortemente influenciado pela teoria do inquérito policial, que era marcada pelas limitações de uma legislação editada durante a vigência do Estado Novo presidido por Getúlio Dornelles Vargas, período político caracterizado pela centralização de poder, nacionalismo e autoritarismo.

Assim, a partir de uma perspectiva garantista do direito, que se preocupa com uma interpretação democrática do direito e com a concretização dos direitos fundamentais, bem como que objetiva garantir o respeito à integridade e à coerência do direito e a possibilidade de que os cidadãos tenham seus conflitos solucionados a partir da 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 Termo de Ajustamento 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.

O tema proposto ostenta um cunho teórico, de forma que a pesquisa necessária à confecção deste estudo baseou-se, essencialmente, na observância das normas aplicáveis, revisão bibliográfica sobre o tema e na análise de precedentes de nossas Cortes Superiores (STF, STJ e TST). De se registrar que, se a tutela coletiva jurisdicional já tem merecido por parte da doutrina processualista uma grande atenção, o mesmo não pode se dizer da tutela extrajudicial de direitos e interesses coletivos. São poucas as referências bibliográficas que estudam de forma aprofundada o inquérito civil como um verdadeiro instrumento de pacificação de conflitos sociais, sobretudo com enfoque nas normas jurídicas impostas pela Constituição da República de 1988. Essa ausência de um aprofundamento teórico a respeito do exercício da parcela de poder destinada ao Ministério Público motivou a elaboração do presente trabalho, realizado na esperança de contribuir para a compreensão do principal instrumento administrativo de atuação ministerial.

Também é digno de nota que, como forma de comprovar a hipótese formulada, no sentido da impossibilidade de se construir um discurso democrática e constitucionalmente adequado sem uma abertura cognitiva do IC, realizou-se o levantamento de dados em inquéritos civis presididos por Procuradores do Trabalho do Ministério Público do Trabalho em Pernambuco. Conforme será melhor descrito no terceiro capítulo, a amostra estudada corresponde a pouco menos de 10% das investigações definitivamente arquivadas escolhidas de forma aleatória no sistema informatizado da referida instituição, o que representa um panorama significativo da forma de atuação dos membros ministeriais em seu cotidiano. Os resultados serão expostos e analisados no capítulo 3 desta dissertação.

O procedimento hipotético-dedutivo, com o estabelecimento de um problema e a formulação de uma hipótese, que se tentará provar ao longo do texto, foi utilizado no presente trabalho.

Aqui cabe fazer referência a uma escolha metodológica: ao longo do trabalho deixamos de analisar a aplicação do princípio da ampla defesa, previsto no inciso LV, do art. 5º, da CR, ao inquérito civil porque ela não é negada pelo discurso jurídico dominante. Na verdade, a sua aplicação é inerente ao modelo de unidade e inafastabilidade da jurisdição adotado no Brasil (CR, artigo 5º, inciso XXXV). Assim, sempre é possível garantir a ampla defesa ao inquirido porque lhe é assegurado, mediante provocação, o acesso ao Poder Judiciário para sanar lesão ou ameaça de lesão a direito seu. A impetração de mandado de segurança pelo inquirido contra eventual ilegalidade na abertura de um inquérito civil, por exemplo, já seria manifestação do princípio da ampla defesa, e, até onde se sabe, nunca foi negada pela doutrina processualista nacional.

O mesmo não se pode dizer do princípio do contraditório, entendido no presente estudo como a garantia de informação, de manifestação e de que sejam considerados os argumentos levantados por todo e qualquer litigante ou acusado dentro de determinado processo judicial ou administrativo (o conceito será mais bem analisado no terceiro capítulo), cuja aplicação ao inquérito civil é afastada pela doutrina e jurisprudência dominantes.

Diante disso, cabe perquirir se permanece válido o entendimento de que o inquérito civil constitui-se em simples procedimento administrativo, facultativo, em cujo âmbito não é obrigatória a aplicação do princípio constitucional do contraditório.

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. Em outras palavras, com a edição da Constituição de 1988, não há de se falar em processos públicos inquisitoriais. Todos os processos e/ou procedimentos administrativos ou judiciais devem respeitar os direitos e garantias fundamentais.

Os resultados da pesquisa ora relatada serão expostos ao longo do presente trabalho e sistematizados na seção destinada às conclusões.

Tendo em vista o objetivo exposto nestas linhas, subdividiu-se o presente texto em três capítulos.

O primeiro capítulo procura delinear as principais características e críticas ao constitucionalismo contemporâneo, delimitando, em seguida, as suas influências para a moderna teoria do processo. Dentro deste contexto serão analisados o constitucionalismo clássico ou “paleojuspositivismo”, o constitucionalismo argumentativo ou principialista, também chamado neoconstitucionalismo, e o constitucionalismo garantista ou normativo, bem como a influência destas teorias para o chamado neoprocessualismo ou formalismo-valorativo, que, conforme será visto, procura construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional, em função da íntima conexão existente entre essa forma de tutela jurídica e a dignidade da pessoa, tomando emprestado algumas de suas conclusões e aplicando-as ao estudo do inquérito civil no terceiro capítulo.

O segundo capítulo traz uma sucinta análise histórica a respeito do Ministério Público, bem como o seu posicionamento institucional em alguns sistemas jurídicos estrangeiros e no pátrio, buscando recriar o contexto histórico, social e político em que está inserida a instituição. Também procura demonstrar que o *Parquet* está vinculado a alguns princípios conexos ao Estado Democrático de Direito, como a proteção do regime democrático e dos interesses coletivos (*lato sensu*). Ainda nesse capítulo, é feita a descrição da disciplina legal do inquérito de natureza civil e analisados sua finalidade, objeto e natureza jurídica, a partir do ponto de vista da doutrina e jurisprudência dominante em nosso país.

No último capítulo, partindo dos pressupostos levantados nas duas primeiras partes, analisa-se de forma crítica – com os olhos voltados para a máxima proteção dos direitos e garantias fundamentais – o instituto do inquérito civil, trazendo elementos que demonstram a insuficiência do modelo teórico dominante sobre o tema. Busca-se resposta à seguinte questão: no atual estágio evolutivo de nosso ordenamento jurídico, ainda é possível aceitar a existência de processos ou procedimentos administrativos que afetam, direta ou indiretamente, a esfera jurídica das pessoas, que sejam completamente destituídos de um mínimo de contraditório? Por óbvio, e desde logo deixemos isto claro, não se discute 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 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 inquisitorial e facultativo?

1. MOVIMENTOS CONSTITUCIONALISTAS E PROCESSUALIDADE

A ideia de uma teoria sobre o constitucionalismo está vinculada, desde suas origens, ao estabelecimento de limites aos poderes supremos, a distribuição de competências, a transmissão e o exercício da autoridade, a formulação dos direitos e das garantias individuais e sociais¹. Este movimento está ligado à ruptura com as formas de organização de poder pré-modernas e com o apogeu da forma de Estado contemporâneo. Do ponto de vista do discurso, o constitucionalismo é a vitória de uma determinada forma de *sistema jurídico*, no qual são declarados direitos aos indivíduos que limitam a autoridade estatal; de uma determinada *teoria do direito*, que busca legitimar a validade formal e material das normas jurídicas dentro do próprio sistema; e de uma determinada *teoria política*, vinculada ao desenvolvimento da teoria da democracia. Segundo J. J. Gomes Canotilho², constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. É, pois, técnica de limitação do poder com fins garantísticos.

Modernamente, as Constituições são constituintes de poder no âmbito de validade ou na dimensão temporal, na medida em que instituem uma nova estrutura política, renovando-lhe a fundamentação normativa, positivada juridicamente³. O exercício do poder somente dar-se-á legitimamente caso respeite os limites democraticamente criados pelos representantes do povo.

Apesar de o constitucionalismo não se constituir em um único movimento, mas sim em vários, em face das especificidades históricas, culturais, políticas, econômicas etc., dos países, será feito a seguir um breve resumo das principais linhas teóricas do constitucionalismo clássico ou positivista, do constitucionalismo principialista ou neoconstitucionalismo e do garantismo constitucional, com a finalidade de identificar as principais características do constitucionalismo brasileiro na atualidade, especialmente após a edição da Constituição Republicana de 1988, ocasião em que o Estado brasileiro tornou-se formalmente Estado Democrático de Direito.

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 36.

² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 51.

³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 21.

Em seguida, como tópico imprescindível para o desenvolvimento dos posteriores capítulos do presente trabalho, serão exploradas as consequências da adoção do mencionado modelo de Estado no âmbito da relação administrado-administrador, dando especial enfoque à existência de uma *processualidade* administrativa imprescindível para a legitimação das decisões estatais pela busca de um *processo administrativo justo*, que assegure o cumprimento dos direitos fundamentais também na esfera extrajudicial.

1.1 Constitucionalismo clássico

O constitucionalismo clássico ou “paleojuspositivismo”⁴ caracterizou-se pela adoção do modelo positivista de direito. Segundo esta corrente de pensamento, haveria a estrita separação entre o direito e elementos de natureza moral, ante o pressuposto de que não existiria uma única moral, ou “a” moral. A inexistência de uma moral absoluta, ou seja, uma moral válida em todos os tempos e em toda a parte, levaria à rejeição da afirmação de que o direito deve ser moral. Porém, como defendido por Hans Kelsen⁵, a adoção de visão de valores relativista não significa que não haja qualquer valor e, especialmente, que não exista uma justiça absoluta, mas apenas uma justiça relativa, que os valores que nós constituímos através de nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valores não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos. Restariam, então, apenas dois elementos de definição para o direito: o da legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade e o da eficácia social⁶.

As definições de direito orientadas para a eficácia voltam-se para aspectos externos e internos da norma jurídica. O aspecto externo consiste na regularidade de sua observância e/ou na sanção de sua não observância. O elemento externo aqui seria a possibilidade de aplicação de uma sanção na hipótese do descumprimento da norma. São exemplos desse tipo de conceituação as teorias sociológicas do direito de Max Weber e Theodor Geiger. O aspecto interno de uma

⁴ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE; André Karam (ORG). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-56.

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 76.

⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 4.

norma consiste na motivação de sua observância e/ou aplicação⁷. É a linha adotada por Niklas Luhmann, que entende o direito como a estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas normativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos, ou seja, expectativas que não seriam abandonadas quando transgredidas⁸. Por sua vez, as definições de direito voltadas para a legalidade ou normatividade veem o fenômeno jurídico a partir da perspectiva do participante, especialmente a do juiz, que está em primeiro plano. É desta concepção a ideia de direito como uma ordem normativa coativa⁹, cuja validade baseia-se em uma norma fundamental pressuposta.

Para o constitucionalismo positivista, há a identificação teórica da legalidade com a legitimidade, de tal forma que legítima seria toda lei que, previamente, tivesse obedecido ao procedimento legislativo (a validade das leis dependia mais do respeito ao dito processo do que do seu conteúdo). Nota-se que estas visões do direito identificam-no quase que plenamente com o conteúdo das leis. Essa vinculação tem origens no pós Revolução Francesa, ocasião em que a magistratura, tida como vinculada ao Antigo Regime, teve seus poderes fortemente limitados. Se antes era permitido ao juiz decidir demandas valendo-se de diversas fontes de direito, criando, se necessário, regras próprias para o caso concreto, os julgadores pós-revolucionários limitavam-se a ser a “boca da lei”, servindo como meros instrumentos para aplicação das regras criadas pelo legislador. E não podiam se negar a decidir causas levadas ao seu conhecimento sob o pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, sob pena de serem processados por negativa de prestação jurisdicional¹⁰. Partia-se da (falsa) pressuposição de que o sistema jurídico era tido como completo, sem lacunas, sem antinomias e ambiguidades. Não havia o

⁷ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 18-20.

⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 57.

⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 36. Segundo suas palavras, dizer que o direito é uma ordem coativa significa que suas normas estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica, o que não significaria que em todos os casos de efetivação da norma seria necessário o emprego da coação física. Seu uso somente se daria quando houvesse resistência por parte da pessoa atingida.

¹⁰ Código Civil Francês de 1804, art. 4º: Le juge qui refusera de juger sous pretexte du silence, de l'obscurité ou le l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice (Livre tradução: Um juiz que se recusa a julgar sob o pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, pode ser responsabilizado por denegação de justiça).

Norma de semelhante teor ainda vige em nosso ordenamento jurídico: art. 126 do Código de Processo Civil (O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito).

reconhecimento da autonomia e do caráter normativo dos princípios¹¹. Dessa circunstância decorria a grande dificuldade em explicar conceitos indeterminados no direito. Em síntese, Eduardo Cambi¹² afirma:

Prevalecia a superioridade do legislador frente aos juízes. A visão do princípio da separação dos poderes era simplificada pela *onipotência* (soberania) do legislador frente ao servilismo dos juízes. O raciocínio judicial se limitava à constatação das condições para a imposição da regra jurídica. A sentença era resultado de mero silogismo judiciário, reduzindo o Direito a um cálculo matemático.

Em síntese, o constitucionalismo positivista era marcado pela rigidez legalista, que resumia o direito ao que estava estabelecido em regras jurídicas, que tinha a pretensão de regular todos os aspectos da vida. Os princípios eram instrumentos secundários utilizados quando fosse verificada a existência de alguma lacuna jurídica. Reinava o discurso de que os valores não deveriam influir no processo de aplicação do direito, na medida em que a legitimidade das normas referia-se unicamente a sua procedência, e não à racionalidade de seu conteúdo¹³, cabendo aos juízes apenas externar a *vontade* prevista no texto legal.

1.2 Constitucionalismo principialista ou neoconstitucionalismo

A partir do segundo pós-guerra, o constitucionalismo passou a ser encarado como a superação do positivismo jurídico, que não mais corresponderia às necessidades das democracias constitucionais. Nesta nova roupagem, que passou a ser chamada de neoconstitucionalismo, parece haver a preocupação com as transformações pelas quais passou o direito e o Estado, dando ênfase para as teorias da argumentação jurídica, as cortes constitucionais, altos tribunais supranacionais e internacionais, mantendo, no entanto, a tradição propriamente

¹¹ Aos princípios gerais do direito, precursores dos princípios constitucionais, era garantido o *status* de elementos integradores do ordenamento quando verificada a existência de lacunas jurídicas, conforme se verifica no já citado artigo 126, do CPC, e no artigo 4º, do Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil) (DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 124-132).

¹² CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 84.

¹³ CARVALHO NETO, Menelick de, SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 47.

científica do positivismo¹⁴. A legitimidade democrática dos governos contemporâneos passa a ser medida pelo respeito e efetivação dos direitos fundamentais, que acabam por se tornar alicerces das democracias modernas; a emergência e hegemonia desses direitos na estrutura político-jurídica dos Estados vêm a estruturar esse novo modelo teórico e normativo de constitucionalismo¹⁵.

Para essa forma de constitucionalismo, chamada de principialista ou não positivista por Ferrajoli¹⁶, o direito deixa de ser somente um conjunto de normas de conduta que se autolegitimam e passa a ser entendido também como prática jurídica. É retomada a conexão entre a moral e o direito, na medida em que é reconhecido que as constituições expressam e incorporam valores em suas normas e que haveria por parte do sistema o reconhecimento implícito a uma pretensão de justiça, entendida como o direito à igual consideração e respeito¹⁷ ou à equidade¹⁸. Pretende-se superar o paradigma da validade meramente formal do direito, cabendo aos seus aplicadores entendê-lo dentro das respectivas relações de poder, aproximando os seus vínculos com as ciências políticas¹⁹.

O constitucionalismo principialista objetiva superar o positivismo jurídico, que não mais se mostrava idôneo para explicar os movimentos constitucionais do pós-guerra.

Para André Karam Trindade²⁰, esse movimento constitucionalista é caracterizado por três aspectos:

a) a existência de relação conceitual entre direito e moral, caracterizada pela incorporação de princípios de justiça de caráter ético-político nas normas

¹⁴ DOGLIANI, Mario. **(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tranecostituzionalismo e positivismo metodologico**. Costituzionalimo.it, 2010. Disponível em: <<http://www.costituzionalismo.it/articoli/357/>>. Acesso em: 25 mai. 2013, 23:05:00

¹⁵ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista**. 2. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006, p. 25.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE; André Karam (ORG). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-56.

¹⁷ DWORCKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

¹⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

¹⁹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

²⁰ TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasiliis*. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE; André Karam (ORG). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95-131.

constitucionais. A Constituição passa a ser vista como um programa positivo de valores²¹;

b) os valores constitucionais seriam instrumentalizados por meio de princípios, que deixam de ter função secundária no ordenamento, passando ao patamar de fonte primária do direito;

c) a aplicação desses princípios ao caso concreto depende do desenvolvimento de técnicas de argumentação jurídica, dentre elas a ponderação, confiada à atividade desempenhada pelos magistrados.

Nesse modelo, as constituições tomam o lugar dos códigos, acabando por superar o legalismo extremado. Agora, a lei deve se conformar aos termos dos princípios de natureza constitucional e dos direitos fundamentais. A interpretação do direito passa a depender tanto do ordenamento jurídico quanto do exame das circunstâncias do caso concreto. Os princípios constitucionais assumem a posição de direito posto, fonte não escrita, a que o juiz deve declarar, constatar, a sua existência. A dignidade da pessoa é alçada a princípio da permanência do Estado.

Do ponto de vista metodológico, nenhum sistema estabelecido pode indicar, a priori, qual método de raciocínio deveria o intérprete escolher para aplicar a lei. Tudo depende do problema posto à análise do aplicador. Neste contexto, é retomada a antiga metodologia dos tópicos jurídicos. Esses tópicos jurídicos referem-se aos lugares específicos de Aristóteles, que dizem respeito a matérias particulares, opostos a lugares-comuns, que utilizamos no discurso persuasivo²². Considerando que o Direito seria a arte do bom e do equânime (*Jus est ars aequi et boni*), esses lugares específicos do direito forneceriam razões que permitem afastar soluções não equitativas e desarrazoadas.

O desenvolvimento da tese neoconstitucionalista demanda uma nova teoria da norma jurídica, dentro da qual se diferenciam os princípios das regras, ambos espécie do gênero norma jurídica. Os primeiros são reconhecidos como os pilares axiológicos do sistema e alçados ao centro do sistema jurídico, porque se irradiam ou se expandem por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e a

²¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 88.

²² PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 119-120.

aplicação das normas e permitindo a leitura moral do direito²³. Apesar de possuírem um maior grau de abstração, a depender, por vezes, de densificação por meio de outra norma (outro princípio ou regra) de natureza inferior, o fato é que os princípios possuem força normativa vinculante, constituindo-se em disposições fundamentais que se irradiam sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência²⁴. Nesse sentido, os princípios seriam mandamentos de otimização e, como tais, podem ser preenchidos em graus diferentes²⁵, submetendo-se ao método da ponderação em seu processo de aplicação, pois, diferentemente das regras, possuem a dimensão do peso ou da importância. Por sua vez, as regras se esgotam em si mesmas, pois possuem comandos definitivos. São mandamentos definitivos²⁶. O método de aplicação das regras é o da subsunção, sendo aplicadas à maneira do tudo ou nada: dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e se aplica, ou não é válida, e não se aplica²⁷. Sintetizando a diferença entre regras e princípios Gustavo Zabrebelsky²⁸ afirma que

(...) as regras nos proporcionam o critério de nossas ações, dizem-nos como devemos, não devemos ou podemos agir em determinadas situações específicas por elas previstas; diretamente, os princípios não nos dizem nada a esse respeito, mas nos proporcionam critérios para tomar posições ante situações concretas, que, a priori, parecem indeterminadas. Os princípios geram atitudes favoráveis ou contrárias, de compromisso e apoio ou dissenso e repulsa para com tudo o que possa estar implicado em sua salvaguarda em cada caso concreto. Tendo em vista que carecem de hipótese de incidência, aos princípios, diferentemente do que ocorre com as regras, somente se pode dar algum significado operativo na aplicação ao caso concreto. Seu significado não pode determinar-se em abstrato, mas somente nos casos concretos, e somente nos casos concretos se pode entender o seu alcance.²⁹

²³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 89.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 807-808.

²⁵ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 64.

²⁶ Ibid., p. 131.

²⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, p. 39.

²⁸ ZAGREBESLKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 5.ed. Madrid: Editorial Trotta S.A, 2003, p. 110-111.

²⁹ Livre tradução do seguinte texto: (...) la distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen como debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios,

Esse novo constitucionalismo constitui-se em verdadeiro programa para o futuro, possuindo um sentido dúplice: em primeiro lugar, objetiva-se concretizar os direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional e em Tratados Internacionais de Direitos Humanos; em segundo, busca-se ampliar o paradigma democrático, assegurando a realização de todos os direitos e não somente os de liberdade; fazer respeitar os direitos fundamentais não somente nas relações entre os indivíduos e o poder público, mas também nas relações entre particulares; e ampliar o respeito aos direitos fundamentais no âmbito internacional, e não apenas no interior de cada Estado³⁰.

Todas essas características acabam por levar à *judicialização* da vida. Nesse processo, as grandes decisões que afetam a população de um modo geral são tomadas também com a participação do Poder Judiciário. Assim, o rol de legitimados para participar desse processo de tomada de decisões fundamentais – que consta com a natural participação dos Poderes Executivo e Legislativo – é ampliado, passando a contar com a intervenção da magistratura, que acaba por se transformar em verdadeiro corpo político, garantidor da efetivação de políticas públicas. Francisco José Borges Motta³¹ chega a afirmar que, com a inauguração do Estado Democrático de Direito após a edição da Constituição de 1988, a vida política no Brasil passou a ser arrebatada por um acentuado deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano do Poder Judiciário.

Nesta quadra, é exigida do Poder Judiciário uma postura ativa ante os desafios impostos pela sociedade contemporânea, fazendo com que ele participe de forma mais intensa na concretização dos valores e finalidades estabelecidos pelas Constituições e influenciando, por consequência, nas decisões sociais, econômicas e políticas relevantes. Nesta perspectiva, chega-se a defender a ideia de que o

directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de <<supuesto de hecho>>, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles <<reaccionar>> ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance.

³⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 108.

³¹ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito à sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 23.

Poder Judiciário possui o poder monopolístico de interpretar as normas constitucionais³².

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso³³ defende que:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Essa postura ativista tem como pressuposto o reconhecimento do papel criativo da jurisprudência, na medida em que decidir de forma proativa significa escolher dentre possibilidades interpretativas e políticas, de forma discricionária; significa valorar e balancear, tendo presente os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados instrumentos da história, da economia, da política, da ética, da sociologia e da psicologia, além daqueles meios já conhecidos da lógica abstrata e da análise linguística puramente formal³⁴.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 52.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judiciário e legitimidade democrática**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>, Acesso em: 02 ago.2012, 23:15:00.

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 1993, p. 33.

1.3 Constitucionalismo garantista

Uma outra forma de encarar o constitucionalismo contemporâneo é analisá-lo sob o ponto de vista normativista forte ou garantista, tal como vem fazendo Luigi Ferrajoli³⁵, Lenio Streck³⁶ e Eros Grau³⁷.

Para esta corrente do pensamento jurídico, a desvinculação da atuação judicial aos estritos termos de um legalismo não pode chegar ao ponto de se instaurar uma ditadura do Poder Judiciário, em que o juiz não estaria vinculado a nenhum parâmetro jurídico na aplicação do direito, sob pena de se enfraquecer a normatividade dos princípios constitucionais.

Dois casos concretos referidos pela doutrina bem demonstram o que é que o movimento constitucionalista em análise combate:

O primeiro, citado por Grau³⁸ e Neves³⁹, foi proferido pelo STF nos autos do HC 82.424-RS, conhecido como o caso Ellwanger. Na espécie discutia-se, sob o aspecto constitucional, a possibilidade de edição de livro com conteúdo antissemita. Durante as discussões, os Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes fizeram uso do mesmo princípio constitucional, a saber, o da proporcionalidade, para analisar a colisão da liberdade de expressão e da dignidade do povo judeu, chegando a conclusões absolutamente opostas: para Marco Aurélio, a restrição à liberdade de expressão não se constituiria em medida adequada, necessária e razoável, e, portanto, seria inconstitucional; para Mendes, seria medida proporcional ao eventual dano causado, sendo, assim, adequada à Constituição.

O segundo, mencionado por Streck⁴⁰, diz respeito ao voto proferido pelo Ministro do STJ Humberto Gomes de Barros, no AgReg em REsp nº 279.889/AL, DJ 11/06/2001, no qual há a seguinte assertiva:

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE; André Karam (ORG). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-56.

³⁶ Dentre outras obras, cita-se STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁷ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

³⁸ *Ibid.*, p. 23.

³⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 197.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 24-25.

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) Decido, porém, conforme a minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.

Outra recente decisão do STF também ilustra os excessos que podem vir a ser cometidos pelo protagonismo do Poder Judiciário: nos autos do MS nº 32.326/DF, o Min. Roberto Barroso, deferiu liminar para suspender os efeitos da deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados acerca da Representação nº 20, de 21/08/2013, que manteve no cargo de Deputado Federal Natan Donadon, mesmo após o seu acautelamento em presídio localizado na Capital Federal, por força de condenação criminal definitiva pela Suprema Corte a 13 (treze) anos, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado. A discussão girava em torno da legitimidade do Plenário da mencionada Casa Legislativa para declarar a perda do mandato parlamentar em decorrência da aludida condenação.

Desconsiderando a responsabilidade política das decisões tomadas pelos Deputados Federais (que mantiveram no cargo de representação popular um colega mesmo após o seu encarceramento) e inovando o ordenamento jurídico, o Min. Barroso deferiu a tutela provisória pleiteada, sob o argumento de que a regra estampada no § 2º, do art. 55, da CR (que determina que a perda do mandato do Parlamentar que for condenado criminalmente em decisão transitada em julgado será decidida pela Casa Legislativa respectiva, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa), não se aplica em caso de condenação em regime inicial fechado, que deva perdurar por tempo superior ao prazo remanescente do mandato parlamentar. Nessa situação, a perda do mandato se dá automaticamente, por conta da impossibilidade jurídica e fática de seu exercício.

Em outras palavras, segundo o entendimento de Barroso, se se cuidar de Parlamentar cujo prazo de encarceramento em regime fechado exceda o período

que falta para a conclusão de seu mandato, a Casa Legislativa não decidirá sobre a manutenção do cargo, mas tomará decisão vinculada e meramente declaratória, ainda que a CR nada diga a respeito. Na hipótese contrária, vale o texto constitucional. É inegável que a decisão em análise inova a ordem jurídica, de uma maneira absolutamente ilegítima, porque um Ministro da STF não possui atribuição constitucional para legislar exclusivamente sobre o tema em questão, e arbitrária, na medida em que ele se arvorou no direito de corrigir não somente a atitude do Congresso de manter no cargo Deputado Federal encarcerado por força de decisão judicial transitada em julgado, mas, também, a própria Constituição⁴¹.

Em todos os casos mencionados (e há inúmeros outros para serem citados), verifica-se a tendência de se querer reduzir o direito àquilo que dizem os tribunais, consubstanciando-se ele em práticas interpretativas e argumentativas, o que acaba por deslegitimar as normas produzidas pelo Poder Legislativo.

Como modelo de direito, o constitucionalismo garantista se caracteriza pela positivação dos princípios que devem subjazer toda a produção normativa. Configura-se como um conjunto de limites e vínculos impostos pelas Constituições a todos os Poderes do Estado, que é assegurado através de um controle jurisdicional de constitucionalidade. Como teoria do direito, tematiza a divergência entre o dever ser (constitucional) e o ser (legislativo) do direito. Distingue validade e vigência de normas infraconstitucionais, admitindo a existência de normas vigentes, porque editadas conforme normas procedimentais sobre sua criação, mas inválidas, porque incompatíveis com as normas de natureza substancial sobre a sua produção. Como filosofia e como teoria política, o constitucionalismo normativo consiste em uma teoria da democracia formal e substancial, entendida como um sistema jurídico e político articulado sobre os direitos políticos, civis, de liberdade e social, que equivaleriam não somente a *valores objetivos*, mas também a conquistas historicamente determinadas, suscetíveis de desenvolvimento e expansões⁴². Objetiva-se, a partir desta nova perspectiva, a construção de um direito

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **O Supremo não é o guardião da moral da nação**. Conjur.com.br, 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nao>>. Acesso em: 13 set. 2013, 23:49:00.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE; André Karam (ORG). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 23-25.

democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição que possua força normativa e da integridade da jurisdição⁴³.

Por conta da complexidade das sociedades modernas, questiona-se a tese da conexão conceitual entre direito e moral, na medida em que essa concepção resultaria na transformação do constitucionalismo em uma ideologia *illiberal*, cujos valores pretende impor a todos, porque, em algum sentido, são objetivos, verdadeiros ou reais. Nessa direção, Carvalho Neto e Scotti⁴⁴ afirmam que:

(...) em sociedades modernas, descentralizadas, pluralistas e multiculturais, o compartilhamento de valores e a identidade de formas de vida não são suficientes para o asseguramento da coesão social. “O que é bom para nós” torna-se, cada vez mais, uma questão no mínimo polêmica. Não mais parece plausível, e sequer desejável, conceber as noções de vida boa como socialmente homogêneas.

Destarte, não seria possível defender o método da ponderação, porque ele suporia valores intersubjetivamente compartilhados, o que não ocorre contemporaneamente. Nas sociedades verdadeiramente democráticas, há o reconhecimento de um pluralismo moral, ideológico e cultural, não se aceitando a existência de uma única moral, sob pena de instalação de um absolutismo moral incongruente com os hodiernos Estados de Direito.

Ademais disso, a técnica da ponderação não poderia ser utilizada como um modelo *ad hoc*, sem contornos definitórios, o qual se presta muito mais a uma decisão em torno das preferências particulares de indivíduos e grupos do que a uma argumentação normativa no plano constitucional de uma sociedade hipercomplexa, na qual as preferências valorativas variam imensamente entre grupos⁴⁵.

A diferenciação entre regras e princípios também é questionada pelos defensores do constitucionalismo garantista, sob o argumento de que a distinção proposta não consegue explicar diversos fenômenos jurídicos, tais como a hipótese

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE; André Karam (ORG). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94.

⁴⁴ CARVALHO NETO, Menelick de, SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 93-94.

⁴⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 218.

em que princípios se comportam como regras e a possibilidade de emprego do método da ponderação também na aplicação de regras.

Na primeira hipótese, reconhece-se a possibilidade de serem extraídos direitos subjetivos diretamente dos princípios instituidores de direitos fundamentais⁴⁶, além de se defender que por trás de cada regra deva existir um princípio constitucional. A diferença entre regras e princípios seria quase que de estilo. Os princípios, quando instrumentalizam direitos fundamentais, possuem formulações retóricas, com nítida relevância política. Eles enunciariam os valores ético-políticos por eles proclamados, em relação aos quais as regras seriam “opacas”; todavia, não haveria diferença real de estatuto entre a maior parte dos princípios e as regras, na medida em que a afronta a um princípio sempre faria dele uma regra que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes⁴⁷. A todo princípio corresponderiam regras consistentes em vínculos ou obrigações contrapostas. Assim, por exemplo, aos princípios consistentes em direitos de liberdade corresponderiam regras consistentes em limites e proibições a esses direitos. Alega-se, ainda, em defesa a esse posicionamento o fato de que a ideia de que as normas constitucionais não seriam normas rigidamente vinculantes, mas sim princípios ético-políticos, resultados de argumentações morais, favoreceu o desenvolvimento de uma criativa jurisprudência, o que, no Brasil, foi denunciado como *panprincipialismo* por Lenio Streck⁴⁸. Esse fenômeno servia como *álibi retórico* para a tomada de decisões subjetivistas, representando uma fragilidade do direito.

Em outras palavras, em democracias representativas, cabe ao Poder Legislativo o poder legislativo primário e ao Poder Judiciário, por meio da justiça constitucional, efetuar correções à legislação, mas isso não significa que possa este Poder construir decisões legiferantes fora daqueles casos autorizados pela

⁴⁶ Defendendo que do princípio do respeito à dignidade da pessoa humana podem ser diretamente extraídos direitos, Sarlet noticia a existência de diversos precedentes judiciais que reconhecem a impossibilidade do corte do fornecimento de energia elétrica, sob o fundamento que a falta de energia comprometeria as condições mínimas para uma vida com dignidade, bem como outras decisões que dizem respeito à liberação dos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço com o objetivo de atender necessidade prementes no âmbito da saúde da pessoa ou de um familiar (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 109).

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE; André Karam (ORG). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 40.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 518-534.

legislação, especialmente quando a própria Constituição aponta para outra direção⁴⁹.

Os princípios não são valores, mas sim a maneira pela qual a normatividade adquire forma normativa para além dos limites das regras. Dessa forma, para a garantia da coerência e integridade do direito, essa normatividade dos princípios proporciona o fechamento interpretativo do sistema jurídico. Assim, ao aplicador do direito não compete *descobrir* os valores ínsitos aos princípios constitucionais, mas sim se comprometer com as decisões tomadas e com os princípios que institucionalizam essas decisões. O juiz, nas palavras de Francisco José Borges Motta⁵⁰, não pode mais ser considerado um solista, e nem haverá “grau zero” na interpretação dos textos constitucionais e dos casos que os interpelam. O trabalho do aplicador do direito é um trabalho de equipe com os demais aplicadores do presente e do passado. É um trabalho construído em conjunto com os argumentos trazidos pelos participantes do processo particularmente considerado. Não há de se falar em regras prévias acabadas e nem com qualquer delas isoladamente, na medida em que é necessário adotar uma visão do direito como um todo coerente e íntegro. O direito, sob essa perspectiva, é também ciência com uma perspectiva histórica.

Por outro lado, o constitucionalismo garantista sustenta que a técnica da ponderação de princípios enfraquece a autonomia do direito. Em sua origem, a ponderação era um procedimento que servia para solucionar uma colisão em abstrato de princípios constitucionais⁵¹. Dessa operação resultaria uma regra que seria apta a resolver a demanda. Há, portanto, uma teoria que procura racionalizar a ponderação de valores. O problema é que no Brasil a ponderação vem sendo utilizada para justificar posturas voluntaristas, em que o juiz deixa de ser a “boca da lei” para ser “aquele que pondera princípios” e que decide conforme a sua consciência a partir de valorações de ordem subjetivas⁵². Aparentemente, há uma

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. In **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. Porto Alegre, Rio Grande do Sul: UNISINOS, julho-dezembro 2009, p. 75-83.

⁵⁰ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito à sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 31-32.

⁵¹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 156.

⁵² TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE; André Karam

excessiva ampliação do papel legiferante na interpretação judicial, desconsiderando-se que a ponderação ocorre em qualquer atividade jurisdicional, onde se dá o concurso de normas diversas. Diferentemente do que defende o constitucionalismo discursivo, a ponderação ocorre não na aplicação das regras ou princípios, mas na análise das circunstâncias fáticas subjacentes aos direitos fundamentais envolvidos. Ademais, desconsidera-se o fato de que as relações entre direitos são, sobretudo, de sinergia, na medida em que sem a efetivação dos direitos sociais, como o direito à educação e à informação, os direitos de liberdade não podem ser exercidos, assim como, sem a garantia dos direitos de liberdade, os direitos políticos ficariam prejudicados⁵³. Sobre o tema, conclui Luigi Ferrajoli⁵⁴:

(...) o paradigma garantista do constitucionalismo rígido exige que o Poder Judiciário seja o mais limitado e vinculado possível pela lei e pela Constituição, conforme o princípio da separação de poderes e a natureza quanto mais legítima mais cognitiva – e não discricionária – da jurisdição. Os juízes, com base neste paradigma, não ponderam normas, mas sim circunstâncias fáticas que justificam ou não a sua aplicação. Eles não podem criar e nem ignorar normas, o que implicaria uma invasão no campo da legislação, mas somente censurar a sua invalidade por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou, então, suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária; em ambos os casos, intervindo, assim, não na esfera legítima, mas na esfera ilegítima da política. Na verdade, a legitimidade da jurisdição se funda, a meu ver, sobre o caráter mais cognitivo possível da subsunção e da aplicação da lei, dependente por sua vez – bem mais do que pela formulação como regra – do grau de taxatividade e de determinação da linguagem legal; enquanto a indeterminação normativa e a conseqüente discricionariedade judicial são sempre um fator de deslegitimação da atividade do juiz.

Diante de todo o exposto, verifica-se que a técnica de ponderação, aplicada de forma irrefletida e indistinta, acaba por fragilizar a força normativa da Constituição, sujeitando a aplicação do direito a um conjunto de valorações subjetivas do intérprete.

(ORG). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 121.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE; André Karam (ORG). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 48.

⁵⁴ Ibid., p. 53.

1.4 O constitucionalismo brasileiro

A Carta Constitucional de 1988 provocou uma ruptura paradigmática no direito brasileiro, primeiro, porque rompe com o modelo autoritário que a precedeu, segundo, porque estabelece uma série de compromissos sociais, políticos e econômicos, e, terceiro, porque altera a relação Estado-cidadão, dando ênfase aos direitos fundamentais e ao regime democrático de direito. Deu-se no Brasil exatamente aquilo que aconteceu em diversas outras nações (como Canadá, Israel, Nova Zelândia e África do Sul) no quarto final no século XX, a saber, *uma revolução dos direitos constitucionais*⁵⁵.

Nos seus 25 anos de vigência, contudo, a força normativa da Constituição Republicana atravessou diversas fases. Segundo André Karam Trindade⁵⁶, podem ser identificados três estágios bastante distintos na evolução da jurisprudência constitucional brasileira:

a) uma fase inicial, entre a promulgação da Constituição e o final da década de noventa do século passado, marcada pela relativa dificuldade em se compreender o novo paradigma constitucional, de forma que grande parte das inovações construídas pelo constituinte restou encoberta, especialmente no que diz respeito aos mecanismos de controle de constitucionalidade e ao catálogo de direitos fundamentais;

b) uma fase intermediária, que teve início no final da década de noventa e vai até a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, e se caracteriza pela constitucionalização do discurso jurídico, em que os tribunais assumem o papel de verdadeiros intérpretes da Constituição Federal, a partir de contribuições advindas de estudos nos campos da hermenêutica e da argumentação jurídica; e

c) uma fase ativista, posterior à Emenda Constitucional nº 45/2004 até os dias atuais, que acaba por fortalecer o Poder Judiciário ao estimular o protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos.

Esse protagonismo judicial parece refletir as mudanças sociais e políticas pelas quais vem passando o país nas últimas duas décadas, mudanças estas

⁵⁵ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

⁵⁶ TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE; André Karam (ORG). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95-131.

fundadas na falta de confiança da população nos Poderes Executivo e Legislativo, na vontade de diminuir a discricionariedade concedida a esses Poderes e na crença da existência de uma genuína noção de democracia pós-guerra baseada na defesa de direitos humanos.

Sobre esse processo de judicialização das questões fundamentais da sociedade, Bernardo Sorj sustenta que a assunção do Poder Judiciário ao centro do sistema político estaria associada a processos de *desideologização* da sociedade e da perda da aura dos cargos políticos. Além disso, as constituições editadas no período pós-bélico passaram a incluir novos e abrangentes direitos, o que ampliou a litigiosidade social e os fundamentos do sistema jurídico, exigindo dos aplicadores do direito um maior ativismo, na medida em que passou a demandar a análise dos textos normativos sob o prisma do princípio da igualdade e de valores sociais escolhidos pelo Constituinte⁵⁷.

Ainda consoante Sorj⁵⁸,

Os efeitos da transformação interna da composição social do Judiciário, com a entrada de jovens da classe média baixa e a crescente participação feminina, sem tradições estabelecidas de deferência aos outros poderes, com uma sobrecarga de processos pelo crescente caráter contratual da sociedade moderna e o aumento da violência, em condições materiais de trabalho geralmente precárias. Essa situação gerou maior ativismo sindical e uma certa radicalização ideológica, pelo menos no sentido de os juízes não se considerarem mais obrigados a sancionar a vontade política ou os privilégios estabelecidos do Executivo ou do Legislativo.

No entanto, talvez haja mais: Hirschl⁵⁹ defende que o protagonismo judicial verificado nos últimos anos em diversos países tem como origem a vontade das elites de deixar a salvo de pressões populares a tomada de decisões estratégicas para o Estado. A judicialização de questões políticas fundamentais oferece o conveniente refúgio para políticos que procuram evitar a tomada de decisões políticas e morais em *casos difíceis*. Ao deixar tais decisões para o Poder Judiciário, membros do Executivo e do Legislativo veem-se libertos da necessidade de discutir temas fundamentais da e para a sociedade, garantindo, assim, a manutenção de um determinado *status quo* político e social e evitando tentativas de

⁵⁷ SORJ, Bernardo. **A nova sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 109.

⁵⁸ Ibid., p. 110.

⁵⁹ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 2004, p. 213-214.

mudanças efetivas em políticas públicas. Nesse processo todos saem ganhando: as elites políticas acabam por conseguir isolar suas preferências políticas das vicissitudes de uma democracia, as elites econômicas, a manutenção da garantia de mercados livres e incentivos governamentais e a Suprema Corte, o fortalecimento de seu poder simbólico e de sua posição institucional.

A consequência prática desse processo no constitucionalismo brasileiro é o fortalecimento da tese da discricionariedade dos aplicadores do direito, que devem, a partir da técnica da ponderação, dar efetividade aos valores constitucionais. Essa tendência decorre da questionável absorção pela doutrina constitucionalista da jurisprudência dos valores alemã⁶⁰, que defendia a existência de um direito distinto da lei, o qual permitia aos tribunais recorrer a métodos de decisão que escapassem dos rígidos padrões de legalidade impostos pelos países vencedores da Segunda Guerra Mundial. Os *valores* da teoria alemã serviam para dar abertura a um sistema jurídico marcado pelo legalismo extremo, que acabou desaguando no totalitarismo nazista encerrado em 1945.

No Brasil, esse argumento é utilizado para a defesa da adoção de posturas verdadeiramente voluntaristas, que apenas contribuem para o aumento do decisionismo judicial, vez que ainda não foi desenvolvida a contento uma teoria da decisão adequada, que garanta o estabelecimento de um mínimo padrão de coerência e integridade ao direito construído pelas cortes de justiça, colocando em xeque a própria democracia constitucional⁶¹.

Sob o manto da técnica de ponderação de princípios⁶², o constitucionalismo brasileiro passa a depender cada vez mais dos juízos subjetivos de cada julgador, colocando em risco a força normativa da Constituição, na medida

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 20.

⁶¹ TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE; André Karam (ORG). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95-131.

⁶² Lenio Streck (**Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 518-534) denuncia o que chama de *panprincipalismo*, ou seja, a utilização abusiva da noção de princípio jurídico, utilizada pelas cortes e pela doutrina com nítidas pretensões retórico-corretivas para solucionar os casos difíceis ou para corrigir as incertezas da linguagem. O autor enumera 34 desses princípios, dentre os quais se destacam o princípio da não surpresa, o princípio da delação impositiva, princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, princípio da humanidade, princípio da paternidade responsável e princípio da moderação na fixação do percentual de honorários advocatícios. Para ele, a criação e o uso indistinto dos *princípios* como meros instrumentos de retórica tem como consequência a perda da normatividade forte do texto constitucional.

em que o resultado do processo de aplicação do direito dependerá da *consciência* de seu aplicador. Como resultado, as decisões passam a depender excessivamente de juízos de valores individuais de cada julgador, abrindo margem para a tomada de decisões que acabam por desconsiderar a coerência e a integridade do direito. Tudo isso deságua no enfraquecimento do caráter normativo dos princípios constitucionais, que, como dito linhas acima, acabam sendo utilizados como álibis retóricos para fundamentar decisões jurídicas de alto teor subjetivista.

O fenômeno em análise foi objeto de recente estudo de Neves⁶³ que concluiu que, no Brasil, a invocação retórica de princípios como nova panaceia para os problemas constitucionais, seja na forma de absolutização de princípios em desprestígio das regras, seja na forma da compulsão ponderadora, além de implicar um modelo simplificador, serve para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, em consequência, à erosão continuada da força normativa da Constituição.

Por tudo isso, parecem corretas as conclusões de Ávila⁶⁴, no sentido de que o neoconstitucionalismo no Brasil está mais para uma espécie enrustida de “não-constitucionalismo”, a saber, um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização.

1.5 A posição adotada no trabalho

Apesar de reconhecer o antagonismo entre dois principais movimentos constitucionais pós-guerra, a saber, o neoconstitucionalismo e o garantismo, há pontos em comum entre as duas correntes teóricas, como, por exemplo, a relevância dada aos princípios fundamentais do sistema jurídico.

No presente trabalho, adotaremos uma visão um pouco menos extremada de garantismo, na qual valorizamos o papel do direito legitimamente editado pelo Poder Legislativo, que somente pode deixar de ser aplicado por meio da utilização

⁶³ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 196.

⁶⁴ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan/fev/mar 2009. Disponível em < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2013, 19:20:00.

das técnicas de controle de constitucionalidade, em nome da consolidação de nossa jovem democracia.

Como consequência, não negamos que o ordenamento jurídico brasileiro esteja fundado em uma normatividade que se divide entre regras e princípios. Há diversas regras ao longo do texto constitucional e na legislação infraconstitucional. Por outro lado, a própria CR é pródiga em estabelecer princípios para a atuação dos agentes públicos cuja redação é absolutamente aberta e dependente de um processo de interpretação por parte do aplicador do direito. Exemplo máximo dessa assertiva é a existência dos chamados Princípios Fundamentais, previstos entre os artigos 1º a 4º da Carta Constitucional, que estabelecem os fundamentos da República brasileira (art. 1º), a divisão das funções públicas (art. 2º), os seus objetivos fundamentais (art. 3º) e os princípios regentes das relações internacionais (art. 4º). A espinha dorsal da CR é principiológica e o desenvolvimento dessa noção pelas teorias argumentativistas é inquestionável.

Neste sentir, discordamos de afirmações garantistas do tipo *princípios são regras*⁶⁵. Como dito, há regras e há princípios em nosso ordenamento, e ambos são absolutamente necessários para a aplicação legítima do sistema. O abuso no reconhecimento da existência, utilização e ampliação do conteúdo dos princípios não pode nos levar à negação da sua importância para a teoria da decisão jurídica. É por meio dos princípios que se cria uma abertura necessária para legitimar a aplicação do sistema jurídico no Estado Democrático de Direito. Em face da sua relevância para o ordenamento e tendo em vista o reconhecimento de uma densidade normativa forte, defendemos que toda decisão jurídica deve partir e deve ser voltada para um princípio. As regras gerais e abstratas que regem o caso concreto devem estar submetidas a um constante processo de verificação de adequação com o texto constitucional.

Por outro lado, concordamos com a ideia garantista de que a ponderação entre princípios implica no exercício, pelo aplicador do direito, de uma dupla discricionariedade: em um momento inicial, quando é criada uma hierarquia axiológica entre os princípios de que se trate e, em seguida, quando o aplicador altera o valor comparativo desses mesmos princípios à luz de outra controvérsia a

⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 98.

resolver⁶⁶. Assim, é imprescindível para o desenvolvimento de nossa democracia o desenvolvimento de uma teoria da decisão jurídica, que estabeleça determinados limites para a utilização da técnica da ponderação.

Propomos um retorno ao texto constitucional, onde se determina que o Poder Judiciário somente está autorizado a funcionar como poder legiferante nos mandados de injunção e nas ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão. Defendemos a busca do cumprimento das competências constitucionais entre os diversos Poderes, evitando-se que um Poder interfira, muitas vezes de forma ilegítima, no âmbito de atuação de outro.

A respeito da necessidade de separação entre moral e direito, concordamos com a tese garantista de que os princípios não são valores. Isto porque não há de se confundir o direito com a moral, sociologia ou filosofia. É necessário ratificar a autonomia do direito. Mas entendemos também que o direito possui fortes elementos decorrentes das análises sociológicas, filosóficas e morais etc. Há valores subjacentes nos direitos fundamentais que foram escolhidos pelo Constituinte. O contraditório, por exemplo, é resultado de uma escolha ética do legislador. Nesse sentido, é de se reconhecer a função ética dos direitos fundamentais para o sistema jurídico, o que a doutrina vem chamando de eficácia horizontal ou objetiva desta espécie de direitos⁶⁷. O que se quer debelar é a utilização de supostos valores morais individuais ou resquícios de valores reinantes em outras épocas para a correção do direito que foi legitimamente construído por instituições competentes para tanto.

Não negamos a possibilidade do uso de técnicas de hermenêutica para a atualização e aplicação do direito, nem mesmo de instrumentos colocados à disposição dos aplicadores do direito para o controle da validade das normas jurídicas. O que se combate é a subjetividade excessiva, desregrada, que leva à fragilização do sistema, como exemplificado nos casos descritos no item 1.3 deste trabalho.

Nesse sentido, combatemos a utilização de álibis retóricos destituídos de maiores aprofundamentos teóricos como técnica para o afastamento da incidência de direitos fundamentais, tal como ocorre com a distinção entre as noções de

⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 116.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 168.

processo e procedimento para efeitos da inaplicação do princípio do contraditório, que será melhor estudado no terceiro capítulo deste trabalho.

Em síntese, temos que uma teoria constitucionalista verdadeiramente preocupada com a democracia e com a concretização dos direitos fundamentais necessita de um conjunto de princípios que tenham a função de estabelecer padrões hermenêuticos com o fito de preservar a autonomia do direito, estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional, garantindo o respeito à integridade e à coerência do direito, fixar que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos aplicadores do direito e garantir que cada cidadão tenha seus conflitos solucionados a partir da Constituição e que haja condições de aferir se a resposta dada está ou não constitucionalmente adequada⁶⁸.

1.6 Reflexos do constitucionalismo contemporâneo na teoria do processo

A despeito do enfraquecimento da densidade normativa dos princípios constitucionais no constitucionalismo contemporâneo, reconhecido pelo garantismo de Ferrajoli e Streck, é inquestionável os avanços na teoria do processo a partir da *revolução* paradigmática perpetrada pela Carta Constitucional de 1988. Como já mencionado neste trabalho, sob uma perspectiva garantista, não cabe ao aplicador do direito descobrir o conteúdo dos valores que estão ínsitos nos princípios constitucionais, mas sim se comprometer com as decisões tomadas e com os princípios que institucionalizam essas decisões, em respeito à integridade e à coerência do sistema. E o *locus* adequado para tanto é o processo (tomado aqui sob uma perspectiva ampla que inclui o processo administrativo, judicial e legislativo).

A partir desta concepção, o processo é um fenômeno cultural. É produto da cultura humana, necessariamente vinculado às *decisões fundamentais de uma sociedade* em determinada época, que não se esgota no âmbito da técnica. Por esse motivo, as relações entre o processo e a Constituição Federal não se colocam apenas no plano nas garantias processuais do processo, como normalmente se faz crer; elas vão além disso, devem ser pensadas dentro de uma nova teoria das

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 106-107.

normas, dentro de uma análise dos direitos fundamentais⁶⁹. Assim, o processo deve ser analisado a partir de uma metodologia própria do direito constitucional moderno.

A racionalização do exercício do poder deve se legitimar por meio de um instrumento democrático que garanta a participação de todos os interessados na formação da decisão que será produzida. O princípio democrático somente pode se expressar na ideia de soberania popular, que traz consigo uma resposta normativa ao problema da legitimação do poder no plano material, porque condiciona a legitimação do poder à participação dos cidadãos, em relação a seus direitos fundamentais e ao reconhecimento do pluralismo, e formal, porque representa simultaneamente uma fórmula de racionalização do processo político e uma forma de limitação do poder estatal⁷⁰. Ainda sobre a tese de um processo democrático, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira afirma que⁷¹:

Mostra-se totalmente inadequado, assim, conceber o processo, apesar do seu caráter formal, como mero ordenamento de atividades dotadas de cunho exclusivamente técnico, integrado por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário. A estrutura mesma que lhe é inerente depende de valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica de instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial. Na realidade, de uma ou outra maneira as diversas espécies de procedimento refletem sempre, numa escala especialmente clara, em que medida o Estado realmente respeita a personalidade e a liberdade de seus cidadãos e como são considerados o direito e a justiça. O direito processual vincula, portanto, a relação entre o Estado e o cidadão a um especial e rico polo de interesses, do mais alto valor substancial, e não a uma simples técnica alterável conforme o gosto e o humor do eventual detentor do poder.

Dentro desta forma de ver o processo, salta aos olhos a força normativa conferida ao princípio do devido processo legal, segundo o qual ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (CR, art. 5º, LIV). Pode-se afirmar, com apoio das lições de Nery Junior⁷², que desse princípio decorrem todas as consequências processuais necessárias para um processo justo

⁶⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

⁷⁰ Ibid., p. 91.

⁷¹ Ibid., p. 94.

⁷² NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 31.

de tomada de decisão. São manifestações desse princípio a necessidade de publicidade de atos processuais, a proibição da utilização de provas obtidas ilicitamente, o atentado aos princípios do promotor e do juiz natural e o desrespeito ao contraditório etc. Todos esses subprincípios decorrem do caráter processual do devido processo legal (*procedural due process*). Mas há outro aspecto desse princípio, ainda mais importante nas sociedades contemporâneas: o seu sentido material, que exige uma proteção suficiente e adequada aos bens jurídicos relevantes e que veda excessos na aplicação de leis. Daí falar-se em um direito fundamental a um *processo justo*⁷³.

Nessa direção, uma visão constitucional do processo exige do jurista uma postura que assegure a máxima efetividade à normatividade dos princípios constantes da Carta Constitucional, possibilitando, por exemplo, que ao cidadão seja garantido, em todo e qualquer processo que de alguma forma atinja o seu patrimônio, o direito de ser ouvido e de participar na formação da decisão que será tomada.

Defende-se a existência de um *processo comunicativamente justo*, que obriga a criação de meios comunicativos pré-procedimentais, como consultas ou fases preliminares do procedimento, a institucionalização de mesas redondas sob a forma de conferências de interessados, cooperação informal por meio de avisos, informações, esclarecimentos etc⁷⁴.

O processo passa a ser visto como um *direito* que garante o fomento ao debate e provimentos constitucionalmente adequados em uma perspectiva policêntrica e co-participativa⁷⁵. Para além de uma mera relação jurídica de direito público, o processo é, pois, um procedimento do qual participam (estão habilitados a participar) também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa impedir as suas atividades⁷⁶. Somente a partir destas perspectivas é que é possível

⁷³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107. No mesmo sentido, SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, e CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre, Fabris, 1988.

⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 514.

⁷⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 257.

⁷⁶ Livre tradução do seguinte texto: "(...) il <<processo>> è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti: in

falar-se na existência de condições de possibilidade suficientes para o estabelecimento de um *locus* adequado para a tomada de decisão legítima.

O processo, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas⁷⁷.

Atualmente, é aceito pela doutrina que as garantias constitucionais do processo desdobram-se em três planos: a) no plano jurisdicional, tanto no processo penal, quanto no cível e trabalhista; b) no plano das acusações em geral, em que a garantia explicitamente abrange todas as pessoas objeto de acusação; c) no processo administrativo sempre que haja litigantes. E à noção de *litigantes*, tendo em vista a máxima efetividade que deve ser garantida aos direitos fundamentais, deve-se dar o mais amplo significado possível. A litigância surge em razão de uma controvérsia, de um conflito de interesses⁷⁸. Portanto, a garantia constitucional prevista no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal, alberga tanto a situação em que dois ou mais administrados se apresentam em situações contrapostas diante do poder público, quanto nos casos em que a controvérsia gire em torno de interesses entre administrados e a administração⁷⁹. Esse fato decorre das profundas alterações que a Carta Constitucional de 1988 impôs na relação administração pública-administrado. Como valor do modelo de Estado a ser construído no projeto constitucional a democracia deve estar presente não somente na escolha dos representantes populares e na forma de confecção das leis e das decisões judiciais, mas também na forma como os atos administrativos são produzidos. Surge, assim, a necessidade de se estabelecer verdadeira processualidade no âmbito da administração, na medida em que as finalidades de garantia, de legitimação e controle do poder, de correto desempenho da função, de justiça e de democratização também estão presentes no processo de natureza administrativa.

contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterar ele loro attività". FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8. ed. Padova, Itália: CEDAM, 1996, p. 82.

⁷⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 211.

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios Processuais e Princípios de Direito Administrativo no Quadro das Garantias Constitucionais, in **Revista IOB de Direito Administrativo**, ano I, nº 16, abril de 2007, p. 30.

⁷⁹ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 78.

1.7 O Estado Democrático e a processualidade administrativa

É da identidade do Estado brasileiro contemporâneo o regime democrático (CR, art. 1º). Essa garantia não se estende apenas ao método de escolha dos representantes do dono do poder, mas também à forma de participação direta do povo nas escolhas fundamentais do país, na extensão do sufrágio, no pluralismo político e social, na igualdade (formal) de condições de acesso a cargos públicos etc.

A partir da década de 50 do século passado, a doutrina publicista passou a se preocupar com a criação de outras formas de efetivação da democracia, voltando os olhos não mais para a forma de escolha dos representantes, mas também para o modo como os eleitos tomam as decisões no exercício de seu *munus* público. Nesse sentido, democracia significaria também um determinado modo de exercício de poder⁸⁰.

É fora de dúvidas que a participação dos interessados na formação da vontade da administração pluraliza o discurso, propiciando a abertura necessária para o levantamento de diversos pontos de vista, além de possibilitar o controle da atividade pública, aspecto também ligado à democracia.

Dissertando sobre o tema, Odete Medauar⁸¹ elenca as diversas finalidades cumulativas do processo administrativo:

a) em uma visão constitucionalmente garantista, o processo constituir-se-ia em um primeiro círculo de garantia das posições jurídicas do administrado, enquanto supõe que a atividade administrativa tem de canalizar-se obrigatoriamente por parâmetros previamente determinados, como requisito mínimo indispensável para ser qualificada como legítima;

b) no processo, seria dada oportunidade para o interessados se manifestarem, pluralizando o debate e ampliando-se os pressupostos objetivos da decisão tomada;

c) essa objetividade dos pressupostos da decisão administrativa decorreria das informações colhidas, dos dados técnicos, dos argumentos levantados, o que a tornaria mais suscetível de aceitação e de cumprimento;

⁸⁰ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 84.

⁸¹ *Ibid.*, p. 61-69.

d) o debate e a abertura do processo administrativo viabilizariam a legitimação do poder, pois garantiriam a participação dos interessados na formação da vontade do Estado;

e) o processo administrativo viabilizaria a concretização do ideal de justiça material extrajudicialmente;

f) o processo garantiria uma maior aproximação entre o poder público e o administrado;

g) a institucionalização do processo no âmbito administrativo implicaria na necessidade de organização racional da edição de atos administrativos, facilitando o acesso do administrado ao poder público; a colaboração dos sujeitos e o conhecimento acerca da maneira de atuação administrativa facilitaria o controle por parte da sociedade e do Poder Judiciário;

h) por fim, o processo administrativo configurar-se-ia no ponto de convergência de vários princípios e regras jurídicas, campo propício para a concretização de tais normas.

Há ainda de se considerar que o exercício das prerrogativas atribuídas ao poder público se dá dentro de determinadas *funções administrativas*, noção vinculada a um dever de satisfazer determinadas finalidades em prol do interesse de outrem. Assim sendo, mais do que os poderes em si, são as finalidades públicas que devem ser realçadas, tornando absolutamente instrumental o exercício dos poderes públicos. Quem maneja tais poderes tem o dever de fazê-lo em prol do interesse alheio. É o que Celso Antônio Bandeira de Mello⁸² chama de manejo de *deveres-poderes*. Esclarece o autor que⁸³:

Quem exerce “função administrativa” está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido. Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “deveres-poderes”. Antes se qualificam e melhor se designam como “deveres-poderes”, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 43.

⁸³ *Ibid.*, p. 43-44.

para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações.

Observa-se nesta noção o caráter instrumental dos *deveres-poderes* e a tônica na ideia de *dever* de cumprimento do direito protegido. Há adstrição a uma finalidade previamente estabelecida e submissão do administrador aos termos da lei e da Constituição, na medida em que cada ato do poder público deve tomar os direitos fundamentais como baliza e referencial⁸⁴. Ora, a realização de controle (administrativo ou judicial) desses poderes se dá de uma forma muito mais democrática dentro de um processo, na medida em que ele propicia condições para o correto desempenho da função administrativa, pois leva ao equilíbrio entre a autoridade do sujeito público e os direitos dos particulares, além de se consubstanciar no *locus* adequado para o encontro de pontos de vista e interesses diversos, que obrigaria a consideração desses interesses e direitos co-presentes em certa situação⁸⁵.

Por tudo isso, tem-se enxergado o processo como um canal de legitimação das decisões do poder público, em especial pela presença atuante dos litigantes que representam parcela da sociedade, cujas razões devem ser levadas em consideração para influir de forma relevante na formação da decisão a ser tomada. Neste ponto, ressalta a importância do direito dos litigantes de influir no resultado do processo, pois de nada serviria propiciar momento para a manifestação dos interessados, sem que as razões apresentadas efetivamente servissem para persuadir o órgão a quem caberá decidir. A busca da solução justa é um empreendimento a que se somam esforços de todos os lados⁸⁶.

Assim, tal como o judicial, o processo administrativo não se esgota num conteúdo de garantias de direitos dos cidadãos (seja de direitos de índole negativa, seja de índole positiva). Hodiernamente, a doutrina criada sobre o processo administrativo também se preocupa em considerá-lo instrumento de participação dos cidadãos em todos os quadrantes da administração.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 388.

⁸⁵ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 68.

⁸⁶ MELO, Gustavo de Medeiros. Acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. In FUX, Luiz, NERY JR., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 680-706.

Bernardo Strobel Guimarães⁸⁷, ao estudar a evolução pela qual passou o processo administrativo brasileiro, atesta que atualmente o seu escopo é garantir a efetiva participação de toda a sociedade em todas as questões postas sob gestão da administração, circunstância que permitiria uma leitura bastante mais ampla do princípio do devido processo legal, integrada com os pressupostos da democracia administrativa. E conclui o mencionado autor⁸⁸:

Sem dúvida, surge hoje uma nova função para a cláusula do devido processo legal, qual seja garantir a participação dos cidadãos sobre todas as decisões administrativas. Afinal, o correto exercício da função pública é de interesse de todos, e não pode vir a ser amesquinhado por concepções restritivas acerca da participação dos cidadãos nos processos administrativos. A participação cívica a que se fez menção acima, integra-se, portanto, à cláusula do devido processo legal, que não se esgota mais apenas em uma garantia individual, mas configura sim garantia de participação da sociedade. Deste modo, o processo administrativo vem a ser instrumento fundamental e elementar da democracia administrativa, o que renova o interesse no seu estudo.

Apesar de toda essa construção teórica analisada neste primeiro capítulo, que visa limitar e tornar legítimo o exercício do poder, e a despeito do reconhecimento de um direito fundamental a um processo comunicativamente justo que supõe a possibilidade de intervenção individual e/ou coletiva dos cidadãos⁸⁹, no âmbito da proteção extrajudicial de direitos difusos e coletivos, o discurso doutrinário e jurisprudencial dominante ainda se utiliza de alguns *álisis retóricos*, construídos na década de oitenta do século passado (portanto, antes da virada paradigmática imposta pela Carta Constitucional de 1988), para afastar a aplicação de garantias constitucionais, especialmente o princípio do contraditório, nas investigações conduzidas pelo Ministério Público.

Com a finalidade de estabelecer as bases para o aprofundamento da temática objeto do presente estudo, veremos, em seguida, como a instituição ministerial se reestruturou após a revolução constitucional realizada pela Carta de 1988, identificando os princípios diretivos da atuação de seus membros, bem como

⁸⁷ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A participação no processo administrativo. In MEDAUAR, Odete, SCHIRATO, Rhein (Org.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 88.

⁸⁸ Ibid., p. 97-98.

⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 514.

detalhando o discurso dominante sobre o principal instrumento de ação extrajudicial do *Parquet* na defesa de direitos e interesses coletivos de natureza não criminal, a saber, o inquérito civil.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO E O INQUÉRITO CIVIL

2.1 O Ministério Público

2.1.1 Origens do Ministério Público

À instituição hoje conhecida no Brasil como Ministério Público não pode ser atribuída uma origem comum única. A literatura especializada aponta como origem mais mencionada os Procuradores do Rei, do velho direito francês (a Ordenança de 25 de março de 1302, de Felipe IV, é a norma que primeiro lhe faz referência). Portanto, a influência francesa no estudo da instituição não pode ser deixada de lado⁹⁰.

Inicialmente, esses Procuradores defendiam apenas interesses privados do Rei junto aos Tribunais, passando, após a *Ordennance Criminelle* de 1670, a exercer a função de acusadores oficiais. Com a eclosão da Revolução Francesa – e seu ideal de ruptura com o antigo regime – foram criadas as garantias da inamovibilidade e da independência em relação ao Poder Executivo⁹¹.

Há, porém, antecedentes remotos referidos por Emerson Garcia⁹², tais como o funcionário real do Egito, conhecido como *magiaí*, que, dentre outras, tinha a função de denunciar os infratores da lei e zelar pelo interesse do soberano; o funcionário grego *themostetis* ou *desmodetas*, que tinha o dever de velar pela correta aplicação da lei; os *éforos*, em Esparta, que exerciam o *jus accusationis* e mantinham o equilíbrio entre o poder real e o poder senatorial; os *saions* do direito visigodo, os *gastaldi* do direito longobardo, os *Missi Dominici* do direito galício e os *vindex religionis* do direito canônico, são exemplos de funcionários “estatais” (apesar de, à época, não podermos falar tecnicamente na existência de verdadeiros Estados) que exerciam as atribuições de acusação pública, defesa dos órfãos e fiscalização das leis na Idade Média.

O interessante a se notar nesta análise das origens da instituição ministerial, a despeito da *ausência de um paradigma uniforme*⁹³ é o fato de que,

⁹⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38.

⁹¹ JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. 3. ed. Editora Lumen Juris, 2008, p. 5.

⁹² GARCIA, Emerson. **Ministério Público, organização, atribuição e regime jurídico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 07-10.

⁹³ *Ibid.*, p. 08.

para além do exercício do direito de acusar criminalmente os agentes de atos ilícitos, a guarda dos interesses do Soberano justificava a existência de um grupo de funcionários estatais específicos.

A origem da instituição está ligada à individualização de várias outras funções até então centralizadas na pessoa do Soberano. Dessa maneira, seja para exigir o cumprimento da lei penal, seja para cobrar tributos, seja para defender o interesse público ou até mesmo para prestar assistencialismo social – se é que se pode falar em verdadeiro assistencialismo em épocas remotas –, houve a necessidade de se criar um grupo específico de funcionários que estavam diretamente vinculados ao soberano.

Nessa direção é a lição de Hugo Nigro Mazzilli⁹⁴, *verbis*:

Findando a Idade Média, com o nascimento e a crescente complexidade do Estado, os soberanos começaram a instituir tribunais regulares para distribuir a Justiça em seu nome. Para contrabalançar a progressiva autonomia dos tribunais, que às vezes contrariavam os interesses da Coroa, os reis instituíram procuradores para promover a defesa de seus interesses, podendo, inclusive, recorrer.

Nessa linha é que se veem as ordenanças da Idade Média, como as da França ou de Portugal. Quanto ao Rei Felipe IV, ele apenas regulamentou o juramento e as obrigações dos seus procuradores (*procuratores nostri*) em termos que levam a crer que as funções já preexistiam.

É de se registrar, que, atualmente – tomando-se como parâmetro o modelo jurídico brasileiro iniciado com a Constituição Federal de 1988 – essas e outras funções criadas para a satisfação do bem comum no moderno Estado Democrático de Direito encontram-se distribuídas entre vários órgãos estatais (Ministério Público, Advocacia Pública, Defensoria Pública, etc) e a figura do Soberano foi substituída pela ideia de Povo – o único detentor do Poder Estatal – que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Carta Constitucional vigente.

⁹⁴ MAZZILI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38-39.

2.1.2 O Ministério Público no direito comparado

As leis de outros países atribuem à instituição a que no Brasil conhecemos como Ministério Público poderes, âmbito e amplitude de atuação, posição em relação aos demais Poderes e forma de acesso diversos do que os encontrados no ordenamento jurídico pátrio.

De fato, é comum nos países submetidos ao *common Law* o recrutamento de promotores por meio de eleições ou por contratação direta, diferentemente do que ocorre nos países submetidos ao *civil Law*, onde o acesso ao cargo depende da aprovação do interessado em concurso público e da frequência a escolas especializadas. Por outro lado, em países com elevado nível de consciência cívica dos cidadãos – como na Alemanha, por exemplo – entende-se desnecessário que a instituição atue em questões de âmbito extrapenal. Há ainda a questão da vinculação do *Parquet* aos demais Poderes estatais: há países que o vinculam ao Poder Judiciário, outros, ao Poder Executivo, e outros que – como o Brasil – concedem-lhe autonomia e independência.

Nesta seção, será feita, de forma sucinta, um apanhado dos contornos jurídicos das instituições equivalentes ao Ministério Público brasileiro na França, Portugal, Itália, Alemanha, Espanha, Inglaterra e Estados Unidos da América.

Na França, desde 1862 o *Parquet* não possui sua estrutura prevista juridicamente na Constituição, mas sim nas chamadas *ordonnances*. O Ministério Público francês possui características existenciais próprias e indivisíveis, compondo os seus membros uma *magistratura especial*, sem, no entanto, exercerem seus membros função jurisdicional. Há previsão de concurso público para o acesso aos cargos, o qual é realizado pela *Ecole Nationale de La Magistrature*. Seus membros são nomeados, exonerados e punidos livremente pelo Ministro da Justiça e estão submetidos, em última instância, ao seu poder hierárquico. O Ministro da Justiça possui a competência de exarar determinadas ordens (diretrizes), as quais são encaminhadas pelo Procurador-Geral aos demais membros ministeriais. Por outro lado, possuem os membros do Ministério Público francês a garantia da inamovibilidade e o chamado poder de resistência, que permite aos mesmos descumprir as diretrizes produzidas pelo Ministro da Justiça quando tais orientações afrontarem a lei ou a sua consciência jurídica. Cabe-lhes, assim, a defesa do

interesse público e de determinados interesses específicos do governo nos tribunais. A defesa dos interesses do Estado (interesse público secundário) é realizada por advogados independentes⁹⁵.

Em Portugal, a Constituição estabelece os contornos da instituição. Ali ele é considerado um verdadeiro poder autônomo do Estado, com independência e autonomia com relação a qualquer outro poder estatal. Distancia-se, neste ponto, do modelo adotado na França. Todavia, um resquício de vinculação da instituição com o Poder Executivo pode ser notado com a competência do Ministro da Justiça de exarar diretrizes específicas a serem observadas nas ações cíveis em que haja interesse do Estado. Possuem seus membros as mesmas garantias dos magistrados judiciais, dentre elas a da inamovibilidade, e lhes é permitido negar o cumprimento de ordens ilegais ou que lhes firam a consciência jurídica. O acesso à instituição é feito por meio de concurso. Segundo a Lei nº 60/98, de 27 de agosto, que disciplinou o Estatuto do Ministério Público, cabe à mencionada instituição representar o Estado, defender os interesses que a lei determinar, participar da execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática, nos termos da Constituição e da lei⁹⁶.

Sobre a instituição ministerial em Portugal, J. J. Gomes Canotilho⁹⁷ assevera, *verbis*:

Originariamente concebido como «órgão de ligação» entre o poder judicial e o poder político, o **Ministério Público** é, nos termos constitucionais um órgão do poder judicial.

Embora hierarquicamente subordinados, os agentes do Ministério Público são magistrados com garantias de autonomia e independência constitucionais (CRP, art. 219.º/2 e 3) que os coloca numa posição de «sujeição à lei» tendencialmente equiparável à dos juízes (CRP, art. 203.º).

A magistratura do Ministério Público não tem, como se deduz já das considerações antecedentes, uma «natureza administrativa». Integra-se no poder judicial. A função do magistrado do Ministério Público é, porém, diferente da do juiz: este aplica e concretiza, através da extrinsecação de normas de decisão, o direito objectivo a

⁹⁵ GARCIA, Emerson. **Ministério Público, organização, atribuição e regime jurídico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 11.

⁹⁶ DIAS, João Paulo, FERNANDO, Paula, LIMA, Teresa Maneca. Transformações do Ministério Público em Portugal: de actor institucional a actor social? In **Revista do CNMP. Modelos de Ministério Público**. Nº 1. Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 2011, p. 64.

⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 684.

um caso concreto (*jurisdictio*); aquele colabora no exercício do poder jurisdicional, sobretudo através do exercício da acção penal e da iniciativa de defesa da legalidade democrática. A autonomia da sua “magistratura” radica na sua vinculação a critérios de legalidade e objectividade e pela exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às directivas, ordens e instruções previstas na lei do Ministério Público (cfr. L 60/98, de 27-8, art. 2.º/2). Por outras palavras: o Ministério Público é um poder autónomo do Estado, dotado de independência institucional em relação a qualquer outro poder incluindo os juízes.

Na Itália, os membros do Ministério Público são considerados magistrados, gozando da garantia da inamovibilidade. Diferentemente do modelo francês, o *Parquet* italiano não possui individualidade própria, na medida em que os seus membros exercem função específica ínsita ao Poder Judiciário. Apesar disso, seus membros estão sob o poder de vigilância do Ministro da Justiça. Inexiste autonomia orçamentária ou financeira. A instituição é organizada em Procuradorias que não mantêm entre si nenhum grau de subordinação hierárquica. O acesso aos cargos dá-se por meio de concurso público. Em linhas gerais, a atuação da instituição italiana circunscreve-se ao âmbito penal⁹⁸.

Na Alemanha, o Ministério Público é independente dos Tribunais no desempenho de suas funções oficiais. É órgão autónomo da administração da Justiça, sendo responsável pelos interesses soberanos do Estado no processo penal. Seus membros são recrutados por meio de seleção pública. Porque o país adota a forma federativa de Estado, tanto os Procuradores-Gerais Estaduais quanto o Procurador-Geral da República são vinculados ao Ministro da Justiça, inexistindo, ressalte-se, relação de hierarquia entre eles. Há a previsão da emissão de diretrizes de carácter obrigatório por parte do Ministro da Justiça. Os membros do Ministério Público são processados e julgados administrativamente por promotores vitalícios, circunstância que garante certa autonomia à instituição. O *Parquet* alemão atua, basicamente, em causas penais, em face da alta consciência cívica da sociedade germânica, circunstância que resulta na disponibilização à população de variada gama de mecanismos de protecção de seus interesses e direitos⁹⁹.

Na Espanha, o Ministério Público integra formalmente o Poder Judiciário, não possuindo autonomia funcional. O recrutamento de seus membros não é

⁹⁸ GARCIA, Emerson. **Ministério Público, organização, atribuição e regime jurídico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 19-20.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 21.

realizado por meio de concurso, mas sim por livre nomeação do Governo. Semelhante ao modelo francês, o *Ministério Fiscal* é regido pelo princípio da unidade de atuação, porém é subdividido em escalonamentos hierárquicos. Seus membros agem por delegação do Conselho Fiscal (órgão da instituição), sendo-lhes garantido o direito de resistência. Não lhes é garantida a independência funcional. Segundo a Constituição Espanhola, o Ministério Fiscal, como ali é conhecido o Ministério Público, tem por missão, sem prejuízo das funções cometidas a outros órgãos, promover a ação da justiça na defesa da legalidade, dos direitos dos cidadãos e do interesse público tutelado pela lei, oficiosamente ou a pedido dos interessados, bem como velar pela independência dos tribunais e procurar perante estes a prossecução do interesse social.

Dissertando sobre o Ministério Fiscal Francisco Balaguer Callejón¹⁰⁰ afirma que:

Sem dúvidas, o posicionamento constitucional desta instituição parece menos definido que o relativo ao Judiciário. Mas o que há é muito claro: o Ministério Fiscal não é Poder Judiciário; não exerce jurisdição (não é órgão revestido do poder de solucionar conflitos aplicando o direito por meio de um procedimento contraditório entre partes, decidindo de forma tendencialmente irrevogável), nem é administração da justiça, embora esteja em confluência com outros órgãos (tal como reconhecido pela própria Constituição Espanhola ao estabelecer que o Ministério Fiscal exercerá suas competências “sem prejuízo das funções cometidas a outros órgãos”) as funções distintas que a Constituição lhe reserva: a “promoção da ação da justiça na defesa da legalidade e do interesse público tutelado pela lei, em defesa da independência dos tribunais e da satisfação perante estas cortes da prossecução do interesse social”¹⁰¹.

Apesar de formalmente vinculado ao Poder Judiciário, o mesmo autor¹⁰² realça a independência e autonomia fática do Ministério Fiscal, *verbis*:

¹⁰⁰ CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Manual de Derecho Constitucional**. Vol. II. 3.ed. Madrid, Espanha: Editorial Tecno, 2008, p. 556.

¹⁰¹ Livre tradução do seguinte texto: Sin duda, el enquadre constitucional de esta institución parece menos definido que el relativo al judicial. Pero lo que hay es muy claro: el Ministerio Fiscal no es Poder Judicial; no ejerce jurisdicción (no es órgano revestido de la potestad de resolver disputas aplicando el Derecho por medio de un procedimiento contradictorio entre partes, dictando una decisión tendencialmente irrevocable) ni es Administración de Justicia, si bien ante ésta, en confluencia con otros órganos (tal y como reconoce la propia CE al establecer que el Ministerio Fiscal ejercerá sus competencias «sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos») las funciones distintivas que la Constitución le encomienda: la «promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la ley, en defensa de la independencia de los tribunales y la satisfacción ante éstos del interés social».

¹⁰² CALLEJÓN, op. cit., p. 556.

Do ponto de vista orgânico, é importante salientar que estamos lidando com uma instituição constitucionalmente relevante e autônoma frente a qualquer outra. A despeito de suas conexões passadas com o Poder Judiciário e com o Executivo, o fato é que o Ministério Fiscal é constitucionalmente uma organização complexa – que atua, diz a Constituição (artigo 124), “através de órgãos próprios – diferente e diferencial com relação ao Judiciário e ao governo. Os princípios estruturais que o informam são os da unidade e da hierarquia. Do ponto de vista funcional, os princípios são os da legalidade e da imparcialidade¹⁰³.

Na Inglaterra, inexistente uma estrutura funcional que se assemelhe ao Ministério Público brasileiro¹⁰⁴. Até 1986, a persecução penal era integralmente exercida por órgãos policiais, auxiliados por profissionais contratados. Após esta data, passou a funcionar o *Crown Prosecution Service*, órgão competente para acompanhar as investigações policiais e para promover a ação penal. Este órgão é considerado agência autônoma e independente¹⁰⁵.

Por fim, nos Estados Unidos da América, há instituições federais e estaduais, de cunho político, cujos integrantes são escolhidos por meio de eleição, que desempenham funções semelhantes ao do *Parquet* nacional¹⁰⁶. No âmbito federal, existe a figura do Procurador-Geral, titular do órgão correspondente ao Ministério da Justiça. Por conta do pacto federativo, não há ingerência do Ministério Público Federal nos Ministérios Públicos Estaduais. As principais funções desempenhadas pelo *Parquet* norte-americano é o combate à criminalidade, a consultoria jurídica e da defesa dos demais órgãos públicos e de seus servidores, a

¹⁰³ Livre tradução do seguinte texto: Desde el punto de vista orgânico, es importante subrayar que nos hallamos ante una institución constitucionalmente relevante y autónoma frente a cualquier otra. Por intensas que hayan sido en el pasado sus conexiones con la judicatura y con el Ejecutivo, lo cierto es que el Ministerio Fiscal es constitucionalmente un complejo organizativo – actúa, dice la Constitución (art. 124) «por medio de órganos propios»- distinto y diferenciado respecto del judicial y el gubernamental. Los principios estructurales que lo informan son los de unidad y jerarquía. Desde el punto de vista funcional, los principios son los de legalidad e imparcialidad.

¹⁰⁴ Carlos Henrique Bezerra Leite (**Ministério Público do Trabalho. Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 33) sustenta que, em países de *common law*, os órgãos análogos ao Ministério Público atuam quase que exclusivamente em matéria de direito criminal, em razão do alto grau de conscientização política e cultural da população desses países, bem como o elevado respeito dos poderes públicos aos direitos fundamentais.

¹⁰⁵ GARCIA, Emerson. **Ministério Público, organização, atribuição e regime jurídico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 25-26.

¹⁰⁶ Sobre os poderes conferidos aos promotores de justiça no sistema americano, francês, alemão e italiano, conferir MA, Yue. A discricionariedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada. In **Revista do CNMP. Modelos de Ministério Público**. Nº 1. Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 2011, p. 191-229.

adoção de medidas antitruste, o ajuizamento de medidas relacionadas ao mercado financeiro e ao comércio exterior¹⁰⁷.

Da análise desses modelos institucionais, verifica-se que o MP brasileiro, em sua atual conformação, assimilou características de diferentes sistemas, além de ter sido escolhida como instituição estatal encarregada da defesa dos direitos supraindividuais de natureza cível.

Sobre a influência das estruturas ministeriais estrangeiras na formatação do *Parquet* brasileiro, Nagib Slaibi Filho¹⁰⁸ defende que:

O Ministério Público brasileiro, com a moldura e a consistência que lhe foi dada pela Constituição de 1988, bem representa a contradição decorrente de tais influências, pois: (a) dos Estados Unidos, herdou a desvinculação com o Poder Judiciário, a denominação de sua chefia, o controle externo de determinadas atividades administrativas ligadas ao Poder Executivo, o resquício de poder participar da política partidária, ainda que em hipóteses restritas previstas em lei, a postura independente que aqui somente se subordina à consciência jurídica de seu membro, como aliás, está na Lei Maior ao assegurar sua autonomia funcional e administrativa (art. 127); (b) da Europa continental, herdou a simetria da carreira com a magistratura, inclusive as prerrogativas similares, o direito de assento ao lado dos juízes, as vestes próprias e até mesmo o vezo de atuar como se magistrado fosse, embora devesse ter o ardor do advogado no patrocínio da causa. O Ministério Público desenvolveu-se sob a influência do Novo e Velho Mundo, e da simbiose vem a sua força...

Diante do que foi visto, podemos concluir que diversas características conferidas ao *Parquet* na atualidade tiveram forte influência de modelos do direito comparado. Todavia, conforme se verá mais a frente, uma marca identifica o Ministério Público brasileiro (que, nas recentes manifestações populares, foi bastante reforçada): a defesa do regime democrático.

2.1.3 Evolução funcional do Ministério Público nas Constituições brasileiras

A análise dos textos constitucionais brasileiros demonstra a significativa ampliação da presença do Ministério Público como órgão político no panorama

¹⁰⁷ GARCIA, Emerson. **Ministério Público, organização, atribuição e regime jurídico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 26-28.

¹⁰⁸ SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação declaratória de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 152 *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 540.

nacional, circunstância que sublinha a relevância social da instituição. Para além dos temas meramente criminais, o *Parquet* assume, a partir de 1988, destacado papel na confecção e na execução das políticas públicas criadas pelo Constituinte Originário.

A Constituição Imperial (1824) não disciplinava a instituição. Apenas previa, no capítulo intitulado *Do Senado*, que *no juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, acusará o procurador da Coroa e Soberania Nacional*.

Nessa fase, *o Ministério Público não era propriamente uma Instituição, mas um aglomerado de atribuições que recaía sobre agentes dissociados entre si e que não gozavam de quaisquer garantias, sendo nítida a subordinação à Chefia do Executivo*¹⁰⁹.

A Constituição Federal de 1891, influenciada pelo sintetismo norte-americano, na seção reservada ao Poder Judiciário, em seu artigo 58, § 2º, determinava que o Presidente da República designaria, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições seriam definidas em lei. Em outro momento (art. 81, § 1º), definiu a competência do Procurador-Geral da República para a propositura da revisão criminal em favor do réu¹¹⁰.

Somente com a Constituição Federal de 1934 foi conferida a necessária individualidade institucional do Ministério Público. As normas que davam os contornos jurídicos ao *Parquet* estavam elencadas na seção I (*Do Ministério Público*), do capítulo VI (*Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais*), do Título I (*Da organização federal*) do texto constitucional. Assim sendo, tecnicamente, o Ministério Público, juntamente com os Tribunais de Contas e os Conselhos Técnicos, era órgão público de cooperação das atividades governamentais, estando, pois, associado, e não vinculado hierarquicamente ao Poder Executivo.

O Ministério Público seria organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por meio de lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais. O Chefe do Ministério Público Federal seria o Procurador-Geral da República, que não mais

¹⁰⁹ GARCIA, Emerson. **Ministério Público, organização, atribuição e regime jurídico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 31.

¹¹⁰ BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1891**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

seria escolhido entre os membros do Supremo Tribunal, mas sim por meio de nomeação de cidadãos com os requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte Suprema por parte do Presidente da República, com a aprovação do Senado. O Chefe da instituição federal era demissível *ad nutum*. O acesso aos membros seria feita por meio de concurso público e a perda de cargo somente poderia ocorrer por meio de sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes fossem assegurada ampla defesa. Foi-lhes proibido o exercício de qualquer outra função pública, salvo o magistério e os casos previstos na Constituição, sob pena de perda do cargo¹¹¹.

A Constituição de 1937 não dispensou tratamento individualizado ao Ministério Público. Artigos esparsos disciplinavam a forma de nomeação do Procurador-Geral da República (art. 99), a competência do Supremo Tribunal Federal para o processamento e julgamento desta autoridade nos crimes comuns e de responsabilidade (art. 101, I, *b*), a possibilidade de interposição de recurso ordinário no Supremo Tribunal em caso de decisões de última ou única instância denegatórias de *habeas corpus* (art. 101, parágrafo único) e a possibilidade de que um quinto dos cargos dos tribunais superiores fosse preenchido por advogados ou membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada (art. 105)¹¹².

A Carta Constitucional de 1946 voltou a dar importância à instituição. No Título III (*Do Ministério Público*), os legisladores constituintes dissociaram o *Parquet* dos demais Poderes. Determinaram que a lei organizasse o Ministério Público da União junto a Justiça Comum, a Militar, a Eleitoral e a do Trabalho, bem como o Ministério Público nos Estados – observado neste último caso a organização em carreira, com respeito aos princípios do concurso público, da estabilidade e da promoção de entrância a entrância. O Procurador-Geral da República era o chefe do Ministério Público Federal e seria nomeado pelo Presidente da República, após a aprovação por parte do Senado, dentre brasileiros natos, maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Seria demissível ao nuto do Presidente da República. Aos Procuradores da República foi atribuída a competência da representação judicial da União, podendo a lei cometer esse

¹¹¹ POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

¹¹² COSTA PORTO, Walter. **Constituições Brasileiras: 1937**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

encargo, nas comarcas do interior, ao Ministério Público local. O acesso à carreira seria realizado por meio de concurso, a estabilidade foi mantida e ampliada, passando a alcançar o processo de remoção (de ofício), que somente poderia ser realizado por meio de representação motivada do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço¹¹³.

A Constituição de 1967 na Seção IX (*Do Ministério Público*), do Capítulo VIII (*Do Poder Judiciário*) inseriu a instituição formalmente no Poder Judiciário. Restringiu o âmbito de atuação do Ministério Público da União à Justiça Federal (art. 137). O Procurador-Geral da República permaneceu como chefe do Ministério Público Federal, sendo nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado, dentre brasileiros natos, maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. O recrutamento de seus membros seria feito através de concurso público de provas e títulos. Foi garantida a estabilidade com as alterações feitas pela Carta de 1946. Foi mantida a competência dos Procuradores da República de representar em juízo a União. Lei estadual organizaria o Ministério Público nos Estados, obedecidos aos princípios do concurso público e da estabilidade. Aos membros do *Parquet* foi garantido o direito de aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade ou por invalidez comprovada e facultativa após trinta anos de serviço público, em todos os casos com vencimentos integrais, bem como o escalonamento de vencimentos entre membros de entrâncias diferentes, não podendo exceder a vinte por cento a diferença de valores entre uma entrância e outra, atribuindo-se à entrância mais elevada não menos de dois terços dos vencimentos dos Desembargadores, e não podendo nenhum membro perceber mensalmente importância total superior ao limite máximo estabelecido em lei federal¹¹⁴.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, disciplinou a instituição ministerial no Capítulo dirigido ao Poder Executivo. Manteve-se a necessidade de lei federal para organizar o Ministério Público da União junto aos juízes e tribunais federais. O Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público Federal, seria nomeado – dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e

¹¹³ BALEEIRO, Aliomar, SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições Brasileiras: 1946**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

¹¹⁴ CAVALCANTI, Themístocles Brandão, BRITO, Luiz Navarro de, BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1967**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

reputação ilibada – e demitido livremente pelo Presidente da República. Talvez por essa razão foram grandemente incrementadas as competências do Procurador-Geral da República. Os princípios do concurso público e da estabilidade foram mantidos para os membros do Ministério Público da União. Até a edição da Emenda Constitucional nº 7, de 1977, tais princípios também eram constitucionalmente garantidos aos membros do Ministério Público estadual. Com a sua promulgação, a Lei Maior passou a exigir a edição de lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, que estabelecesse normas gerais a serem adotadas na organização do *Parquet* Estadual, dentre as quais figurariam a exigência de concurso público para o acesso aos cargos de promotor e a garantia de estabilidade. Com fundamento nessa previsão, foi editada lei nacional com o fito de uniformizar os alicerces estruturais da instituição, qual seja, a Lei Complementar nº 40, de 1981¹¹⁵.

Por fim, na Carta Constitucional de 1988 o Ministério Público é visto como *instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*. Não está associado ou vinculado a nenhum dos Poderes, possuindo total autonomia, inclusive orçamentária, e independência. São princípios que regem a instituição a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional de seus membros. O Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público da União, é nomeado pelo Presidente da República, após aprovação do Senado, dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, por prazo determinado. Sua destituição depende de iniciativa do Presidente da República e aprovação do Senado. Há limitações quanto à forma de nomeação e destituição dos chefes dos Ministérios Públicos Estaduais e do Distrito Federal. Há a previsão da edição de leis complementares federais e estaduais, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Chefes – iniciativa concorrente com o Chefe do Poder Executivo – para o estabelecimento da organização, divisão de atribuições e estatuto de cada Ministério Público, observadas as garantias e vedações previstas na Constituição Federal.

¹¹⁵ COSTA PORTO, Walter. **Constituições Brasileiras: 1967**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

2.1.4 Conceito e princípios institucionais

Como outrora afirmado, o Ministério Público é considerado pela Constituição da República de 1988 como *instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*.

Não está o *Parquet* vinculado e não constitui um Poder Estatal. É instituição independente essencial à função jurisdicional do Estado. Observe-se que o constitucionalismo pátrio sempre prestigiou a divisão tripartite de Poderes (salvo na figura do Poder Moderador previsto no artigo 10 da Constituição Imperial de 1824 e nos poderes especiais conferidos ao Senado Federal pela Carta Constitucional de 1934), nunca tendo o Ministério Público figurado no rol dos Poderes estatais, como vimos na análise na evolução constitucional da mesma (em 1934, foi incluída como *órgão de coordenação das atividades governamentais*; não foi disciplinada pela Carta de 1937; em 1946, não foi vinculada a nenhum dos Poderes; em 1967, foi vinculada ao Poder Judiciário e, em 1969, foi inserida no capítulo que disciplinou o Poder Executivo).

A despeito da reconhecida independência da instituição, é digno de nota o julgamento exarado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 132/RO, Relator Sepúlveda Pertence, DJU 30/05/2003, p. 28, que, mesmo reconhecendo a autonomia do Ministério Público, ressaltou a sua integração na estrutura do Poder Executivo.

A doutrina, todavia, reconhece o perfil autônomo do Ministério Público, conforme se pode extrair das lições de Cássio Casagrande¹¹⁶:

Como resultado de todo este processo político havido no período constituinte, o Ministério Público ganha um perfil completamente distinto não só em relação ao regime constitucional anterior, como também em relação a todas as constituições republicanas precedentes. A principal e mais importante modificação foi a desvinculação completa dos demais poderes, sendo o Ministério Público disciplinado no Título da Constituição referente ao Poder Judiciário, porém situado dentre as “funções essenciais à justiça” relacionadas no capítulo IV (...)

¹¹⁶ CASAGRANDE, Cássio. **Ministério Público e a judicialização da política: estudos de casos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008, p. 108.

O *Parquet*, assim, deve ser considerado um órgão autônomo do Estado. O traço da autonomia o distingue dos órgãos vinculados à hierarquia administrativa. Essa circunstância, porém, não impede o surgimento de relações administrativas hierarquizadas em sua estrutura interna.

Parece, ainda, que a própria existência do Ministério Público constitui verdadeira cláusula pétrea.

Explica-se: a existência de uma instituição como o Ministério Público – que possui a competência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis – impõe ao legislador – detentor do poder de reformar ou revisar a Lei Maior – o dever de não atentar contra as estruturas (órgãos, instrumentos jurídicos, direitos e garantias fundamentais etc) que garantam as chamadas cláusulas pétreas, como regra implícita do sistema.

Em nossa Carta Constitucional de 1988, o artigo 60, § 4º, inciso IV, determina que *não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais*. Ora, a proposta de mudança constitucional que tente, por exemplo, extinguir o Ministério Público ou mesmo diminuir seu papel social atentaria contra a própria existência dos direitos e garantias individuais, na medida em que um dos instrumentos para a salvaguarda desses direitos fundamentais – a instituição ministerial – estaria sendo extirpado do sistema, fato que atingiria diretamente tais direitos.

Nesse sentido, defende Emerson Garcia¹¹⁷ que:

(...) partindo-se da natureza da atividade desenvolvida pelo Ministério Público, toda ela voltada ao bem-estar da coletividade, protegendo-a, em especial, contra os próprios poderes constituídos, a sua existência pode ser considerada como ínsita no rol dos direitos e garantias individuais, sendo vedada a apresentação de qualquer proposta de emenda tendente a aboli-la (art. 61, § 4º, IV, da CR/88).

Por fim, há quem veja a instituição do Ministério Público como uma verdadeira garantia institucional¹¹⁸. Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho¹¹⁹, tais garantias se constituíam em instituições protegidas diretamente como realidades

¹¹⁷ GARCIA, Emerson. **Ministério Público, organização, atribuição e regime jurídico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 46.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 46.

¹¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 397.

sociais objetivas. Só indiretamente se expandiriam para a proteção dos direitos individuais, não garantindo aos particulares posições subjetivas autônomas.

Sobre este específico tópico, importantes as palavras de Bruno Gomes Borges da Fonseca¹²⁰, que analisou a instituição ministerial no Brasil sob o aspecto da teoria das garantias institucionais de Carl Schmitt:

(...)

A garantia institucional almeja salvaguardar determinadas instituições da extinção ou mesmo desnaturação decorrente de alteração constitucional. Para alcançar esse status, a instituição deverá representar o anseio da sociedade em determinado tempo, ser registrada em uma Constituição e ter funções imprescindíveis à manutenção da estabilidade constitucional, especialmente à tutela de direitos fundamentais.

O Ministério Público brasileiro tem este cariz? Como observado anteriormente, a CF/1988, fruto da vontade do povo, erigiu o Ministério Público como defensor do regime democrático, da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O Parquet é imprescindível como acusador penal, como protetor de direitos individuais indisponíveis e metaindividuais. Eleito como defensor do regime democrático, recebeu incumbência constitucional de tutelar os direitos fundamentais, através do respeito à dignidade humana. Foi conformato na ordem constitucional, como representante do desejo popular.

Por conta dessas características, o Ministério Público brasileiro é instituição imprescindível para manutenção do Estado Democrático de Direito e, à luz do Direito Constitucional pátrio, a princípio, seria perfeitamente enquadrado como garantia institucional. Contudo, cumpre, dentro dos lindes desta pesquisa, avançar sobre esta constatação.

Dentro dos aspectos definidores da garantia constitucional, como visto, encontram-se, resumidamente: (i) elemento organizatório decorrente de um complexo de normas jurídicas; (ii) referente material (ou jusfundamentação), qual seja, instituição visa proteger a dignidade da pessoa humana; criada, portanto, ao redor de um direito fundamental e em vista de sua realização; (iii) desnecessidade de concessão de direito subjetivo. Análise destes elementos em confronto com a conformação constitucional do Ministério Público brasileiro ocasiona as seguintes pontuações:

i — na estruturação do Parquet brasileiro observou-se o elemento organizatório decorrente de um complexo de normas jurídicas. A CF/1988 dedicou um capítulo à instituição, sem olvidar das normas infraconstitucionais. Trata-se de instituição delineada tanto no âmbito federal como estadual, com atuação repartida em todos os ramos do Direito e setores da sociedade;

ii — há, indubitavelmente, jusfundamentação para existência do Ministério Público no Brasil. A instituição, especialmente a partir da

¹²⁰ FONSECA, Bruno Gomes Borges da. Ministério Público é cláusula pétrea? Análise na perspectiva da teoria das garantias institucionais. In **Revista do Ministério Público do Trabalho**, ano 21, nº 41, março de 2011, p. 138-139.

CF/1988, tornou-se imprescindível para sociedade brasileira, como principal defensora dos direitos fundamentais, sejam individuais ou metaindividuais, na órbita criminal como na área cível, trabalhista, ambiental etc. Em última análise, tem como objetivo constitucional tutelar a dignidade da pessoa humana;

iii — a previsão constitucional não intentou conferir direitos subjetivos ao Ministério Público, mas, sim, patenteou complexo organizatório e normativo com vistas a possibilitar tutela e promoção da dignidade da pessoa humana. Trata-se do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Ademais, dentre as concepções expendidas nesta pesquisa, verificou-se tratar-se as garantias institucionais de espécie de garantias constitucionais. Estas são instrumentais relativamente aos direitos fundamentais. Neste passo, inexistiria óbice em contemplar o Ministério Público nacional nesta feição garantística.

Isto porque o Ministério Público é instituição dotada de caráter instrumental em virtude da vocação constitucional de tutelar direitos fundamentais.

A conformação recebida da CF/1988 corrobora esta asseveração. O *Parquet* não tem fim em si mesmo, mas para fora da instituição, com a proteção da sociedade. Tutela, a rigor, direito alheio em nome próprio, inobstante seja possível ajuizamento de demandas judiciais para defender suas prerrogativas, que possibilitam o desempenho de suas funções.

Por essas razões, posiciona-se no sentido de reconhecer o Ministério Público brasileiro como autêntica garantia institucional.

Acerca da visão do MP como garantia fundamental, defendemos que a existência de tal instituição reflete um conteúdo da dignidade da pessoa humana: enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado Brasileiro, colabora com a defesa dos valores máximos previstos na Carta Constitucional, tais como a democracia – e a conseqüente participação popular na governança da coisa pública –, os direitos fundamentais, os direitos políticos, os direitos socioeconômicos, as limitações ao poder de tributar etc., em busca da efetividade da tutela jurídica estatal.

No que toca aos princípios institucionais, são conferidos ao MP a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Unidade significa que todos os membros do *Parquet* integram uma mesma instituição. Esse princípio impede o seu fracionamento enquanto instituição, sem nenhum prejuízo à divisão interna do serviço. *A unidade é, pois, uma característica muito mais orgânica que propriamente funcional do Ministério Público*¹²¹. Apesar disso, é certo, não se pode falar em vinculação administrativa entre o Ministério Público da União e os Ministérios

¹²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 404.

Públicos Estaduais, na medida em que tal divisão deriva do princípio federativo presente em nosso constitucionalismo. Por seu turno, o princípio da indivisibilidade permite que qualquer membro do Ministério Público – com atribuição legal para a causa – possa validamente atuar em processo em andamento. Assim, seus membros podem ser substituídos uns pelos outros, desde que obedecidos os marcos legais e regulamentares, sem qualquer mácula para a relação jurídico-processual em tramitação. Por fim, o princípio da independência funcional garante ampla liberdade funcional aos membros do *Parquet* no exercício da atividade-fim da instituição, sempre tendo como finalidade precípua a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

2.1.5 O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito

As breves linhas acima delineadas demonstram que o Ministério Público brasileiro passou por uma verdadeira reconstrução institucional. De sua origem vinculada ao Poder Executivo, cuja atribuição era a defesa dos interesses públicos secundários, passou a constituir-se em instituição autônoma vinculada a valores sociais relevantes. Houve a ampliação de suas competências constitucionais, acrescentando à tradicional titularidade da ação penal pública e defesa de direitos individuais indisponíveis e de incapazes, a tutela de direitos indisponíveis da sociedade.

A profunda e radical transformação do papel que o *Parquet*, como órgão de Estado, passa a assumir com a nova ordem constitucional, tornou-o o principal agente de promoção dos valores e direitos situados no vértice do ordenamento jurídico nacional¹²². O MP deixou de ser um órgão estatal passivo, meramente acusador ou fiscal da lei, e passou a assumir papel ativo no processo de transformação social de nosso país. Transformou-se em agente político, produtor social e fomentador-efetivador de políticas públicas¹²³.

Essa transformação, contudo, não ocorreu somente com a edição da Carta Constitucional de 1988. Boa parte dos avanços institucionais ocorreu antes da

¹²² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério Público do Trabalho. Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 98.

¹²³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocesso: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 489.

eleição do Congresso Constituinte de 1986: o *Parquet* já era fiscal da constitucionalidade e das leis e atos normativos dos poderes políticos desde o início do regime militar, mas teve seus poderes como guardião do interesse público ampliados em 1973, foi definido como instituição permanente e essencial à prestação jurisdicional em 1981 e elevado à condição de principal tutor dos direitos coletivos em 1985¹²⁴.

O processo constituinte, todavia, garantiu a manutenção de todos esses avanços e ampliou a independência da instituição, desvinculando-a da defesa de interesses patrimoniais dos entes federativos. Tudo isso foi conseguido com base no discurso de que a sua independência institucional e os poderes que lhe foram conferidos constituíam-se em exigência da democracia constitucional vindoura e uma garantia da sociedade¹²⁵.

Esse discurso foi lembrado e reafirmado nos movimentos populares ocorridos em junho de 2013 em que diversos segmentos da sociedade brasileira manifestaram-se de forma contrária à limitação do poder investigatório criminal do MP que estava sendo discutida pela Câmara dos Deputados na Proposta de Emenda à Constituição nº 37. A PEC foi rejeitada¹²⁶.

Dessa maneira, a instituição ministerial deixa de ser fiscal da lei e transforma-se em garantia da efetivação de direitos fundamentais. A ruptura do MP com conceitos tradicionais do passado impõe-se como decorrência de novas posturas ético-políticas a que a instituição está vinculada. O artigo 127 da Constituição da República lhe atribui a competência de defender o regime democrático brasileiro. Esse novo perfil traduz um dos aspectos mais importantes da destinação constitucional do Ministério Público, agora investido, por força do Poder

¹²⁴ ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC: Editora Sumaré: FAPESP, 2002, p. 79.

¹²⁵ Hugo Nigro Mazzilli (**O acesso à Justiça e o Ministério Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 78-79) tece interessante comentário sobre a aplicação da democracia dentro da instituição ministerial. Segundo suas palavras, embora a Constituição tenha destinado o MP à defesa do regime democrático, não cuidou de instituir suficientes instrumentos para fazer dele próprio uma instituição mais democrática, ou seja, uma instituição cujos membros tenham investidura, ação ou destituição mais bem controladas pelo titular último da soberania, que é o povo. Essa questão de certa forma foi mitigada com a criação do Conselho Nacional do Ministério Público pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e com a edição da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que ampliou o acesso popular às informações públicas de órgãos públicos da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público, bem como das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

¹²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Plenário rejeita PEC 37**. 25 jun. 2013. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camارانoticias/noticias/POLITICA/446068-PLENARIO-REJEITA-PEC-37.html>> Acesso em: 08 jul. 2013, 20:01:00.

Constituinte Nacional, da inderrogável atribuição de velar pela intangibilidade e integridade da ordem democrática. Assim, a aludida instituição não deverá mais só considerar, no desempenho de suas funções, o aspecto formal ou exterior do direito positivo. Mais importante, agora, torna-se o próprio conteúdo da lei, cujos elementos intrínsecos não podem divorciar-se dos fatos sociais e do quadro histórico em que a norma jurídica se formou. Passou-se a exigir que a instituição indague acerca das origens da norma e lhe perquirira o conteúdo, valendo-se de critérios axiológicos que lhe permitam aferir dos elementos que qualificam a regra jurídica como essencialmente democrática. Pretendeu-se investir o MP de um poder de verificação e de tutela sobre a legitimidade ética e política da própria norma de direito¹²⁷, isto porque, no paradigma do Estado Democrático, o direito passa a se preocupar com a democracia e, portanto, com a legitimidade do direito¹²⁸.

Verifica-se, pois, que o MP foi a instituição escolhida para zelar de forma ativa pela defesa dos princípios e valores fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro. Esses valores são a materialização da preferência do legislador constituinte originário, expressando as prioridades e fundamentos da convivência coletiva. E são esses valores que devem pautar a atuação do Ministério Público na sociedade.

Mazzilli¹²⁹ entende que a defesa do regime democrático deve ser realizada entre três níveis, a saber, a) o controle de constitucionalidade das leis que violem princípio constitucional, a ser feito de forma concentrada; b) o controle de constitucionalidade das leis que violem princípio constitucional, a ser feito de forma difusa, caso a caso, impugnando-se as medidas e atos concretos que violem uma norma constitucional; e c) o ajuizamento das ações penais e civis públicas que se façam necessárias para a defesa do funcionamento do sistema democrático.

Entendemos, porém, que esse posicionamento analisa a questão apenas por intermédio da atuação judicial do *Parquet*, deixando de lado instrumentos extrajudiciais de solução de controvérsias colocados à sua disposição. Dessa maneira, a efetivação do princípio democrático, aqui limitado pelo respeito à garantia do devido processo legal formal e substancial, também vincula a instituição ministerial na sua atuação administrativa. Negá-la acarretaria em quebra do sistema

¹²⁷ STF, HC nº 67.759-2-RJ, DJ 01.07.1993.

¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 69.

¹²⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 74.

jurídico, na medida em que parece bastante questionável aceitar que a instituição que possui o dever de defender a *ordem jurídica* e o *regime democrático* possa estar autorizado a não cumpri-lo. Nessa direção, se a defesa do regime democrático é efetivada com a realização do controle concentrado e difuso da constitucionalidade de atos normativos e com o ajuizamento de ações penais e civis públicas, também podemos defender que a dita concretização se dá através da abertura de inquéritos civis para a tutela extrajudicial de direitos coletivos e a assinatura de termos de ajustamentos de conduta, dentro dos quais sejam observadas as garantias fundamentais, formais e materiais, dos indivíduos, tendo em vista que o exercício legítimo do poder estatal, conforme visto no capítulo anterior, somente se dá com respeito às limitações impostas pela Constituição da República.

Reconhecendo o caráter político da atuação do *Parquet*, Mazzilli¹³⁰ sustenta que um dos instrumentos mais poderosos para o desempenho das funções ministeriais é o processo coletivo, usado com vistas a resgatar uma grande parcela da população, totalmente marginalizada dos benefícios sociais e sem acesso à justiça. Apesar de o referido autor ter, implicitamente, restringido a sua interpretação à atuação judicial do Ministério Público (processo coletivo como o processo judicial coletivo), entendemos que a tese defendida para o autor também vale para a tutela administrativa de direitos coletivos. O processo administrativo, na nova sistemática da Constituição de 1988, é igualmente instrumento de defesa da coletividade e meio político de participação da população na tutela dos interesses e direitos coletivos. Nesse sentido, Calmon de Passos¹³¹ sustenta que:

a democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o indivíduo e a coletividade não só do agir *contra legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formulação e realização dos direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo.

¹³⁰ MAZZILI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 85.

¹³¹ PASSOS, J. J. Calmon. Participação e processo. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.) **Processo e Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, *apud* MAZZILLI, 2007, p. 85-86.

Apesar de toda essa construção teórica, que, diga-se de passagem, não constitui nenhuma novidade no panorama doutrinário brasileiro, o discurso predominante em torno do inquérito civil, principal instrumento de ação extrajudicial do Ministério Público, destoa totalmente daquele paradigma. Conforme se verá na próxima seção, o inquérito civil é entendido pela doutrina e pela jurisprudência como verdadeiro instrumento inquisitorial, onde não é obrigatório o respeito aos princípios do devido processo legal, e por meio do qual o membro ministerial constrói a sua *verdade* para efeito de ajuizamento de demanda coletiva, em absoluta contradição com uma visão constitucionalmente legítima do direito processual.

2.2 O inquérito civil

O inquérito civil já foi tido como uma das maiores conquistas do Ministério Público nos anos de 1980, somente existindo como instrumento de investigação civil no Brasil¹³².

A sua introdução no ordenamento jurídico (por intermédio do aparato normativo a seguir delineado), bem como a criação de tipo penal para a hipótese de descumprimento das requisições nele expedidas¹³³, deixam clara a diferença entre o MP e os outros entes legitimados para o ajuizamento da ação civil pública: o primeiro é instituição do Estado e, como tal, está investido do monopólio do uso legítimo da força, o que lhe confere um poder irresistível de requisitar informações e documentos para instruir suas ações; os demais legitimados, por outro lado, não possuem esse poder, pois quando ajuízam ações coletivas não estão no exercício de uma função de natureza pública¹³⁴.

Seja como for, o inquérito civil é o principal instrumento de atuação extrajudicial do MP. Ele está vinculado ao princípio do promotor natural e é por seu intermédio que são discutidos e solucionados conflitos em que estejam envolvidos direitos ou interesses difusos ou coletivos. Todavia, conforme será visto ao longo

¹³² ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC: Editora Sumaré: FAPESP, 2002, p. 72.

¹³³ LACP, art. 10º: Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

¹³⁴ ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC: Editora Sumaré: FAPESP, 2002.

desta seção, apesar de ele possuir alçada constitucional, a doutrina e os Tribunais nacionais ainda o analisam sob a influência da legislação infra e pré-constitucional, circunstância que limita o seu campo de atuação e restringe o alcance do princípio do contraditório.

2.2.1 Disciplina legal

O inquérito civil, como já dito, é instrumento administrativo de alçada constitucional. O inciso III, do artigo 129, da CR determina ser função do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

De plano, observa-se que o constituinte reservou dois instrumentos jurídicos para a proteção de interesses coletivos: um extrajudicial, o inquérito civil, e um judicial, a ação civil pública.

Todavia, não foi a Carta Constitucional que criou o instituto. A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, em seus artigos 8º e 9º estabeleceu alguns parâmetros para o inquérito de natureza civil¹³⁵.

Influenciada pela legislação e doutrina processual penal¹³⁶, a referida norma estabeleceu a facultatividade de instauração do inquérito civil, dentro do qual

¹³⁵ LACP, art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

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

§ 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.

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

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

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

§ 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento.

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

¹³⁶ JORGE, André Guilherme Lemos. **Inquérito civil: contraditório e ampla defesa - sobre a efetividade dos princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 65-66; RODRIGUES, Marcelo

poderiam ser requisitados documentos, de órgãos públicos ou entidades privadas, bem como certidões, informações, perícias ou exames (LACP, art. 8º, § 1º), e disciplinou a forma de seu arquivamento, impondo o dever funcional de fundamentação da respectiva decisão (LACP, art. 9).

A Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que disciplinou o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sobre a tutela jurisdicional de seus interesses coletivos ou difusos, entre outros temas, repetiu as regras já previstas na Lei nº 7.347/85 sobre os poderes ministeriais na condução do inquérito e a forma de seu arquivamento.

A mesma técnica legislativa foi utilizada na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispôs sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, no capítulo reservado à proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos de crianças e adolescente, especificamente no artigo 223, e na Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispôs sobre o Estatuto do Idoso, também no capítulo reservado à proteção dos interesses coletivos e individuais indisponíveis, em seu artigo 92.

A Lei nº 7.913, de 07 de dezembro de 1989, que dispôs sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, igualmente remeteu a disciplina processual da matéria à LACP.

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que criou o Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da defesa dos direitos coletivos dos consumidores em Juízo, remeteu as ações coletivas consumeristas à disciplina jurídica do Código de Processo Civil e à Lei da Ação Civil Pública, inclusive no que respeita ao inquérito civil (art. 90).

Todavia, uma importante regra criada pelo Código de Defesa do Consumidor, que é esquecida por grande parte da doutrina processualista nacional, está contida em seu artigo 26 (que será mais à frente analisada com maiores detalhes), que possui a seguinte redação:

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:
I – trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II – noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

§ 2º Obstat a decadência:

I – a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

II – vetado

III – a instauração de inquérito civil, até o seu encerramento.

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que criou uma série de sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, permitiu, em seu artigo 19, que as perícias de constatação de danos ambientais produzidas em inquérito civil possam ser aproveitadas no processo penal, instaurando-se o contraditório.

A Lei Orgânica do Ministério Público, que cuidou das normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados (Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993), nos seus artigos 10, inciso IX, alínea d, 25, inciso IV, 26, inciso I e 30, e a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que disciplinou a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, nos artigos 6º, inciso VIII, 7º, inciso I, 38, inciso I, 84, inciso II, 150, inciso I e 171, inciso IV, fizeram referências genéricas ao inquérito de natureza civil, estabelecendo a divisão de atribuições para a sua instauração e arquivamento.

Mais recentemente, o Conselho Nacional do Ministério Público, utilizando-se do poder normativo primário que lhe foi legitimado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12 (Relator Ministro Carlos Brito, DJ 01/09/2006, p. 15), editou a Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007, por meio da qual regulamentou os artigos 6º, inciso VI, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93, e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil.

Na dita norma, o inquérito civil é tido como instrumento unilateral e facultativo, sendo instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do MP nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes as suas funções

institucionais (art. 1º). Ele não constitui condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do *Parquet* (art. 1º, parágrafo único).

Por meio da Resolução nº 23/2007, foi disciplinada a forma de instauração, inclusive com a fixação de prazos para conclusão dos trabalhos (artigos 2º a 4º e 9º), as hipóteses de arquivamento liminar de notícias de fatos que cheguem ao conhecimento do MP (artigo 5º), as possibilidades e limites para a instrução do processo (artigo 6º), a garantia do respeito ao princípio da publicidade (artigos 7º e 8º), o estabelecimento de regras para o arquivamento do inquérito (artigos 10 a 13) e para a assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta (artigo 14) e expedição de Recomendações (artigo 15).

2.2.2 Doutrina nacional sobre os contornos teóricos do inquérito civil

O inquérito civil é visto pela maioria da doutrina processualista brasileira como o instrumento jurídico de que se serve o MP para realizar investigações de natureza não penais, voltadas para a apuração de lesões ou ameaças de lesões aos valores essenciais da sociedade¹³⁷.

Caracteriza-se por constituir-se em procedimento de natureza administrativa, inquisitorial, unilateral e público¹³⁸. É marcado pelo caráter não contraditório¹³⁹, pela informalidade¹⁴⁰ e pela facultatividade, servindo apenas para levantar elementos para o futuro ajuizamento da ação civil pública¹⁴¹. Na mesma linha, Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁴² e Luis Roberto Proença¹⁴³.

¹³⁷ BURLE FILHO, José Emmanuel. A natureza do inquérito civil, como atribuição constitucional do Ministério Público. In **Justitia**, nº 56, jan-mar 1994, p. 34-36.

¹³⁸ SOUZA, Motauri Ciochetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 171.

¹³⁹ 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, p. 448.

¹⁴⁰ DIDIER JR., Fredie, ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008, p. 242.

¹⁴¹ GARCIA, Emerson. **Ministério Público, organização, atribuição e regime jurídico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 289; JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. 3. ed. Editora Lumen Juris, 2008, p. 353; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério Público do Trabalho. Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 286-287;

¹⁴² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 6. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 111.

¹⁴³ PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.

Dissertando sobre o princípio do contraditório, Nelson Nery Junior¹⁴⁴ 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 que têm finalidade de aparelhar o Ministério Público para que possa, eventualmente, promover a ação penal ou civil. Segundo ele, os procedimentos em questão não se destinariam à aplicação de sanção, mas configurariam procedimentos preparatórios para coleta de provas.

Quanto ao valor probatório dos elementos coligidos no inquérito civil, Ronaldo Pinheiro de Queiroz¹⁴⁵, destaca que ele não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de atuação e colheita de provas, e afirma:

Nesse contexto, portanto, os elementos de convicção colhidos no inquérito civil são meios de prova, pois se são aptos para formar a opinião jurídica do membro do Ministério Público, de certo também o são para o magistrado, que poderá livremente analisar o material obtido e avaliar se aquela convicção formada pelo procurador ou promotor procede ou não.

Sintetizando o discurso predominante sobre a matéria, Mazzilli¹⁴⁶, 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 vizo de apurarem-se fatos de relevância, sem método ou continuidade, e sem controle algum.

¹⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 135-136.

¹⁴⁵ QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A eficácia probatória do inquérito civil no processo judicial. In **Revista de Processo**. Nº 146, ano 32. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 189-204.

¹⁴⁶ 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, p. 448.

No mesmo sentido, Raimundo Simão de Melo¹⁴⁷ argumenta que:

Não é o inquérito civil processo, mas, procedimento administrativo que visa investigar sobre o ato denunciado; não se fala em acusação, na aplicação de sanção ao inquirido, nem em limitações ou perda de direitos deste; nele não se decide controvérsia, como ocorre em processo judicial ou administrativo. Com o inquérito busca-se elementos de convicção para propositura de eventual medida judicial ou então, configurada a ilegalidade do ato, a assinatura de um termo de ajustamento de conduta, de forma espontânea. O inquirido não é obrigado a assinar o termo de ajustamento de conduta, embora deva ser esclarecido pelo membro do Ministério Público, condutor do inquérito, de que, não havendo adequação às disposições legais violadas, medidas judiciais serão tomadas, como o ajuizamento de ação civil pública e que, conforme o caso, serão remetidos dados a outros órgãos públicos para a tomada de providências nos seus respectivos âmbitos, inclusive para a instauração de procedimento criminais, se a conduta irregular também tiver irradiações no campo penal, como ocorre com certa frequência.

Para demonstrar o quanto essas características do inquérito civil são marcantes e profundamente enraizadas no pensamento jurídico nacional, segue manifestação da Assessoria da Presidência da República, então chefiada pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Celso de Mello Filho, formulada quando da análise do projeto de lei que criou o instituto¹⁴⁸:

(...) Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de natureza facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possa fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício *responsável* da ação civil pública. Com ele, frustra-se a possibilidade, sempre eventual, de instauração de *lides temerárias*. A instauração do inquérito civil não obrigará o Ministério Público ao ajuizamento da ação civil pública, desde que lhe pareçam *insuficientes* os elementos de convicção coligidos. Os titulares da ação civil pública, as associações, inclusive, possuem legitimidade autônoma para o ajuizamento da ação civil pública. Podem ajuizá-la *antes* do Ministério Público, ou *durante* a tramitação do inquérito civil ou, ainda, *após* eventual arquivamento do inquérito civil.

¹⁴⁷ MELO, Raimundo Simão. Inquérito civil – poder investigatório do Ministério Público do Trabalho. In **Revista do Ministério Público do Trabalho**, ano XII, nº 24, setembro de 2002, p. 63-68.

¹⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandando de Segurança**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 176-177.

Posicionamento doutrinário minoritário, fundado, por vezes, em eventuais excessos cometidos por Membros do Ministério Público no exercício de sua função pública, defende o enquadramento do inquérito civil como processo administrativo. Nesse sentido, são as palavras de André Guilherme Lemos Jorge¹⁴⁹:

(...)

Contudo, ainda que sirva essencialmente o inquérito civil para preparar a propositura da ação civil pública, as informações nele contidas podem concorrer para formar ou reforçar a convicção do juiz. Ademais, reconhece-se que, por vezes, é usado de forma excessiva “como se fosse uma panaceia”. Na prática, sabe-se que uma investigação temerária pode provocar enormes danos à pessoa, mesmo que sob o aspecto estritamente jurídico ninguém se presume culpado só pelo fato de estar sendo investigado.

De posse destas conclusões, condizentes com a realidade do país, de frequente aviltamento do direito público subjetivo à solução imparcial dos conflitos, postulamos a classificação do inquérito civil como processo administrativo, como meio apto a atingir não só a finalidade da investigação, mas principalmente a segurança do processo jurisdicional, com todas as garantias que lhe são inerentes. O que não se pode, na esteira da moderna processualidade administrativa, é amesquinhar a redefinição de processo como direito público subjetivo, e tratá-lo como mero instrumento ou adjetivo, em flagrante descompasso com a marcha ditada pela Constituição Federal, asseguradora dos princípios constitucionais, inclusive ao processo administrativo.

Seguindo a mesma trilha, mas utilizando-se de argumentos um pouco menos contundentes, Marcelo Abelha Rodrigues¹⁵⁰ recomenda a aplicação do princípio do contraditório no inquérito civil com base nas consequências sociais e jurídicas sobre a pessoa do investigado. Argumenta que, a depender de quem seja inquirido, a só notícia da instauração de um inquérito civil pode atingir a sua imagem, moral, reputação e finanças. Nessas hipóteses, a negação do contraditório ao investigado traria sérias consequências a sua órbita jurídica, afrontando comando constitucional expresso.

¹⁴⁹ JORGE, André Guilherme Lemos. **Inquérito civil: contraditório e ampla defesa - sobre a efetividade dos princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 65-66; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública. In **Ações Constitucionais**. 6. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012, p. 73-74.

¹⁵⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública. In **Ações Constitucionais**. 6. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012, p. 428-429.

Por fim, Eduardo Walmory Sanches¹⁵¹, defendendo a ilegalidade das provas produzidas em inquérito civil sem contraditório, afirma que:

(...) O princípio do contraditório implica proporcionar às partes o direito de se manifestar sobre todos os fatos e meios de prova que entendam indispensáveis para o convencimento do juiz.

No atual modelo, somente o promotor de justiça possui o direito de produzir provas antecipadamente sem respeitar o princípio do contraditório. O réu é obrigado a esperar o início da fase judicial para fazer valer seu direito constitucional de não se ver processado com base em provas ilícitas, imorais ou ilegítimas.

(...)

Destarte, é indispensável a aplicação do contraditório durante o inquérito civil facultativo para garantir uma reação adequada ao réu na fase judicial.

Lembre-se, por oportuno, que o contraditório é o direito absoluto que o réu tem de “incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo. É essa visão que coloca ação, defesa e contraditório como direitos a que seja desenvolvidas todas as atividades necessárias à tutela dos próprios interesses ao longo de todo o processo, manifestando-se em uma série de posições de vantagem que se titulariza quer no autor, quer no réu”.

(...)

A única conclusão lógica que mantém incólume o princípio constitucional do devido processo legal quando da realização do inquérito civil (meio de prova) pelo Ministério Público é a obrigatoriedade, o respeito ao princípio do contraditório.

Ou o Ministério Público respeita e observa o contraditório durante a produção de provas no inquérito civil facultativo, ou não o realiza e propõe desde logo a ação civil pública perante o Poder Judiciário.

2.2.3 O Poder Judiciário Brasileiro e o inquérito civil

Nossos Tribunais Superiores adotam o mesmo posicionamento da doutrina majoritária no que se refere ao conceito e aos limites do inquérito civil.

Para o STF, 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 nº 481.955-PR, DJ 26/05/2011, entre outros). Esse posicionamento toma como fundamento os precedentes formados nos Habeas Corpus nº 55.447, DJ de 16/09/1977, e 69.372,

¹⁵¹ SANCHES, Eduardo Walmory. **A ilegalidade da prova obtida no inquérito civil. Desrespeito ao princípio do contraditório: a responsabilidade do representante do Ministério Público.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 26-28.

DJ 07/05/1993, e RE nº 136.239, DJ 14/08/1992, todos fazendo referência ao inquérito policial, e não ao inquérito civil.

A estreita vinculação entre o inquérito civil e o inquérito policial, bem como o seu caráter pré-processual podem ser verificados no julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 1285-SP (DJ nº 58, de 23/03/2001), assim ementado:

Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Artigos 105, 108, "caput" e § 1º, 111, 166, V e X (este só no tocante à remissão ao inciso V do mesmo artigo), 299, § 2º, todos da Lei Complementar nº 734, de 26 de novembro de 1993, do Estado de São Paulo.

- O inquérito civil é procedimento pré-processual que se insere na esfera do direito processual civil como procedimento, à semelhança do que sucede com relação ao inquérito policial em face do direito processual penal. Daí, a competência concorrente prevista no artigo 24, XI, da Constituição Federal.

- A independência funcional a que alude o artigo 127, § 1º, da Constituição Federal é do Ministério Público como instituição, e não dos Conselhos que a integram, em cada um dos quais, evidentemente, a legislação competente pode atribuir funções e competência, delimitando, assim, sua esfera de atuação.

Pedido de liminar deferido em parte, para suspender a eficácia, "ex nunc" e até o julgamento final desta ação, das expressões "e a ação civil pública" contidas no inciso V do artigo 116 e das expressões "de promoção ou" contidas no § 2º do artigo 299, ambos da Lei Complementar estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993, do Estado de São Paulo.

Em diversas ocasiões, a Suprema Corte deixou de se manifestar sobre o mérito de questões de natureza constitucional que envolviam inquéritos civis sob o argumento de que a ofensa à Constituição da República seria apenas indireta ou reflexa, não ensejando a análise dos recursos a ele dirigidos (entre outros, o Agravo de Instrumento nº 751.980-RS, DJE nº 234, de 02/12/2010, em que era discutida a necessidade de repetição em juízo da prova técnica produzida sob o crivo do contraditório dentro de um inquérito civil, e o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 751.668-SP, DJE nº 125, de 01/07/2011, onde se discutia a aplicação da garantia da razoável duração do processo ao inquérito civil).

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, 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 hierarquia superior (REsp nº 476.660-MG, DJ 04/08/2003; REsp 644.994-MG, DJ 21/03/2005; REsp 849.841-MG, DJ 11/09/2007). 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 476660/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 4.8.2003).

Para o STJ o inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a formar a *opinio actio* do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva (RMS nº 21.038-MG, DJ nº 01/06/2009).

A Corte já se manifestou no sentido de que o princípio do contraditório não prevalece no curso das investigações conduzidas pelo Ministério Público (RMS 8.716-GO, DJ nº 25/05/1998). Ademais, eventuais irregularidades cometidas no curso do inquérito não inquinam de nulidade a ação civil pública consequente (REsp 1.119.568-PR, DJ nº 23/09/2010), porque a sua instauração não traria nenhum dano ao inquirido (REsp nº 944.555-SC, DJE nº 20/04/2009).

Reconhecendo a sua natureza informativa, a Primeira Turma do STJ, porém, declarou ser direito do advogado do inquirido ter acesso aos autos do inquérito civil:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. INQUÉRITO CIVIL. ACESSO A ADVOGADO CONSTITUÍDO PELOS IMPETRANTES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

3. Não é lícito negar ao advogado constituído o direito de ter acesso aos autos de inquérito civil, embora trate-se de procedimento meramente informativo, no qual não há necessidade de se atender aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto tal medida poderia subtrair do investigado o acesso a informações que lhe interessam diretamente. Com efeito, é direito do advogado, no interesse do cliente envolvido no procedimento investigatório, ter acesso a inquérito instaurado por órgão com competência de polícia judiciária ou pelo Ministério Público, relativamente aos elementos já documentados nos autos e que digam respeito ao investigado, dispondo a autoridade de meios legítimos para garantir a eficácia das diligências em curso. Ressalte-se, outrossim, que a utilização de material sigiloso, constante de inquérito, para fim diverso da estrita defesa do investigado, constitui crime, na forma da lei.

4. Nesse contexto, o Pretório Excelso editou a Súmula Vinculante 14, segundo a qual "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".

5. Nas palavras do Ministro Luiz Fux, "não obstante a garantia estabelecida pelo art. 7º, XIV do Estatuto dos Advogados do Brasil, constitui interesse primário de indiciado em procedimento que possa acarretar em cerceamento de sua liberdade, o acesso aos autos da investigação, justamente nos resultados que já constem do feito. Por outro lado, caso venha a se violar o segredo de justiça, utilizando-se as informações obtidas para fins outros que não a defesa do paciente, responderá o responsável nos termos da lei aplicável pelos delitos que cometeu. Ressalte-se que a adequação do sigilo da investigação com o direito constitucional à informação do investigado devem se coadunar no acesso restrito do indiciado às diligências já realizadas e acostadas aos autos. Afinal, a decretação de sigilo não impede o advogado de ter acesso aos autos do inquérito policial. Entretanto, essa garantia conferida aos causídicos deverá se limitar aos documentos já disponibilizados nos autos, não sendo possível, assim, sob pena de ineficácia do meio persecutório, que a defesa tenha acesso, 'à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso.' (HC nº 82354/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24/09/2004)" (HC 123.343/SP, DJE de 9.12.2008) (...) (RMS nº 28.949-PR, DJ nº 26/11/2009).

Em outra ocasião, a Corte entendeu que, a despeito da relatividade da eficácia probatória dos elementos coligidos em inquérito civil, os documentos de natureza pública, como notas de empenho extraídas de processo licitatório, fazem prova de seu conteúdo independentemente de nova produção em juízo, especialmente quando a autenticidade desses documentos não é questionada (REsp 1.280.321-MG, DJ nº 09/03/2012).

Tal como o STF, o STJ deixou de se manifestar sobre a aplicação da garantia da razoável duração do processo ao inquérito civil, sob o argumento de cuidar-se de matéria constitucional, incabível no âmbito do recurso especial (Agravo de Instrumento nº 1.293.828-RJ, DJE nº 12/08/2011)¹⁵².

Por sua vez, o TST já entendeu que as provas produzidas em inquérito civil, ante sua natureza e suas características inquisitiva, pública e auto-executável, 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 nº 2266-62.2011.5.04.0000, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, publicado no

¹⁵² EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO CIVIL. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. ACÓRDÃO ASSENTADO EM FUNDAMENTOS EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO DE DIREITO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

DEJT, 08/11/2012). As peças produzidas no inquérito não podem ser ignoradas como meios de prova no processo judicial, sendo que a sua utilização não ensejará cerceamento de defesa ou violação do devido processo legal (RR nº 9891400-77.2006.5.09.0015, DEJT 03/09/2010).

A Corte também declarou a existência da presunção de legitimidade dos documentos produzidos no inquérito civil, à luz do disposto no artigo 364, do Código de Processo Civil, não bastando ao réu, para a sua desconstituição, a singela impugnação (RR nº 57600-73.2005.5.06.0105, DEJT 13/08/2009).

À guisa de conclusão do presente capítulo, temos que o inquérito civil, como instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público, mostra-se, para a doutrina e para a 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 concedida oportunidade para se manifestar e influenciar a decisão do membro ministerial.

Essas contradições teóricas serão objeto de análise do próximo capítulo, que terá por objetivo 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

Luis Alberto Warat¹⁵³ 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, que os juristas aceitam 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*.

Esse sentido comum teórico teria quatro funções: a) *normativa*, na medida em que é atribuída determinada significação aos textos legais, que disciplina a ação institucional dos aplicadores do direito; b) *ideológica*, por ser responsável por uma homogeneização dos valores sociais e jurídicos, silenciando o papel histórico e social do direito; c) *retórica*, tendo em vista que o sentido comum teórico disponibiliza ao jurista uma gama de argumentos pré-definidos, chamados de lugares ideológico-teóricos, para o raciocínio jurídico; e d) *política*, derivada das demais funções, serve para reassegurar o domínio das relações de poder.

Para Lenio Streck¹⁵⁴, 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. E conclui¹⁵⁵:

Graças a isso, no contexto da dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisados como meras abstrações jurídicas, e as pessoas, protagonistas do processo, são transformadas em autor e réu, reclamante e reclamado, e, não raras vezes, “suplicante e suplicado”, expressões estas que, convenhamos, deveriam envergonhar (sobremodo) a

¹⁵³ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 57.

¹⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 66.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 71.

todos nós. *Mutatis mutandis*, isto significa dizer que os conflitos sociais não entram nos fóruns e nos tribunais graças às barreiras criadas pelo discurso (censor) produzido pela dogmática jurídica dominante. Nesse sentido, pode-se dizer que ocorre uma espécie de “coisificação” (*objetificação*) das relações jurídicas.

Na mesma direção, Eduardo Cambi¹⁵⁶ sustenta a existência em muitos setores de nossa cultura jurídica do que ele chama de princípio da inércia da argumentação jurídica, segundo o qual ante a poderosa força da manutenção do *status quo*, os aplicadores do direito acabam não exercendo um raciocínio crítico em relação às ferramentas utilizadas no dia a dia.

Parece ser exatamente isso o que acontece com a teoria criada acerca do inquérito civil. Segundo o discurso dominante (analisado no capítulo anterior) a esse importante instrumento de ação extrajudicial colocado à disposição do Ministério Público, inicialmente pelo artigo 8º da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85) e, posteriormente, alçado ao nível constitucional (artigo 129, inciso III, da Constituição da República), 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, parece que não devem tomar os direitos fundamentais como baliza e referencial, na medida em que o dito instituto constitui-se, consoante doutrina predominante, em mero procedimento administrativo, do tipo inquisitorial, unilateral, que não está vinculado ao princípio do contraditório, por não se constituir em processo administrativo.

Ocorre que, a despeito dos Estados-nações 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 populações¹⁵⁷, 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

¹⁵⁶ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 158.

¹⁵⁷ DUFOUR, Dany-Robert. **A arte de reduzir as cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

desregulamentação, liberalização, flexibilidade, fluidez e facilitação das transações comerciais, limitando-se a garantir um nível mínimo de ordem necessária para a realização de negócios¹⁵⁸, e apesar da transnacionalidade dos conflitos que envolvem direitos fundamentais¹⁵⁹, 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 vem 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 há 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 ilegítimo¹⁶⁰. Esses direitos fundamentais passam a constituir os contornos estruturais da reprodução dos processos políticos de busca pelo poder e de tomada de decisões coletivas¹⁶¹. 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 fundamentais¹⁶². 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 deste contexto que surgem instituições de controle, como o MP, que, no Brasil, tem a função de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Para tanto, como referido no capítulo anterior, foram colocados à disposição do MP diversos instrumentos jurídicos que viabilizam o cumprimento de seu mister. A própria CR determina como funções ministeriais a promoção da ação penal pública, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para proteção de interesses difusos e coletivos não penais, a

¹⁵⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 76.

¹⁵⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

¹⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1438-1441.

¹⁶¹ NEVES, op. cit., p. 57.

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 37.

promoção da ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, a possibilidade de expedição de notificações nos procedimentos administrativos de sua competência para requisição de informações e documentos para instruí-los, a possibilidade de requisição de diligências investigativas e de inquérito policial (CR, artigo 129, incisos I, III, IV, VI, VIII).

Observe-se que todos esses instrumentos jurídicos servem para o fiel desempenho daquelas funções superiores previstas no *caput* do artigo 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 da República, 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 jurídico¹⁶³.

Nesse sentido, em um contexto 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. Nesse sentido, assim se manifesta Vitor Rhein Schirato¹⁶⁴:

A nosso ver, todo esse processo está intimamente ligado à consolidação do Estado de direito e da democracia, na medida em que o conceito de ambos é diametralmente oposto à imposição de decisões, à unilateralidade e ao autoritarismo ilimitado. Valores democráticos passam a exigir que o Estado não somente produza resultados conforme a lei, mas que siga o caminho legalmente disciplinado para produzir tais resultados, de forma concertada com aqueles direta ou indiretamente interessados no conteúdo do ato a ser exarado.

Na mesma linha de pensamento, Ada Pellegrini Grinover¹⁶⁵ defende a existência do direito à informação geral no processo administrativo, por meio do qual seja assegurado o direito de obter conhecimento adequado dos fatos que estão na

¹⁶³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 64.

¹⁶⁴ 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: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 10.

¹⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito à Prova no Âmbito Administrativo. In **Revista IOB de Direito Administrativo**, ano I, nº 9, setembro de 2006, p. 07-16.

base da formação do processo, e de todos os demais fatos, dados, documentos e provas que vierem à luz no curso do processo. Segundo a autora, isso se deve ao fato de que o caráter processual da formação do ato administrativo contrapõe-se a operações internas e secretas, à concepção dos *arcana imperii* dominantes nos governos absolutos. O *jus imperii* está sendo cada dia mais mitigado pelo Poder da cidadania.

Deve-se evitar, portanto, que instituições da relevância social do *Parquet* brasileiro se tornem apenas formalmente democráticas, onde 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 neste ano de 2013), mas evita a participação¹⁶⁶.

É dentro deste contexto que se impõe a busca de uma *normatividade forte* dos princípios constitucionais pelo constitucionalismo garantista. Como consequência dessa circunstância, temos que, para além de uma legalidade formal, teoria segundo a qual uma norma jurídica, qualquer que seja seu conteúdo, existe e é válida por força unicamente das formas de sua produção, exige-se uma *legalidade substancial*, isto é, a submissão da lei aos vínculos substanciais impostos pelos princípios constitucionais e pelos direitos fundamentais expressos na Constituição¹⁶⁷. A aplicação do direito deixa de ser um processo de submissão estrita do aplicador à lei, e passa a exigir uma análise crítica do significado da lei para controlar a legitimidade constitucional¹⁶⁸. Por sua vez, a ciência do direito deixa de ser simples descrição de fenômenos jurídicos e passa a ser crítica e projeção do seu próprio objeto. É, nas palavras de Ferrajoli¹⁶⁹, crítica do direito inválido, ainda que vigente, porque em contraste com a Constituição; reinterpretção, à luz dos princípios estabelecidos na Carta Constitucional, do inteiro sistema normativo;

¹⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2002, p. 51.

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 34.

¹⁶⁸ Para além da legalidade estrita, entendida como análise da procedência das normas, o direito, para ser legítimo, deve ter sua gênese vinculada a determinados procedimentos democráticos de formação de opinião e da vontade que recebam os necessários influxos comunicativos gerados numa esfera pública política e onde um sistema representativo não exclua a potencial participação de cada cidadão, cujo *status* político não depende de pré-requisitos (CARVALHO NETO, Menelick de, SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 111).

¹⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 36.

análise das antinomias e das lacunas; elaboração e projeção das garantias faltantes ou inadequadas e, todavia, impostas por normas constitucionais.

É a partir deste paradigma que passamos a analisar criticamente a teoria criada sobre o inquérito civil. Apesar da inquestionável influência que sofreu da teoria do inquérito policial em sua origem (Motauri Ciocchetti de Souza¹⁷⁰ chega a afirmar que o inquérito civil está para a ação civil pública assim como o inquérito policial está para a ação penal pública), entendemos que os influxos democráticos trazidos pela Carta Constitucional de 1988 demandam uma releitura das teses criadas em torno do inquérito civil. Em verdade, defendemos ser necessária a criação de uma *teoria geral dos processos investigatórios*, a partir da qual seja assegurada a proteção dos direitos fundamentais do cidadão na etapa extrajudicial de defesa de bens de relevância jurídica. Concordando com esta necessidade, Francisco Gérson Marques de Lima¹⁷¹ sustenta que:

É preciso construir uma Teoria Geral dos Procedimentos Investigatórios, aproximando-os todos entre si, de forma a assegurar um mínimo de resguardo dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Que se crie uma Teoria Geral, partindo de um ponto comum (os direitos e garantias fundamentais) e se especializando em cada setor, onde dos princípios comuns e gerais sofram adaptações para se amoldarem e se adequarem à natureza da espécie procedimental *in concreto*, embora sem se divorciar das orientações do tronco comum. Uma teoria deste teor tornará mais segura a aplicação dos preceitos e normas que regem toda e qualquer espécie de investigação, além de fornecer elementos mais científicos ao estudo do assunto, numa base única.

Essa jornada, no entanto, não será realizada no presente trabalho. A partir de agora, com base na delimitação das principais características de um constitucionalismo garantista (no sentido proposto neste trabalho) e de seus influxos sobre a contemporânea teoria do processo, realizada no primeiro capítulo, bem como na descrição dos princípios que vinculam o Ministério Público brasileiro e do tratamento dado pela doutrina e jurisprudência ao inquérito civil, feita no segundo capítulo, procuraremos responder à pergunta de partida, a saber: mesmo após a *revolução dos direitos constitucionais* e a criação de um MP vocacionado para a

¹⁷⁰ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72

¹⁷¹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos Constitucionais do Processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 62-63

defesa de um regime democrático, realizadas pela Carta de 1988, ainda é possível defender a existência de processos públicos inquisitoriais, os quais escapariam da força normativa de determinados direitos fundamentais? Ou, em outras palavras, será que a abertura do inquérito de natureza civil ao princípio do contraditório não garantiria uma atuação mais legítima e em consonância com a finalidade institucional do *Parquet*?

Para tanto, tomando como norte a máxima efetivação dos princípios constitucionais, destrincharemos e rebateremos as características do inquérito civil, que, segundo o discurso dominante, afastam o mencionado instituto da força cogente do princípio do contraditório.

3.1 Processo e procedimento: uma visão constitucional

Um dos primeiros argumentos para afastar a aplicação da garantia prevista no inciso LV do artigo 5º da Constituição de 1988 diz 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 (sintetizando o discurso dominante nesse sentido, conferir Mazzilli¹⁷²).

Esse posicionamento, contudo, não se adéqua ao 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 para o exercente de função pública o respeito aos postulados procedimentais e substanciais fixados na Carta Constitucional. No mesmo sentido, Odete Medauar¹⁷³ defende a existência de um novo modo de agir da administração pública *não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e*

¹⁷² MAZZILLI, 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, p. 448.

¹⁷³ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 211.

atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos.

A noção de uma processualidade necessária para o desempenho de todas as funções estatais fez a doutrina nacional entender como 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 estabelecida¹⁷⁴. 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 foi possível em nosso país após 1988, diferentemente do que ocorreu com o processo judicial. A tradicional doutrina administrativista, criada antes da edição da atual Carta Constitucional, reflete esse posicionamento: os estudos sobre os atos administrativos, em sua maioria impostos unilateralmente, são muito mais extensos e profundos do que as análises acerca do processo administrativo (demonstram essa assertiva os manuais de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷⁵, Hely Lopes Meirelles¹⁷⁶ e José dos Santos Carvalho Filho¹⁷⁷).

Todavia, não há consenso acerca dos limites conceituais das noções de processo e procedimento. Maria Helena Diniz¹⁷⁸ conceitua procedimento como a soma de atos processuais que se realizam, ordenada e sucessivamente, para a solução da lide, é o modo como se desenvolve o processo em busca da solução, enquanto que o processo é tido como o conjunto de atos necessários e que devem ser praticados numa ordem pré-estabelecida, para esclarecimento da controvérsia e para a obtenção de uma solução jurisdicional para o caso *sub judice*, podendo também significar ação de prosseguir, ordem sequencial, ação progressiva¹⁷⁹. Na mesma linha De Plácido e Silva, para quem o procedimento é o proceder, o método para que se faça ou se execute alguma coisa. É o aspecto exterior de que nos

¹⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 428.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005.

¹⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

¹⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 850-851.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 857-858.

valemos para realizar um objetivo querido. O processo é o objetivo onde quer se chegar. É o processo que dá a direção para da sucessão de atos exteriorizado no procedimento. Este é o invólucro; aquele a íntima substância¹⁸⁰.

Por sua vez, o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸¹ 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, compõe-se, canaliza-se e se estampa a vontade administrativa. Na mesma direção, Hely Lopes Meirelles¹⁸².

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, através de um processo administrativo. Sob esta perspectiva, o processo é instrumento de atuação do procedimento administrativo¹⁸³.

Odete Medauar¹⁸⁴ faz interessante síntese de todas as correntes que se formaram acerca do tema: para os defensores do *critério da amplitude*, o processo seria algo mais que o procedimento: o primeiro seria o conjunto de todos os atos e o segundo só um ato ou grupo desses atos. Os adeptos do *critério da complexidade* veem o procedimento como manifestações simples de vontade, o meio imediato de dar forma a um ato ou a uma decisão e o processo como o conjunto de atos ou procedimentos, a soma de diferentes operações que integram, na unidade, um todo. *Pelo critério do concreto e do abstrato*, o processo corresponderia ao conjunto de todos os atos realizados, a cada vez, para a composição da lide ou do assunto e o procedimento consistiria no módulo legal do fenômeno em abstrato, o esquema formal do processo. O *critério da lide* distinguia processo e procedimento com base

¹⁸⁰ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 4. v. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 455.

¹⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 429-430.

¹⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005, p. 156-157.

¹⁸³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 137-138.

¹⁸⁴ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 30-35.

na existência ou não de uma lide, um conflito de interesses qualificado pela pretensão de um sujeito e pela resistência de outro. Pelo *critério da controvérsia*, o processo pressuporia a existência de uma controvérsia ou litígio e o procedimento seria o modo de realização do processo. Há ainda quem sustente que a noção do processo seria essencialmente teleológica, pois se caracteriza por sua finalidade de exercício de poder, e a ideia de procedimento, de índole formal, porque significa coordenação de atos que se sucedem.

Todos esses critérios parecem ser absolutamente insuficientes para descrever e justificar a partir de um ponto de vista constitucional a diferença entre o processo e o procedimento. Primeiro porque não estabelecem critérios fundados no ordenamento para diferenciar os conceitos. Falar que o processo é mais amplo ou complexo do que o procedimento pouco contribui para o desenvolvimento da teoria do processo. Defender que o processo possui natureza teleológica e o procedimento seria a mera ordenação de atos também não colabora na distinção, na medida em que em várias passagens de nosso ordenamento (como será visto mais a frente) o vocábulo *procedimento* é ora utilizado como sinônimo de *rito* ora como de processo. Ademais, há critérios que acabam por trazer dificuldades metodológicas intransponíveis: afirmar que o processo é a concretização de um procedimento abstratamente previsto em lei não ajuda em nada, por não oferecer nenhum fundamento consistente, na identificação das duas figuras. Por fim, os critérios da lide e da controvérsia não conseguem explicar a existência de processos sem lide ou controvérsia em nosso sistema.

3.1.1 O argumento da prevalência do interesse público sobre o privado

Odete Medauar¹⁸⁵ traz ainda um interessante critério adotado pela tradicional doutrina administrativista e processualista. 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.

¹⁸⁵ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 31-33.

Nesse sentido, poderia ser argumentado, 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.

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. Nesse sentido, Vitor Rhein Schirato¹⁸⁶ defende que:

(...) Na medida em que se considera não mais caber à Administração Pública realizar um interesse público previamente definido em lei – ou estabelecido pela própria Administração por delegação legal –, mas sim caber, por meio de um exercício de ponderação dos diversos interesses coletivos legítimos existentes no caso concreto, escolhendo um ou alguns dos interesses públicos subjacentes, tem-se como clara a noção de que a função administrativa nada mais é do que uma função de arbitramento, pois “implica um papel de mediação, confiado a seu titular, entre a norma e seu efeito jurídico”, conforme ensina Sabino Cassese.

É precisamente neste ponto que podemos ver com perfeição a relevância do processo administrativo no atual contexto de atuação da Administração Pública. Ao não se ter mais como possível uma atuação unilateral e autoritária, por conta da inexistência de um interesse público previamente definido a ser tutelado, será necessário à Administração Pública identificar quais os interesses coletivos legítimos subjacentes para, então, ponderá-los no caso concreto, *sendo o processo administrativo o meio adequado para que se possa proceder à identificação dos interesses públicos legítimos existentes e à ponderação desses a fim de escolher um ou alguns para atendimento no caso concreto.*

Interessante notar que o critério ora em comento tem como pano de fundo a oitocentista diferenciação entre interesse público e interesse privado. Todavia, em

¹⁸⁶ 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: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 09-51

um contexto de alargamento da esfera pública dos direitos¹⁸⁷, 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, essa distinção perde bastante de sua força. Reforçando este entendimento, Schirato¹⁸⁸ defende que na atualidade não há mais como se falar em bipolaridade e delimitação clara de interesses públicos e privados, na medida em que:

Com o alargamento dos campos de atuação da Administração Pública, atualmente espraiadas sobre amplos campos da vida privada, em maior ou menor intensidade, e com o rompimento da sociedade monoclasa, que se transformou em sociedade pluriclasa, com grande número de interesses coletivos, o dogma do interesse público contraposto ao particular passa a ser seriamente ameaçado. 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. Há, de forma concomitante e contraditória, uma publicização do direito privado e uma privatização do direito público.

Ademais de tudo isso, a evolução da teoria do processo, especialmente após a *revolução dos direitos constitucionais*¹⁸⁹ 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 ato¹⁹⁰.

Verifica-se ainda que, do ponto de vista político-filosófico, o processo administrativo cria para os cidadãos a oportunidade para que sejam explicitados 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. Consoante John

¹⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 23.

¹⁸⁸ 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: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 09-51.

¹⁸⁹ Conforme salientado no primeiro capítulo, essa expressão foi criada por Ran Hirschl (**Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004) para designar os movimentos constitucionalistas ocorridos em diversos países no quarto final do século XX.

¹⁹⁰ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 32-33.

Rawls¹⁹¹, a ideia de razão pública, a estrutura de instituições democráticas constitucionais que especifique a moldura dos corpos legislativos deliberativos e o conhecimento e o desejo dos cidadãos de seguir a razão pública e concretizar o seu ideal na conduta política são elementos essenciais da mencionada forma de democracia. Uma consequência imediata desses elementos seria a necessidade de serem estabelecidas ocasiões públicas para a discussão ordenada e séria de questões fundamentais e de questões de política pública.

A Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, parece seguir essas diretrizes ao estabelecer que

Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

Seguindo a mesma trilha, o CNMP, no exercício de seu poder regulamentar, editou a Resolução nº 82, de 29 de fevereiro de 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

¹⁹¹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 531-532.

sua responsabilidade e na identificação de demandas sociais. Consoante o art. 1º, § 1º, da aludida norma:

as audiências públicas serão realizadas na forma de reuniões organizadas, abertas a qualquer cidadão, para discussão de situações das quais decorra ou possa decorrer lesão a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e terão por finalidade coletar, junto à sociedade e ao Poder Público, elementos que embasem a decisão do órgão do Ministério Público quanto à matéria objeto da convocação.

Ao resultado das audiências públicas realizadas pelo Ministério Público será dada ampla publicidade (art. 4º) e poderá resultar no arquivamento de investigações em andamento, na celebração de termos 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 do discurso predominante contrário à aplicação do contraditório, há sim margem para a intervenção ativa dos cidadãos no processo de 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 tem o mesmo direito de participar¹⁹².

3.1.2 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*¹⁹³, uma análise atenta de nosso sistema jurídico parece direcionar 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

¹⁹² AUDARD, Catherine. O princípio de legitimidade democrática e o debate Rawls-Habermas. In ROCHLITZ, Rainer (Coord.). **Habermas: o uso público da razão**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 81-112.

¹⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 62.

Constituição da República 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 nº 9.784/99), é possível verificar a existência de uma *regularidade*¹⁹⁴ no uso da palavra procedimento. Com efeito, ela é mencionada dez vezes no corpo permanente da CR com três sentidos distintos:

a) como *processo*, é referida no inciso XXIV, do artigo 5º, que trata do *processo* de desapropriação; no inciso III do § 1º, do artigo 41, ao se referir ao *processo* administrativo de avaliação de servidor público; na alínea d, do inciso II, do artigo 93, que trata do *processo* administrativo para promoção de magistrados por antiguidade; e no inciso VI, do artigo 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 artigo 24, que cuida da competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e União para legislar sobre *ritos* de natureza processual; no inciso I, do artigo 98, que trata da necessidade de criação de juizados especiais federais, que respeitarão os *ritos* oral e sumaríssimo; no § 3º, do artigo 184, que, apesar da terrível redação, cuida do *rito* contraditório especial e sumário para o processo judicial de desapropriação; no inciso I, do artigo 200, que disciplina a competência do Sistema Único de Saúde de fiscalizar *ritos* (*formar de produção de medicamentos*) de interesse para a saúde; e na alínea b, do inciso V, do artigo 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 artigo 55, que disciplina hipótese de perda de mandato parlamentar.

¹⁹⁴ *Regularidade* é entendida aqui no sentido proposto por 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. In **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273) no sentido de 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".

No Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689/41), a palavra *procedimento* aparece predominantemente¹⁹⁵ com o significado de *rito processual*, conforme se pode verificar dos artigos 394 e 396.

No Processo Civil, apesar da tradicional doutrina que se criou a respeito¹⁹⁶, a palavra *procedimento* é utilizada majoritariamente com o sentido de *rito*, conforme se verifica nos artigos 272 e 274 do CPC, mas também aparece com o sentido de *processo*, por exemplo, nos artigos 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 artigo 420, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho; com o sentido de *conduta* na alínea b, do artigo 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 artigo 852-A, quando disciplina o procedimento sumaríssimo.

Excluindo-se as hipóteses em que o sentido atribuído à palavra está ligada 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 nas normas acima referidas 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. Ressaltando o caráter complexo da noção de processo, Flávio Luiz Yarshell¹⁹⁷ afirma que ele se constitui em um

¹⁹⁵ No artigo 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.*

¹⁹⁶ No sentido de o *processo* constituir-se em método ou sistema de compor um determinado conflito, enquanto que o *procedimento* seria a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 40).

¹⁹⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006, p. 181.

procedimento, do ponto de vista formal, e em uma relação jurídica, do ponto de vista material.

Mais: 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-se a defesa da existência de um procedimento autônomo destituído de contraditório?

Entendemos 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, na medida em que a aplicação do princípio do contraditório no inquérito civil abre um espaço democrático no Ministério Público brasileiro, instituição de um Estado pródigo em práticas antidemocráticas, que, via de regra, prima pelas estruturas econômicas e pelos interesses de seus principais agentes em desprestígio da grande massa de cidadãos, sua dignidade e relações sociais, por meio de uma burocracia hermética e refratária à participação dos cidadãos no processo de formação das decisões administrativas.

Não podemos nos olvidar que o *Parquet* foi construído a partir do 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 IC reforça a noção de legitimação do poder estatal

por meio do procedimento¹⁹⁸, na medida em que se torna arbitrário o poder exercido sem a possibilidade de participação dos próprios interessados diretos no resultado do processo¹⁹⁹.

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, no processo, e por intermédio do processo, ao litigante 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 material²⁰⁰. O princípio cardeal 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 ético²⁰¹.

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

¹⁹⁸ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

¹⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 159.

²⁰⁰ CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e, ANDRÉ FILHO, Pedro Felício, VILLARREAL, Gabriel Hernan Facal. Contraditório, ampla defesa e o direito à prova no processo administrativo. In **Revista IOB de Direito Administrativo**, ano I, nº 9, setembro de 2006, p. 22.

²⁰¹ GALVÃO, Rodrigo. Devido processo legal, ampla defesa e contraditório no processo administrativo. In **Revista IOB de Direito Administrativo**, ano II, nº 21, setembro de 2007, p. 122-123.

o *acesso a seus autos* e a possibilidade de *manifestação* antes da prolação da decisão.

Agustín Gordillo, citado por Rodrigo Galvão²⁰², defende que a garantia da defesa se desdobra no *direito a ser ouvido e a uma decisão motivada* e no *direito a oferecer e a produzir provas de desagravo*. O primeiro desses direitos pressupõe a publicidade do processo, a oportunidade de expressar as razões do interessado antes da emissão da decisão, a consideração expressa dos argumentos levantados pelo interessado, a obrigação de decidir expressamente o requerido e o dever de motivar as decisões. Por sua vez, o direito de oferecer e produzir provas pressupõe a possibilidade de produção de toda prova razoavelmente proposta antes de se adotar uma decisão, bem como a possibilidade de controlar a produção da prova feita pela administração.

Para Medauar²⁰³, 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, constituindo-se em exigência de otimização normativa e núcleo de condensação de valores, pela sua função normogênica e sistêmica, além de hermenêutica²⁰⁴.

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 nº 24268-MG, Relatora Min. Ellen Gracie, DJ 17/09/2004, p. 53²⁰⁵).

²⁰² GALVÃO, Rodrigo. Devido processo legal, ampla defesa e contraditório no processo administrativo. In **Revista IOB de Direito Administrativo**, ano II, nº 21, setembro de 2007, p. 125.

²⁰³ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 96.

²⁰⁴ GALVÃO, op. cit., p. 122-123.

²⁰⁵ EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver

O mencionado Mandado de Segurança impugnou ato do Tribunal de Contas da União que, em procedimento administrativo sem garantia da ampla defesa e do contraditório, determinou o cancelamento de pensão especial concedida há quase duas décadas. O Tribunal concedeu a segurança pleiteada, conduzido 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;

c) *Direito de ver seus argumentos considerados*, o que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas. Este 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.

Como dito acima, no mencionado Mandado de Segurança, a despeito da pacífica jurisprudência das cortes superiores acerca da inaplicabilidade do contraditório no inquérito civil, ficou assentado que os princípios decorrentes do devido processo legal, a saber, o contraditório e a ampla defesa, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos.

Em outra oportunidade o STF manifestou-se favoravelmente à aplicação do princípio do contraditório em *relações estritamente privadas*. Nos autos do Recurso Extraordinário nº 201.819-RJ, DJ 27/10/2006, a Suprema Corte reconheceu que a autonomia privada não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito

seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV).

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. O caso concreto tratava de particular excluído do quadro de associados da União Brasileira de Compositores. Em vista do caráter público da atividade exercida pela sociedade e da dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios, estaria legitimada a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

Dissertando sobre o tema, João Bosco Maciel Junior²⁰⁶ sustenta que:

Em verdade, nos dias de hoje, em sua concepção moderna, o contraditório é tudo aquilo supramencionado, aliado a um conceito constante de “extraterritorialidade”, que consiste numa eficácia não apenas no processo jurisdicional e no âmbito administrativo, mas para fora dos limites estatais como forma de cooperação, isto é, princípio fundamental da participação-cooperação nos atos de poder privado. O princípio do contraditório, em suma, tem aplicação fora do processo jurisdicional.

Na mesma linha, Ingo Sarlet²⁰⁷ defende que, nas relações entre particulares, para além da vinculação das entidades dotadas de algum poder social, é possível sustentar a aplicabilidade dos direitos fundamentais, ante a sua perspectiva jurídico-objetiva. Existiria uma eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) 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 legal²⁰⁸. Ainda mais contraditória se torna essa situação quando esse mesmo sistema determina o respeito desses direitos nas

²⁰⁶ MACIEL JUNIOR, João Bosco. **Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

²⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 405.

²⁰⁸ Dinamarco defende que a participação do interessado no processo constitui postulado inafastável da democracia e que o processo é, em si mesmo, democrático e, portanto, participativo, sob pena de não ser legítimo (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 159).

relações entre particulares, sem a interferência do Estado, em respeito à eficácia horizontal ou objetiva dos direitos fundamentais.

Mais: Adilson de Abreu Dallari²⁰⁹ sustenta a ideia de que a aplicação da garantia do contraditório no âmbito do inquérito civil é contrapeso necessário à ausência de responsabilização dos membros ministeriais por atos decorrentes do exercício de suas atribuições. Para ele, por ser da essência do exercício de poder no regime democrático, seria imprescindível a existência de algum tipo de contenção ao poder concedido ao Ministério Público. A obrigatoriedade do contraditório no inquérito de natureza civil, ainda que apenas sob o prisma da oitiva impositiva do inquirido, sem o direito de produção de contraprovas, traria maior legitimidade de agir à instituição.

Para ilustrar o seu posicionamento, traz o exemplo de uma catástrofe ocorrida em município do interior do Estado de São Paulo em que os agentes da defesa civil, em apoio às operações do Exército e da Aeronáutica, requisitavam dos moradores diversos materiais, como gasolina, comida, remédio, entre outros, para atendimento aos flagelados. Para sua surpresa, ele se deparou com a requisição de um guarda-sol de praia. Como representante jurídico do município, ficou bastante preocupado com a dita requisição, por conta das repercussões negativas que dela poderia resultar, inclusive com a possibilidade de responsabilização civil dos gestores municipais. Após solicitar informações do requisitante, obteve a informação de que os helicópteros, que estavam sendo utilizados no salvamento da população atingida, operavam na praia, pois não havia outro lugar disponível. Para garantir maior agilidade aos pousos e decolagens dos equipamentos, o abastecimento era feito na própria orla. Como esse abastecimento era realizado através de galões de combustível, era necessário protegê-los do sol, a fim de se evitar nova catástrofe. A proteção era feita com o guarda-sol, que a municipalidade não possuía.

Com base neste exemplo, Adilson Dallari argumenta que a necessidade cotidiana de solucionar problemas administrativos, por vezes, leva o gestor a tomar decisões aparentemente despropositadas, mas que, uma vez expostas as suas razões, mostram-se necessárias e adequadas à proteção de interesses coletivos.

²⁰⁹ DALLARI, Adilson Abreu. Ação civil Pública e ação popular: aproximações e diferenças. In SALLES, Carlos Alberto de (ORG.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 147-153.

Mas será que o princípio do contraditório exige a manifestação prévia do interessado em todo e qualquer ato processual proferido dentro de um inquérito civil, conforme defende parcela da doutrina²¹⁰?

A despeito de o princípio do contraditório firmar-se como um dos fundamentos básicos de nosso ordenamento processual, não passou despercebido de Ovídio Baptista²¹¹ que a inversão ou a postergação do contraditório não é estranho 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 sociais²¹². Assim, impõe-se como “regra geral” do processo de conhecimento o contraditório prévio, ou seja, antes da tomada de decisão, deve ser garantida a efetivação do dito princípio (extensão ideológica da matriz racionalista do processo, segundo o aludido autor), 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, artigos 1102-A a 1102-C) e a execução por quantia certa fundada em título executivo extrajudicial (CPC, artigos 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, artigos 846 a 851), tendo em vista que, conforme observado, nosso ordenamento não impõe necessariamente o contraditório prévio. O que ocorre, ainda segundo Ovídio

²¹⁰ SILVA JÚNIOR, Arnaldo. Os excessos na condução dos inquéritos civis públicos. In SILVA JÚNIOR, Arnaldo, PEREIRA, Rodrigo Ribeiro (COORD.) **Limites de atuação do Ministério Público: a defesa nas ações civis públicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 11-43.

²¹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 112-114.

²¹² Essa característica do sistema processual brasileiro também foi observado por Oliveira (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 166-167).

Baptista²¹³, é que, ao estender a garantia da plenitude de defesa para além dos limites estritamente penais, o constituinte obrigou o intérprete a ler as normas de natureza processual tomando como ponto de partida e de chegada o texto constitucional.

Neste contexto, parecem absolutamente corretas as palavras de Yarshell²¹⁴ 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. Por essa razão, o contraditório caracteriza-se como uma forma de respeito à dignidade do sujeito passivo do processo, que não possui modelo único de aplicação, desde que resguardados os direitos de seu *núcleo duro*, a saber, os direitos de informação, de manifestação e de ter os argumentos considerados pelo julgador.

3.2.1 Indícios de 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, no sentido da natureza inquisitorial e facultativa do mencionado instrumento jurídico, e o marco legal que o rege. A despeito 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.

Vejamos:

Como já dito anteriormente, o inquérito civil foi criado em 1985, pela Lei nº 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 norma que primeiramente previu o instituto (LACP, art. 8º, § 1º) é subdivisão da norma que tratava dos documentos que instruíam a petição inicial da ação civil pública, principal objeto da lei analisada. Posteriormente,

²¹³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 128.

²¹⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006, p. 183.

em artigo próprio (LACP, art. 9º), o legislador, de forma descontextualizada, estabeleceu o procedimento de arquivamento do inquérito civil.

Essa circunstância denota ou a má técnica legislativa, por não ter o legislador garantido uma ordem lógica do dispositivo legal, com a restrição do conteúdo do artigo a um único assunto, conforme posteriormente estabelecido pelo artigo 11, inciso III, alínea b, da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispôs sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, ou o fato de que o inquérito, em suas origens, realmente era um instrumento pré-processual acessório da ação civil pública, cuja única finalidade era a coleta de provas para a fundamentação da dita demanda. Para o desenvolvimento do presente estudo, tomaremos a segunda hipótese como correta.

A partir deste pressuposto, a tradicional doutrina formada em torno no inquérito de natureza civil estaria em consonância com o texto legal.

A Constituição da República 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. Vejamos a redação do artigo 129, inciso III da Constituição:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (...)

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.

A Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que disciplinou o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sobre a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, entre outros temas, repetiu as regras já previstas na Lei nº 7.347/85 sobre os poderes ministeriais na condução do inquérito e a forma de seu arquivamento, não fazendo qualquer referência a sua autonomia procedimental.

A mesma técnica legislativa foi utilizada na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispôs sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, no capítulo reservado à proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos de crianças e adolescente, especificamente no artigo 223, e na Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispôs sobre o Estatuto do Idoso, também no capítulo reservado à proteção dos interesses coletivos e individuais indisponíveis, em seu artigo 92.

A Lei nº 7.913, de 07 de dezembro de 1989, que dispôs sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, igualmente remeteu a disciplina processual da matéria à LACP.

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que criou o Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da defesa dos direitos coletivos dos consumidores em Juízo, remeteu as ações coletivas consumeristas à disciplina jurídica do Código de Processo Civil e à Lei da Ação Civil Pública, inclusive no que respeita ao inquérito civil (art. 90).

De tudo isso, pode-se concluir que a legislação infraconstitucional editada após a edição da Carta Constitucional de 1988 não levou em consideração os avanços conceituais estabelecidos pelo Constituinte, limitando-se a repetir o antigo discurso construído na primeira metade da década de oitenta do século passado.

Com a edição da Resolução nº 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 IC. Assim, ainda que o discurso dominante prevaleça na doutrina e jurisprudência, promotores e procuradores do MP, sob pena de responsabilidade

administrativa (Lei nº 8.625/93, art. 43 e LC nº 75/93, art. 236), tem o dever de obedecer regras formais durante a tramitação do IC, tais como:

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 (artigo 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 IC (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 IC (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 (consistente na divulgação oficial, com o exclusivo fim de conhecimento público mediante publicação de extratos na imprensa oficial; na divulgação em meios cibernéticos ou eletrônicos, dela devendo constar as portarias de instauração e extratos dos atos de conclusão; na expedição de certidão e na extração de cópias sobre os fatos investigados; na prestação de informações ao público em geral, a critério do presidente do inquérito; e na concessão de vistas dos autos, mediante requerimento fundamentado do interessado ou de seu procurador legalmente constituído e por deferimento total ou parcial do presidente 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 nº 24268-MG, Relatora Min. Ellen Gracie, DJ 17/09/2004, p. 53): 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. 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 IC é procedimento de natureza unilateral e facultativa (art. 1º, da Res. nº 23/07).

Mas há ainda um aspecto que parece afastar definitivamente o argumento da inaplicação do contraditório no inquérito civil: é que a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, em seu artigo 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 inafastabilidade do controle jurisdicional prevista no inciso XXXV, do artigo 5º, da CR), é indiscutível que ela acaba por criar um *direito subjetivo ao recurso administrativo*, que encontra bastante similitude com o direito de exceção²¹⁵, 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 IC. É que antes de ajuizar a reclamação no STF, por afronta à Súmula Vinculante nº 14²¹⁶, 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 Res. nº 23/07, do CNMP, especialmente, daquelas constantes de seu artigo 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

²¹⁵ DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 8. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p. 20.

²¹⁶ Súmula Vinculante 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.

sistema prevê formas de garantia processuais do contraditório no inquérito de natureza civil.

3.2.2 Uma palavra final sobre o princípio do contraditório

A força normativa dos princípios jurídicos, em especial daqueles que instrumentalizam direitos fundamentais, parece não mais ser alvo de discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Apesar de possuírem um maior grau de abstração, a depender, por vezes, de *densificação* por meio de outra norma (outro princípio ou regra) de natureza inferior, o fato é que os princípios possuem *força normativa vinculante*, constituindo-se em disposições fundamentais que se irradiam sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência²¹⁷.

Essa força normativa é reforçada quando os princípios do ordenamento jurídico são enunciados em forma de direitos fundamentais. Como sabido, para além do caráter subjetivo dessa modalidade de direitos – que dá origem a direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público –, é-lhes reconhecido um caráter objetivo, de tal forma que sua eficácia atinja todo o ordenamento, fornecendo diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos²¹⁸. Esse caráter objetivo evidencia a função ética dos direitos fundamentais para o sistema jurídico

Os princípios do direito processual não escapam dessa lógica. São eles normas, que devem ser aplicadas de forma *efetiva* pelo operador do direito, de tal maneira que seja garantido àqueles que se submetem a uma relação processual o respeito às determinações subjacentes nos princípios. Ademais, é de ser ressaltada a eficácia objetiva desses princípios, que, no caso das relações em que participe o poder público, exige a vinculação aos direitos fundamentais em todas as suas

²¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 807-808.

²¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 168.

formas de manifestação e atividades, porque atuam como guardiões e gestores da coletividade²¹⁹.

Defendemos, todavia, que, diferentemente do que alguns acreditam, o processo hermenêutico de aplicação das normas jurídicas não deve partir dos princípios constitucionais. É que eles, muito além de servirem como ponto de partida do processo de aplicação do direito, possuem a função de fechar o processo interpretativo das normas. Isto ocorre porque, como é consenso, um texto normativo não é capaz de abarcar todas as possibilidades fáticas de aplicação, sendo inerente aos textos jurídicos as indeterminações, vagezas e ambiguidades, visto que os níveis sintáticos e semânticos não esgotam os sentidos²²⁰. Assim, é a regra que abre o processo interpretativo, porque é ela que se pretende universalizante (genérica e abstrata). Numa perspectiva garantista, os princípios surgem como determinações de ordem prática escolhidas pelo legislador Constituinte para fechar o processo de aplicação do direito. Citando Wittgenstein, Streck²²¹ afirma que o princípio recupera o mundo prático, o mundo vivido, as formas de vida, para o direito, na medida em que ele, o princípio, “cotidianiza” a regra.

Assim, toda decisão jurídica deve ser voltada para um princípio. No processo de aplicação das normas jurídicas os intérpretes devem se perguntar se a regra aplicável em hipótese está em consonância com a Constituição.

Partindo deste pressuposto e de tudo o mais visto nas duas seções precedentes, fica a questão: qual dos seguintes enunciado é constitucionalmente menos problemático²²²:

²¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 390.

²²⁰ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE; André Karam (ORG). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94.

²²¹ STRECK, Lenio Luiz, **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 113.

²²² Utiliza-se aqui, em reforço a tudo o que já foi exposto ao longo do trabalho, uma das técnicas criadas pelo neoconstitucionalismo lógico, segundo a qual um enunciado somente seria científico se passasse pelo filtro da sintaxe e da semântica. E o enunciado passaria pelo critério da semântica se, ao se introduzir a palavra “não”, ele alterasse seu significado “*Se nada mudar, é porque o argumento é irrelevante, irritado. Assim, quando alguém invoca máximas ou enunciados meramente retóricos, coloque um “não” na frase. Se não mudar ‘o mundo’ (ou a sua vida), é irrelevante*” (STRECK, Lenio Luiz. **O “sentire” do professor e o valor da palavra “não”**. Conjur.com.br, 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-02/senso-incomum-sentire-professor-valor-palavra-nao>>. Acesso em: 29 mai. 2013, 23:24:00).

Ainda sobre o positivismo lógico, STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 167-168.

- a) o inquérito civil não está sujeito ao princípio do contraditório, ou
- b) o inquérito civil está sujeito ao princípio do contraditório?

Parece inegável que o sentido das assertivas é severamente alterado em um e outro enunciado. Negar a aplicação de uma garantia constitucional a um instrumento de atuação administrativa do Estado gera uma incongruência sistêmica, na medida em que atinge o núcleo duro do ordenamento jurídico, que são os direitos e as garantias individuais (CR, art. 60, § 4º, inc. IV). E, como visto linhas acima, nem mesmo a alegação de que estaria em jogo a defesa de interesses públicos torna a afirmação mais palatável. O não absolutismo dos direitos fundamentais não pode chegar ao ponto de ferir o elemento nuclear intangível dessa modalidade de direito que é a dignidade da pessoa humana²²³. Em outras palavras, a despeito de a garantia do contraditório poder ser relativizada em face de outros direitos fundamentais (incluído o direito à tutela jurídica de direitos coletivos), e aqui cito como exemplo a possibilidade de decretação fundamentada de sigilo de elementos do inquérito civil (limitada a determinadas pessoas, provas, informações, dados, períodos ou fases, que cessará quando extinta a causa que lhe originou – art. 7º, § 4º, da Resolução nº 23/07, do Conselho Nacional do Ministério Público), as restrições a ele impostas não podem ser de tal forma que se negue ao investigado o direito a um devido processo legal. Em decorrência disso, garantias mínimas de proteção do princípio do contraditório devem ser mantidas, como o direito de vista dos autos e de manifestação sobre o objeto da investigação.

Destarte, mostra-se em absoluta dissonância com a Constituição da República qualquer interpretação dos artigos 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

E todo esse apanhado de regras procedimentais ainda contraria outra característica atribuída pela tradicional doutrina ao IC: a da sua informalidade²²⁴. Ainda que não se possa dizer que o inquérito é regido pelo *princípio da sequência*

²²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 137.

²²⁴ DIDIER JR., Fredie, ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008, p. 242 e 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, p. 448.

legal, em que a lei estabelece detalhada e previamente todo a dinâmica procedimental, também não se pode afirmar que o inquérito civil é regido pelo princípio oposto, qual seja, o da *sequência discricionária*²²⁵. 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 pela mesma um sentimento de adesão ou obediência²²⁶.

Nesse sentido, a própria lei que criou o instituto (nº 7.347/85) 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 nº 23/07, do CNMPT, também divide o rito procedimental do IC em três partes: instauração (capítulo II), instrução (capítulo IV) e arquivamento (capítulo V).

Reconhecendo o caráter formal do inquérito civil, Marcelo Abelha Rodrigues²²⁷ afirma que:

O inquérito civil é procedimento administrativo *solene*. A formalidade comentada não serve à criação de obstáculos ou burocracias. Ser solene não implica ser algo conturbado por incidentes, nem burocrático ou que vise atrapalhar a investigação e coleta de elementos de prova. A solenidade e o cumprimento de formas específicas, tal como o atendimento a regras específicas de instauração e arquivamento, constituem-se em verdadeiras garantias do Estado Democrático de Direito, fim perseguido pelo *parquet*, e de certeza e legitimidade de que as provas a serem utilizadas na eventual ação civil foram carreadas de modo lícito e legítimo. São formas de se garantir a segurança jurídica almejada pelo sistema e pela sociedade, sem a qual não há desenvolvimento social que se sustente.

Assim, é de ser reconhecida a existência de um dever de obediência a determinadas *formas*, entendidas aqui como os invólucros dos atos processuais, a

²²⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 153-154.

²²⁶ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista**. 2. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006, p. 10.

²²⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública. In **Ações Constitucionais**. 6. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012, 427.

maneira como eles devem ser exteriorizados²²⁸, porque *todas 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 Res. nº 23/07, 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 primordiais²²⁹, porque, conforme exposto acima, estão estampadas ao longo da mencionada Resolução inúmeros deveres, poderes e faculdades aos envolvidos no inquérito civil, especialmente ao seu presidente, prazos para sua prorrogação e conclusão, limites formais e materiais para decretação do sigilo do IC ou de parte dele etc.

Temos, assim, como superada a caracterização do inquérito civil como processo desvestido de maiores formalidades para o seu desenvolvimento. Deixemos, no entanto, aqui registrado que ao defendermos a existência de um *formalismo* para o inquérito civil não nos referimos ao sentido negativo que às vezes é atribuído à expressão (como excesso desproporcional de exigências formais), mas sim, como dito acima, a um conjunto de regras que organiza o procedimento a ser adotado, garantindo-lhe previsibilidade para os interessados.

3.4 A inquisitorialidade do inquérito civil e o Estado Democrático

Uma das principais críticas ao neoprocessualismo feita pelo constitucionalismo garantista é atribuir demasiada importância ao papel da consciência do julgador na aplicação do direito. Nesse sentido, caberia ao magistrado apreciar *livremente* as provas produzidas, indicando em seu julgamento as razões que lhe formaram o convencimento (CPC, art. 131; CPP, art. 155). A abertura à convicção pessoal do juiz como critério para resolver as indeterminações

²²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

²²⁹ *Ibid.*, p. 28.

da lei, especialmente em casos difíceis (*hard cases*), parece não se coadunar com a adoção de um regime jurídico democrático, ante a inexistência de compromisso com a integridade e coerência do direito, bem como com o seu papel histórico institucional.

No âmbito do Ministério Público, além dessa preocupação com o livre convencimento do promotor²³⁰, há uma característica do inquérito civil que vincula a instituição a paradigmas aristotélico-tomistas e da filosofia da consciência: a sua inquisitorialidade.

Conforme visto no segundo capítulo, o inquérito civil é entendido pela doutrina e jurisprudência majoritária como um procedimento administrativo destituído de contraditório em que são coletadas provas para o ajuizamento de demanda coletiva. O caráter inquisitorial decorre da possibilidade de serem produzidas provas diretamente pelo membro da instituição ministerial sem qualquer tipo de interferência do inquirido. Do ponto de vista jusfilosófico, esse atributo está diretamente ligado ao paradigma positivista, que tem como principal característica a discricionariedade na tomada de decisões²³¹. Esse paradigma defende o discurso de que é possível o sujeito conhecer a realidade de um objeto unicamente através de sua própria consciência, em um processo de *assujeitamento* do objeto. Esse sujeito solipsista (que tudo pode apreender através de sua consciência) será o responsável por fazer a inquisição no inquérito civil produzindo a sua própria realidade. Tudo isso acaba por impor significações como legítimas, dissimulando relações de força que estão no fundamento da própria força²³². Sobre esse poder da força simbólica, Ferraz Jr²³³ defende que:

A uniformização do sentido tem a ver com um fator normativo de poder, o poder de violência simbólica (...). Trata-se do poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força. Não nos enganemos quanto ao sentido desse poder. Não se trata de coação, pois, pelo

²³⁰ Uma interessante análise crítica sobre a ampla discricionariedade e falta de freios dos promotores de justiça norte-americanos é feita por Yue Ma em A discricionariedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada. In **Revista do CNMP. Modelos de Ministério Público**. Nº 1. Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 2011, p. 191-229.

²³¹ Comprova essa afirmação o voluntarismo defendido por Hans Kelsen, no capítulo VIII, da Teoria Pura do Direito (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998).

²³² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 85.

²³³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 242.

poder de violência simbólica, o emissor não co-age, isto é, não se substitui ao outro. Quem age é o receptor. Poder aqui é controle. Para que haja controle é preciso que o receptor conserve suas possibilidades de ação, mas aja conforme o sentido, isto é, o esquema de ação do emissor. Por isso, ao controlar, o emissor não elimina as alternativas de ação do receptor, mas as neutraliza. Controlar é neutralizar, fazer com que, embora conservadas como possíveis, certas alternativas não contem, não sejam levadas em consideração.

Entende-se, assim, como se formam as estruturas do uso competente, o qual privilegia *um* enfoque: o arbitrário socialmente prevalente (...) (itálico no original)

Esse *arbitrário socialmente prevalente* referido pelo autor equivale ao *sentido comum teórico* de Warat, mencionado no início deste capítulo, e, com relação à inquisitorialidade do inquérito civil, explica a imbricação entre o sistema inquisitório, o sujeito solipsista e o exercício de poder por parte do MP. Disso tudo, verifica-se como as noções de inquisitorialidade e discricionariedade positivista estão entrelaçadas.

Sobre o sujeito solipsista e a democracia, Streck²³⁴ sustenta

(...) acreditar que a decisão judicial ou a promoção de arquivamento (ou pedido de absolvição feitos pelo MP) são produtos de um ato de vontade (de poder) nos conduz inexoravelmente a um fatalismo. Ou seja, tudo depende(ria) da vontade pessoal (se o juiz quer fazer, faz; se não quer, não faz...!). Logo, a própria democracia não depende(ria) de nada para além do que alguém quer...! Fugamos disso! Aliás, a hermenêutica surgiu exatamente para superar o assujeitamento que o sujeito faz do objeto (aliás, isso é o que é a filosofia da consciência...!)

Há ainda uma questão extremamente interessante sobre o tema analisado: como já dito linhas acima, o IC possui origens no inquérito policial criado pelo Código de Processo Penal de 1941, época marcada pela centralização de poder no Executivo e o nacionalismo extremado. Toda a teoria do inquérito policial foi caracterizada pela supressão de direitos fundamentais. Durante a investigação criminal era, por exemplo, vedada a aplicação do contraditório ao inquirido e até mesmo possível mantê-lo incomunicável por três dias (CPP, art. 21).

Parece que a permanência da não utilização do contraditório no IC constitui um resquício desse período autoritário, que ainda não foi ultrapassado

²³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 39-40.

pelos estudiosos da matéria. No ponto, parece que os influxos democráticos da Carta Constitucional de 1988 ainda não se fizeram chegaram.

Neste aspecto, o do funcionamento do *Parquet* com base nesse assujeitamento do investigado civil ao poder estatal, a Instituição Ministerial, além de se constituir como inegável Aparelho Repressivo do Estado, funciona como um verdadeiro Aparelho Ideológico de Estado²³⁵, pois corporifica uma determinada ideologia que reinou em nosso país por muitos anos, tendo sido formalmente suplantada pelo processo constituinte democrático realizado na década de 80, mas que ainda influencia o nosso direito, qual seja, a ideologia da violência estatal.

Todavia, aproveitando das palavras do próprio Althusser, entendemos que os mesmos Aparelhos Ideológicos de Estado, que buscam perpetrar a dominância das classes detentoras de poder por meio de comportamentos, posicionamentos, exigências, limitações a direitos fundamentais etc., servem também como meios e lugares de lutas para a efetivação desses direitos, visto que os donos do poder não podem conservar durante muito tempo fortes posições autoritárias, além do que, a resistência dos explorados pode encontrar o meio e a ocasião de expressar-se neles, nos Aparelhos Ideológicos de Estado, utilizando as contradições existentes no sistema²³⁶.

Partindo desses aspectos, mostra-se absolutamente criticável a tomada de decisões e o exercício de poder a partir de um ponto de vista meramente individualista. A abertura cognitiva do inquérito civil para o inquirido e todos os eventuais interessados permite uma maior proteção aos bens coletivos tutelados pelo *Parquet* contra os riscos de um subjetivismo solipsista²³⁷. É ideal que a construção do discurso dentro do IC seja feita coletivamente, tendo em vista a maior abrangência dos efeitos e benefícios das decisões que são dissociadas do caráter individualista.

²³⁵ Sobre os aparelhos ideológicos de Estado: ALTHUSSER, LOUIS. **Aparelhos ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado**. 10. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, pp. 67-73.

²³⁶ *Ibid.*, p. 71.

²³⁷ Para o solipsismo filosófico o mundo seria apenas o resultado das representações que realizamos a partir de nosso feixe de sensações, o que se contrapõe de forma absoluta ao giro ontológico-linguístico que retira o foco de análise da filosofia do ser e o transfere para a linguagem, a qual se constitui na condição de possibilidade para acessarmos o mundo (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 61-62).

Nessa direção, Habermas²³⁸ defende que:

Quanto mais a ação dos indivíduos é substituída por atores coletivos, sistemas sociais funcionais e organizações, tanto mais se desloca a base que permite imputar consequências da ação – e tanto menor é a chance de garantir os bens coletivos da sociedade contra os riscos advindos de direitos subjetivos. Por isso, Wilke entende que a ancoragem individualista do direito num sistema de direitos é obsoleta. Os programas de relação exigidos passam a sintonizar-se com a autorregulação de sistemas; eles não se referem mais à autonomia privada e pública de indivíduos socializados. Tal reestruturação do direito não pretende, no entanto, abandonar a ideia do Estado de direito, apenas interpretá-la de outra maneira. Sob essa premissa, uma legalização dos sistemas de negociação é suficiente para garantir sua legitimidade: *“sociedades altamente complexas podem ser tidas como democráticas quando essa ideia (do Estado de direito) é estendida à sociedade como um todo e quando a estruturação específica da sociedade permite garantir e promover a autonomia e a diferenciação de seus sistemas. Isso não constitui apenas um fim em si mesmo para a manutenção do grau de diferenciação funcional atingido, mas serve também para a generalização da proteção dos direitos fundamentais dos sujeitos privados.* (itálico no original)

Na busca da construção de uma teoria do compromisso de ajustamento de conduta a partir da teoria discursiva de Habermas, Bruno Gomes Borges da Fonseca²³⁹ também critica a inquisitorialidade dos membros do *Parquet* ao defender que:

A relativização do solipsismo, decorrente do abrandamento da razão prática, enfraquece os modelos de MP com *status* de macrossujeitos e atuantes em forma de ilhas. Cabe à instituição interagir com outras pessoas e setores em busca de subsídios para tomada de posição, radicalizar-se democraticamente, sem deixar de cumprir suas funções constitucionais e adotar a razão comunicativa como forma de defender a democracia. Do contrário, poderá esvaziar a legitimidade de sua atuação e podar a potencialidade de institutos como o TAC.

Por tudo isso, é altamente recomendável que a integração da sociedade seja realizada por intermédio do poder comunicativo dos cidadãos. A formação da opinião dos agentes estatais precisa socorrer-se dos meios de comunicação da

²³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 81.

²³⁹ FONSECA, Bruno Gomes Borges da. **Compromisso de ajustamento de conduta**. São Paulo: LTr, 2013, p. 85.

esfera pública, das associações e da esfera privada²⁴⁰, cabendo aos representantes do Estado reconhecer que estão inseridos dentro de uma comunidade política.

O respeito a esta abertura cognitiva viabiliza o fortalecimento de uma *integridade* ao direito aplicado pelos membros do Ministério Público. Essa integridade do direito pode ser observada quando a lei do caso concreto surge como consequência de princípios de justiça, equidade e devido processo legal, os quais proporcionam a melhor interpretação construtiva da prática legal de uma dada comunidade²⁴¹. Ademais disso, possibilita a construção de um compromisso com a história institucional do direito, na medida em que

(...) requer uma coerência de princípio horizontal ao invés de vertical ao largo das normas de direito que a comunidade coloca em vigor. Insiste que a lei (os direitos e deveres que surgem de decisões coletivas do passado e que por essa razão permitem ou requerem a coerção) não somente possui um conteúdo explícito preciso destas decisões, mas também um esquema de princípios necessários para justifica-las. A história importa porque esse esquema de princípios deve justificar tanto a categoria como o conteúdo destas decisões anteriores²⁴².

Ora, conforme visto na análise histórica e funcional da instituição ministerial, a atual conformação institucional do *Parquet* brasileiro está indissoluvelmente ligada a movimentos populares de redemocratização do país ocorridos durante o processo constituinte de 1987-1988. O MP foi a instituição escolhida para zelar pela defesa dos princípios e valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, circunstância reafirmada nas manifestações ocorridas em junho de 2013.

²⁴⁰ AQUINO, Fabiano Gozi de. A teoria do agir comunicativo no plano do Poder Judiciário. In **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Ano 6. Vol. IX. Jan a jun 2012. Disponível em <http://br.vlex.com/source/revista-eletronica-direito-processual-4934/issue_nbr/%239-2012>, Acesso em: 24 jul. 2013, 23:13:00.

²⁴¹ DWORKIN, Ronald. **El império de la Justicia. De la teoría del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridade política y legal como clave de la teoría u práctica**. Barcelona, Espanha: Editora Gedisa, 2005, p. 164.

²⁴² Livre tradução do seguinte texto: (...) Requiere una coherencia de principio horizontal en lugar de vertical a lo largo de las normas legales que la comunidad pone en vigor ahora. Insiste en que la ley (los derechos e deberes que surgen de decisiones colectivas del pasado y que por esa razón permiten o requieren la coerción) no sólo posee el contenido explícito preciso de estas decisiones, sino también el esquema de principios necesarios para justificarlas. La historia importa porque ese esquema de principio debe justificar tanto la categoría como el contenido de estas decisiones anteriores. DWORKIN, Ronald. **El império de la Justicia. De la teoría del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridade política y legal como clave de la teoría u práctica**. Barcelona, Espanha: Editora Gedisa, 2005, p. 165.

De tudo o que foi afirmado, entendemos que fica bastante comprometida a defesa da utilização por parte do *Parquet* de instrumento inquisitorial, que afronta direitos fundamentais, sob pena de quebra da integridade, da coerência e da história do direito brasileiro, tendo em vista que depois de uma intensa luta pela construção da democracia e dos direitos fundamentais, não faz nenhum sentido limitar a aplicação de um desses direitos, a partir da utilização de artifícios linguísticos e teorias construídas antes da edição da Carta Constitucional de 1988, justamente com relação à instituição que tem como missão a garantia do regime democrático.

3.5 Prejuízos jurídicos do inquérito civil

Um dos principais argumentos para afastar a obrigatoriedade do contraditório no inquérito civil diz respeito à ausência da possibilidade de aplicação de sanção ou da imposição de qualquer tipo de prejuízo para o investigado²⁴³. Contudo, uma análise um pouco mais aprofundada da ordem jurídica em vigor aponta para a existência de diversos prejuízos jurídicos advindos da simples abertura do inquérito civil. Nesta seção, os principais prejuízos decorrentes do IC serão identificados e detalhados, a fim de robustecer a tese defendida no presente trabalho.

3.5.1 Os poderes do Ministério Público e o dever de respeitá-los

O primeiro desses efeitos na órbita jurídica do investigado está consagrado no artigo 10 da LACP, que cria um *dever* para o inquirido e para terceiros de apresentar, sem retardo ou omissão, dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública quando requisitados pelo Ministério Público, sob pena de essa conduta constituir-se crime, punido com reclusão e multa.

Requisitar é um poder jurídico de exigir uma determinada prestação, de determinar que algo se faça. É poder exercido sem intermediários²⁴⁴. Observe-se que o poder de requisição conferido ao Ministério Público não goza do atributo da

²⁴³ 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, p. 448. FERRARESI, Eurico. **Inquérito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 17.

²⁴⁴ PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 66.

executoriedade, nos moldes propostos por Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴⁵, tendo em vista que o *Parquet* não pode compelir materialmente o investigado ou o agente do poder público a apresentar os documentos, exames ou perícias requisitados, sob pena de afronta a direitos fundamentais, como o direito da intimidade ou da presunção de inocência. Em verdade, é atributo dos atos ministeriais expedidos dentro do inquérito civil a exigibilidade, segundo o qual o agente público pode exigir o cumprimento de determinadas obrigações, valendo-se, porém, de meios indiretos de coerção que induzirão o inquirido a atender ao comando imperativo. Esse é o papel da conduta tipificada no artigo 10 da LACP.

Ora, esse dever de cumprimento das requisições ministeriais, criado por norma de natureza penal, sem dúvidas, repercute no patrimônio jurídico do investigado. Parece bastante questionável, inclusive sob o ponto de vista atualmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal (especialmente, AI nº 241201-SC, Relator Min. Celso de Melo, DJ 20/09/2002, p. 109²⁴⁶), aceitar-se possa alguém ser representado criminalmente sem lhe ser aberta a possibilidade de fundamentar sua conduta. No entanto, esta não é a orientação da própria Corte Suprema que vem entendendo que o MP pode oferecer ação penal com base em elementos de informação obtidos em inquéritos civis instaurados para apuração de ilícitos civis e administrativos (AP 396/RO, Rel. Cármen Lúcia, DJe 27/04/2011).

Nesta altura, cabe registrar a existência de precedentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido de limitar o tipo penal previsto no artigo 10 da Lei nº

²⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 370.

²⁴⁶ PROCESSO ADMINISTRATIVO - RESTRIÇÃO DE DIREITOS - OBSERVÂNCIA NECESSÁRIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW" (CF, ART. 5º, LV) - REEXAME DE FATOS E PROVAS, EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA - INADMISSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. RESTRIÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO "DUE PROCESS OF LAW". - O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal - que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos - exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina. NÃO CABE REEXAME DE FATOS E DE PROVAS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. - Não cabe recurso extraordinário, quando interposto com o objetivo de discutir questões de fato ou de examinar matéria de caráter probatório, mesmo que o apelo extremo tenha sido deduzido em sede processual penal.

7.347/85²⁴⁷ apenas aos casos em que os dados técnicos requisitados e não fornecidos sejam absolutamente indispensáveis à propositura da ação civil pública:

PROCESSO PENAL – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - CRIME DE OMISSÃO NA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES – EX-PREFEITO - INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA – CONDUCTA ATÍPICA – ORDEM CONCEDIDA.

- O Ministério Público requisitou ao paciente, então Prefeito do Município de Pedro Velho/RN, informações relacionadas à aquisição de ônibus pela referida Prefeitura, no período compreendido entre setembro de 1994 e fevereiro de 1995, à empresa Pindoba Veículos Ltda., visando à futura instauração de eventual ação civil pública.

- O paciente, entretanto, omitiu-se na prestação das referidas informações, justificando que os documentos requeridos eram referentes a gestão anterior à sua e que não constavam nos arquivos da prefeitura. Diante disso, foi denunciado como incurso nas penas do artigo 10, da Lei nº 7.437/85.

- O tipo penal em questão exige que os dados omitidos sejam indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público. Não basta, portanto, que tenha ocorrido a simples impossibilidade de fornecimento das informações, como no caso sub judice. É necessária a presença de todos os requisitos objetivos e subjetivos para que se tipifique a conduta delituosa. Diante disso, na denúncia, deve o Ministério Público, como o exige o artigo 41 do Código de Processo Penal, descrever o fato considerado criminoso com todos os seus requisitos e circunstâncias de modo a ensejar o exercício do direito de defesa.

- Na hipótese, verifica-se que a peça vestibular não se encontra de acordo com o preceituado no Código de Processo Penal. Não pormenorizou o Ministério Público quais seriam os dados técnicos requisitados e muito menos demonstrou serem eles indispensáveis à propositura da ação civil pública. Aliás, impõe ressaltar que o documento requisitado pelo *Parquet* não se mostrou indispensável à propositura da ação civil pública, eis que a referida ação foi ajuizada. Flagrante, pois, a atipicidade da conduta, devendo ser trancada a ação penal em curso. - Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal. (HC nº 14.927/RN, DJ 02/09/2002)

No mesmo sentido, os *Habeas Corpus* nº 60.214/DF, DJ 09/04/2007 e 49.813-PB, DJ 05/05/2006.

No âmbito civil, há ainda outra consequência ao dever de responder às requisições do Ministério Público: às autoridades que deixam de cumprir a obrigação de responder às requisições ministeriais podem ser aplicadas as penalidades da lei de improbidade (Lei nº 8.429/92). É que, nos autos do Recurso Especial nº

²⁴⁷ LACP, art. 10º: Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

1.116.964-PI (DJ 02/05/2011), o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser possível a tramitação de ação civil pública ajuizada contra agente público que descumpriu injustificadamente requisições expedidas pelo Ministério Público, tendo sua conduta se enquadrado no artigo 11 da mencionada Lei nº 8.429/92, especialmente em seu inciso II, que considera improbidade por atentado aos princípios administrativos *retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício*.

O que se quer dizer com tudo isso é que, diferentemente do discurso dominante, a só instauração do inquérito civil traz sim prejuízos (potenciais ou efetivos) ao investigado, que se vê vinculado a obrigações legais de consequências mais prejudiciais a sua esfera jurídica do que as conferidas a outros órgãos da administração pública. Ou seja, o não cumprimento de uma requisição expedida pelo *Parquet* acarreta consequências muito mais graves ao administrado do que, por exemplo, o descumprimento de intimações ou notificações expedidas por outros órgãos fiscalizatórios.

A própria doutrina reconhece o poder intimidatório do inquérito civil como forma de pressão para solução extrajudicial de conflitos, na medida em que aquele que provoca a lesão a interesse coletivo, ao ver-se na iminência de figurar como réu em ação civil pública, acaba por cessar a prática danosa ou dispõe-se a recompor o patrimônio destruído²⁴⁸. Raimundo Simão de Melo²⁴⁹ afirma que, apesar de o inquirido não ser obrigado a assinar o termo de ajuste de conduta, é recomendável ao membro do Ministério Público, condutor do inquérito, informar que, não havendo adequação às disposições legais violadas, medidas judiciais serão tomadas, como o ajuizamento de ação civil pública e que, conforme o caso, serão remetidos dados a outros órgãos públicos para a tomada de providências nos seus respectivos âmbitos, inclusive para a instauração de procedimento criminais, se a conduta irregular também tiver irradiações no campo penal. Esse poder de coerção parece justificar a necessidade da abertura cognitiva do inquérito civil, como forma de limitação desse poder e de legitimação da atuação do Ministério Público.

O próprio Raimundo Melo²⁵⁰ também defende a possibilidade de condução coercitiva de pessoas para deporem sobre fatos indispensáveis ao

²⁴⁸ ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC: Editora Sumaré: FAPESP, 2002, p. 73.

²⁴⁹ MELO, Raimundo Simão. Inquérito civil – poder investigatório do Ministério Público do Trabalho. In **Revista do Ministério Público do Trabalho**, ano XII, nº 24, setembro de 2002, p. 64.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 68.

esclarecimento e ajuizamento da ação civil pública, com fundamento no inciso IX, do artigo 8º, da Lei Complementar nº 75/93. Esse poder é, ainda, expressamente previsto na alínea a, do inciso V, do artigo 74, da Lei nº 10.741/03. Mesmo sendo tida pela doutrina como medida absolutamente excepcional²⁵¹, não se pode negar que a possibilidade da determinação da condução coercitiva por policial militar ou civil de pessoas para prestação de depoimentos indicia a existência de prejuízos decorrentes da instauração de inquérito civil.

3.5.2 O inquérito civil como causa de suspensão de decadência

A norma contida no inciso III, do parágrafo segundo, do artigo 26, do CDC, claramente atribui efeito nocivo ao patrimônio do investigado nas hipóteses em que estão sendo discutidos interesses ou direitos consumeristas.

A regra ali contida prevê que, desde a instauração até o encerramento de inquérito civil (por cuidar-se de ato complexo, que depende da homologação da decisão pelo Conselho Superior do ramo ministerial atuante, o encerramento somente dar-se-á com a publicação do ato final de arquivamento²⁵²), a decadência do direito do consumidor de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação será obstada.

No moderno direito civil, a decadência é entendida como a extinção de direitos potestativos (aqueles exigíveis independentemente de qualquer atitude da parte contrária) que deixaram de ser exigidos pela inércia dos titulares em determinado período²⁵³. Difere da prescrição porque esta diz respeito à perda da pretensão, que é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio, pela inércia de seu titular, que deixa expirar o prazo fixado em lei, sem exercê-lo (CC, art. 189)²⁵⁴.

À decadência não se aplicam as regras que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição (CC, art. 207), tendo em vista que o fundamento da decadência consiste na preservação da liberdade e da intangibilidade das esferas

²⁵¹ MAZZILI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 166-167.

²⁵² 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, p. 480.

²⁵³ FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 271.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 270.

individuais. A hipótese de se ter um direito potestativo interferindo na órbita alheia por período indeterminado causa estranheza²⁵⁵.

A doutrina consumerista, por sua vez, reconhece que todos os prazos previstos no artigo 26, do CDC, dizem respeito à decadência, e não à prescrição²⁵⁶, e que a regra constante do inciso III, do parágrafo segundo, do mencionado artigo 26, trata de ato suspensivo do curso decadencial. Neste sentido, Grinover *et al.* defendem que:

(...) se a reclamação ou o inquérito civil paralisam o curso decadencial durante um lapso de tempo (até a resposta negativa ou o encerramento do inquérito), parece intuitivo que o propósito do legislador não foi interromper, mas suspender o curso decadencial. Do contrário, não teria estabelecido um hiato, com previsão de um termo final (*dies a quo*), mas, simplesmente, um ato interruptivo. Assim sendo, exaurido o intervalo obstativo, vale dizer, suspensivo, a decadência retoma o seu curso até completar o prazo de 30 ou de 90 dias, legalmente previsto.

Ora, é nítido que, na hipótese da abertura de IC para apurar irregularidades que digam respeito ao direito do consumidor, o simples ato de publicar a portaria de instauração do inquérito já traz um prejuízo para o patrimônio jurídico do inquirido, na medida em que o prazo extintivo de direito alheio que lhe beneficiaria fica, até o término do inquérito, suspenso.

E observe-se que, segundo o regramento editado pelo CNMP, não há um prazo máximo para o término do IC, haja vista que ele deve ser concluído dentro de um ano, mas pode ser prorrogado pelo mesmo prazo quantas vezes forem necessárias, por decisão fundamentada de seu presidente, à vista da imprescindibilidade da realização ou conclusão de diligência (Res. nº 23/2007, art. 9º).

Assim, até que seja definitivamente arquivado o inquérito (o que, em casos mais complexos, pode durar anos), o prazo de decadência que beneficia o investigado fica suspenso, circunstância que atinge de forma inegável o seu patrimônio jurídico.

²⁵⁵ NEVES, Gustavo Kloh Muller. Prescrição e decadência no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (COORD.) **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 451-467.

²⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 223.

3.5.3 O Compromisso de Ajuste de Conduta

Durante a tramitação do inquérito civil, como forma extrajudicial de tutela dos direitos coletivos, é possível a tomada de compromisso de ajustamento de conduta do responsável pela ameaça ou lesão, objetivando a reparação do dano, a adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, a compensação e/ou a indenização pelos danos que não possam ser recuperados (LACP, art. 5º, § 6º combinado com o art. 14, da Res. nº 23/07, do CNMP), tudo mediante cominações, que se destinam a assegurar o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer²⁵⁷. Esse compromisso possui força de título executivo extrajudicial (LACP, art. 5º, § 6º), podendo ser executado conforme as regras previstas para a execução de entrega de coisa (CPC, artigos 621 a 631), execução de obrigações de fazer e de não fazer (CPC, artigos 632 a 645) e execução por quantia certa (CPC, artigos 646 a 724).

Observe-se que se por um lado o TAC possui a finalidade de ajustar a conduta do investigado às exigências da lei (obviamente, cuida-se aqui do investigado em inquérito civil presidido por membro do MP, e não de qualquer outro órgão legitimado para a tutela de direitos coletivos²⁵⁸), por outro permite que uma série de imposições seja feita ao inquirido, com manifesto prejuízo a seu patrimônio jurídico. Assim, por intermédio do Termo de Ajuste é possível, além da reparação de eventual dano causado ao interesse ou direito coletivo atingido, a fixação de compensações e de indenização por danos irrecuperáveis. Nada impede, portanto (e isso vem ocorrendo na prática), seja o TAC utilizado como instrumento para a fixação de indenizações por danos morais e materiais individuais ou por danos morais coletivos, entendidos como aqueles decorrentes de injusta e intolerável lesão a interesses ou direitos que refletem valores e bens fundamentais da sociedade²⁵⁹ (vide a hipótese de Termo de Ajustamento de Conduta que obrigou a empresa investigada a pagar indenizações por danos individuais, a trabalhadores submetidos

²⁵⁷ MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultura, patrimônio público e outros interesses**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 523.

²⁵⁸ Essa referência é necessária porque a legislação em vigor permite que o TAC seja firmado por quaisquer dos órgãos legitimados para propor a ação civil pública (LACP, art. 5º, *caput* e § 6º), mas limita a legitimação ativa do inquérito civil unicamente ao Ministério Público (LACP, art. 8º, § 1º).

²⁵⁹ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 137.

a condições análogas à de escravo, e pelo dano moral coletivo causado à comunidade²⁶⁰).

Neste ponto cabe fazer uma importante observação: sem adentrarmos na celeuma existente acerca da categorização jurídica atribuída ao Termo de Ajustamento de Conduta (apesar de majoritariamente a doutrina processualista defender cuidar-se de transação, há quem defenda tratar-se de espécie de acordo, contrato, promessa ou carta de intenção, ato jurídico, instituto jurídico autônomo e negócio jurídico influenciado por normas de direito público e privado²⁶¹), entendemos que a só existência da possibilidade de se solucionar querelas coletivas por meio de TAC, que pressupõe uma espécie de conciliação entre o poder público e aquele que lesa interesses públicos socialmente relevantes, afasta a alegação de inaplicabilidade de determinadas garantias processuais no inquérito civil. Neste panorama, é atribuição do Ministério Público incentivar a *autocomposição* do conflito, processo que demanda o agir comunicativo das partes envolvidas e que, por isso, é incompatível com o descaso às garantias constitucionais do processo, como o contraditório. Tal como dito por Fonseca²⁶², esse processo é necessariamente participativo, dialógico e transparente, que rende homenagens à liberdade, à igualdade e à autonomia das pessoas.

Retornando à questão da potencial prejudicialidade do TAC, é de se dizer que uma vez verificado o descumprimento de algumas ou de todas as obrigações nele elencadas, cabe ao Ministério Público ajuizar a competente demanda executiva das próprias obrigações ou das cominações nele previstas.

Como já dito acima, o contraditório das ações de execução fundadas em título extrajudicial é eventual, na medida em que o executado não é chamado em juízo para apresentar sua defesa, mas sim para cumprir a obrigação (vide artigos 621, 632 e 652 do Código de Processo Civil).

Neste panorama, parece bastante questionável a afirmação de que a instauração de inquérito civil não pode trazer prejuízos para o patrimônio jurídico do inquirido.

²⁶⁰ BRASIL. Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região. **Zara assina termo de ajuste de conduta com o MPT-SP.** 19 dez. 2011. Disponível em <http://www.prt2.mpt.gov.br/imprensa/noticia_detalhe.php?tipo=N&seq=2187>. Acesso em: 12 jul. 2013, 00:50:00.

²⁶¹ FONSECA, Bruno Gomes Borges da. **Compromisso de ajustamento de conduta.** São Paulo: LTr, 2013.

²⁶² *Ibid.*, p. 80-81.

A uma, porque como órgão estatal legitimado a tomar compromisso de ajuste de conduta o *Parquet* pode impor cominações ao investigado, que, a despeito de se constituírem como técnica de coerção indireta, e não punitiva²⁶³, acabam inquestionavelmente representando punição ao inquirido quando do descumprimento do compromisso, na medida em que há redução de seu patrimônio.

A duas, porque essas cominações, em caso de descumprimento do compromisso, podem ser executadas no Poder Judiciário, sem a necessidade de manifestação prévia do executado. Seu direito constitucional de defesa é postergado e fica circunscrito aos limites impostos pela legislação processual quando disciplina os embargos à execução (CPC, artigos 745 a 747).

De se registrar ainda que a intervenção do Poder Judiciário nem sempre ocorre quando se é verificado o descumprimento do compromisso. Em muitos casos, o MP e o inquirido acabam por firmar um acordo, instrumentalizado em um novo Compromisso de Ajuste de Conduta, sobre as obrigações devidas em decorrência do descumprimento do primeiro compromisso. Nesses casos, é normal a fixação de novas e mais rígidas cominações.

Por fim, cabe fazer referência à algumas inovações legislativas que acabaram por abrir o TAC à participação de terceiros interessados: a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, no parágrafo 15 do artigo 85, possibilitou que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, nos compromissos de cessão da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, admita a intervenção de terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada ou de legitimados à propositura de ação civil pública pelos incisos III e IV do artigo 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990; por outro lado, a Lei nº 9.469, em seu artigo 4º, determinou que no termo de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações, firmado pela Advocacia-Geral da União, poderá ser solicitada dos órgãos e entidades públicas federais manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas, cabendo ao Advogado-Geral da União a decisão final quanto à sua celebração.

²⁶³ DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno, OLIVERIA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil. Execução**. 4. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012, p. 451.

Nestas duas hipóteses, resta salientada a importância da abertura comunicativa da atuação extrajudicial do MP, que culmina com a concessão do direito de falar em forma de argumentos e produção de provas por parte do investigado, a quem cabe contribuir na construção do Termo de Ajuste de Conduta, que será por ele cumprido. Essa participação acarreta a justificção externa para o procedimento administrativo e a elaboração do TAC é transformada em uma prática de entendimento²⁶⁴.

3.5.4 O valor probatório dos documentos produzidos no inquérito civil

Por fim, outra inegável consequência danosa ao patrimônio jurídico de quem é investigado em um inquérito civil é o valor judicial das provas nele produzidas.

Tudo o que foi produzido no IC faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que forem declarados como ocorridos na presença de seu presidente ou de outro servidor público que nele atuar (CPC, artigo 364). Essa qualidade do ato produzido pelo Ministério Público deriva da presunção de legitimidade de suas manifestações, que encontra fundamento na circunstância de que se cuida de ato emanado de agente detentor de parcela do poder público, imbuído do objetivo de alcançar o interesse público que lhe compete proteger²⁶⁵.

Os elementos que forem coligidos no inquérito civil, na hipótese de não se alcançar a tutela dos direitos coletivos discutidos na via administrativa podem embasar o ajuizamento de ação coletiva perante o Poder Judiciário. Por terem sido produzidas em órgão público, tais provas têm presunção de legitimidade e veracidade, nos termos do artigo 19, II da Constituição da República e dos artigos 334, IV e 364 do CPC.

Assim, como todo e qualquer ato administrativo, o resultado do que apurado dentro do inquérito civil possui presunção de legitimidade e veracidade. Isso significa que, *até que se prove o contrário*, o discurso construído a partir dele deverá prevalecer, não podendo ser afastado por mera negativa, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no já citado REsp nº 476660/MG, DJ 04.08.2003.

²⁶⁴ FONSECA, Bruno Gomes Borges da. **Compromisso de ajustamento de conduta**. São Paulo: LTr, 2013, p. 96-97.

²⁶⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 112.

Neste sentido, Medeiros Neto²⁶⁶ defende que

(...) as provas obtidas no âmbito do inquérito civil ou de procedimento de investigação, pela natureza administrativa e formal de que se revestem, e estando sob condução exclusiva de órgão da estrutura do Estado (Ministério Público), ao qual a Constituição da República atribui a incumbência da defesa da ordem jurídica e do regime democrático (art. 127), traduzem a validade própria do ato administrativo, presumindo-se, pois, a sua legitimidade e verossimilhança. Não poderiam se equiparar, dessa maneira, com as provas elaboradas unilateralmente pelo particular, que é parte interessada e parcial, titular do direito material, em sede de uma demanda individual.

(...) Com efeito, o pressuposto que se estabelece em relação às provas originadas no procedimento de investigação do Ministério Público, é de idoneidade e veracidade, a conferir-lhes *presunção juris tantum* de certeza. Ou seja, reconhece-se uma forte dose de vinculatividade dos elementos de prova apresentados pelo *Parquet*, cuja observação se exige em razão da legitimação jurídica da origem e do meio de sua apuração.

É inadmissível, nesse passo, que se desconsidere ou ignore, em dado processo coletivo, o valor jurídico do material probatório ofertado pelo Ministério Público, originário da atividade investigatória encetada no âmbito de inquérito civil ou outro procedimento similar, e que motiva e lastreia o ingresso da ação em defesa de direitos de natureza coletiva. O desprezo desses elementos de prova, sem qualquer justificativa ponderável, corresponderia, em última análise, a uma invalidação sumária e ilegítima de atos administrativos resguardados pelos atributos que o ordenamento jurídico lhes confere.

Ora, essa *vinculatividade* dos elementos das provas produzidas pelo *Parquet* consubstancia-se em inquestionável limitação ao direito de defesa de quem é investigado em inquérito civil, pois a ele caberá o ônus da desqualificação daquilo que foi construído com base nos elementos produzidos em IC. Em uma visão garantista de processo, esse tipo de ônus, justificável em casos em que estejam envolvidos direitos de hipossuficientes, como as relações consumeristas e laborais, não encontra fundamento nas relações jurídicas que envolvam o poder público e o particular, especialmente quando se nega ao administrado o acesso ao contraditório. Parece atentatório ao núcleo do sistema jurídico garantir um privilégio à prova produzida por órgão público sem o cumprimento de um direito fundamental. Nessa direção, entendemos que somente é possível admitir-se a existência de uma

²⁶⁶ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. A fase probatória na Ação Coletiva Trabalhista. In **Ação Coletiva Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2006, p. 156.

presunção de validade e de legitimidade da prova produzida pelo MP no inquérito civil se houver o devido respeito ao princípio do contraditório ainda na via administrativa.

3.6 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 pelas chefias 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 instituição²⁶⁷. É garantia da ordem jurídica, destinada a proteger tanto 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 exceção²⁶⁸.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, o referido princípio possui o seguinte enunciado: nenhum membro do Ministério Público poderá ser afastado do desempenho de suas atribuições nos procedimentos em que officie, ou deva officiar, exceto por relevante motivo de interesse público, por impedimento ou suspeição ou por razões decorrentes de férias, licenças ou afastamento (*Habeas Corpus* nº 67.759-RJ, DJ 01/07/1993). Decorre das garantias ministeriais de independência funcional e inamovibilidade (CF, artigos 127, § 1º e 128, § 5º, inciso I, alínea b), sendo assim expressado pelo STF:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. NULIDADE DO JULGAMENTO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DO JÚRI E INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, CONTENDO DUPLO FUNDAMENTO: LEGAL E CONSTITUCIONAL. NÃO INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL. ALEGAÇÃO DE CABIMENTO SOMENTE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO POR ENTENDER QUE O TRIBUNAL DE ORIGEM TERIA ADOTADO O TEMA RELACIONADO À OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL COMO FUNDAMENTO AUTÔNOMO E SUFICIENTE PARA DECIDIR A CONTROVÉRSIA. ARGUMENTAÇÃO INSUBSISTENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

²⁶⁷ MAZZILI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 74.

²⁶⁸ JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. 3. ed. Editora Lumen Juris, 2008, p. 22.

(...)

4. A reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que “o princípio do Promotor Natural, tendo presente a nova disciplina constitucional do Ministério Público, ganha especial significação no que se refere ao objeto último decorrente de sua formulação doutrinária: trata-se de garantia de ordem jurídica destinada tanto a proteger o membro da Instituição, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente de seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei” (Habeas Corpus nº 67.759-2/RJ, Plenário, relator Ministro Celso de Mello, DJ de 01.07.1993).

5. Agravo regimental não provido

(RE nº 638.757-RS, Primeira Turma, DJE 25/04/2013)

Habeas Corpus. Violação do Princípio do Promotor Natural. Inocorrência. Prévia designação de promotor de justiça com o expresso consentimento do promotor titular, conforme dispõem os artigos 10, inc. IX, alínea ‘f’, e 24 da Lei nº 8.625/93. Ordem denegada. O postulado do Promotor Natural “consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei” (HC 102.147/GO, rel. min. Celso de Mello, DJe nº 22 de 02.02.2011). No caso, a designação prévia e motivada de um promotor para atuar na sessão de julgamento do Tribunal do Júri da Comarca de Santa Izabel do Pará se deu em virtude de justificada solicitação do promotor titular daquela localidade, tudo em estrita observância aos artigos 10, inc. IX, alínea “f”, parte final, e 24, ambos da Lei nº 8.625/93. Ademais, o promotor designado já havia atuado no feito quando do exercício de suas atribuições na Promotoria de Justiça da referida comarca. Ordem denegada.

(HC nº 103.038-PA, Segunda Turma, DJE 26/10/2011)

Por outro lado, como se analisou no segundo capítulo, 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 IC se já existirem elementos necessários para propositura da ação. Funda-se este posicionamento no conteúdo do § 1º, do artigo 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 se constituir condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a

cargo do MP é regra expressamente prevista no parágrafo único, do artigo 1º, da Resolução nº 23/07, Conselho Nacional do Ministério Público.

Essa é uma das principais características herdadas da teoria do inquérito penal, que sempre o viu como peça não imprescindível ao oferecimento de denúncia por parte do MP²⁶⁹. Essa construção decorre da leitura conjugada dos artigos 12, 27, 39, § 5º, 28 e 67, I, do Código de Processo Penal²⁷⁰.

Entendemos, todavia, que este entendimento não se coaduna integralmente com o ordenamento jurídico em vigor.

Isto 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 IC e da ACP, conforme se pode verificar da leitura do artigo 129, inciso III, da CR, 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 nº 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 (CR, 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 artigo 5º, da Constituição, condicionada à futura distribuição do processo administrativo ou demanda judicial ajuizada ao membro competente). Este 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.

²⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 43.

²⁷⁰ JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. 3. ed. Editora Lumen Juris, 2008, p. 244.

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 (Res. nº 23/07, CNMP, art. 5º), pode ser convertido em procedimento preparatório de inquérito civil para *apurar elementos para identificação dos investigados ou do objeto* da investigação (Res. nº 23/07, art. 2º, § 4º) ou pode ser transformado diretamente em inquérito civil (Res. nº 23/07, art. 4º).

Mesmo antes da edição da dita regulamentação, Raimundo Simão de Melo²⁷¹ entendia que o inquérito civil, como moderno instrumento de defesa da sociedade, deve ser sempre instaurado. O próprio MAZZILLI, que repete o discurso dominante no sentido da não obrigatoriedade do IC, 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*²⁷².

Assim, uma leitura constitucionalmente adequada da regra constante do § 1º, do artigo 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 (se for o caso de dar seguimento à investigação). O inquérito civil é facultativo; o respeito a uma processualidade limitadora da atividade administrativa, não.

²⁷¹ MELO, Raimundo Simão. Inquérito civil – poder investigatório do Ministério Público do Trabalho. In **Revista do Ministério Público do Trabalho**, ano XII, nº 24, setembro de 2002, p. 68.

²⁷² MAZZILLI, 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, p. 448.

3.7 Análise dos dados empíricos

Como forma de analisar a maneira como atua determinado grupo de membros do MP, foram colhidas informações acerca da forma de tramitação de inquérito civis no Ministério Público do Trabalho no Estado de Pernambuco²⁷³.

Foram selecionados 109 (cento e nove) IC definitivamente arquivados²⁷⁴ em todos os escritórios da Procuradoria Regional do Trabalho da 6ª Região, situada no município de Recife, Estado de Pernambuco. Essa amostra²⁷⁵, recolhida aleatoriamente, compreende investigações realizadas entre os anos de 2001 e 2012 pelos Procuradores do Trabalho lotados na mencionada unidade ministerial, correspondendo a pouco menos de dez por cento dos inquéritos arquivados no órgão²⁷⁶. Podemos afirmar que a amostra analisada representa um panorama significativo da forma de atuação dos membros ministeriais em seu cotidiano.

Do universo de inquéritos civis selecionados, 57 (cinquenta e sete) deixaram de ser analisados minuciosamente, porque foram liminarmente arquivados²⁷⁷ ou arquivados por não se ter localizado o investigado ou por encerramento das atividades empresariais. Neste número também se encontram inquéritos arquivados em decorrência da repetição de investigações (inquéritos

²⁷³ O Ministério Público do Trabalho é um dos ramos do Ministério Público da União (CR, art. 128, I), e possui atribuição para defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis junto aos órgãos da Justiça do Trabalho (CR, art. 127 c.c. LC nº 75/93, art. 83). São unidades de lotação e de administração do Ministério Público do Trabalho os escritórios na Procuradoria-Geral do Trabalho e nas Procuradorias Regionais do Trabalho nos Estados e no Distrito Federal (LC nº 75/93, art. 114).

²⁷⁴ Com arquivamento devidamente homologado pelo órgão superior, conforme determina o § 3º, do art. 9º, da Lei nº 7.247/85.

²⁷⁵ A amostragem selecionada obedeceu ao método da *amostra aleatória simples* caracterizada pela escolha, por sorteio, de elementos de determinado conjunto, em que se concede a todos os elementos igual oportunidade de serem escolhidos (LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. **A construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas**. Porto Alegre: Artmed; Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p. 170).

²⁷⁶ Dados coletados até o dia 24 de junho de 2013. De se registrar que o total de processos definitivamente arquivados na Procuradoria do Trabalho no período foi de 5.002. A diferença entre o universo de inquéritos civis arquivados (1.157) e outros processos com nomenclaturas diferentes (como *representação*, *procedimento preparatório*, *procedimento de acompanhamento*, dentre outras) decorre da ausência de uniformização dos tipos processuais dentro do MPT, o que recentemente foi corrigido com a implantação de um sistema de informatização nacional (MPT Digital), que, em breve, dará início ao chamado *inquérito civil virtual*. De qualquer sorte, a base de dados para o estudo levou em consideração somente os processos nomeados como *inquérito civil*.

²⁷⁷ Conforme determina o artigo 5º da Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, será indeferida a abertura de inquérito civil, e conseqüentemente arquivado o processo, quando os fatos noticiados na representação não configurarem lesão a interesses ou direitos tuteláveis pelo Ministério Público, se já tiverem sido objeto de investigação ou de ação coletiva ou se já se encontrarem devidamente solucionados. O prazo para tal providência é de trinta dias após o recebimento da notícia de fato.

abertos contra o mesmo investigado para apuração dos mesmos fatos). Optamos por não aprofundar o estudo destes inquéritos porque neles não se pode falar na concretização de um verdadeiro processo investigativo contra os inquiridos.

Foram detidamente analisados 52 (cinquenta e dois) inquéritos civis públicos, os quais culminaram com a verificação da correção ou inoportunidade das irregularidades denunciadas, com assinatura de termo de ajuste de conduta ou ajuizamento de ação civil pública.

Dentre os inquéritos que foram analisados²⁷⁸, em apenas três casos não foi concedida nenhuma oportunidade de manifestação aos investigados ao longo da instrução: no IC nº 000750.2007.06.000, que apurava a ocorrência de assédio moral e abuso do poder hierárquico, no IC nº 000583.2007.06.000, que investigava a ocorrência de exploração de trabalho infantil, e no IC nº 000356.2008.06.000, que apurava irregularidades no meio ambiente de trabalho e ausência de registro de trabalhadores.

No primeiro caso, o inquérito foi arquivado porque os fatos denunciados já eram objeto de reclamações trabalhistas ajuizadas pelos trabalhadores prejudicados com a conduta da empresa. Ainda assim, a empresa foi notificada da decisão que promoveu o arquivamento do processo.

Nos demais, a instrução, limitada à realização de ação fiscalizatória por parte da Superintendência Regional do Trabalho, transcorreu sem a cientificação ou participação dos inquiridos. Observou-se, contudo, a intimação dos investigados da decisão que arquivou o IC, em fase de não comprovação dos fatos denunciados.

Em outro caso, o IC nº 000560.2007.06.000, que investigava a ocorrência de fraude no ajuizamento de reclamações trabalhistas, a demanda judicial (ação civil pública) foi proposta sem a prévia manifestação do inquirido. Todavia, constatou-se que o investigado foi intimado para apresentar defesa na via administrativa, mas ficou-se inerte.

Pelos dados empíricos levantados, constatamos que, independentemente do tema objeto da investigação e do Procurador do Trabalho que oficiou no IC, houve a *plena incidência da aplicação do princípio do contraditório*, nas suas três vertentes, quais sejam, o *direito de tomar ciência* dos atos praticados no processo e

²⁷⁸ A lista desses inquéritos, com o nome dos Procuradores do Trabalho responsáveis, o objeto de investigação e as formas de manifestação do princípio do contraditório encontra-se no apêndice do trabalho.

sobre os elementos dele constantes, o *direito de se manifestar* sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo e o *direito de ter os argumentos trazidos pelo investigado levados em consideração* no momento da decisão, em 49 (quarenta e nove) dos 52 (cinquenta e dois) inquéritos civis, o que corresponde a mais 94% (noventa e quatro por cento) dos feitos estudados.

Em 37 (trinta e sete) dos 52 (cinquenta e dois) IC foi realizada uma ou mais audiências administrativas com o inquirido, oportunidade na qual sempre foi viabilizada a possibilidade de apresentação de argumentos e documentos por parte do inquirido.

Ainda naqueles casos em que audiências administrativas não foram realizadas, observamos que foi aberta a possibilidade de o investigado apresentar manifestação escrita, por vezes, chamada de defesa prévia, acompanhada de documentos, em 40 (quarenta) inquéritos.

Dentre os inquéritos analisados, chamou a atenção o de nº 001088.2009.06.000, que objetivava apurar irregularidades portuárias, o qual acabou se transformando em verdadeiro processo de mediação entre os sindicatos das categorias profissional e patronal e a empresa investigada. Após a realização de sete audiências administrativas e a apresentação de diversas manifestações escritas e documentos, os envolvidos acabaram por definir regras coletivas mais benéficas aos trabalhadores do setor, que foram instrumentalizadas em um Acordo Coletivo de Trabalho.

Igualmente destacada a instrução realizada no IC nº 000379.2007.06.000, que apurou irregularidades na jornada de trabalho e pagamento de horas extras de empregados de determinado município pernambucano. Além da audiência administrativa do representante do inquirido e da abertura para apresentação de manifestação escrita e documentos, intimou-se o inquirido para novamente se manifestar acerca dos depoimentos colhidos de testemunhas do fato em apuração. O inquérito foi arquivado depois da comprovação da correção das irregularidades constatadas.

Do que foi verificado é possível confirmar como verdadeira a tendência apontada por Arantes²⁷⁹ no sentido de privilegiar a atuação extrajudicial do MP como opção mais rápida e eficaz tanto para a reparação como para a prevenção de danos

²⁷⁹ ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC: Editora Sumaré: FAPESP, 2002, p. 110-111.

e abusos, com o devido respeito ao princípio do contraditório. Em apenas três casos, IC nº 000560.2007.06.000, IC nº 000387.2009.06.000 e IC nº 000574.2010.06.000, a investigação resultou no ajuizamento de demanda coletiva. Ainda assim, verificou-se dos dois últimos casos a realização de diversas diligências no intuito de solucionar administrativamente o conflito.

Também foi verificado em todas as investigações o cumprimento da regra prevista no § 1º, do artigo 10, da Resolução nº 23/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, que determina a notificação dos interessados da decisão que arquiva o inquérito.

Em todos os inquéritos abertos após a edição da Res. nº 23/2007, do CNMP, foi observado o cumprimento das formalidades ali previstas. E mesmo nos inquéritos civis abertos antes da edição da dita regulamentação foi verificada a observância de uma processualidade mínima garantidora do respeito aos direitos fundamentais dos inquiridos, como a edição de portarias de instauração dos inquéritos e a fundamentação e intimação das decisões prolatadas.

O princípio do promotor natural sempre foi observado com a distribuição dos inquéritos entre os Procuradores do Trabalho lotados na mencionada unidade ministerial. Cabe o registro de que, ao longo da pesquisa nos arquivos da Procuradoria, apesar da realização de busca física nos arquivos e virtual no sistema informatizado, não foram localizadas demandas coletivas ajuizadas sem a existência de inquérito civil ou outro qualquer processo administrativo que lhe precedesse.

Em síntese, os dados levantados e analisados na presente seção comprovam que, ao menos no âmbito do Ministério Público do Trabalho em Pernambuco, órgão do Ministério Público da União com predominante atuação extrajudicial, a clássica teoria criada sobre o inquérito civil mostra-se destituída de sentido prático, pois ele acaba por se constituir em verdadeiro processo administrativo dentro do qual conflitos coletivos são discutidos e solucionados extrajudicialmente.

Entendemos, assim, demonstrada a hipótese proposta no início deste trabalho, no sentido de que o reconhecimento de uma normatividade forte aos direitos e garantias fundamentais, resultado da busca pela máxima efetividade das normas constitucionais, impede o aplicador do direito de se valer de álibis retóricos para afastar a incidência de garantias constitucionais protetivas do cidadão, motivo pelo qual parece não mais se sustentar a teoria que defende o IC como mero

procedimento informal, inquisitorial, cuja finalidade é angariar elementos para o ajuizamento de ação civil pública, tal como fazem a doutrina e jurisprudência nacional majoritária.

Em outras palavras, foi comprovado que, com a edição da Constituição de 1988, não há de se falar em processos públicos inquisitoriais. Todos os processos administrativos ou judiciais devem respeitar os direitos e garantias fundamentais previstas na CR.

CONCLUSÕES

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

Com a finalidade de sistematizar teorias sobre o tema, a doutrina acabou por desenvolver diversos modelos de constitucionalismo, dentre os quais se destacam o positivismo, o neoconstitucionalismo e mais recentemente o garantismo.

O positivismo, que marcou o chamado constitucionalismo clássico, caracteriza-se pela rigidez legalista, com a conseqüente separação entre o direito e a moral, a prevalência do poder legislativo e a utilização de técnicas hermenêuticas que limitavam os poderes dos juízes.

O neoconstitucionalismo ou constitucionalismo principialista notabiliza-se pela busca da legitimação do direito, da retomada da conexão entre direito e moral, com o reconhecimento da existência de valores a serem efetivados pela comunidade jurídica, e da aplicação de técnicas de argumentação jurídica, que acabam por fortalecer o papel dos aplicadores do direito. Há preocupação com a concretização dos direitos fundamentais e com a consolidação do paradigma democrático.

O garantismo, por sua vez, questiona o excesso de poderes concedidos aos aplicadores do direito pelo constitucionalismo principialista, impugnando a técnica argumentativa da ponderação de princípios, que acaba por enfraquecer a autonomia do direito. A efetivação dos direitos fundamentais e a construção da democracia devem objetivar a integridade e a coerência do sistema jurídico, respeitando ainda a história institucional do direito, não podendo ficar ao livre alvedrio dos aplicadores do direito.

A partir de uma visão que abarca elementos do neoconstitucionalismo e do garantismo, adotamos um posicionamento que valoriza o direito legitimamente produzido pelo Poder Legislativo, mas que reconhece a força normativa dos princípios jurídicos, especialmente quando veiculados de direitos fundamentais, pois são eles instrumentos de legitimação da aplicação do sistema na realização de um controle da interpretação constitucional, garantindo o respeito à integridade e à coerência do direito. Também aceitamos que o direito é impregnado de elementos decorrentes das análises sociológicas, filosóficas e morais etc. Há valores

subjacentes nos direitos fundamentais que foram escolhidos pelo Constituinte. O contraditório, por exemplo, é resultado de uma escolha ética do legislador. Todavia, combatemos a utilização de valores morais individuais ou resquícios de valores reinantes em outras épocas para a correção do direito que foi legitimamente construído por instituições competentes para tanto.

Como reflexo desta escolha metodológica e partindo da noção de processo como um fenômeno cultural, em que se desenvolvem relações de poder, temos que o exercício da autoridade pública, no pós 1988, dá-se necessariamente por intermédio desse instrumento democrático, o processo, dentro do qual deve ser assegurada a máxima efetividade à normatividade dos princípios constitucionais. O cumprimento desta obrigação e o desempenho republicano das funções públicas exigem o respeito a uma processualidade administrativa mínima legitimadora do agir do poder público.

Partindo destas premissas, e verificando-se que, do ponto de vista histórico-institucional, o MP foi escolhido para zelar de forma ativa pela defesa dos princípios e valores fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, defendemos a necessidade de modernização do discurso dominante acerca da teoria do inquérito civil, principal instrumento de atuação extrajudicial do *Parquet*.

Sob uma ótica voltada para o texto constitucional, o inquérito civil 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 neste processo, na medida em que está vinculada à função precípua da instituição ministerial.

Durante o desenvolvimento do estudo, demonstrou-se, sob os aspectos teórico e prático, a impossibilidade da manutenção do senso comum teórico a respeito da teoria do inquérito civil.

A partir de uma perspectiva principiológica, na qual se reconhece uma normatividade forte aos princípios constitucionais, especialmente àqueles que veiculam direitos fundamentais, não há como se afastar a incidência do princípio do contraditório do principal instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público. A utilização da clássica distinção entre processo e procedimento não pode servir

como álibi 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, um rito, assim como não há um procedimento como instituto processual autônomo, distinto de um processo. Reconhece-se, assim, a garantia do investigado em inquérito civil 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 IC corrobora a obrigação de aplicação do contraditório. Em primeiro lugar, em nenhum momento, a LACP afirma ser inaplicável o referido direito constitucional. A CR, por sua vez, afirma ser o IC instrumento de atuação na defesa dos direitos difusos e coletivos, não fazendo qualquer vinculação ao ajuizamento de ação judicial coletiva, como insinua o posicionamento dominante. Por fim, a Resolução nº 23/2007 do CNMP que unificou o seu procedimento para todos os ramos do MP criou diversas regras formais que acabam por vincular promotores e procuradores ao conteúdo do princípio do contraditório. Assim, é dever dos membros ministeriais editar portaria fundamentada de instauração de inquérito, cientificar o representante e o representado das decisões proferidas, documentar todas as diligências realizadas, aceitar contribuições, como documentos e subsídios, de quem quer que seja, e garantir ampla publicidade ao inquérito civil.

Outro argumento rebatido no trabalho foi o de cuidar-se o IC de procedimento destituído de maiores formalidades. Estipulado o sentido de formalismo como a totalidade formal do processo, que inclui a forma dos atos, mas também a delimitações de poderes, faculdade e deveres dos sujeitos processuais, comprovou-se que a legislação de regência claramente cria três fases no inquérito: a instauração, a instrução e o arquivamento, fixando um determinado formalismo ao instituto. Todas essas fases foram detalhadas na mencionada resolução do CNMP.

A inquisitorialidade do inquérito igualmente foi combatida, a partir de uma visão de processo como instrumento de comunicação justa dos cidadãos. Reconheceu-se a contradição sistêmica em vincular o MP, instituição escolhida pelo Constituinte originário para zelar pela defesa dos princípios e valores fundamentais

do Estado Democrático de Direito, a instrumento inquisitorial que afronta os mesmos direitos a que se obrigou a defender.

Também diferente do que prega o discurso dominante, foram enumerados diversos prejuízos jurídicos decorrentes da simples abertura do IC. Dentre eles, destacam-se a vinculação ao poder qualificado de requisição do MP, inclusive com a possibilidade de autoridades públicas serem processadas e, eventualmente, condenadas por improbidade administrativa na hipótese de descumprimento de requisição ministerial, a suspensão da decadência que beneficia o investigado em questões coletivas consumeristas e a possibilidade de fixação administrativa de cominações em caso de descumprimento de obrigações previstas no termo de ajuste de conduta.

Tentou-se, ainda, rebater o argumento da facultatividade da abertura do IC, sob o argumento de que essa não obrigatoriedade atentaria 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.

Do ponto de vista prático, comprovou-se a inadequação do modelo teórico criado para o IC, na medida em que se verificou que em mais de 94% (noventa e quatro por cento) da amostra selecionada de inquéritos civis arquivados na Procuradoria Regional do Trabalho da 6ª Região foram submetidos a alguma das manifestações do princípio do contraditório, circunstância que indicia a impossibilidade de se construir um discurso legítimo em uma investigação fechada em si mesmo.

Como dito linhas acima, o respeito a uma necessária abertura cognitiva no IC viabiliza o fortalecimento da *integridade* do direito aplicado pelos membros do Ministério Público, legitimando a sua atuação extrajudicial e indo ao encontro das exigências sociais e políticas por mais respeito aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ALTHUSSER, LOUIS. **Aparelhos ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado**. 10. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

AQUINO, Fabiano Gozi de. A teoria do agir comunicativo no plano do Poder Judiciário. In **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Ano 6. Vol. IX. Jan a jun 2012. Disponível em <http://br.vlex.com/source/revista-eletronica-direito-processual-4934/issue_nbr/%239-2012>, Acesso em: 24 jul. 2013, 23:13:00.

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC: Editora Sumaré: FAPESP, 2002.

AUDARD, Catherine. O princípio de legitimidade democrática e o debate Rawls-Habermas. In ROCHLITZ, Rainer (Coord.). **Habermas: o uso público da razão**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 81-112.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan/fev/mar 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2013, 19:20:00

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1891**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BALEEIRO, Aliomar, SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições Brasileiras: 1946**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judiciário e legitimidade democrática**. Disponível em

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>, Acesso em: 02 ago.2012, 23:15:00.

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

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Plenário rejeita PEC 37**. 25 jun. 2013. Disponível em
<<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/446068-PLENARIO-REJEITA-PEC-37.html>> Acesso em: 08 jul. 2013, 20:01:00.

BRASIL. Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região. **Zara assina termo de ajuste de conduta com o MPT-SP**. 19 dez. 2011. Disponível em
<http://www.prt2.mpt.gov.br/imprensa/noticia_detalhe.php?tipo=N&seq=2187>
Acesso em: 12 jul. 2013, 00:50:00.

BURLE FILHO, José Emmanuel. A natureza do inquérito civil, como atribuição constitucional do Ministério Público. In **Justitia**, nº 56, jan-mar 1994, p. 34-36.

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

CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Manual de Derecho Constitucional**. Vol. II. 3.ed. Madrid, Espanha: Editorial Tecno, 2008.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 1993.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Elementos de Teoria Geral do Processo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CARVALHO, Ulisses Dias de. O princípio do contraditório e o inquérito civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3518, 17 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23723>>. Acesso em: 27 mai. 2013, 23:35:00.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CARVALHO NETO, Menelick de, SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CASAGRANDE, Cássio. **Ministério Público e a judicialização da política: estudos de casos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão, BRITO, Luiz Navarro de, BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1967**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

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

COSTA PORTO, Walter. **Constituições Brasileiras: 1937**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

_____. **Constituições Brasileiras: 1967**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. Ação civil Pública e ação popular: aproximações e diferenças. In SALLES, Carlos Alberto de (ORG.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 147-153.

DIAS, João Paulo, FERNANDO, Paula, LIMA, Teresa Maneca. Transformações do Ministério Público em Portugal: de actor institucional a actor social? In **Revista do CNMP. Modelos de Ministério Público**. Nº 1. Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 2011, p. 43-79.

DIDIER JR., Fredie, Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo. In **Teoria do Processo, Panorama doutrinário Mundial**. Vol. II. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p. 257-263.

DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno, OLIVERIA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil. Execução**. 4. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 8. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.

DIDIER JR., Fredie, ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008.

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

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Dicionário jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOGLIANI, Mario. **(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tranecostituzionalismo e positivismo metodologico**. Costituzionalimo.it, 2010. Disponível em: <<http://www.costituzionalismo.it/articoli/357/>>. Acesso em: 25 mai. 2013, 23:05:00.

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

DWORKIN, Ronald. **El império de la Justicia. De la teoría del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridade política y legal como clave de la teoría u práctica**. Barcelona, Espanha: Editora Gedisa, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8. ed. Padova, Itália: CEDAM, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE; André Karam (ORG). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-56.

_____. **Por uma teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FERRARESI, Eurico. **Inquérito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. **Compromisso de ajustamento de conduta**. São Paulo: LTr, 2013.

_____. Ministério Público é cláusula pétrea? Análise na perspectiva da teoria das garantias institucionais. In **Revista do Ministério Público do Trabalho**, ano 21, nº 41, março de 2011, p. 125-144.

GALVÃO, Rodrigo. Devido processo legal, ampla defesa e contraditório no processo administrativo. In **Revista IOB de Direito Administrativo**, ano II, nº 21, setembro de 2007, p. 121-132.

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

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito à Prova no Âmbito Administrativo. In **Revista IOB de Direito Administrativo**, ano I, nº 9, setembro de 2006, p. 07-16.

_____. Princípios Processuais e Princípios de Direito Administrativo no Quadro das Garantias Constitucionais. In **Revista IOB de Direito Administrativo**, ano I, nº 16, abril de 2007, p. 28-49.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A participação no processo administrativo. In MEDAUAR, Odete, SCHIRATO, Rhein (Org.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 79-97.

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

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

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. Editora Lumen Juris, 2008.

JORGE, André Guilherme Lemos. **Inquérito civil: contraditório e ampla defesa - sobre a efetividade dos princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2008.

LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. **A construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas**. Porto Alegre: Artmed; Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério Público do Trabalho. Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos Constitucionais do Processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

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

_____. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MA, Yue. A discricionariedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada. In **Revista do CNMP. Modelos de Ministério Público**. Nº 1. Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 2011, p. 191-229.

MACIEL JUNIOR, João Bosco. **Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares**. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de metodologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

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

_____. **O acesso à Justiça e o Ministério Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **O inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. In **Revista de Informação Legislativa**, vol. 35, nº 138, p. 65-73, abr-jun de 1998. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/367>>, Acesso em: 23 dez. 2011.

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

_____. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. A fase probatória na Ação Coletiva Trabalhista. In **Ação Coletiva Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2006.

_____. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005.

_____. **Mandando de Segurança**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELO, Gustavo de Medeiros. Acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. In FUX, Luiz, NERY JR., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 680-706.

MELO, Raimundo Simão. **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

_____. Inquérito civil – poder investigatório do Ministério Público do Trabalho. In **Revista do Ministério Público do Trabalho**, ano XII, nº 24, setembro de 2002, p. 63-68.

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

_____. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito à sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Prescrição e decadência no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (COORD.) **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 451-467

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

_____. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A eficácia probatória do inquérito civil no processo judicial. In **Revista de Processo**. Nº 146, ano 32. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 189-204.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **O liberalismo político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública. In **Ações Constitucionais**. 6. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

SANCHES, Eduardo Walmory. **A ilegalidade da prova obtida no inquérito civil. Desrespeito ao princípio do contraditório: a responsabilidade do representante do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 09-51.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 4.v. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA JÚNIOR, Arnaldo. Os excessos na condução dos inquéritos civis públicos. In SILVA JÚNIOR, Arnaldo, PEREIRA, Rodrigo Ribeiro (COORD.) **Limites de atuação do Ministério Público: a defesa nas ações civis públicas.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

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. In **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273.

SORJ, Bernardo. **A nova sociedade brasileira.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. As várias faces do princípio do contraditório no processo administrativo. In **Atuais rumos do processo administrativo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 109-173.

SOUZA, Motauri 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 Editora, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE; André Karam (ORG). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94.

_____. **O “sentire” do professor e o valor da palavra “não”.** Conjur.com.br, 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-mai>>

02/senso-incomum-sentire-professor-valor-palavra-nao>. Acesso em: 29 mai. 2013, 23:24:00.

_____. **O que é isto – as garantias processuais penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **O Supremo não é o guardião da moral da nação.** Conjur.com.br, 2013. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>. Acesso em: 13 set. 2013, 23:49:00.

_____. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. In **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. Porto Alegre, Rio Grande do Sul: UNISINOS, Julho-dezembro 2009, p. 75-83.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. I. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE; André Karam (ORG). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95-131.

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

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

ZAGREBESLKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** 5.ed. Madrid: Editorial Trotta S.A, 2003.

APÊNDICE A – LISTA DE INQUÉRITOS CIVIS CONSULTADOS

Inquérito civil	Procurador do Trabalho oficiante	Objeto	Manifestações do princípio do contraditório
000240.2001.06.000	José Laízio Pinto Júnior	Contratação irregular de agentes públicos	a) diversas audiências do inquirido b) apresentação de manifestação e documentos c) notificação da decisão de arquivamento
000085.2002.06.000	Flávio Henrique Freitas Evangelista	Contratação irregular de cooperativas de trabalho	a) realização de audiência do inquirido b) apresentação de documentos c) notificação da decisão de arquivamento
000530.2003.06.000	Chafic Krauss Daher	Irregularidade no SESMT	a) realização de audiência do inquirido, ocasião em que foi apresentado documento b) notificação da decisão de arquivamento
000563.2003.06.000	Flávio Henrique Gondim	Descumprimento de norma coletiva Não pagamento de férias	1) notificações para se manifestar acerca dos fatos denunciados 2) apresentação de documentos por parte do inquirido
001013.2003.06.000	Lorena Pessoa Bravo	Irregularidade na jornada de trabalho e não pagamento de verbas rescisórias	a) apresentação de diversos documentos pelo inquirido ao longo da investigação b) realização de audiência com o inquirido
000750.2004.06.000	Maria Auxiliadora de Souza e Sá	Não pagamento de verbas rescisórias	a) apresentação de manifestação escrita b) notificação da decisão de arquivamento
000840.2005.06.000	Leonardo Osório Mendonça	Irregularidade na jornada de trabalho e férias	a) realização de audiências com o inquirido, inclusive, após a tomada de depoimento de testemunhas. b) apresentação de documentos pelo inquirido c) notificação da decisão de arquivamento
000196.2006.06.000	Marcelo Crisanto Souto Maior	Irregularidades no meio ambiente laboral e na jornada de trabalho	a) realização de audiências com o inquirido, culminando com a assinatura de termo de ajuste de conduta.
000738.2006.06.000	Lívia Viana de Arruda	Não implementação do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI)	a) realização de audiências com o inquirido b) apresentação de documentos do inquirido
000379.2007.06.000	Janine Rêgo de Miranda	Irregularidade na jornada de trabalho, no pagamento de horas extras e na escala de trabalho.	1) apresentação de documentos 2) manifestação do inquirido após colheita de prova testemunhal 3) notificação da decisão de

			arquivamento
000460.2007.06.000	Lívia Viana de Arruda	Irregularidade no funcionamento de CCP	1) apresentação de defesa prévia 2) audiência com o inquirido 3) apresentação de documentos 4) notificação da decisão de arquivamento
000560.2007.06.000	Debora Tito Farias	Lide simulada	1) apesar de intimado para audiência, o inquirido não compareceu (ajuizada Ação Civil Pública)
000583.2007.06.000	Lívia Viana de Arruda	Exploração de trabalho infantil	a) notificação da decisão de arquivamento
000750.2007.06.000	Jorge Renato Saraiva	Assédio moral e abuso do poder hierárquico	1) apesar de não ter sido concedida oportunidade para manifestação do inquirido, o inquérito foi arquivado em decorrência da existência de reclamação trabalhista já ajuizada pelo denunciante, bem como pela existência de diversos termos de ajuste de conduta firmados pela empresa 2) notificação da decisão de arquivamento
000356.2008.06.000	Leonardo Osório Mendonça	Irregularidade no meio ambiente laboral e ausência de registro do contrato de trabalho de empregados	a) notificação da decisão de arquivamento
000590.2008.06.000	Chafic Krauss Daher	Condições sanitárias e de conforto inadequadas no local de trabalho	a) audiência com o inquirido b) notificação da decisão de arquivamento
000694.2008.06.000	Debora Tito Farias	Liberdade sindical	a) audiências com o inquirido b) apresentação de documentos c) notificação da decisão de arquivamento
000719.2008.06.000	Jorge Renato Saraiva	Irregularidade no pagamento de salários e assinada de recibos em branco	1) apresentação de documentos pelo inquirido 2) após oitiva de testemunhas, nova manifestação do inquirido 3) notificação da decisão de arquivamento
001384.2008.06.000	Lívia Viana de Arruda	Condições sanitária e de conforto nos locais de trabalho	1) audiência do inquirido 2) apresentação de documentos por parte do inquirido 3) notificação da decisão de arquivamento
000387.2009.06.000	Leonardo Osório Mendonça	Lide simulada	a) audiência do inquirido b) apresentação de documento, que culminou com o ajuizamento de ação civil pública
000403.2009.06.000	Adriana Freitas Evangelista Gondim	Não fornecimento de equipamentos de proteção, irregularidade na jornada de trabalho	a) realização de diversas audiências do inquirido b) apresentação de diversos documentos c) notificação da decisão de

			arquivamento
000546.2009.06.000	Chafic Krauss Daher	Exploração de trabalho infantil	1) intimação para apresentação de documentos (não apresentados) 2) após relatório da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego informando a não ocorrência das irregularidades, notificação da decisão de arquivamento
000619.2009.06.000	Jorge Renato Saraiva	Proteção à intimidade do trabalhador	a) realização de diversas audiências do inquirido b) apresentação de documentos e manifestação escrita c) notificação da decisão de arquivamento
000855.2009.06.000	Lívia Viana de Arruda	Fraude trabalhista	a) audiência do inquirido b) apresentação de documentos c) notificação da decisão de arquivamento
000934.2009.06.000	Fábio Romero Cordeiro	Acidente de trabalho	1) apresentação de documentos por parte do inquirido 2) notificação da decisão de arquivamento
001088.2009.06.000	Chafic Krauss Daher	Irregularidades portuárias, irregularidade no fornecimento de equipamentos de proteção, na jornada de trabalho e no pagamento de salários	1) realizadas sete audiências entre os trabalhadores, o Órgão Gestor de Mão de Obra e os empregadores, que culminaram no fechamento de um Acordo Coletivo de Trabalho 2) notificação da decisão de arquivamento
000305.2010.06.000	Debora Tito Farias	Não pagamento de verbas rescisórias	a) apresentação de documentos pelo inquirido b) notificação da decisão de arquivamento
000574.2010.06.000	Adriana Freitas Gondim	Embaraço à fiscalização trabalhista	a) audiências do inquirido, em que se discutia a assinatura de termo de ajuste de conduta. Diante da recusa da investigada, ajuizou-se ação civil pública.
000800.2010.06.000	Chafic Krauss Daher	Atraso contumaz no pagamento de salários	1) audiência do inquirido 2) nova audiência para apresentação de documentos 3) notificação da decisão de arquivamento
000892.2010.06.000	Chafic Krauss Daher	Descumprimento de Acordo Coletivo de Trabalho e irregularidade no plano de participação nos lucros e resultados	1) audiência inquirido 2) apresentação de documentos 3) notificação da decisão de arquivamento
001066.2010.06.000	Adriana Freitas Evangelista Gondim	Condições irregulares de higiene e conforto no local de trabalho e ausência de registro	a) audiência do inquirido b) apresentação de documentos pelo inquirido c) notificação da decisão de arquivamento

		do contrato de trabalho	
000128.2011.06.000	José Laizio Pinto Júnior	Não pagamento de verbas trabalhistas	a) audiência do inquirido b) apresentação de documentos pelo inquirido c) notificação da decisão de arquivamento
000253.2011.06.000	Jorge Renato Saraiva	Irregularidade no pagamento de vale-transporte e alimentação	a) audiência do inquirido b) apresentação de documentos pelo inquirido c) notificação da decisão de arquivamento
000298.2011.06.000	Jorge Renato Saraiva	Excesso de jornada de trabalho	a) audiência do inquirido b) apresentação de documentos pelo inquirido c) notificação da decisão de arquivamento
000401.2011.06.000	Lívia Viana de Arruda	Condições inadequadas de segurança no trabalho	a) audiência do inquirido b) apresentação de documentos pelo inquirido c) notificação da decisão de arquivamento
000435.2011.06.000	Chafic Krauss Daher	Não pagamento de verbas rescisórias	a) realização de diversas audiências com o inquirido b) apresentação de documentos c) notificação da decisão de arquivamento
000607.2011.06.000	Jorge Renato Saraiva	Meio ambiente de trabalho insalubre e Condições irregulares de higiene e conforto no local de trabalho	1) apresentação de documentos pelo inquirido 2) audiência do inquirido 3) notificação da decisão de arquivamento
000744.2011.06.000	Janine Rêgo de Miranda	Irregularidade no pagamento da gratificação natalina	1) apresentação de manifestação e de documentos 2) notificação da decisão de arquivamento
001240.2011.06.000	Lívia Viana de Arruda	Discriminação/coação sobre trabalhadores	1) apresentação de documentos por parte do inquirido 2) notificação da decisão de arquivamento
001573.2011.06.000	Jorge Renato Saraiva	Discriminação e irregularidades no pagamento de salários	1) audiência do inquirido 2) apresentação de documentos pelo inquirido 3) notificação da decisão de arquivamento
001620.2011.06.000	Jorge Renato Saraiva	Irregularidade na jornada de trabalho, não pagamento de horas extras Assédio moral	1) audiência do inquirido 2) apresentação de documentos 3) notificação da decisão de arquivamento
002145.2011.06.000	Vanessa Patriota	Condutas antissindicais	1) audiência do inquirido 2) apresentação de documentos por parte do inquirido
002208.2011.06.000	Jorge Renato Saraiva	Condições irregulares de higiene e conforto no local de trabalho	1) apresentação de documentos pelo inquirido 2) notificação da decisão de arquivamento
002284.2011.06.000	Jorge Renato Saraiva	Assédio moral e discriminação	a) audiência do inquirido b) apresentação de documentos

			c) notificação da decisão de arquivamento
002320.2011.06.000	Jorge Renato Saraiva	Remuneração irregular e ausência de registro do contrato de trabalho	1) audiência do inquirido 2) apresentação de documentos 3) notificação da decisão de arquivamento
002321.2011.06.000	Jorge Renato Saraiva	Lide simulada	a) audiência do inquirido b) apresentação de documentos c) notificação da decisão de arquivamento
000319.2012.06.000	Melícia Alves Mesel	Irregularidades na jornada de trabalho, em exames médicos e no Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional	a) audiência em que foi discutido e assinado termo de ajuste de conduta
000355.2012.06.000	Debora Tito Farias	Aliciamento e tráfico de trabalhadores	a) realização de diversa audiências com o inquirido b) notificação da decisão de arquivamento
000413.2012.06.000	Janine Rego de Miranda	Acidente de trabalho	a) apresentação de defesa prévia b) notificação da decisão de arquivamento
000597.2012.06.000	Debora Tito Farias	Exigência de certidões negativas para acesso ou manutenção de emprego	a) audiência do inquirido b) apresentação de defesa escrita c) apresentação de documentos d) notificação da decisão de arquivamento
001270.2012.06.000	Jorge Renato Saraiva	Não concessão de férias e pagamento de vale-transporte	a) audiência do inquirido b) apresentação de documentos c) notificação da decisão de arquivamento
001681.2012.06.000	Jorge Renato Saraiva	Condições inadequadas de segurança do trabalho	a) audiência do inquirido b) apresentação de defesa escrita c) apresentação de documentos d) notificação da decisão de arquivamento