

Ricardo de Barros Leonel

**Manual do
PROCESSO COLETIVO**

**4ª edição revista, ampliada e atualizada
de acordo com o CPC/2015**



1ª edição: 2002; 2ª edição: 2011; 3ª edição: 2013.

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição: PC Editorial Ltda.

Capa

Criação: Vânia Lúcia Amato

Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

04.2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

L583m Leonel, Ricardo de Barros.

Manual do processo coletivo / Ricardo de Barros Leonel. –
4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o Código de Processo
Cível/2015. – São Paulo : Malheiros, 2017.
608 p. ; 21 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-392-0367-3

1. Direito processual coletivo – Brasil. I. Título.

CDU 347.922.6(81)

CDD 347.81053

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito processual coletivo – Brasil 347.922.6(81)

(Bibliotecária responsável: Sabrina Leal Araujo – CRB 10/1507)

tais previsões aplicam-se, análoga e subsidiariamente, às demais hipóteses de multa no processo coletivo.

Acrescente-se que a legislação instituidora do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos determina que o valor das multas seja carreado a este Fundo.⁵⁹⁶

Ainda que não existisse previsão legal, a solução não poderia ser diversa.

Não seria correto que o valor auferido com a execução da multa liminar ou fixada na sentença fosse destinado ao autor da ação coletiva, porque: (a) o autor da demanda é legitimado mas não é titular do interesse metaindividual, decorrendo daí que sem expressa previsão legal não poderia se beneficiar daquilo que duplamente não lhe pertence;⁵⁹⁷ (b) a legislação estabelece que, havendo condenação em dinheiro, ela deve ser destinada ao Fundo, cuja finalidade é a reconstituição dos bens lesados,⁵⁹⁸ sendo razoável supor que "toda" condenação em dinheiro que não seja especificamente de indivíduos lesados⁵⁹⁹ (como ocorre com as multas) seja destinada ao mencionado Fundo.

Esta solução melhor atende à tutela coletiva, pois o "reforço" do Fundo propicia, ao menos em tese, melhor aporte econômico para medidas destinadas à preservação e à compensação de interesses supraindividuais lesados.⁶⁰⁰

5.18 Inquérito civil

5.18.1 Generalidades

Não se pode descurar da análise de questão que não diz respeito diretamente ao desenvolvimento da instância judicial mas, sim, à fase

596. Cf. art. 1º, § 2º, da Lei 9.008/1995, que criou, na estrutura do Ministério da Justiça, o denominado Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. No Estado de São Paulo, cf. o art. 3º da Lei estadual 6.536/1989.

597. Não é titular do interesse metaindividual, tampouco credor da multa, que é simples meio de coerção estatal.

598. Cf. art. 13 da Lei 7.347/1985.

599. A rigor, só pertence aos lesados, individualmente, a indenização em hipótese de interesses individuais homogêneos.

600. No mesmo sentido: Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural e dos Consumidores (Lei 7.347/1985 e Legislação Complementar)*, cit., p. 150.

pré-processual de colheita de informações para fins de tutela, judicial ou não, dos interesses metaindividuais.

A fase de investigação, sua natureza, limites, formalidades, os poderes de perquirição envolvidos, em grande número de casos acabam afetando a própria demanda coletiva ou, mesmo, a solução extrajudicial do conflito.

Juntamente com a ação coletiva, o inquérito civil é um dos meios que se põem a serviço da proteção dos interesses supraindividuais. E o faz por vezes de forma autônoma, como instrumento independente, permitindo não só o prévio esclarecimento de fatos para a formulação da demanda, mas também, em inúmeros casos, o equacionamento da crise verificada no direito material sem a movimentação da máquina judiciária.

Isto comprova sua importância, pois a prévia colheita de informações precisas antes da propositura da ação permite a mais adequada tutela judicial, evita a formulação de demandas infundadas ou temerárias e propicia a solução extrajudicial de conflitos.⁶⁰¹

A investigação funciona como instrumento potencialmente apto para a composição extrajudicial do conflito e obtenção da pacificação social, sem o decurso do tempo e o custo (em todos os sentidos) do processo – fator, aliás, que se agrava considerando a complexidade natural das demandas coletivas, destinadas *a priori*, a perdurar por mais tempo e a gerar maiores dispêndios econômicos.⁶⁰²

Ademais, a visão do inquérito civil como instrumento de equacionamento extrajudicial de conflitos milita no sentido do amplo acesso à

601. José Emmanuel Burler Filho ("Principais aspectos do inquérito civil, como função institucional do Ministério Público", in Edis Milaré (coord.), *Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – Reminiscências e Reflexões Após Dez Anos de Aplicação*, São Paulo, Ed. RT, 1995) anota que o referido instrumento figura como poder-dever para o Ministério Público, destinando-se, entre outros aspectos, a evitar o ajuizamento de demandas infundadas e temerárias (p. 322).

602. Basta recordar que em muitas demandas coletivas, v.g., relacionadas ao meio ambiente ou ao consumidor há necessidade de realização de perícias de alto grau técnico, que exigem, por consequência, dispêndios recursos. A possibilidade de equacionamento do conflito na fase pré-processual, com pareceres ou perícias elaborados por órgãos públicos, representa não somente economia de tempo, em atendimento ao princípio da máxima efetividade para o acesso à Justiça e à ordem jurídica justa, mas também economia de dinheiro, particularmente para o próprio demandado, que na hipótese de eventual procedência de ação coletiva tem de arcar com o ônus da sucumbência.

Justiça, que se apresenta também no processo civil ortodoxo. Recorde-se, por exemplo, da previsão de títulos executivos extrajudiciais, como a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor, o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas, o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores – entre outros.⁶⁰³

O procedimento injuntivo, adotado em nosso ordenamento jurídico por meio da ação monitoria⁶⁰⁴ (com a possibilidade de conversão do mandado injuntivo em mandado executivo),⁶⁰⁵ abreviando a necessidade de prévio processo de cognição, e o redimensionamento do denominado juízo arbitral⁶⁰⁶ representam também facetas da maior atenção do legislador para a concretização do acesso à ordem jurídica justa, permitindo a ampliação das vias de tutela dos direitos.⁶⁰⁷

Dai ser o inquérito civil, dentro dessa visão contemporânea, um dos pontos sensíveis no estudo do processo coletivo, na medida em que, além de se apresentar como instrumento de coleta de informações para o ajuizamento de ações coletivas, propicia solução não adjudicada de litígios coletivos.

É importante ressaltar que a Constituição da República prevê expressamente a existência do inquérito civil, tratando-o como mecanismo de exercício das atribuições do Ministério Público.⁶⁰⁸ Há também previsão legal quanto à sua existência e regulação genérica em inúmeros dispositivos legais.⁶⁰⁹

603. Conforme a redação do art. 784, II, III e IV, do CPC/2015. Também o art. 57, parágrafo único, da Lei 9.099/1995 determina que valerá como título executivo extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público.

604. Cf. art. 700 do CPC/2015.

605. Cf. arts. 701 e 702 do CPC/2015.

606. Cf. a denominada Lei da Arbitragem, Lei 9.307/1996, que revogou os arts. 1.072 a 1.102 do CPC/1973 e passou a regular de forma absolutamente autônoma o procedimento do juízo arbitral.

607. José Rogério Cruz e Tucci (*Ação Monitoria*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1997) trata com profundidade da ação monitoria, trazendo a lume a importância da luta contra o tempo no processo e a necessidade de surgimento de formas de tutela diferenciada (pp. 13-24).

608. O art. 129, III, da CF/1988 indica como 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".

609. Lembra-o Eurico Ferraresi (*Inquérito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 3), em cuidadoso levantamento, referindo-se à previsão do inquérito civil

Além disso, atualmente, o inquérito civil conta com regulamentação infralegal detalhada.

No plano nacional, a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público 23, de 17.9.2007, fixou regras gerais a serem seguidas pelo Ministério Público da União e pelos Ministérios Públicos dos Estados quanto ao inquérito civil.⁶¹⁰

No âmbito do Ministério Público de São Paulo a matéria foi regulada pelo Ato Normativo 484-CPJ, de 5.10.2006.

5.18.2 Especificidades do inquérito civil

5.18.2.1 Natureza e pressupostos

A importância do inquérito civil foi reconhecida tanto pelo constituinte como pelo legislador ordinário, tratando-o como função insitucional do Ministério Público e prevendo, em concreto, sua regulamentação procedimental.

Sobre sua natureza jurídica é possível dizer que se trata de procedimento administrativo investigatório a cargo do Ministério Público destinado à colheita de elementos de convicção para eventual propositura de ação coletiva.⁶¹¹

Não obstante sua finalidade primeira seja a colheita de informações para a propositura da ação coletiva, identifica-se nele também o escopo de elaboração eventual de compromisso de ajustamento para a solução extrajudicial do conflito coletivo.

nos seguintes dispositivos legais: art. 8º, § 1º, da Lei 7.347/1985; art. 6º da Lei 7.853/1989; art. 201 da Lei 8.069/1990; art. 90 da Lei 8.078/1990; arts. 25 e 26 da Lei 8.625/1993; arts. 6º, 7º e 8º da Lei Complementar 75/1993; art. 19, parágrafo único, da Lei 9.605/1998; art. 74, I, da Lei 10.741/2003.

610. Eurico Ferraresi (*Inquérito Civil*, cit., p. 4) recorda que essa resolução teve por finalidade "uniformizar o procedimento do inquérito civil, em vista dos princípios que regem a Administração Pública, e dos direitos e garantias individuais".

611. Sobre o conceito e a natureza jurídica do inquérito civil: Hugo Nigro Mazzilli, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, cit., 23ª ed., pp. 511 e ss., e também O Ferraz, "Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania", in Edis Milare Ferraz, *Inquérito Civil. Lei 7.347/1985 – Reminiscências e Reflexões Após Dez Anos de Aplicação*, São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 63; José Marcelo Menezes Vigliar, *Tutela Jurisdicional Coletiva*, cit., p. 126.

Possível também que, configurando o fato investigado alguma infração penal, sejam fornecidas cópias do procedimento ao órgão do Ministério Público com atribuições para oficiar na esfera criminal, a fim de que seja veiculada investigação específica ou proposta diretamente ação penal.

Estas anotações revelam a utilidade do procedimento administrativo em análise.

Como instrumento preliminar ao processo coletivo, o inquérito civil é deferido exclusivamente ao Ministério Público, como previsto na Constituição Federal e na legislação de regência.

Os demais colegitimados para as ações coletivas não podem se valer deste meio de investigação. Poderão, no exercício do direito constitucional de petição,⁶¹² solicitar informações às autoridades públicas, que deverão ser prestadas por meio de certidão e no prazo de quinze dias, de forma a subsidiar o ajuizamento da demanda coletiva.

Ademais, o exercício do direito de petição para fins de obtenção de tais informações configura direito líquido e certo. Se não atendido no lapso temporal previsto no ordenamento, viável será a utilização do mandado de segurança para sua obtenção.⁶¹³

Uma característica essencial do inquérito civil é sua informalidade.

É simples procedimento investigatório, não havendo "rito" específico a ser observado, mas apenas balizas relacionadas à sua condução e ao seu encerramento. Isto não significa, entretanto, que não esteja sujeito à observância de pressupostos mínimos de fato e de direito, tanto para fins de instauração como para seu desenvolvimento e sua conclusão.

612. Conforme o inciso XXXIV, "a", do art. 5º da CF/1988, é assegurado a todos, independentemente do pagamento de taxas, "o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder". Para instrumentalizar este direito, o mesmo inciso do art. 5º, na alínea "b", prevê o direito de obtenção de certidões em repartições públicas. O ordenamento coletivo prevê expressamente o exercício do direito de petição pelos legitimados para a obtenção de informações imprescindíveis ao ajuizamento da demanda, determinando que poderão requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgarem necessárias, que deverão ser fornecidas no prazo de quinze dias. Nesse sentido o art. 8º da Lei 7.347/1985, o art. 3º, §§ 1º e 2º, da Lei 7.853/1989 e o art. 222 da Lei 8.069/1990.

613. José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., 40ª ed.) anota que "a Constituição não prevê sanção à falta de pronunciamento da autoridade, mas parece-nos certo que ela pode ser constrangida a isso por via do mandado de segurança. (...) (p. 447).

Pressuposto *material* ou *substancial* para sua instauração é a notícia da existência de fatos ou situação determinada que ao menos em tese – ainda que posteriormente se apure sua inexistência ou que os eventos ocorreram de modo diverso – sejam aptos a justificar a propositura de determinada demanda coletiva, se comprovados indiciariamente.

Em outras palavras: é imprescindível a existência de justa causa para o início da investigação. Não está ela presente sem que haja, ainda que hipoteticamente, um fato ou fatos relativamente determinados que mereçam investigação.⁶¹⁴

Em outras palavras: não se mostra viável a atuação ministerial a pretexto de investigação, em postura análoga à que adotam, por exemplo, os Tribunais de Contas, que fazem análise geral da gestão de entidades e órgãos públicos a fim de verificar se todos os procedimentos e atos são legais, e apenas eventualmente detectar alguma irregularidade.

A ausência do pressuposto material ou substancial da investigação (fato ou fatos relativamente determinados) pode render ensejo, inclusive, ao trancamento do inquérito civil em mandado de segurança.⁶¹⁵

Pressuposto de *ordem forma*⁶¹⁶ é a manifestação ministerial identificando o fato a ser apurado, dando sumariamente fundamentos jurídicos da investigação, determinando as providências e diligências a serem adotadas. A instauração pode ser determinada de ofício pelo promotor de justiça que tenha, em tese, atribuição para oficiar no caso,⁶¹⁷ pois para o Ministério Público a atuação em defesa dos interesses metaindividuais

614. Eurico Ferraresi (*Inquérito Civil*, cit., pp. 5-8) bem sintetiza essa questão ao formular exemplos: "existindo a notícia de que determinada condição de trabalho é perigosa, é evidente que o Ministério Público poderá atuar, porque existe nisso um fato determinado; situação perigosa de trabalho. A mesma situação ocorre se o promotor ou procurador da República instaura inquérito civil para apurar a poluição do rio Tietê; a mesma que não se saiba qual a empresa responsável, existe um fato determinado: a poluição do rio. Ilegalidade ocorreria se fosse instaurado inquérito civil para saber se a empresa 'X' respeita o meio ambiente, ou se o grupo 'X' de empresas fornece condições de segurança para os seus operários".

615. Eurico Ferraresi, *Inquérito Civil*, cit., pp. 54-55. Admitindo a utilização do mandado de segurança como mecanismo para demonstração de falta de justa causa para instauração de inquérito civil, cf. no STJ: 1ª Turma, RMS 27.004-RS, rel. causa para instauração de inquérito civil, cf. no STJ: 1ª Turma, RMS 25.763-RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 2.9.2010, *DJe* 24.9.2010; 1ª Turma, RMS 28.989-RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 23.3.2010, *DJe* 26.8.2010 – entre outros.

616. Não obstante sua informalidade.

617. Em decorrência do conhecimento pessoal da notícia do evento lesivo aos interesses supraindividuais.

é um poder-dever. Pode também decorrer de comunicação de qualquer interessado⁶¹⁸ que, no exercício do direito de petição, leve fatos ao conhecimento do *Parquet*, postulando a adoção de providências pertinentes.

5.18.2.2 Instauração

Materializa-se a instauração do inquérito civil por meio de portaria ou de despacho exarado em representação ou requerimento⁶¹⁹ que tenha sido endereçado ao Ministério Público.⁶²⁰ Não bastasse a previsão constitucional genérica do direito de petição, a legitimar que qualquer interessado leve fatos ao conhecimento do Ministério Público, postulando medidas necessárias, o próprio legislador infraconstitucional estabeleceu normas específicas garantindo o exercício deste direito fundamental no processo coletivo.⁶²¹

Caracterizam-se também a instauração e o desenvolvimento do inquérito civil pela motivação e pela publicidade.

Quanto à motivação, tanto a instauração como os demais atos de movimentação do procedimento – particularmente aqueles com carga “decisória”, relativos à colheita de provas – devem ser, ainda que de forma sucinta, fundamentados. É que os atos praticados no inquérito civil são de natureza administrativa, e a motivação é um dos elementos dos atos administrativos.

Deste modo, na portaria de instauração deve o órgão ministerial sinteticamente identificar os fatos ou a situação a ser apurada, delimitando o objeto da investigação, apontando a possível violação ao ordenamento (interesses supraindividuais). Esta cautela é adequada não só para melhor esclarecer e definir o objeto da investigação, como também para fornecer

618. Pessoa física, jurídica, entidades despersonalizadas etc.

619. No exercício do direito de petição.

620. Nesse sentido: Hugo Nigro Mazzilli, *O Inquérito Civil*, cit., p. 61.

621. Conforme o art. 6º da Lei 7.347/1985, “qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção”. No mesmo sentido, o art. 7º da referida lei prevê que, “se, no exercício de suas funções, os juizes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis”. Dispositivos do mesmo teor são identificados nos arts. 220 e 221 da Lei 8.069/1990. O direito de petição é ainda indicado como possibilidade de representação nos arts. 14 e 22 da Lei 8.429/1992.

uma sistemática de trabalho destinada à obtenção de melhores resultados, direcionando os atos investigatórios.

5.18.2.3 Publicidade e sigilo

A publicidade da investigação é imprescindível. Como princípio da Administração Pública estabelecido no ordenamento constitucional,⁶²² não se compadeceria o inquérito civil com a investigação injustificadamente sigilosa.

Todavia, a publicidade é relativa, não absoluta, como ocorre no processo em geral, tanto penal como civil.⁶²³ Há ao menos duas hipóteses de sigilo da investigação: quando forem colhidos documentos ou informações que estejam protegidos com o manto do sigilo (v.g., bancário, fiscal, telefônico etc.); ou quando o interesse público, consistente no êxito ou bom andamento da investigação, o exigir.⁶²⁴

Quando o sigilo decorre da colheita de dados protegidos contra a divulgação,⁶²⁵ após a obtenção da informação sigilosa esta só pode servir aos fins da investigação. Não pode ser livremente divulgada, por não

622. Cf. art. 37, *caput*, da CF/1988.

623. Oportuno recordar que a CF/1988 estabelece a publicidade relativa dos atos processuais no art. 5º, LX, afirmando que a lei só poderá restringir a publicidade de tais atos “quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Do mesmo modo, o art. 93, IX, da Carta estabelece a publicidade dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, fundamentadas suas decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes. O art. 189 do CPC/2015 trata do sigilo de justiça nos processos em função do interesse público, nas demandas relativas a casamento, filiação, separação, conversão em divórcio, alimentos, guarda de crianças e adolescentes, em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade, bem como que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. No processo penal também há previsão de sigilo na investigação. Deverá ser assegurado pela autoridade policial quando necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, nos termos do art. 20 do CPP. Há a possibilidade de restrição da publicidade em juízo no art. 497, I, do CPP, pois, cabendo ao magistrado “regular a publicidade, para manutenção da ordem e restrição de acesso ao interior da sala de julgamento, para demonstrar que o princípio adotado no ordenamento é o da publicidade relativa dos atos processuais.”

624. No mesmo sentido: Hugo Nigro Mazzilli, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, cit., 28ª ed., pp. 520 e ss.

625. V.g., sigilos bancário, fiscal, telefônico, de correspondência etc.

perder seu caráter restrito.⁶²⁶ A configuração do sigilo implica a impossibilidade de divulgação das informações colhidas na investigação. Não impede, entretanto, que o investigado, pessoalmente ou por intermédio de seu procurador, acompanhe os atos instrutórios da investigação ou tenha vista dos autos do inquérito civil.

Regulamentando as investigações civis no Ministério Público paulista, o Ato 484-CPJ/2006 prevê que, além da necessidade de motivação, a decretação de sigilo de investigação só poderá ocorrer em casos de: (a) sigilo legal; (b) para a eficiência das investigações e manutenção da ordem pública; (c) em função da "proteção jurídica da privacidade e da intimidade, em especial do sigilo fiscal, bancário, financeiro, comercial ou industrial e, conforme o caso, dos dados pessoais ou sensíveis".⁶²⁷

O sigilo não impede o compartilhamento das informações restritas com outros ramos do Ministério Público (da União ou de outros Estados), preservado o caráter sigiloso das informações,⁶²⁸ como pode ocorrer nos casos em que, por exemplo, o Ministério Público Federal investiga infração penal relacionada a fatos que têm repercussão civil mas são da alçada do Ministério Público Estadual.

626. A legislação prevê a possibilidade de requisição de informação de qualquer espécie pelo Ministério Público, mesmo que protegida pelo sigilo, sem prejuízo da manutenção do caráter sigiloso da informação, estipulando, entretanto, a responsabilidade civil e criminal pela indevida divulgação. Nesse sentido a Lei Orgânica do Ministério Público da União – Lei Complementar 75/1993 –, art. 8º, II e IV, prevendo a possibilidade de requisição de informações e documentos da Administração Pública a possibilidade de requisição de informações e documentos de que nos direta e indireta e de entidades privadas, e, no inciso VIII, a determinação de que nos procedimentos de sua competência e para o exercício de suas atribuições a Instituição poderá ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; o § 1º do mesmo artigo prevê que o membro do *Parquet* será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar; e, finalmente, o § 2º determina que nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido. Tais normas são aplicáveis aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, por expressa remissão feita pelo art. 80 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei 8.625/1993. Daí a afirmação no sentido de que o *Parquet* tem poder de requisição inclusive quanto a informações sigilosas, mas, como estas não perdem tal caráter, o procedimento investigatório instruído com tais dados sofre restrição em sua publicidade.

627. Cf. art. 8º, § 3º, do Ato 484-CPJ/2006.

628. Cf. art. 8º, § 7º, do Ato 484-CPJ/2006.

5.18.2.4 Fases

Em que pese à informalidade do inquérito, tratando-se de procedimento investigatório, é possível identificar três fases para seu desenvolvimento: a instauração (mediante portaria ou despacho proferido em representação ou requerimento de instauração); a instrução (colheita de provas, com requisição de documentos, realização de perícias, obtenção de pareceres, inquirição de pessoas, inclusive dos eventuais investigados, etc.); e a conclusão (relatório final com promoção do arquivamento ou propositura de ação amparada nas informações colhidas no curso da investigação).⁶²⁹

5.18.2.5 Dispensabilidade

Sendo procedimento investigatório, é dispensável o inquérito civil, não obstante seja de grande relevo prático sua utilização, justificando-se na medida da real necessidade para a colheita de indícios e propositura da ação ou, mesmo, realização de compromisso de ajustamento de conduta.⁶³⁰

Entretanto, em muitas ocasiões poderá haver, de antemão, dados suficientes para o ajuizamento de demanda coletiva, tomando-se despendência e procrastinatória a instauração do procedimento investigatório.

Exemplificando, pode haver suficientes elementos oriundos: (a) de ação penal ajuizada a respeito dos mesmos fatos; (b) de fiscalização efetuada pelo Tribunal de Contas; (c) de investigação realizada por Comissões Parlamentares de Inquérito; (d) de processos e sindicâncias administrativas; (e) de representações suficientemente instruídas e documentadas. Nestes casos, não havendo razão para formalizar nova investigação, e não sendo o inquérito civil condição ou requisito indispensável para a ação, pode ser dispensado.⁶³¹

5.18.2.6 Poderes de investigação

Quanto aos poderes de investigação para sua instrução, a legislação indica, exemplificativamente, a possibilidade de o órgão ministerial de

629. Hugo Nigro Mazzilli, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, cit., 28ª ed., pp. 520 e ss.

630. Hugo Nigro Mazzilli, *O Inquérito Civil*, cit., p. 51; e José Marcelo Menezes Vigliar, *Tutela Jurisdicional Coletiva*, cit., p. 127.

631. Do mesmo modo que – como é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial –, dispensável é o inquérito policial com relação à ação penal.

execução requisitar certidões, informações, exames ou perícias a qualquer organismo público ou particular, no prazo que assinalar, que não poderá ser inferior a dez dias.⁶³²

Mas não é só.

A Constituição Federal já estabeleceu as funções institucionais do Ministério Público e os poderes que lhe são conferidos para se desincumbir delas, indicando, entre outros, a possibilidade de expedição de notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisição de informações e documentos para instruí-los. Consubstancia-se, assim, o poder de requisição, regulamentado na forma da respectiva lei complementar.⁶³³

E o regime jurídico do Ministério Público, envolvendo seus poderes de investigação, indica que no exercício de suas atribuições poderá o órgão ministerial de execução: (a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive com o auxílio das Polícias Civil ou Militar; (b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades públicas, órgãos da Administração direta ou indireta e de entidades privadas; (c) promover inspeções e diligências investigatórias; (d) requisitar à autoridade administrativa a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível; (e) requisitar a instauração de inquérito policial ou policial militar; (f) sugerir aos Poderes competentes a edição de normas e a alteração da legislação em vigor. Quanto a esta última (sugestões normativas), embora não seja propriamente ato investigatório, decorre da investigação e contribui para seu êxito.⁶³⁴

As previsões contidas no direito positivo a respeito dos poderes de investigação não têm caráter exaustivo. Incluem-se no espectro legítimo do poder de investigação a adoção de toda e qualquer diligência que seja necessária para a elucidação dos fatos objeto da apuração bem como a identificação dos respectivos responsáveis, respeitados os limites impostos pelos direitos e garantias fundamentais e pelo ordenamento jurídico como um todo.

632. Cf.: art. 8º, § 1º, da Lei 7.347/1985; art. 6º da Lei 7.853/1989; e art. 223 da Lei 8.069/1990.

633. Cf. art. 129, VI, da CF/1988.

634. Cf. art. 26, I, II, III, IV e VII, da Lei 8.625/1993. No mesmo sentido, e de idêntico teor, dispositivos da Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, Lei Complementar estadual 734/1993, especificamente o art. 104, I, II, III, IV, V e VI.

5.18.2.7 Ausência de nulidades

Outro dado relevante consiste em que, figurando o inquérito civil como procedimento investigatório (e não processo administrativo), nele não é possível, *a priori*, identificar nulidades aptas a maculá-lo. Ademais, eventuais irregularidades ali verificadas não se irradiam para a demanda ajuizada com base na investigação.⁶³⁵

Quanto às "nulidades" ou irregularidades da investigação e dos indícios nela obtidos, embora não haja no ordenamento disciplina explícita, irão naturalmente carrear efeitos no momento da valoração da prova colhida no procedimento administrativo.

Embora não haja nulidade no inquérito civil e as irregularidades não gerem sanção de invalidade da prova indiciária oral, documental ou pericial ali colhida, a questão será examinada pelo magistrado quando da sentença.

Em outros termos: na análise do material probatório a prova "indiciária"⁶³⁶ poderá receber maior ou menor consideração (credibilidade e importância) para o defecho da demanda, dependendo do modo como tenha sido conduzido o inquérito civil.

O exame que nesse particular deve ser realizado segue pelos mesmos parâmetros que ordinariamente são utilizados no processo civil individual. Assim, a prova ilícita originária ou derivada e a prova ilegítima não comportam aceitação como fundamento para a decisão judicial a respeito da situação posta em juízo. Contudo, essa análise deve ser feita caso a caso.⁶³⁷

Ou seja: embora não haja nulidade do procedimento investigatório, a prova nele produzida terá sua admissibilidade submetida à avaliação das condições e circunstâncias em que foi formada.

635. Hugo Nigro Mazzilli (*O Inquérito Civil*, cit.) anota que "os eventuais vícios e nulidades do inquérito civil não prejudicam os atos que dele independam, nem, muito menos, a ação civil pública que venha a ser ajuizada" (p. 290).

636. Utilizando expressão corriqueira no processo penal, o que é válido pela afinidade prática que se apresenta entre o inquérito policial e o inquérito civil.

637. Nelson Nery Jr. (*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, cit., 3ª ed.) afirma, ao tratar da validade das provas ilícitas, especialmente quanto à gravação clandestina (feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro), que "não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação ou sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. A proposição da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente princípio da proporcionalidade, devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais" (p. 154).

5.18.2.8 Devido processo legal: compreensão em sede de investigação civil

Tópico relevante diz respeito ao correto dimensionamento quanto à incidência, ou não, das garantias constitucionais do processo quanto ao inquérito civil, especialmente a observância do contraditório e da ampla defesa e, de modo mais amplo, do *due process of law*.⁶³⁸

Abalizada doutrina sustenta que o procedimento administrativo analisado está abrangido pela proteção constitucional, restando inviáveis sua formação e seu desenvolvimento sem o conhecimento e a efetiva participação da pessoa física ou jurídica que sofrerá posteriormente a ação civil pública. A perquirição realizada sem a participação contraditória do investigado será nula, sendo também nulos os atos dela decorrentes. A consequência disto: inviabilidade da demanda fundada no inquérito, determinando-se a extinção do feito sem julgamento do mérito, por ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo.⁶³⁹

Entretanto, esse entendimento crítico não pode ser aceito sem contraposição.

Não se pode afirmar que o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa incidam em qualquer procedimento administrativo de natureza investigatória.

A Constituição Federal estabelece a incidência dos mencionados princípios quando haja possibilidade de privação da liberdade ou dos bens de determinada pessoa.⁶⁴⁰ referindo-se ao processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral.⁶⁴¹ *A contrario sensu*, não se aplicam aquelas diretrizes constitucionais onde não haja diretamente, em decorrência do procedimento, a possibilidade de privação de bens ou da liberdade, bem como onde não haja propriamente processo judicial ou administrativo.

Não nos parece correto confundir procedimentos administrativos de cunho investigatório,⁶⁴² dos quais não decorre diretamente qualquer

638. Conforme os incisos LIV e LV do art. 5º da CF/1988, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" e "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

639. V., a título de exemplo: Rogério Lauria Tucci, "Ação civil pública: falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público", cit., RT 745/83-84.

640. Quanto ao devido processo legal.

641. Quanto ao contraditório e à ampla defesa.

642. V.g.: sindicâncias, para colheita de informações e posterior instauração de processo administrativo contra servidor público; inquérito policial; inquérito civil.

sanção ou a privação da liberdade ou de bens da pessoa investigada, com os processos administrativos propriamente ditos,⁶⁴³ em que há, em caráter direto, a possibilidade de aplicação de sanções de natureza administrativa.

Note-se, ainda, que nos procedimentos destinados à simples colheita de informações, sem a aplicação de sanções, utilizados para aferir a viabilidade ou a necessidade da instauração de processo administrativo ou judicial, não há partes propriamente ditas, mas, sim, uma autoridade investigante, de um lado, e, de outro, o investigado, pessoa física ou jurídica.

Destarte, não se pode conferir – pela interpretação sistemática e finalística dos dispositivos constitucionais – ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa âmbito de incidência maior do que o que eles ostentam.⁶⁴⁴

Aliás, tendo como parâmetro o inquérito policial, que guarda com a ação penal a mesma relação do inquérito civil com a demanda coletiva, é também aceito de forma pacífica o entendimento de que naquele procedimento investigatório não há lugar para a verificação do contraditório e da ampla defesa, pelos motivos já declinados.⁶⁴⁵

Dai a conclusão da não incidência das referidas garantias no inquérito civil.⁶⁴⁶

643. V.g.: processo administrativo instaurado para apuração de infração disciplinar cometida por servidor público; processo administrativo instaurado para aplicação de sanção por infração à ordem econômica (arts. 48 e ss. da Lei 12.529/2011); processo administrativo fiscal; processos administrativos junto aos Tribunais de Contas, que podem resultar na imposição de multas e débitos com eficácia de título executivo extrajudicial (art. 71, § 3º, da CF/1988); etc.

644. A doutrina do direito constitucional dá abrangência limitada aos princípios referidos, como afirmado no texto acima. Celso Ribeiro Bastos (*Curso de Direito Constitucional*, cit., 18ª ed., pp. 226-228) faz referência só ao "processo administrativo", não a "procedimentos administrativos", para a incidência das garantias aqui versadas. José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., 40ª versada), salienta que "garante-se o processo, e, quando se fala em 'processo', e não em simples procedimento, (...) (p. 435).

645. Antônio Carlos de Araújo Cintra *et alii* (*Teoria Geral do Processo*, cit., 31ª ed.) afirmam que "o inquérito policial é mero procedimento administrativo que visa à colheita de provas para informações sobre o fato infrigente da norma e sua autoria. Não existe acusação nessa fase, onde se fala em *indicação* (e não *acusado*, ou *réu*), (...) (p. 81). Nesse sentido, no que diz respeito à ausência de contraditório, em inquérito civil, cf., no STJ: 1ª Turma, RMS 21.038-MG, rel. Min. Luiz Fux, J. 5.11.2009, DJe 26.11.2009; 1ª Turma, RMS 21.038-MG, rel. Min. Luiz Fux, J. 7.5.2009, DJe 1.6.2009.

646. Nelson Nery Jr. (*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 7.ª ed.) anota, relativamente ao inquérito policial e ao inquérito civil, que "não

Isso não significa, entretanto, que não seja aplicável nenhuma garantia constitucional no curso do inquérito civil.

Já foi consignado, por exemplo, que o procedimento investigatório é público, e tanto sua instauração como os atos de investigação devem ser motivados.

Além disso, é evidente que deve ser assegurado ao investigado ou ao seu defensor constituído o acesso às provas indiciárias colhidas no inquérito.

Caso tenha sido decretado o sigilo em virtude da existência de documentos sigilosos (por exemplo, informações fiscais ou bancárias), deve-se assegurar o acesso aos autos da investigação por parte dos investigados, mantendo-se, entretanto, reserva quanto aos documentos sigilosos que não lhes digam respeito.⁶⁴⁷

Isso, do ponto de vista prático, pode ser feito atuando-se em separado ou como anexos os documentos de caráter sigiloso. Assim, o investigado terá acesso aos elementos indiciários já colhidos na apuração, mas não aos documentos sigilosos referentes a outros investigados, que, por isso, não lhe dizem respeito.⁶⁴⁸

Embora o inquérito civil seja procedimento administrativo e, em razão disso, não se aplique a ele o contraditório, nada impede, todavia, que sejam determinadas pelo órgão ministerial que preside o procedimento investigatório a notificação ou a ciência ao investigado sobre as diligências que foram ou serão realizadas, até mesmo para fins de acompanhamento dos respectivos atos.

são casos de processo administrativo, mas de simples procedimento inquisitório que tem a finalidade de aparelhar o Ministério Público para que possa, eventualmente, promover a ação judicial civil ou penal. Não se destinam à aplicação de sanção, mas configuram procedimentos preparatórios, de sorte que não são um fim em si mesmos, mas apenas o meio pelo qual o Parquet reúne provas para embasar futura e eventual ação judicial" (p. 137). No mesmo sentido: Hugo Nigro Mazzilli, *O Inquérito Civil*, ação judicial" (p. 137). No mesmo sentido: José Emmanuel Burle Filho, "A natureza do inquérito civil como atribuição institucional do Ministério Público", *Justita* 165/35, janeiro-março/1994; José Marcelo Menezes Vigliar, *Tutela Jurisdicional Coletiva*, cit., p. 128.

647. Pertinente a aplicação, por analogia, da diretriz contida na Súmula Vinculante 14 do STF: "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".

648. O art. 7º, § 5º, da Resolução CNMP-23/2007 prevê que "os documentos resguardados por sigilo legal deverão ser autuados em apenso".

Igualmente, não há vedação de formulação de requerimento de diligências pelo interessado, quesitos em perícias etc., que serão ou não deferidos conforme a conveniência e a oportunidade de sua realização para o melhor esclarecimento dos fatos, mediante avaliação do presidente do inquérito.

A concessão de oportunidade de participação, com ciência dos atos da apuração e acompanhamento de diligências, certamente reforçará o valor intrínseco dos elementos de informação colhidos na fase pré-processual, que, por isso, terão maior credibilidade e "peso" como prova a ser avaliada pelo magistrado, dentro do seu livre convencimento motivado.

Em outras palavras: não há razão para de antemão afastar qualquer possibilidade de valoração, em juízo, da prova indiciária, que é prova lícita e deve ser admitida em juízo. Seu maior ou menor valor dependerá das circunstâncias do caso concreto e do modo como foi produzida.

Note-se que, nada obstante não haja propriamente contraditório, do ponto de vista prático mostra-se importante a coleta de informações junto ao investigado, ou mesmo a produção de diligências por ele requeridas, desde que se mostrem úteis. Essa participação pode colaborar para o esclarecimento dos fatos.

Acrescente-se que os atos normativos que regulamentam o inquérito civil determinam que seja ouvido o investigado, evidentemente sempre que possível.⁶⁴⁹

5.18.3 Transação e compromisso de ajustamento

Há previsão no ordenamento de que os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.⁶⁵⁰

649. O Ato 484-CPJ/2006 determina, no art. 74, que o investigado seja ouvido, sem prejuízo da natureza inquisitiva do inquérito. O art. 75 faculta ao investigador, ademais, oferecer arrazoados, documentos e indicar provas, cuja realização ficará a critério do presidente do inquérito civil. Na Resolução CNMP-23/2007, no art. 6º, § 5º, assegura que qualquer pessoa poderá (inclusive o investigado), no curso da investigação, oferecer documentos ou subsídios para melhor esclarecimento dos fatos.

650. Cf. art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985 e art. 211 da Lei 8.069/1990.

Não se trata de "transação" na acepção precisa do vocábulo.⁶⁵¹ Como modalidade de composição de litígios, a transação só se caracteriza caso sejam feitas concessões substanciais por parte de ambos os transigentes quanto ao objeto material do litígio. No compromisso de ajustamento não há concessão alguma por parte da entidade pública legitimada, mas, sim, submissão do responsável pela lesão ao cumprimento dos preceitos protetivos, em respeito aos interesses supraindividuais.

Deste modo, o compromisso de ajustamento, como forma de conciliação, amolda-se melhor à espécie denominada "submissão", não à transação, como usualmente é tratada.⁶⁵² pela impossibilidade de renúncia total ou parcial dos legitimados quanto ao direito material.

Note-se que os entes públicos legitimados são habilitados a promover a defesa dos interesses metaindividuais.⁶⁵³ Não lhes foi conferida legitimação para abdicar, nem mesmo parcialmente, da proteção outorgada pelo ordenamento jurídico aos interesses supraindividuais.

Assim, em princípio não podem os legitimados públicos, autorizados a agir em juízo, efetuar composições em que haja o afastamento da tutela integral ao interesse, com renúncia, ainda que parcial, ao direito material.

Mesmo quando caracterizados interesses patrimoniais,⁶⁵⁴ ao ganharem dimensão coletiva adquirem conotação social, tornando-se indisponíveis processualmente, não obstante o lesado possa individualmente dispor de sua parcela. Ademais, os legitimados também não podem deles dispor, por não serem titulares de tais interesses.

A renúncia, mesmo parcial, implicaria, nos individuais homogêneos, a necessidade de manifestação de todos os indivíduos titulares dos referidos direitos, o que seria inviável e fugiria à concepção e à sistemática do processo coletivo.

Dai a possibilidade de formação do compromisso só quanto à forma de observância da obrigação, carreada ao autor da lesão ao interesse tutelado. A disponibilidade é processual, quanto aos prazos para a realização

651. Nesse sentido, com argumentos consistentes: Fernando Reverendo Vidal Akaoui, *Compromisso de Ajustamento de Conduta*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2010, pp. 64-68.

652. Antônio Carlos de Araújo Cintra *et alii* (*Teoria Geral do Processo*, cit., 31ª ed.) anotam a existência de três formas de conciliação ou autocomposição: a transação (mútuas concessões); a submissão de um à pretensão do outro (como ocorre no reconhecimento jurídico do pedido); e a desistência (renúncia à pretensão) (pp. 49-50).

653. Ou seja, promover a ação coletiva.

654. *Vg.*, a indenização nos interesses individuais homogêneos.

das medidas adotadas, técnicas adequadas a serem utilizadas etc. Deve haver previsão da reparação integral do bem lesado.

Some-se que num primeiro momento se tem a percepção de que, ao menos de *lege lata*, não haveria possibilidade de compromisso de ajustamento na hipótese de ocorrência de atos de improbidade administrativa. Ainda que o responsável pela lesão concorde, por exemplo, em reparar integralmente o dano ocasionado ao Erário público, as sanções estabelecidas pelo legislador para os atos de improbidade⁶⁵⁵ não estariam dispensadas, devendo ser aplicadas pelo magistrado, com graduação conforme a situação concreta.

Ainda que fosse viável o compromisso de ajustamento com sanção "consensual" de grau "intermediário", estaria ocorrendo renúncia do direito material consistente na possibilidade de aplicação máxima de todas as sanções pela improbidade.

Em raciocínio análogo ao processo penal, o Ministério Público ou os entes públicos legitimados a postular em juízo sanções para os atos de improbidade não poderiam renunciar ao *ius persecuendi* que lhes foi conferido, vigorando aqui o princípio da indisponibilidade ou obrigatoriedade da ação.

A lei veda expressamente transação, acordo ou conciliação nas ações por atos de improbidade administrativa⁶⁵⁶ quando a controvérsia já foi deduzida em juízo. Com maior razão, a primeira conclusão a que se chega, em princípio, é no sentido de que não é possível admitir a formulação do compromisso de ajustamento extrajudicial, pois *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*.

É evidente, entretanto, que nem toda ilegalidade administrativa configura, por si só, ato de improbidade administrativa. Se assim não fosse qualquer mínima infração funcional praticada por servidor público renderia ensejo, obrigatoriamente, à propositura de ação de improbidade. Elementos subjetivos do ato bem como parâmetros relacionados à proporcionalidade e à razoabilidade devem nortear a aplicação, ou,

655. Cf. art. 12 da Lei 8.429/1992, com sanções de perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão de direitos políticos, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios. O parágrafo único do dispositivo estabelece, ainda, que na fixação das penas o juiz levará em consideração a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente.

656. Cf. art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992.

não da Lei de Improbidade, legitimando a propositura da ação apenas para fins de reparação do dano, sem o pedido de aplicação das sanções da Lei 8.429/1992. Essa ponderação é formulada nesta passagem para deixar claro que, nada obstante não haja possibilidade de compromisso de ajustamento de conduta quanto às sanções por ato de improbidade, isso não significa, em absoluto, que qualquer ilegalidade praticada por agente público deva significar, sempre, ajuizamento da ação prevista na Lei 8.429/1992 para aplicação das penalidades nela estabelecidas.⁶⁵⁷

Entretanto, todas as afirmações acima devem ser reavaliadas à luz da tendência, hoje presente no ordenamento jurídico brasileiro, de dar ampla interpretação à possibilidade de realização de acordos de leniência, alcançando, inclusive, atos de improbidade administrativa.⁶⁵⁸

Essa possibilidade (acordos de leniência) e suas implicações serão analisadas adiante.

Se, por um lado, o inquérito civil é instrumento conferido exclusivamente ao Ministério Público, tanto este como os demais entes públicos legitimados podem formar o compromisso de ajustamento. Os demais legitimados (privados, como as associações) não podem fazê-lo, por ausência de previsão legal.

Sendo o compromisso de ajustamento de conduta título executivo extrajudicial, deve ser formado com observância dos requisitos imprescindíveis para o efetivo cumprimento da obrigação: liquidez, certeza e cominação de pena para a hipótese de descumprimento do preceito. Formado sem tais requisitos, estará inviabilizada sua execução, pois liquidez, certeza e exigibilidade da obrigação são requisitos essenciais dos títulos executivos extrajudiciais, sem os quais são inexequíveis.⁶⁵⁹

657. A jurisprudência do STJ reiteradamente tem apontado para a necessidade de demonstração do elemento subjetivo na conduta para que se caracterize o ato de improbidade, bem como uma reprovabilidade maior, superior àquela que está presente em qualquer ato ilegal de agentes públicos. Cf.: STJ, 1ª Turma, REsp 1.075.882-MG, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 4.11.2010, Dde 12.11.2010; STJ, 1ª Seção, EREsp 654.721-MT, rel. Min. Eliana Calmon, j. 25.8.2010, Dde 1.9.2010; STJ, 2ª Turma, REsp 1.182.968-RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j. 19.8.2010, Dde 30.8.2010; STJ, 2ª Turma, REsp 765.212-AC, rel. Min. Herman Benjamin, j. 2.3.2010; STJ, 2ª Turma, AgR no REsp 752.272-GO, rel. Min. Humberto Martins, j. 25.5.2010, Dde 11.6.2010. 658. Essa questão, que não se apresentava com tal alcance quando da edição anterior desta obra, será examinada adiante. V. item 5.18.6, infra.

659. Cf. art. 783 do CPC/2015. Acolhendo este raciocínio, há orientação do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo – que não ostenta caráter vinculante para a atuação dos órgãos do Ministério Público, mas tem precisão

Não obstante seja frequente o compromisso elaborado pelo Ministério Público no inquérito civil, entendemos – com o devido respeito a pensamento diverso – que nada impede sua realização sem a instauração do procedimento investigatório se com a remessa de representação ou peças de informação⁶⁶⁰ já dispõe o *Parquet* dos dados necessários. Se o inquérito é dispensável para a propositura da ação, com maior razão não se mostra imprescindível para a elaboração do compromisso de ajustamento. Note-se, entretanto, que a realização do compromisso sem prévia investigação em inquérito civil, como exposto, só seria possível se o fato já estivesse suficientemente esclarecido.

Entretanto, ao regulamentar o compromisso de ajustamento de conduta, o Ato 484-CPJ/2006 especificou que sua elaboração está vinculada à existência de inquérito civil ou ação civil pública, além, evidentemente, da necessidade de suficiente esclarecimento quanto aos fatos.⁶⁶¹

Quando o compromisso é feito no curso de inquérito, especificando definitivamente as medidas a serem adotadas, necessária será a remessa ao órgão interno do Ministério Público encarregado do controle,⁶⁶² para fins de homologação da promoção do arquivamento do procedimento investigatório.

Com o devido respeito com relação a entendimento diverso, ao menos em tese a homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público

quanto aos conteúdos prático e dogmático – consubstanciada nas seguintes Súmulas de entendimento: a de n. 4, determinando que, tendo havido compromisso de ajustamento que atenda à defesa dos interesses difusos objetivados no inquérito civil, é caso de homologação do arquivamento do inquérito; a de n. 9, determinando que só será homologada a promoção de arquivamento de inquérito civil, em decorrência de compromisso de ajustamento, se deste constar que seu não cumprimento sujeitará o infrator a suportar a execução do título executivo extrajudicial ali formado, devendo a obrigação ser certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto; e a de n. 23, prevendo que a multa fixada em compromisso de ajustamento não deve ter caráter compensatório, e sim cominatório, pois nas obrigações de fazer ou de não fazer normalmente mais interessa o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor do que o correspondente econômico.

660. V.g., cópias de processo criminal, administrativo, autos de investigação de Comissão Parlamentar de Inquérito, auditoria do Tribunal de Contas etc.

661. Ato 484-CPJ/2006. “Art. 83. Desde que o fato esteja devidamente esclarecido em qualquer fase do inquérito civil ou no curso de ação civil pública, o presidente do inquérito civil poderá tomar dos interessados compromisso de ajustamento da adequação de sua conduta às exigências legais, impondo-lhes o cumprimento das obrigações necessárias à prevenção, cessação ou reparação do dano”.

662. No âmbito do Estado de São Paulo, por exemplo, o Conselho Superior do Ministério Público.

não diz respeito à eficácia do título executivo extrajudicial, pois não é requisito para sua formação.⁶⁶³ É requisito apenas para o arquivamento. Acaba, entretanto, por via transversa, figurando como pressuposto para a produção de eficácia do compromisso, pois o órgão colegiado, tendo atribuição executória de revisão das promoções de arquivamento de inquéritos civis, pode determinar seu prosseguimento, novas diligências ou a propositura da ação na hipótese de discordância quanto ao encerramento da apuração e ao pacto de ajustamento. Caso isso ocorra, restarão obstados os efeitos do compromisso.⁶⁶⁴

O ordenamento trata do compromisso de "ajustamento de conduta", prevendo a possibilidade de estabelecimento de "cominações" para coagir o responsável a seu cumprimento. A interpretação gramatical fornece a primeira impressão de que só poderia ser utilizado para a fixação de obrigação de fazer ou de não fazer.

A conclusão será, entretanto, equivocada, pois firmada com base em um só método hermenêutico — o gramatical —, olvidando-se a análise finalística e sistemática do preceito legal, desconsiderando o dogma da máxima efetividade.

Se o legislador admite todas as formas de tutela, inclusive a coercibilidade das obrigações de fazer e de não fazer, permitindo extrajudicialmente o estabelecimento da coerção para o adimplemento desta espécie de obrigação, não haveria razão para não admitir o menos, como, por exemplo: recolhimento de determinada quantia em dinheiro ao Fundo de Interesses Difusos; restituição de valores desviados do Erário; reparação em espécie do patrimônio público; pagamento de indenização a consumidores; etc.

663. O art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985, ao prever o compromisso de ajustamento de conduta, não fez qualquer observação quanto à necessidade de sua homologação por outro órgão administrativo, afora aquele que, tendo atribuições para tanto, formulou o compromisso. Daí nosso entendimento, externado no texto, de que a homologação pelo órgão encarregado por lei da revisão da promoção de arquivamento não condiciona a eficácia do ajuste. Condiciona, isto, sim, o próprio arquivamento.

664. Nada obstante nosso entendimento, acima externado, anote-se que o parágrafo único do art. 112 da Lei Complementar estadual paulista 734/1993 (Lei Orgânica Estadual do Ministério Público de São Paulo) prevê que: "Parágrafo único. A eficácia do compromisso ficará condicionada à homologação da promoção de arquivamento do inquérito civil pelo Conselho Superior do Ministério Público". Em sentido análogo o art. 83, § 4º, do Ato Normativo 484-CPJ/2006. Note-se, entretanto, que o § 3º desse mesmo artigo prevê a possibilidade de imediato cumprimento da obrigação prevista no compromisso de ajustamento. Ou seja: admite que produza eficácia imediata.

Assim, pode ser obtida não apenas tutela específica no compromisso de ajustamento, mas também a indenização ou reparação do dano causado, a constituição ou desconstituição de certa situação jurídica etc.

Deste modo, a elaboração do compromisso de ajustamento guarda simetria com a possibilidade jurídica do pedido: só não é admissível quando implique determinação vedada expressamente no ordenamento. A dicção legal, ao tratar da tutela específica (fazer ou não fazer), é meramente exemplificativa.

Destarte, existindo lesão a interesses individuais homogêneos, viável será a formação de compromisso com o encargo de reparação dos danos individualmente causados. Havendo inobservância da obrigação, cabível será o ajuizamento da execução coletiva ou individual.⁶⁶⁵

Embora nos pareça evidente, é oportuno destacar: os indivíduos lesados, beneficiários das obrigações previstas no termo de ajustamento que cuida de interesses individuais homogêneos, e seus herdeiros são legitimados a mover execuções individuais. Vislumbramos equívoco, nesse passo, no entendimento de que, como só os entes públicos legitimados podem formar o termo de ajustamento de conduta, só eles poderiam executá-lo. Uma vez formado o título executivo extrajudicial, tem legitimidade para executá-lo o titular do direito ou da obrigação.

Aliás, o mesmo raciocínio pode ser empregado para a execução coletiva (em benefício de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito) do termo de ajustamento de conduta: embora só os legitimados públicos possam formá-lo, todos os colegitimados são titulares do direito de propor ações e de propor execuções.⁶⁶⁶

5.18.4 Arquivamento e seu controle

Há previsão normativa de que, esgotadas todas as diligências no inquérito civil, convencendo-se o órgão do *Parquet* de que não existe

665. Cf. arts. 97 e ss. da Lei 8.078/1990.

666. Pelo raciocínio acima, pedimos vênua para discordar da decisão proferida pelo STJ no REsp 1.020.009-RN (1ª Turma, rel. Min. Benedito Gonçalves), de cuja ementa conta a seguinte passagem: "Se apenas os legitimados ao ajuizamento da ação civil pública que detenham condição de órgão público podem tomar das partes termos de ajustamento de conduta (arts. 5º e 6º da Lei n. 7.347/1985), não há como se chegar a outra conclusão que não a de que somente esses órgãos poderão executar o referido termo, em caso de descumprimento do nele avençado".

motivo para a propositura da demanda coletiva, promoverá seu arquivamento, de forma fundamentada.

Os autos com promoção de arquivamento deverão ser remetidos no prazo de três dias ao Conselho Superior do Ministério Público,⁶⁶⁷ para exame e deliberação, sob pena de falta grave. Serão admissíveis três soluções: a homologação da promoção de arquivamento, a conversão em diligência para a realização de novas investigações e, no caso de discordância do arquivamento, a determinação de ajuizamento de ação, devendo ser designado outro órgão ministerial para aforar a demanda coletiva.⁶⁶⁸

Enquanto pendente de apreciação no Conselho Superior do Ministério Público a promoção de arquivamento é possível a apresentação de arrazoados e documentos por parte de associações legitimadas ou quaisquer interessados, para análise juntamente com o despacho de arquivamento.⁶⁶⁹

No particular a dicção legal é abundante, pois despicinda é a norma que prevê a possibilidade de "arrazoados", justificando-se apenas como reforço contra entendimentos eventualmente restritivos. Sendo o inquérito civil procedimento administrativo, podendo ser instaurado como consequência do exercício do direito de petição, nada impediria que este direito fundamental fosse novamente empregado na fase final do procedimento, apresentando as associações ou outros interessados⁶⁷⁰ documentos ou manifestações escritas para subsidiar a revisão da promoção de arquivamento realizada pelo colegiado.

De outro lado, com a devida vênia, não há razão na crítica ao sistema adotado consistente na revisão do arquivamento do inquérito civil por procedimento *interna corporis* no âmbito do Ministério Público (sem intervenção judicial). Há quem afirme, quanto a isso, que haveria violação do direito constitucional de ação ou do princípio da indeclinabilidade da jurisdição – o que, com a devida vênia, não é pertinente.

Observe-se que: (a) trata-se de simples procedimento administrativo de investigação, destinado à colheita de informações para deliberação quanto à adoção de providências em juízo; (b) a legitimação nesta matéria é concorrente e disjuntiva, e nada impede que o inquérito seja arquivado

667. Ou outro órgão superior do Ministério Público ao qual por lei for atribuída a função de controle administrativo do arquivamento.

668. Cf.: art. 9º, §§ 1º, 3º e 4º, da Lei 7.347/1985; art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei 7.853/1989; e art. 223, §§ 1º, 2º, 4º e 5º, da Lei 8.069/1990.

669. Cf. art. 9º, § 2º, da Lei 7.347/1985 e art. 223, § 3º, da Lei 8.069/1990.

670. Qualquer pessoa física ou jurídica, não só os legitimados.

pelo Ministério Público enquanto outro legitimado propõe a ação; (c) não há movimentação da jurisdição, não havendo razão para a afirmação de que a revisão do arquivamento teria de ser deferida a órgão do Poder Judiciário, como no inquérito policial;⁶⁷¹ (d) sendo função institucional do *Parquet* a instauração do inquérito como meio de investigação, não seria razoável a idealização de controle pelo Poder Judiciário quanto a seu arquivamento, contrariando o princípio da inércia da jurisdição.⁶⁷²

O encerramento da investigação pelo Ministério Público não impede o posterior desarquivamento para novas diligências, existindo ou não novos indícios. Sendo o instrumento simples procedimento administrativo, cujo andamento culmina com deliberação administrativa, nada impede que a própria Administração – o órgão ministerial com atribuição no caso, de forma concorrente e disjuntiva com o Conselho Superior, que homologou o arquivamento –, em razão de novas provas ou por oportunidade e conveniência, delibere realizar novas apurações.

Note-se que para os outros legitimados o arquivamento do inquérito civil não gera óbice nem mesmo para a propositura de ação coletiva, pois não houve apreciação judicial do caso e não se formou a coisa julgada ou outra situação jurídica protegida.

Assim, não haveria fundamento para impedir o Ministério Público de proceder a novas investigações e propor a demanda. Não seria razoável que outros legitimados pudessem ajuizar a ação e o *Parquet*, em face de anterior arquivamento de investigação, estivesse impedido de continuá-la ou propor diretamente o pleito coletivo, sem o desarquivamento do inquérito.

Ademais, ao tratar do inquérito civil o ordenamento não fez qualquer consideração quanto à possibilidade de desarquivamento, não sendo lícito

671. O sistema de controle de arquivamento do inquérito policial pelo Poder Judiciário, este, sim, é passível de crítica, por determinar a intervenção judicial na investigação antes que a demanda seja deduzida em juízo.

672. A solução adotada pelo legislador no inquérito policial – revisão de seu arquivamento pelo órgão judicial – só encontra razoável explicação pela tradição, considerando a época em que foi editado o Código de Processo Penal, ficando a margem impresso (da época) de pequena distinção entre as funções estatais. A imparcialidade do Poder Judiciário é garantia inerente à sociedade, não se justificando mais a intervenção pré-processual, que pode afetar de antemão a isenção para o conhecimento da causa por parte do órgão julgante. Ademais, mesmo no processo penal a deliberação final quanto à promoção do arquivamento do inquérito cabe ao Ministério Público – ao Procurador-Geral de Justiça – para o caso em que há divergência entre o órgão ministerial e o órgão judicial quanto ao encerramento da investigação (art. 28 do CPP).

ao legislador estadual – nas leis orgânicas do Ministério Público – estabelecer restrições.⁶⁷³

A possibilidade de revisão da administração quanto a seus atos, por vício, ilegalidade, oportunidade e conveniência, é inteiramente aplicável ao desarquivamento do procedimento investigatório.⁶⁷⁴

Ademais, com o encerramento do procedimento não se forma direito adquirido, sob pena de se admitir a violação sem qualquer providência por parte do Ministério Público enquanto não verificada nova prova. Senão o “direito adquirido” ao cometimento do ilícito, cuja falta de sustentabilidade jurídica e concreta demonstra, por si só, o equívoco do posicionamento restritivo quanto à possibilidade de reabertura da investigação.

5.18.5 Recursos administrativos

Tratando do inquérito civil, a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo disciplinou duas hipóteses de recursos administrativos: um destinado ao caso de indeferimento de requerimento ou representação para fins de instauração; outro para a hipótese de instauração, sendo este último dotado de efeito suspensivo.⁶⁷⁵

Sustentamos em edição anterior a inconveniência e a questionável constitucionalidade da previsão relativa à existência desses recursos.

Refletindo atualmente a respeito desse tema, nossa percepção é no sentido de que, nada obstante a persistência das dúvidas quanto à cons-

673. Hugo Nigro Mazzilli (*O Inquérito Civil*, cit.) aponta a inconstitucionalidade do art. 111 da Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, Lei Complementar estadual 734/1993, ao determinar que, “depois de homologada, pelo Conselho Superior do Ministério Público, a promoção de arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação, o órgão do Ministério Público somente poderá proceder a novas investigações se de outras provas tiver notícia” (pp. 262-263). No mesmo sentido: Nelson Nery Jr., *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, cit., p. 1.144.

674. Hugo Nigro Mazzilli (*O Inquérito Civil*, cit., pp. 262-269) cita em abono à tese a Súmula 473 do STF: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando evitados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

675. Conforme a Lei Complementar estadual 734/1993, no § 1º do art. 107, “do indeferimento de representação de que trata este artigo [postulando a instauração da investigação] caberá recurso ao Conselho Superior do Ministério Público no prazo de 10 (dez) dias, contados da data em que o representante tomar ciência da decisão”; e no art. 108, “da instauração do inquérito civil caberá recurso do interessado ao Conselho Superior do Ministério Público, com efeito suspensivo”.

titucionalidade da previsão normativa dos aludidos recursos, se deve, com sinceridade, pensar na sua utilidade. Isso é imprescindível, a bem do próprio prestígio e da credibilidade da utilização do inquérito civil, dada a necessidade da existência de mecanismos estritos de controle da legalidade administrativa da atuação em fase investigativa por parte do Ministério Público.

Mas esses mecanismos devem ser previstos e regulados de modo a não ferir nenhuma disposição constitucional.

Repassemos as críticas contra os recursos administrativos no inquérito civil.

A doutrina tradicional assenta que o recurso contra o indeferimento de representação ou requerimento para fins de instauração é inoportuno na medida em que o interessado poderia a qualquer tempo pedir reconsideração da decisão e nada obstaria à sua concessão. Sendo possível a revisão quanto ao arquivamento de inquérito civil pelo mesmo órgão que o arquivou, não há razão contrária à revisão do não acolhimento da representação, pois *ibi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*.

Assim como o arquivamento do procedimento investigatório, o não atendimento da representação ou requerimento de instauração não gera coisa julgada, direito subjetivo ou direito adquirido. Nada impediria a revisão desta deliberação ministerial.

Acrescente-se que o ordenamento determina que não só o arquivamento do inquérito civil mas também o das “peças de informação” estejam sujeitos a revisão e homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público.⁶⁷⁶

Quando há indeferimento de representação ou requerimento de instauração de inquérito civil amparado em documentos de qualquer natureza,⁶⁷⁷ isto implica arquivamento de peças informativas, a ser homologado pelo órgão colegiado. Nada impediria, portanto, que o homologado pelo órgão colegiado exercesse seu direito constitucional de autor da representação indeferida exercesse seu direito constitucional de petição, em novo arrazoado, com pedido de reconsideração diretamente ao Conselho Superior, e que este pleito fosse analisado juntamente com a promoção de arquivamento. Daí a afirmação da doutrina ser quanto à

676. Cf. art. 9º da Lei 7.347/1985, art. 6º, § 1º, da Lei 7.853/1989 e art. 223, § 1º, da Lei 8.069/1990.

677. Ver: cópias de processo administrativo ou criminal, autos de investigação de Comissão Parlamentar de Inquérito, auditoria de Tribunal de Contas, documentos fornecidos pelo autor da representação etc.

discutível necessidade da previsão do recurso contra o indeferimento da instauração.⁶⁷⁸

Ademais, a questionável constitucionalidade da instituição dos recursos (contra a instauração e contra o indeferimento de representação) decorreria do fato de que a competência privativa para legislar a respeito de direito processual é da União.⁶⁷⁹

Contra esse argumento surge a ponderação de que as normas que instituem os recursos administrativos versam sobre procedimento em matéria processual, com competência dos Estados para legislar a respeito.⁶⁸⁰

O problema, entretanto, é que não se trata, realmente, de norma sobre "procedimentos" em matéria processual – conjuntos de atos ou providências a serem adotados no trâmite procedimental –, não obstante o inquérito em si seja um "procedimento" investigatório. Os "procedimentos" em matéria processual e o "procedimento" administrativo investigatório são questões absolutamente distintas.

O Estado tem competência legislativa concorrente para regulamentar, por exemplo: o modo de tramitação de um inquérito e de documentação das diligências nele realizadas, como inspeções e perícias; a forma de distribuição dos procedimentos entre os órgãos ministeriais; a forma de atuação e os registros relativos a tais procedimentos; a comunicação de atos relativos à investigação; as cautelas inerentes ao registro de representações ou requerimentos de instauração; como serão os trabalhos secretariados por servidores do *Parquet*, bem como os compromissos que estes deverão prestar para o desempenho de tais funções; as peculiaridades relativas à expedição de notificações; etc. Aqui, sim, há regulamentação de procedimentos em matéria processual.

Não poderia, entretanto, o legislador estadual regulamentar o direito processual. Este não diz respeito só ao regramento da ação, mas também

678. Hugo Nigro Mazzilli, *O Inquérito Civil*, cit., pp. 274-275.

679. Cf. art. 22, I, da CF/1988. Hugo Nigro Mazzilli (*O Inquérito Civil*, cit.) anota que foi ajuizada ação direta de inconstitucionalidade – ADI 1.285-1-DF – pelo Procurador-Geral da República sustentando a inconstitucionalidade do caput do art. 108 da Lei Complementar estadual 734/1993, afirmando seu caráter processual, e que a liminar foi negada pelo STF por entender o Pretório Excelso que o caso não era de norma de processo, mas de procedimento, sendo viável a legislação estadual sobre o assunto (p. 278). A ADI 1.285-1-DF foi proposta no ano de 1995, e até a data de conclusão desta edição não havia sido julgada pelo STF.

680. Conforme o inciso XI do art. 24 da CF/1988, cabe à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concomitantemente sobre procedimentos em matéria processual.

à fase pré-processual, no que se insere a regulamentação do inquérito civil.

Caso contrário seria possível não só ao legislador estadual criar os ditos recursos, como: limitar os casos de instauração do inquérito civil; estabelecer outras espécies de procedimento investigatório; prever a criação de recurso contra o próprio inquérito policial ou oferecimento de denúncia criminal,⁶⁸¹ pois a situação seria idêntica no processo criminal, com alteração normativa relacionada à fase pré-processual da ação penal.

Esses dados sinalizam para a violação da competência privativa da União ou do "modelo federal" instituído pela legislação superior,⁶⁸² que significa o exercício concreto daquela parcela de atribuição legislativa.⁶⁸³

Daí a ponderação no sentido de que, mesmo que se admita a competência concorrente dos Estados para legislar a respeito do tema, a norma estadual teria de ficar adstrita aos limites traçados pela norma federal, sob pena de inconstitucionalidade.⁶⁸⁴

Afirmamos ainda, anteriormente, a duvidosa constitucionalidade do recurso contra a instauração com efeito suspensivo, tendo em vista a regra constitucional da independência dos órgãos do Ministério Público.⁶⁸⁵

Nesse sentido, a doutrina tradicional sustenta que o recurso confere controle hierárquico sobre o exercício funcional dos órgãos de execução do *Parquet*, impedindo o livre exercício de função institucional.⁶⁸⁶ Isso seria, segundo respeitável doutrina, incompatível com a configuração dada ao Ministério Público pela Carta.⁶⁸⁷

681. A analogia com o processo penal é feita por Hugo Nigro Mazzilli, *O Inquérito Civil*, cit., p. 276.

682. Expressão utilizada por Hugo Nigro Mazzilli (*O Inquérito Civil*, cit., p. 276) e por Nelson Nery Jr., *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, cit., 3ª ed., p. 1.144.

683. Nelson Nery Jr. (Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, cit.) afirma que: "(...) como o inquérito civil é parte indissociável da ação civil pública, esta, sim, matéria de direito processual estrito, a ela fica jungido, impedindo os Estados federados de alterá-la a substância e o conteúdo, a exemplo do que ocorre com o inquérito policial". E finaliza advertindo que "modificar, regionalmente, os regimes jurídicos do inquérito civil e do inquérito policial significa instaurar-se a balbúrdia procedimental e a insegurança nas relações jurídicas processuais da ação penal e da ação civil pública" (p. 1.144).

684. Cf. art. 24, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da CF/1988.

685. Cf. art. 127, § 1º, da CF/1988.

686. Cf. art. 129, III, da CF/1988.

687. Hugo Nigro Mazzilli, *O Inquérito Civil*, cit., pp. 274-280.

Não se pretende que os atos investigatórios do Ministério Público sejam isentos de controle. Não estão isentos da aferição judicial, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Nesse sentido, é viável o controle da legalidade por parte do Judiciário, por meio, v.g., do *habeas corpus*, em razão da prática de atos que violem a liberdade de locomoção,⁶⁸⁸ ou através do mandado de segurança, na hipótese de violação de outros direitos líquidos e certos,⁶⁸⁹ demonstrados documentalmente.⁶⁹⁰

Nada obstante os argumentos acima expostos, o recurso contra a instauração de procedimento investigatório bem como o recurso contra o indeferimento de representação já se incorporaram à realidade do Ministério Público, e vêm sendo utilizados com relativa frequência por parte dos interessados.

Em muitos casos recursos têm sido acolhidos em situações em que o indeferimento de representação, por exemplo, ou, mesmo, a instauração da investigação não se pautaram nos parâmetros objetivamente assentados no ordenamento jurídico e na estrita legalidade. Embora seja sempre presumível a boa-fé por parte dos integrantes do Ministério Público, não há possibilidade de imaginar que não ocorram equívocos, quanto à legalidade, tanto no indeferimento de representação ou mesmo quanto à instauração do inquérito.

Além disso, os recursos administrativos passaram a ser previstos tanto na Resolução CNMP-23/2007 como, no Estado de São Paulo, no Ato Normativo 484-CPJ/2006.⁶⁹¹

Embora isso não afaste a crítica quanto à sua duvidosa constitucionalidade, por depender da matéria de edição de lei federal, é indispensável, diante dessa realidade, encontrar um ponto de equilíbrio para que a existência dos recursos seja legítima e cumpra o papel adequado, bem como que se assente dentro dos parâmetros constitucionais.

688. V.g., condução coercitiva ilegalmente determinada ou realizada.

689. V.g., instauração de inquérito civil sem amparo em fatos, sem objeto determinado, ou quando o fato investigado nem em tese justifique a propositura de ação coletiva.

690. Mais uma vez, com profundidade, o escólio de Hugo Nigro Mazzilli, *Q Inquérito Civil*, cit., pp. 283-287.

691. A Resolução CNMP-23/2007 prevê apenas o recurso contra o indeferimento de representação para instauração de inquérito civil no art. 5º, §§ 1º-3º. No Ato Normativo 484-CPJ/2006 tratam do recurso contra o indeferimento de representação os arts. 118, 119 e 120. Do recurso contra a instauração tratam os arts. 21, 121, 122, 123, 124 e 125.

Assim, melhor seria que o recurso fosse previsto em lei federal, o que minimizaria a discussão a respeito da sua inconstitucionalidade formal em função da questão referente à competência legislativa, tendo em vista, especialmente, que a prática já consagrou sua existência e sua aplicação.

A fim de se compatibilizar com a Constituição a existência desses recursos administrativos, caso venham, *de lege ferenda*, a ser previstos em lei federal, seria importante que ficasse clara sua limitação ao estrito controle da legalidade administrativa.

Esse estrito controle de legalidade administrativa deve se referir, exclusivamente, no caso da instauração da investigação, ao questionamento dos vícios formais do ato (incompetência, ilegalidade manifesta, ausência mínima de fundamentação etc.).

Desse modo, a independência funcional dos membros do Ministério Público estaria respeitada. Afinal, a independência funcional não poderia servir, em sua consciência, como escudo para a prática de ato ilegal.

5.18.6 Improbidade administrativa e acordos de leniência

Como antes foi anotado, há vedação legal expressa à realização de acordo em sede de ações de responsabilidade por ato de improbidade administrativa (art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992).

Essa vedação, ainda que por um breve período, foi afastada pela Medida Provisória 703, de 18.12.2015, que, ao dispor sobre acordos de leniência, revogou o § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, modificação, esta, que perdeu seu efeito pela não conversão da medida provisória em lei.

Resta indagar: subsiste a possibilidade de realização de acordos de leniência em sede de investigações e ações de responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa? Subsistem os acordos realizados com amparo no afastamento, pela medida provisória, da vedação do § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa?

O interesse e a atualidade da discussão em torno do tema são manifestos.

Basta observar aquilo que vem ocorrendo nos últimos tempos na apuração de atos ilícitos praticados por agentes integrantes de elevadas esferas do Poder Político para se ter clara percepção de que os acordos de leniência têm se revelado extremamente importantes neste contexto,

atuando como ferramenta fundamental para esclarecimento de fatos e apuração da conduta dos responsáveis pelos ilícitos.

Começemos pela resposta à segunda pergunta: subsistem os acordos realizados em sede de improbidade administrativa com fundamento no provisório afastamento da vedação contida no art. 17, § 1º da Lei 8.429/1992.

Como se sabe, a não conversão de uma medida provisória em lei torna insubsistente a regulação nela contida, devendo o Congresso Nacional disciplinar por decreto legislativo as relações jurídicas dela decorrentes (art. 62, § 3º, da CF). Ademais, não editado o decreto legislativo acima referido, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência da medida provisória terão seus efeitos conservados e serão por ela regidas (art. 62, § 11, da CF).

Não paira dúvida, portanto, de que os acordos realizados no período em que vigorou a Medida Provisória 703/2015 são válidos e foram mantidos os seus efeitos.

Resta, portanto, a primeira indagação: é possível, atualmente, a realização de acordos de leniência em sede de improbidade administrativa?

Não há dúvida quanto à utilidade desses acordos como ferramenta da investigação, desde que sejam utilizados adequadamente, de forma equilibrada, por propiciarem mecanismo para elucidação completa da prática de atos ilícitos por parte de organizações que se criam, desenvolvem e sedimentam com o único escopo de praticar atos ilegais e enriquecer ilícitamente à custa do patrimônio público ou privado.

Embora já houvesse anteriormente previsão legal, notadamente na esfera do direito penal, para a redução da pena do agente do delito que colaborasse para seu esclarecimento e identificação de outros responsáveis, com a chamada "colaboração" ou "delação premiada", a política legislativa brasileira, de tempos a esta parte, investiu na ampliação de instrumentos dessa natureza.

Assim, a Lei dos Crimes Hediondos previa a possibilidade de redução no montante e um a dois terços da pena do "participante e o associado que denunciasse à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento" (art. 8º, parágrafo único da Lei 8.072/1990).

Posteriormente, a Lei 9.034/1995 (revogada pela Lei 12.850/2013), dispôs sobre "a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas", previu a

diminuição de pena, de um a dois terços, nos crimes praticados por organização criminosa, "quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria".

A Lei 9.807/1999, ao cuidar da "organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas" e instituir "o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas", dispôs sobre "a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal", também previu a possibilidade de perdão judicial e da extinção da punibilidade para "acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal" (art. 13).

A disciplina mais ampla em torno do tema, estruturando de modo mais adequado o mecanismo de investigação em exame, entretanto, veio com a Lei 12.850/2013, que "define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal".

Esta lei regulou detalhadamente a "colaboração premiada", fixando seus requisitos, limites e o procedimento por meio do qual se torna possível sua realização, permitindo que, uma vez levada a cabo, seja concedido, nos termos e condições impostos nos dispositivos aplicáveis, o perdão judicial, ou mesmo a redução, em até dois terços, da pena privativa de liberdade, ou, ainda, a substituição por penas restritivas de direitos (art. 4º da Lei 12.850/2013).

Para que tais benefícios sejam concedidos é imprescindível que ao menos um dos seguintes resultados seja produzido pela colaboração: identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; localização de eventual vítima com sua integridade física preservada.

Quase que contemporaneamente foi editada a denominada "Lei Anticorrupção" (Lei 12.846/2013), que, ao dispor sobre "responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira", previu especificamente a figura do "acordo de leniência" com as pessoas jurídicas responsáveis

pela prática dos atos nela previstos "que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte" a identificação dos demais envolvidos na infração, quando for o caso, e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (art. 16 da Lei Anticorrupção).

Ademais, para que o acordo de leniência seja celebrado, possibilitando a redução da multa prevista na lei no montante de dois terços, isentando a pessoa jurídica colaboradora de outras sanções legais, é imprescindível que: a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data da propositura do acordo; a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Não se olvide, ainda, que no campo da defesa da ordem econômica há, igualmente, previsão de utilização dos acordos de leniência, com a mesma finalidade acima sumariada, nos arts. 86 e 87 da Lei 12.529/2011, que dispõe sobre a "prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica".

Da breve retrospectiva a respeito do quadro normativo acima é viável destacar, naquilo que interessa à abordagem aqui realizada, que: (a) não há, atualmente, previsão expressa de colaboração premiada ou acordos de leniência com aplicação específica em relação aos atos de improbidade administrativa ou aos seus responsáveis nos quadros da Lei 8.429/1992; (b) a disciplina nesta matéria está relacionada à apuração da responsabilidade criminal, bem como à responsabilidade civil e administrativa de pessoas jurídicas, nos moldes, no último caso, da Lei Anticorrupção e da Lei de Defesa da Ordem Econômica; (c) na hipótese prevista na Lei Anticorrupção, a previsão legal dos acordos de leniência refere-se exclusivamente à colaboração prestada por pessoas jurídicas, não por pessoas físicas, produzindo efeitos específicos apenas com relação às sanções previstas naquela lei.

Mais uma vez, é necessário anotar que não remanesce qualquer dúvida sobre a utilidade dos institutos acima referidos, ou seja, a chamada colaboração ou delação premiada, no âmbito criminal, ou mesmo os acordos de leniência, na esfera da responsabilidade administrativa e civil

delineada, para pessoas jurídicas, no âmbito da Lei Anticorrupção e da Lei de Defesa da Ordem Econômica.

Para que os mecanismos de colaboração, delação ou leniência sejam eficazes com relação aos efeitos que pretendem produzir, entretanto, é necessário que haja previsão de benefícios em todos os campos nos quais os atos ilícitos produzem repercussões e possibilidade de responsabilização.

Em outras palavras: é viável supor que menor será o estímulo à colaboração se de um mesmo ato que produz repercussões penais e civis, neste último campo na esfera da responsabilidade pelos atos de improbidade administrativa, o arrependimento e a disposição para colaborar não tiverem aptidão para mitigar o rigor legal, igual ou proporcionalmente, em todas as distintas esferas de responsabilização.

Por outro lado, as regras sancionatórias, tenham elas natureza penal, administrativa ou, mesmo, civil (pensando, aqui, especificamente, nas sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, na Lei Anticorrupção, bem como naquelas previstas na lei que cuida da prevenção e repressão às infrações à ordem econômica), têm caráter indisponível para os órgãos estatais incumbidos da persecução e sancionamento dos responsáveis por atos ilícitos.

Em outros termos, vigoram a indisponibilidade e a obrigatoriedade da atuação, no exercício do *ius perseguendi* e do *ius puniendi*, para as entidades públicas legitimadas, nos diversos campos de responsabilidade, a promover a imposição das sanções.

O Ministério Público ou as autoridades da Administração Pública que têm legitimidade para mover ações de responsabilidade, penal, administrativa ou civil, conforme o caso, só podem fazer acordos de leniência nos estritos limites em que a lei os autoriza.

Como a exceção deve ser interpretada restritivamente (e os acordos são uma exceção à imposição legal de sanções), a colaboração, a delação ou a leniência só podem ser aplicadas nos estritos limites em que a lei permite sua aplicação.

Observe-se, nesse passo, que o art. 30 da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) afirma expressamente que a aplicação das sanções previstas no referido diploma não afeta os processos e a aplicação de penalidades decorrentes de atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992.

Em outras palavras: respeitando posicionamento distinto, nosso entendimento é de que no momento presente, dada a ausência de autorização legal expressa, prevalece a impossibilidade de realização de acordo a respeito da aplicação das sanções pela prática de atos de improbidade administrativa.

Esse quadro poderá, no futuro, ser modificado caso venha a ser aprovado o Projeto de Lei 5.208/2016, de autoria do deputado Raul Jungmann, que pretende regular de forma inteiramente nova o instituto da leniência em relação a pessoas físicas e jurídicas, com expressa aplicação à responsabilidade por atos de improbidade administrativa.

5.19 Inversão do ônus da prova

5.19.1 Generalidades

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu regra de suma relevância relativa ao *onus probandi*.

O princípio adotado no ordenamento processual civil ortodoxo sob a vigência do Código de Processo Civil/1973 acolhia a máxima *actor incumbit probatio et rei in excipiendo fit auctor*, cabendo ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito, e ao réu a demonstração dos argumentos alegados em sua defesa, ou seja, o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.⁶⁹²

A identificação da natureza jurídica das regras sobre o ônus da prova sempre sugeriu intensas discussões, pois com uma ou outra linha de raciocínio, em cotejo com o princípio do contraditório e da ampla defesa, verificam-se consequências relevantes no tratamento da questão e no desfecho da demanda.

Parece-nos acertado afirmar que são regras de julgamento, direcionadas predominantemente ao juiz, estabelecendo parâmetros a serem observados, ao final da instrução, para a aferição do material probatório e o equacionamento da demanda.⁶⁹³

⁶⁹² Cf. o art. 333 do CPC/1973 (art. 373 do CPC/2015).

⁶⁹³ Nesse sentido: Nelson Nery Jr., *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, cit., p. 614. Este entendimento é reiterado em Nelson Nery Jr., *Comentários ao Código de Processo Civil - Novo CPC - Lei 13.103/2015*, cit., p. 994; José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1959 - anotando que "a questão do ônus da prova surge principalmente quando se verifica, a final, a ausência de

Admite-se a existência do aspecto relativo ao ônus *subjetivo* da prova, voltado à atividade das partes, orientando-as quanto à produção dos elementos de convicção necessários a seu êxito. Mas o ônus *objetivo* ganha em importância quanto à definição da demanda, sendo este seu significado mais evidente e importante, referindo-se ao magistrado.⁶⁹⁴

Estas regras de julgamento devem ser consideradas na fase de prolação da sentença, pois permitirão a entrega da prestação jurisdicional ainda que os fatos não tenham sido suficientemente demonstrados. Antes disso deve-se buscar o esgotamento dos meios de prova possíveis, a fim de que a decisão do litígio mais se aproxime da realidade dos fatos e da justiça.⁶⁹⁵

O Código de Defesa do Consumidor disciplinou a matéria relativa ao ônus da prova, estabelecendo como direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus interesses, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor no processo civil quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.⁶⁹⁶

Necessário, assim, identificar o significado da inversão do *onus probandi*, seu âmbito e a correta forma de sua aplicação, bem como seus requisitos.

Adite-se que com a edição do Código de Processo Civil/2015 o tema ganhou novo impulso, haja vista a adoção, nessa codificação, da

precariedade das provas" (p. 380); Giuseppe Chiovenda (*Instituições de Direito Processual Civil*, cit., vol. II) afirmava que "a questão do ônus da prova reduz-se, portanto, no caso concreto, a estabelecer quais os fatos que considerados existentes pelo juiz devem bastar para induzi-lo a acolher a demanda" (p. 380); Antônio Carlos de Araújo Cintra (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, Rio de Janeiro, Forense, 2000) admite tratar-se de regra de julgamento "destinada ao juiz que estiver em estado de perplexidade irreduzível na reconstituição dos fatos da causa" e que "o ônus da prova não é um instituto probatório exatamente porque governa o processo no caso em que a prova não funciona" (p. 20).

⁶⁹⁴ Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (*O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*, São Paulo, Ed. RT, 2000) admite a existência do ônus subjetivo - destinado às partes - e do ônus objetivo - regra de julgamento, endereçada ao magistrado. Mas conclui que o último prevalece, pois "o aspecto essencial do ônus da prova reside precisamente nessa sua função de regra de julgamento" (p. 135).

⁶⁹⁵ Nesse sentido: José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes Instrutórios do Juiz*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, p. 86; Cecília Matos, *O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*, dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1993, pp. 109-111.

⁶⁹⁶ Cf. art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990.