

Órgão: CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉ-
RIO PÚBLICO

Vara: PRESIDÊNCIA

Página: 1 a 1

Processo:
1.00431/2016-04

Comarca: BRASÍLIA

Edição: 110

Diário: DJUN

Disponibilização:
13/06/2017

Publicação: 14/06/2017

NOTA TÉCNICA DE 23 DE MAIO DE 2017

NOTA TÉCNICA Nº 12, DE 23 DE MAIO DE 2017. Nota técnica referente ao Projeto de Lei nº 233/2015, em trâmite no Senado Federal, que versa sobre o regramento do inquérito civil e dos procedimentos correlatos a cargo do Ministério Público. O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, no exercício das atribuições previstas no artigo 130-A, § 2º, I, da Constituição da República, e nos artigos 5º, V, e 37, § 1º, V, da Resolução nº 92/2013 (RICNMP), e com o fim de oferecer subsídios à discussão estabelecida no Senado Federal sobre o Projeto de Lei nº 233/2015, expede a presente Nota Técnica, aprovada, à unanimidade, em relação ao vício, e no mérito, por maioria, no julgamento da Nota Técnica nº 1.00431/2016-04, ocorrido em 23 de maio de 2017, na 10ª Sessão Ordinária do Plenário, com o seguinte conteúdo: 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 233/2015, de iniciativa e relatoria, respectivamente, dos eminentes Senadores Blairo Maggi e Ricardo Ferraço, com o objetivo de estabelecer um minucioso regramento para o inquérito civil e os procedimentos correlatos, cuja promoção, destinada à defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, constitui função institucional do Ministério Público (que pode, na linha investigativa, expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, a teor do disposto no artigo 129, III e VI, da Constituição da República). Tal normatização do inquérito civil constitui matéria de altíssima relevância, na medida em que referido instrumento de atuação do Ministério Público, essencial para o êxito da atividade ministerial, ainda carece de uma regulamentação exauriente em lei. Nessa perspectiva, elogiável a iniciativa do Poder Legislativo em traçar, com maior clareza, os objetivos e parâmetros das investigações cíveis a cargo do Ministério Público, conferindo maior segurança a todos os destinatários da atuação da Instituição — providência, inclusive, divisada na expedição da Resolução nº 23/2007, do próprio CNMP, destinada a aplacar lacuna legislativa e conferir contornos mais seguros ao exercício desta relevante função institucional. Todavia, a despeito da indiscutível relevância da mencionada regulamentação, pontos específicos do Projeto, acaso convertidos em lei, podem repercutir, de forma negativa, no êxito das investigações ministeriais e na autonomia do Ministério Público. Daí porque, respeitando a iniciativa do Parlamento, mas com o objetivo de contribuir ao debate, seguem as ponderações técnicas do CNMP sobre o PLS nº 233/2015. 2. ANÁLISE TÉCNICA A presente análise técnica do PLS nº 233/2015 se desdobra em duas vertentes: i) apontamentos sobre os principais riscos à autonomia do Ministério Público e ao êxito das investigações; e ii) possíveis consequências da aprovação do Projeto. Apontamentos sobre os principais riscos à autonomia do Ministério Público e ao êxito das investigações Controle rotineiro dos atos da presidência do inquérito civil pelo Poder Judiciário O artigo 129, III, da Constituição da República estabelece como função institucional do Ministério Público a promoção do "inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos

e coletivos". Já no inciso VI do mesmo dispositivo constitucional é fixada a competência do Ministério Público para "expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva". De conseguinte, o membro do Ministério Público é a única autoridade constitucionalmente encarregada de conduzir o inquérito civil, circunstância que traz também, como consectário inafastável, a responsabilidade por conhecer e deliberar sobre as providências necessárias ao esclarecimento dos fatos apontados como ilícitos. Daí porque, com a finalidade de colher elementos de informação que possam subsidiar a formalização de compromisso de ajustamento de conduta ou a propositura de ação civil pública, o IC, limitado a um esclarecimento preliminar de notícias de fato, tem característica eminentemente administrativa e, portanto, não jurisdicional. Sobre a natureza jurídica do inquérito civil, cumpre a transcrição do ensinamento de Hugo Nigro Mazzilli: O inquérito civil é investigação administrativa prévia, instaurada e presidida pelo Ministério Público, destinada a colher elementos de convicção para identificar se ocorre circunstância que enseja eventual propositura de ação civil pública, a tomada de compromissos de ajustamento, a realização de audiências públicas e emissão de recomendações pelo Ministério Público ou outra atuação a seu cargo. Em suma, é um procedimento administrativo investigatório a cargo do Ministério Público" (MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil. 4ª edição, Editora Saraiva, p.45). E complementa: Principalmente a partir de 1981 — ano da vigência da primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público —, passou a reconhecer que, para o correto exercício das diversas funções ministeriais, criminais ou não, o Ministério Público precisava dispor de meios diretos de investigação, para apurar fatos que pudessem embasar a sua iniciativa em juízo, nas diversas áreas de atuação. Assim, em dezembro de 1983, os Promotores de Justiça paulistas Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Millaré e Nelson Nery Júnior apresentaram ao XI Seminário Jurídico de Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo um anteprojeto que serviu de base à Lei nº 7347/85. Tal como existe hoje, o inquérito civil nasceu desse anteprojeto, como um instrumento diverso do inquérito policial, instaurado e conduzido diretamente pelo Ministério Público e destinado a colher elementos para a propositura da ação civil pública pelo Ministério Público (MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil. 4ª edição, Editora Saraiva, p. 42). Nessa perspectiva, a Lei Federal nº 7347/85, recepcionada pelo Texto Constitucional, ao traçar os parâmetros do inquérito civil, vincou a característica não jurisdicional de referido instrumento de investigação, realçando a privatividade da Instituição nas deliberações, seja conferindo-lhe a presidência por membro do Ministério Público, seja prevendo a revisão de atos dentro do próprio órgão (no caso, o Conselho Superior do Ministério Público). Assim dispõem os artigos 8º e 9º da atual LACP: Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. § 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis. § 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los. Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente. § 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas

serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público. § 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação. § 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento. § 4º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação. Disto resulta que eventual alteração legislativa, contendo previsão abstrata da submissão de todos os atos praticados pela presidência do inquérito civil a um controle "de rotina" pelo Judiciário importaria em ingerência de um determinado Poder incompatível com a autonomia do Ministério Público consagrada no Texto Constitucional. Três considerações são relevantes. A primeira de que os órgãos do Estado dispõem, cada qual deles, de competências constitucionalmente fixadas, cujo respeito recíproco representa o equilíbrio necessário à contenção do poder. E, à evidência, a submissão recorrente de atos de atividade-fim do Ministério Público a um referendun judicial — independentemente de uma provocação do lesado, com base em fato concreto (artigo 5º, XXXV, da Constituição da República) —, conduz a uma regra abstrata de superposição do Judiciário que acaba por cercear, de antemão, a independência ínsita ao exercício da função ministerial — cuja Instituição também detém parcela da soberania estatal (artigo 127, § 1º, da Constituição da República). Tolher uma função institucional, mediante intervenção nas atribuições privativas do membro do Ministério Público, representa, inexoravelmente, uma limitação flagrante aos instrumentos de atuação e, por consequência, uma restrição à própria finalidade atribuída ao Ministério Público pela Constituição da República — com reflexos, inclusive, nos mecanismos de proteção de direitos fundamentais. Importante lição sobre o princípio da divisão de poderes e a necessária autorrestricção do Poder Judiciário na interpretação da Constituição é de veras pertinente, dada a correlação com a dita interferência: Vinculado ao princípio (fundamental e "pétreo") da separação (divisão) de poderes, o assim chamado princípio (e o dele decorrente dever) da conformidade funcional — de acordo com a lição de Gomes Canotilho — significa, em termos gerais, que o resultado da interpretação não pode subverter ou perturbar o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido. O respeito pela esfera de competência dos demais órgãos estatais assume, nesse contexto, a dimensão não apenas da condição de um dever elementar, mas, sim, a de um imperativo constitucional. Assim, os limites e o alcance da atuação dos poderes constituídos, em especial no que concerne à posição do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, devem ser determinados a partir da noção de que o princípio da separação dos poderes implica uma posição de deferência em relação aos demais órgãos estatais e, no que diz com a postura adotada pelo Poder Judiciário, até mesmo uma espécie de autorrestricção, na linha do assim chamado judicial self restraint praticado nos Estados Unidos da América (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 2ª edição, Editora RT, p. 230). Mais especificamente: as decisões de instauração, de prorrogação, arquivamento de inquérito civil ou de ajuizamento de ação civil pública pressupõe juízo valorativo próprio do membro do Ministério Público — cuja atribuição, constitucionalmente prevista, não deve ficar à mercê permanente da apreciação do Judiciário — sem que haja, para tanto, qualquer reclamação específica sobre ilegalidade ou desvio de poder. Aliás, sobre a posição destacada do Ministério Público no contexto dos demais Poderes e a rele-

vância de suas funções institucionais — o que acarreta, como cláusula pétrea, a necessidade de respeito à autonomia da Instituição —, importante a recente manifestação do Min. Celso de Mello, por ocasião do julgamento da MC/ADPF nº 388/DF/STF: A Constituição da República, ao fortalecer o Ministério Público, atribuiu-lhe posição de inquestionável eminência político-jurídica e concedeu-lhe os meios necessários à plena realização de suas elevadas finalidades institucionais, deferindo-lhe uma condição singular na estrutura e organização do poder. (...) Um Ministério Público forte e independente, consciente da alta responsabilidade institucional que lhe foi atribuída pela vontade soberana do Povo, reunido em Assembleia Nacional Constituinte: eis o significativo legado cuja preservação incumbe a essa importantíssima Instituição da República, pois — insista-se — o Ministério Público representa o órgão estatal a que a própria Constituição outorgou a especial incumbência de impedir que o abuso de poder, que a prepotência dos governantes, que o desrespeito às liberdades públicas, que a transgressão ao princípio da moralidade administrativa e que a ofensa aos postulados estruturadores do Estado Democrático de Direito culminem por gerar inadmissíveis retrocessos, incompatíveis com o espírito republicano e inconvenientes com a prática legítima do regime democrático. Para viabilizar a consecução dos altos objetivos que orientam a ação fiscalizadora do Ministério Público, foram-lhe atribuídas, como Instituição, determinadas garantias de ordem objetiva, como aquelas previstas no art. 127 da Lei Fundamental. Mais do que isso, o legislador constituinte outorgou aos membros do Ministério Público os mesmos predicamentos da magistratura (CF, art. 128, § 5º, I), concedendo-lhes prerrogativas destinadas a assegurar-lhes adequada proteção viabilizadora do exercício independente das funções que lhes foram atribuídas. A segunda de que, ao imiscuir-se rotineiramente na apreciação do andamento do inquérito civil — deliberando, por exemplo, sobre a pertinência da produção de determinadas provas ou sobre a necessidade de prorrogação dos prazos de conclusão para o cumprimento de uma determinada diligência —, o juiz de Direito passa a comprometer a imparcialidade inerente ao exercício da jurisdição, além de, por via reflexa, suprimir a avaliação da única autoridade constitucionalmente encarregada da presidência do IC. Mesmo na persecução penal — em que discute o direito de liberdade —, o Poder Judiciário permanece distante da fase investigatória, pressuposto para uma decisão futura isenta — ressalvadas, por óbvio, a intervenção para o resguardo de direitos fundamentais. Sobre o tema, importante o ensinamento de Eugênio Pacelli: Da fase de investigação, devem cuidar a autoridade policial, que, precipuamente, por ela é responsável, e, também, o Ministério Público, a quem compete, ao final das investigações, emitir juízo acerca da questão penal (oferecimento de denúncia, requerimento de arquivamento, requerimento de novas provas etc.). Não cabe ao magistrado a aferição e/ou o controle de idoneidade do material investigativo (PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 18ª edição, Editora Atlas, p. 456). A terceira de que a inserção de milhares de procedimentos investigatórios do Ministério Público na rotina do Poder Judiciário importaria, na prática, em mais morosidade da Justiça em detrimento do interesse público comprometendo, pois, a celeridade processual, não somente das investigações ministeriais, mas também dos processos judiciais em curso. Segundo dados da publicação "CNMP — Um retrato", no ano de 2014, o Ministério Público brasileiro instaurou 333.805 inquéritos civis e procedimentos preparatórios, finalizou 305.868 e ordenou a realização de 530.130 diligências. Assim é que duas disposições do PLS, por repercutirem na autonomia do Ministério Público (artigo 127, § 2º, combinado com o artigo 129, III e VI, ambos da Constituição da República), reclamam revisão: i) artigo 4º, § 7º, do PLS: "A investigação em inquérito civil será submetida ao controle

jurisdicional, devendo o Ministério Público apresentar relatório minucioso do apurado, fundamentadamente, propondo ao Juízo competente a prorrogação de prazo para a conclusão, arquivamento, homologação do termo de ajustamento de conduta, ou ação civil pública". ii) artigo 16, I, do PLS: "notificar e intimar pessoas, inclusive as investigadas, requerendo ao juízo, na forma do Código de Processo Civil, sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada". 2.1.2. Imposição de contraditório no inquérito civil Conforme acima esposto, o inquérito civil constitui instrumento destinado à apuração preliminar de notícia sobre violação de um interesse coletivo, buscando respaldar a formalização de um compromisso de ajustamento de conduta ou o ajuizamento de ação civil pública perante o Poder Judiciário. O foco divisado é exclusivamente a delimitação de um fato e identificação da respectiva autoria — estando, pois, alheio à existência de acusação ou à imposição de medidas de caráter sancionatório. E, dada a característica meramente preparatória ou pré-processual — sem partes opostas entre si ou decisão que imponha restrição a direitos —, o IC não se coaduna com o exercício do princípio do contraditório (que assegura aos litigantes, com paridade de armas, o direito de ser ouvido e de se contrapor às pretensões do adversário). Sobre a inexistência de litigantes e ausência de aplicação de sanção no inquérito civil, dissertam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade Nery: O inquérito civil, previsto pelos artigos 8º e 9º da Lei nº 7.347/85, é procedimento administrativo destinado a reunir elementos para eventual ajuizamento da ação civil pública. É instrumento de utilização privativa do Ministério Público. Como se trata apenas de procedimento administrativo e não de processo, já que sua finalidade não é a de aplicar, administrativamente, sanção pelo descumprimento de alguma norma, não é necessário que nele se obedeça o dogma constitucional do contraditório. Isto porque o inquérito civil funciona como o inquérito policial, vale dizer, tem natureza de instrumento administrativo inquisitório, destinado a formar a opinio actio do Ministério Público. Apenas depois de instaurada a ação judicial é que terá de ser observado o princípio do contraditório e ampla defesa. No mesmo sentido, ensina Carvalho Santos: No inquérito civil, inexistem litigantes, porque o litígio, se houver, só vai configurar-se na futura ação civil; nem acusados, porque o Ministério Público limita-se a apurar fatos, colher dados, juntar provas e, enfim, recolher elementos que indiquem a existência de situação de ofensa a determinado interesse transindividual indisponível. Por isso, como bem acentua José Emmanuel Burle Filho, em estudo que fez a respeito do tema, que o inquérito civil não tem partes, participantes ou acusados, razão por que não incide o dispositivo constitucional e que quando se trata de procedimento investigatório, sem objetivar, ainda, qualquer punição, se pode ter o contraditório e a ampla defesa (Ação Civil Pública, Comentário por artigo: Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1998). Acerca da desnecessidade do contraditório na investigação preliminar, convém asseverar a consolidada posição do Supremo Tribunal Federal, manifestada em elucidativo voto proferido pela Ministra Carmen Lúcia, nos autos do RE nº 481955/PR: "(...) 6. Na espécie vertente, discute-se se é necessário assegurar o contraditório e a ampla defesa para a quebra do sigilo bancário, por decisão judicial, em inquérito civil que apura supostas irregularidades praticadas em prejuízo da Universidade Estadual de Londrina. 7. O Tribunal de Justiça do Paraná asseverou que, "no caso específico destes autos, a quebra do sigilo bancário, uma medida extremamente grave, não poderá ser realizada, à revelia dos investigados, devendo ser prestigiado o exercício de defesa, mediante a observância do devido processo legal" (fl. 106). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório não são aplicáveis na fase do inquérito civil, pois este tem natureza administrativa, de caráter

pré-processual, que se destina à colheita de informações para propositura da ação civil pública, não havendo, portanto, que se falar em réu ou acusado, nessa fase investigativa. Confirma-se, a propósito, o seguinte julgado: "INQUÉRITO. AGRAVO REGIMENTAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. AFRONTA AO ARTIGO 5º, X E XII, DA CF: INEXISTÊNCIA. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. CONTRADITÓRIO. NÃO PREVALECE. I — A quebra do sigilo bancário não afronta o artigo 5º, X e XII, da Constituição Federal (Precedente: PET. 577). II — O princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitória (HHCC 55.447 e 69.372; RE 136.239, inter alia). Agravo regimental não provido" (Inq 897 — AgR, Rel. Min. Francisco Rezek, Plenário, DJ 24.3.1995). Em seu voto o Ministro Celso de Mello asseverou que: "nada impede que, instaurado o inquérito policial — e observadas as cautelas determinadas pelo nosso ordenamento normativo —, seja decretada a quebra do sigilo bancário, sem necessidade, em tal situação, de prévia audiência do indiciado. Presente esse contexto, não há cogitar da instauração incidental do contraditório em procedimento nitidamente qualificado pela nota da unilateralidade e da inquisitividade". No mesmo sentido, os seguintes julgados: HC nº 82.354, Rel. Min. Sepúlveda Perence, Primeira Turma, DJ 24.9.2004; e HC nº 69.372, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 7.5.1993. A mesma posição também é manifestada pela Corte Superior na esfera criminal: EMENTA. Agravo regimental. Inquérito. Diligências. Requerimento pelo Ministério Público. Deferimento, desde logo, pelo Relator. Admissibilidade. Pretendida manifestação prévia da defesa a respeito desse requerimento e dos documentos que o instruíram. Descabimento. Inaplicabilidade do princípio do contraditório na fase da investigação preliminar. Impossibilidade de a defesa controlar, ex ante, a investigação, restringindo os poderes instrutórios do relator do feito. Direito de ter acesso às provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório. Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal. Recurso não provido. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório. Precedentes. 2. Não cabe à defesa controlar, ex ante, a investigação, de modo a restringir os poderes instrutórios do relator do feito para deferir, desde logo, as diligências requeridas pelo Ministério Público que entender pertinentes e relevantes para o esclarecimento dos fatos. 3. Assim, carece de fundamento a pretensão de que seja concedida à investigada a oportunidade de se manifestar previamente sobre relatório de análise de informações bancárias e requerimento de diligências com base nele formulado pelo Ministério Público Federal. 4. A Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal assegura ao defensor legalmente constituído do investigado o direito de pleno acesso ao inquérito, desde que se trate de provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas no próprio inquérito (HC nº 93.767, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 1º/4/14). 5. Agravo regimental não provido.(Inq 3387 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 25-02-2016 PUBLIC 26-02-2016). No mesmo sentido, nunca é demais invocar a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, esclarecendo a possibilidade de mitigação dos princípios da ampla defesa e do contraditório na fase investigativa: Entretanto, é imperativo perceber que a amplitude do princípio da ampla defesa comporta mitigações, uma vez que o próprio direito se submete à restrições determinadas por outros direitos ou deveres fundamentais que operam, nos casos concretos, em sentidos opostos. O mais importante de todos os exemplos diz com a possibilida-

de de exercício do direito à ampla defesa em sede de inquérito policial que nada mais é do que procedimento administrativo préprocessual. A inexistência do contraditório e da ampla defesa nestes casos, quando não há medida evasiva deferida e executada, demonstra o quão relativo pode ser o presente instituto (Curso de Direito Constitucional, 9º edição, editora Saraiva, p. 451). É, pois, a Constituição que emprega o termo "inquérito", e não "processo" para as investigações cíveis do Ministério Público (artigo 129, III, da Constituição da República). Quatro considerações são relevantes. A primeira de que, ao impor o contraditório também na fase de inquérito civil, o projeto de lei enseja riscos concretos ao êxito da apuração preliminar e, por consequência, aos direitos tutelados por ação civil pública. Em se tratando da colheita inicial de elementos de informação (o que reclama agilidade na apuração e, por vezes, a surpresa como pressuposto para impedir o ocultamento ou destruição de provas, a influência sobre pessoas chamadas a depor ou a dilapidação de patrimônio), o protagonismo do investigado cria inexorável burocratização, por vezes intransponíveis, que compromete o esclarecimento da verdade. A segunda de que, ao chamar o investigado à participação ativa no procedimento, se replica, no âmbito das diligências conduzidas pelo Ministério Público, providências que deverão adotadas, em favor da defesa, na esfera judicial, criando, assim, um trabalho repetitivo e superposto de dois órgãos constitucionais — no exato momento em que a sociedade, ao contrário, espera do sistema de Justiça agilidade e eficiência nas providências tendentes a combater a lesão a interesses difusos e coletivos. A terceira de que, com a imposição do contraditório, se desdobram inúmeros outros regramentos instituídos exclusivamente no interesse privado do investigado que, acaso minimamente não atendidos, servem de fundamento para intermináveis arguições de nulidade processual a impedir a rápida resposta estatal aos ilícitos perpetrados. Aliás, como peça meramente informativa — e, pois, dispensável —, a regra a ser buscada deveria, o quanto possível, a informalidade do inquérito civil e não o inverso. A quarta de que, não raras vezes, é impossível determinar, com precisão, a qualidade de "investigado" para cada uma das pessoas vinculadas à apuração, circunstância que dificulta o cumprimento das normativas referentes ao contraditório e, em razão disto, possibilita questionamentos futuros sobre o exato momento da investigação em que àquela condição efetivamente se concretizou. Assim é que cinco disposições do PLS, por importarem em oposição à sistemática consagrada da ausência de contraditório em fase investigativa e por repercutirem na eficiência das atividades do Ministério Público (artigo 37, caput, combinado com o artigo 129, III e VI, ambos da Constituição da República), reclamam revisão: i) artigo 4º do PLS: "O inquérito civil poderá ser instaurado, havendo justo motivo e, sempre de forma motivada: § 5º A manifestação do requerido, quando a autoria for conhecida será diligência obrigatória no inquérito civil". ii) artigo 14 do PLS: "Sem prejuízo do disposto no art. 18, instaurado o inquérito civil, o membro do Ministério Público ordenará a notificação do investigado para apresentar esclarecimentos, por escrito, no prazo de dez dias". iii) artigo 16 do PLS: "Para esclarecimento do fato objeto de investigação, o órgão do Ministério Público poderá, sem prejuízo de outras providências inerentes a sua atribuição funcional: § 10 Os atos de instrução que exijam atuação dos investigados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes. § 11 É assegurado aos investigados o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de laudo técnico. § 12 Os investigados serão intimados da prova ou da diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização, para acompanhamento de diligências. § 15 A parte investigada será intimada para acompanhar as declarações e os depoimentos,

podendo ser ladeada e representada por seu advogado." 2.1.3. Intimidação de membros do Ministério Público O projeto de lei enfatiza a perspectiva de punição de membros do Ministério Público em decorrência de atos praticados no exercício de funções exercidas no inquérito civil, avançando para o disciplinamento de um sistema de responsabilização pessoal dos integrantes da carreira — que, todavia, está minudentemente traçado nos Estatutos do Ministério Público, bem como na Constituição e nas leis que preveem sanções de ordem cível, penal e de improbidade administrativa para os casos de eventuais ilegalidades ou abuso de poder. Mas, como cediço, o desvio de conduta não é regra nas investigações do Ministério Público a justificar tamanha ênfase ao viés punitivo. Ao contrário, os membros da Instituição, ordinariamente, pautam-se dentro da estrita legalidade na condução dos inquéritos, hoje marcados pela transparência imposta pela Resolução CNMP nº 23/2007. Três considerações são relevantes. A primeira de que, cerceando a livre atividade ministerial — com reflexos no exercício da independência funcional —, o projeto de lei acaba por intimidar as iniciativas que conferem publicidade aos atos do Ministério Público, ameaçando de responsabilização individual os membros que promovem a indissociável publicidade da atuação — decorrente, inclusive, do imperativo constitucional previsto no artigo 93, IX, da Constituição da República. Trata-se, em verdade, da renovação da antiga proposta da "lei da mordaza" (PL nº 265/2007), agora incrementada com a possibilidade de ajuizamento, sem o caráter da excepcionalidade prevista no artigo 5º, LIX, da Constituição da República, de ações penais públicas subsidiárias. A propósito, convém a transcrição de trecho da nota técnica do Conselho Nacional do Ministério Público à época expedida sobre a dita "lei da mordaza": As alterações propostas, uma vez aprovadas, a par de ferirem a autonomia do Ministério Público, criando situação claramente intimidatória à atuação de seus membros na defesa da probidade administrativa, da legalidade e, conseqüentemente, da sociedade brasileira, implicam disciplinar, como se regras fossem, os excessos e abusos praticados por uma minoria de membros que, como exceções que são, vêm sendo tratados rigorosamente pela atividade fiscalizatória exercida por este Conselho Nacional do Ministério Público, no exercício de sua função constitucional de controle externo da Instituição e das atividades funcionais de seus membros. A segunda de que o projeto prevê a responsabilização pessoal de membros para além das hipóteses de dolo ou fraude — ampliando, assim, a sistemática de responsabilização de agentes políticos consagrada no direito administrativo. Pertinente a transcrição da lição de Hugo Nigro Mazzilli sobre a responsabilização individual de membros do Ministério Público: Os membros do Ministério Público inserem-se entre os agentes políticos do Estado. Investidos de atribuições constitucionais e dotados de plena liberdade funcional, tomam decisões últimas na sua esfera de atribuições, subordinando-se apenas à lei e às suas consciências (...). No exercício regular de sua função, o membro do Ministério Público não responsabiliza civilmente a si mesmo, e sim apenas o Estado (...). Devemos concluir que, em suma, a inviolabilidade do membro do Ministério Público elide sua responsabilização civil desde que os danos provocados a terceiros se tenham originado de manifestação coberta pela independência funcional, expedida sem dolo ou fraude, estritamente no exercício regular da função. São, pois, os membros do Ministério Público invioláveis por suas posições e manifestações, nos limites da independência funcional. Serão, porém, pessoalmente responsabilizados quando ajam com dolo ou fraude, como quando prevariquem, abusem do seu poder, atuem com desvio de finalidade ou em outras situações semelhantes (...) (MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime jurídico do Ministério Público. Editora Saraiva, 6ª edição, p. 572). No mesmo sentido, o novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/2015) esta-

belece, em seu artigo 181, que "o membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções". A terceira de que, ao enfatizar as responsabilidades nas vias criminal e cível, a proposta desconsidera a posição constitucional do Conselho Nacional do Ministério Público (órgão que, desempenhando a função de controle dos atos da Instituição, especialmente, no aspecto disciplinar — artigo 130 — A da Constituição da República, tem atuado firmemente para coibir as excepcionais ilegalidades e desvios de conduta praticados por membros do Ministério Público). Assim é que mais duas disposições do PLS, por afrontarem a liberdade de atuação ínsita ao Ministério Público, reclamam revisão: i) artigo 16 do PLS: "Para esclarecimento do fato objeto de investigação, o órgão do Ministério Público poderá, sem prejuízo de outras providências inerentes a sua atribuição funcional: § 18 O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, podendo a ação penal, na hipótese, ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal". ii) artigo 23 do PLS: "Em respeito ao princípio da intimidade, o membro do Ministério Público somente poderá prestar informações, inclusive nos meios de comunicação social, a respeito da instauração do inquérito civil e de seu desenvolvimento, bem como das providências adotadas para apuração de fatos em tese ilícitos, sem emissão de juízo de valor a respeito de apuração ainda não concluídas, sob pena de responsabilidade pessoal, civil e criminal." 2.1.4. Invasão de questões atinentes a organização, atribuições e estatutos do Ministério Público O projeto de lei, além de alcançar o regramento do inquérito civil propriamente dito, pretende regulamentar matérias concernentes à organização, às atribuições e aos estatutos do Ministério Público. Todavia, ditos assuntos dispõem de iniciativa de lei privativa prevista no Texto Maior, indicando, especificamente, o Presidente da República e os Procuradores-Gerais da União e dos Estados como autoridades aptas a deflagrar o processo legislativo. É a norma do artigo 61, § 1º, II, alínea "d", da Constituição da República: Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II — disponham sobre: (...) d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. Em complemento, estabelece o artigo 128, § 5º, da Constituição da República: Art. 128. O Ministério Público abrange: (...) § 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros (...) Tal reserva de iniciativa, indiscutível opção do legislador constituinte, tem por objetivo assegurar a autonomia da Instituição ministerial — alçada que foi à pedra angular da defesa da ordem jurídica e do regime democrático. A propósito, as investidas tendentes a mitigar a iniciativa do processo legislativo concernente à organização, às atribuições e aos estatutos do Ministério Público foram reiteradamente rechaçadas pelo Supremo Tribunal Federal, conforme ilustra o seguinte julgado: EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 16, CAPUT, E SEU §1º DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS RORAIMENSE. NOMEAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. INICIATIVA LEGISLATIVA PARA ELABORAÇÃO DA LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO

PÚBLICO ESTADUAL. Tendo a norma do caput do art. 16 do ADCT de Roraima eficácia limitada no tempo, dirigida que era a regular a nomeação do Procurador-Geral de Justiça até que os membros do parquet do Estado atingissem a vitaliciedade, resta caracterizada a perda de objeto do feito nesse ponto específico ante a nomeação, para o cargo em questão, de Procurador no gozo de tal garantia. Precedente. A atribuição, exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo estadual, da iniciativa do projeto de Lei Orgânica do Ministério Público, por sua vez, configura violação ao art. 128, § 5.º, da Constituição Federal, que faculta tal prerrogativa aos Procuradores-Gerais de Justiça. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do § 1.º do referido art. 16 do ADCT da Constituição do Estado de Roraima, estando prejudicada quanto ao mais. (ADI 852, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 29/08/2002, DJ 18-10-2002 PP-00026 EMENT VOL-02087-01 PP-00050) No mesmo sentido, os julgamentos realizados na ADI 3041/STF, ADI 4062/STF e ADI 3114/STF. Assim é que, sem exaurir todas as disposições questionáveis sob a ótica do vício de iniciativa — inclusive, porque passam a disciplinar questões já versadas em leis complementares, de âmbitos federal e estadual — disposições do PLS reclamam supressão: i) artigo 4º, § 6º, do PLS: "O inquérito civil poderá ser instaurado, havendo justo motivo e, sempre de forma motivada: § 6º O Procurador-Geral da República, na esfera da União, e os Procuradores-Gerais de Justiça, nos Estados, poderão delegar a atribuição que o inciso V do caput lhes reserva". ii) artigo 6º, parágrafo único, do PLS: "Caberá ao membro do Ministério Público investido da atribuição para propositura da ação civil pública a responsabilidade pela instauração de inquérito civil, ressalvada a atuação no âmbito da procuradoria Federal do Direitos do Cidadão. Parágrafo único. Eventual conflito negativo ou positivo de atribuições será suscitado, fundamentadamente, nos próprios autos ou em petição dirigida ao órgão do Ministério Público com atribuição para solucioná-lo, que decidirá a questão no prazo de trinta dias". iii) artigo 15 do PLS: "A instauração do inquérito civil será presidida por membro do Ministério Público com atribuição para a respectiva ação civil pública. § 1º Eventual conflito negativo ou positivo de atribuição será deduzido, de modo fundamentado, nos próprios autos e em petição dirigida ao órgão legalmente designado para dirimir a questão, que deverá fazê-lo em prazo não superior a trinta dias. § 2º Havendo duplicidade de feitos, e detendo ambos os órgãos do Ministério Público a atribuição para presidir o inquérito civil, o conflito será resolvido, sucessivamente, em favor daquele que: I — primeiro tiver adotado as medidas cabíveis; II — houver recebido antes as peças informativas, conforme indicar a data de distribuição". iv) artigo 16 do PLS: "Para esclarecimento do fato objeto de investigação, o órgão do Ministério Público poderá, sem prejuízo de outras providências inerentes a sua atribuição funcional: (...) VIII — ter acesso a banco de dados de caráter público, que não estejam protegidos por sigilo, ou relativo a serviço de relevância pública. (...) § 17 As correspondências, notificações, requerimentos e intimações do Ministério Público, quando tiverem como destinatários o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, membro do Congresso Nacional, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro de Estado, Ministro de Tribunal Superior, Ministro do Tribunal de Contas da União ou chefe de missão diplomática de caráter permanente, serão encaminhadas e apreciadas pelo Procurador-Geral da República ou, quando se tratar de autoridade equivalente no âmbito Estadual, pelo Procurador-Geral de Justiça, cabendo às autoridades mencionadas fixar data, hora e local em que preferem ser ouvidas, se for o caso. Demais normas comprometedoras da investigação Outras normas propostas, não menos comprometedoras do interesse público veiculadas no inquérito civil, merecem questionamento: Arquivamento de notícia de ilí-

cito por mero decurso de prazo (artigo 5º, § 1º, do PLS): a norma determinada que "o requerimento não deferido no prazo de sessenta dias será arquivado", impedindo, assim, que, mesmo nos casos de notícia de lesão a direitos coletivos, ainda que respaldada em informes concretos e em ofensas não prescritas, o Estado permaneça inerte frente à necessidade da investigação, em decorrência de possível omissão ou impossibilidade de atuação de um de seus agentes. Tal determinação, longe de incrementar os mecanismos de punição do responsável pela negligência ou de incorporar alternativas para superar a deficiência estatal, apenas contribui para o comprometimento da obrigatoriedade e da indisponibilidade de se preservar o patrimônio coletivo, prejudica o controle social das ações do Poder Público — inclusive, pela desnecessidade de fundamentação nos arquivamentos — e viola, de forma manifesta, o dever de eficiência insculpido no artigo 37, caput, da Constituição da República. Possibilidade de recurso sobre deferimento de instauração de inquérito civil (artigo 5º, § 4º, do PLS): a norma determina que "do deferimento ou indeferimento da representação se dará ciência pessoal ao representante e ao representado, cabendo recurso ao Conselho do Ministério Público ou à Câmara de Coordenação e Revisão". Eventual controle da instauração (ou seja, do deferimento da abertura do IC) pelo órgão da Administração Superior enseja evidente paralisação dos atos de investigação, cuja decurso de expressivo lapso temporal para confirmação da decisão pode importar em significativo prejuízo à apuração dos fatos. Intimação e conhecimento prévio do investigado antes da prestação de informações ao público em geral (artigo 22, caput e § 2º, V, do PLS): a norma determina que a "aplica-se ao inquérito civil o princípio da publicidade dos autos, com exceção das hipóteses em que haja sigilo legal ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações ou ao investigado" e que a "prestação ao público em geral, de informações não sigilosas e dos atos praticados na condução do inquérito e das medidas judiciais e extrajudiciais adotadas", se dará "após a intimação e conhecimento da parte investigada". Todavia, a publicidade constitui dever do inafastável do Ministério Público, na medida em que, ao garantir a transparência das investigações, viabiliza o imediato controle social sobre as ações da Instituição. Condicionar, portanto, a publicidade do inquérito civil à notificação prévia do investigado ou aos seus interesses — que, não raras vezes, se esquivam da contribuição à investigação — afronta as normas constitucionais previstas no artigo 5º, LX, e no artigo 93, IX, ambos da Constituição da República. Limitação para recomendação administrativa aos casos de lesão grave ou de difícil reparação (artigo 27): a norma estabelece que o Ministério Público "poderá expedir, nos autos do inquérito civil, em qualquer fase, recomendações devidamente fundamentadas, visando à preservação dos direitos, interesses e bens que lhe incumbe defender ou à melhoria dos serviços públicos e de relevância, quando houver fundado receio de lesão grave e de difícil reparação". Entretanto, o disciplinamento cria estreitos limites para a expedição de recomendação administrativa — eis que reservada aos casos de "lesão grave" ou de "difícil reparação" —, importante instrumento para o resguardo da tutela coletiva. Ademais, exige a prática do ato no bojo de inquérito civil — instrumento de atuação não imprescindível. Prazo peremptório para desarquivamento de inquérito civil fixado em dois anos (artigo 37 do PLS): a norma determina que o "desarquivamento do inquérito civil, diante da existência de novas provas, poderá ocorrer no prazo doze meses contados do arquivamento". Entretanto, a fixação de um exíguo lapso temporal para a reabertura da investigação se presta a acobertar fatos ilícitos em detrimento do interesse público, confundindo-se, inapropriadamente, o arquivamento de investigação com coisa julgada. Veja-se, a título exemplificativo, que, nas investigações atinentes a desvios de recursos públicos, as provas de lesão ao erário, em regra, so-

mente surgem após o encerramento do mandato do gestor ou de análise das contas pelo Tribunal de Contas — o que, à evidência, sempre supera, em muito, o prazo antedito. Não caracterização de ato de improbidade administrativa na recusa ao cumprimento de recomendação do Ministério Público (artigo 42): a norma estabelece que "o não atendimento, desde que justificado, de recomendação do Ministério Público, não caracteriza, por si só, a prática de ato de improbidade administrativa", acabando, pois, por indicar ao destinatário da ação ministerial, como regra, a possibilidade de desatendimento das recomendações ministeriais sem o risco de incidência da Lei Federal nº 8429/92 (quando, ao contrário, a avaliação sobre a ocorrência, ou não, de ato de improbidade importa minudente análise do caso concreto).

2.2. Possíveis consequências da aprovação do Projeto O Ministério Público galgou a estatura constitucional de Instituição permanente que, na conformação dos órgãos do Estado, encontra posição destacada — a qual, inclusive, lhe conferiu o predicado da autonomia. Neste particular, relevante assinalar que, assim como os Poderes Legislativo e Judiciário, nem mesmo o Presidente da República pode atentar contra o livre exercício do Ministério Público, sob pena do cometimento de crime de responsabilidade. É o que dispõe o artigo 85, II, da Constituição da República: Art. 85 São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) II — o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação. Disto resulta que o livre exercício das funções institucionais constitui pressuposto inarredável do atendimento das finalidades para as quais foi concebido o Ministério Público. E, acaso restringidos os instrumentos postos à disposição da Instituição para cumprir sua tarefa constitucional, também se está, por via indireta, inviabilizando a defesa dos caros valores da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis — razão última da existência do Ministério Público. Ao contrário do que muitas vezes se invoca, as investigações cíveis do Ministério Público estão submetidas a rigoroso controle, especialmente após a edição da Resolução CNMP nº 23/2007 — que impôs à Instituição uma sistemática que, dentre outros, permite o registro de todas as apurações, estabelece critérios rígidos para a instauração, define os meios de instrução, prevê prazos para a conclusão, assegura o acesso dos investigados aos procedimentos investigatórios e assegura a devida publicidade. Na quadra atual, inexistem "investigações de gaveta" ou "instrumentos de perseguição" — caracterizadores de ilegalidade ou abuso de poder — que não possam ser prontamente rechaçados pelas Corregedorias nacional e locais, com base nas normativas da dita Resolução CNMP nº 23/2007, aliadas às rigorosas disposições disciplinares já previstas nas leis de orgânicas (Lei Complementar nº 75/93, Lei Federal nº 8.625/93 e demais Estatutos locais do MP), ou mesmo repelidas pelo Poder Judiciário — quando instado a tanto. Feitas essas considerações, é mister observar que as alterações do inquérito civil em curso no Parlamento, ainda que não tenha sido a intenção dos autores das propostas, podem implicar em: i) ineficiência na atuação do Estado, decorrente da superposição de atividades do Ministério Público e do Poder Judiciário, mediante a exigência do crivo deste, com violação da autonomia daquele, em inúmeras demandas hoje alheias à intervenção jurisdicional; ii) prejuízo à celeridade das investigações e evidente risco de nulidades processuais, porquanto, ao estabelecer um intenso contraditório, exige a participação ativa do investigado no curso da apuração — atribuindo a ele, com todo protagonismo, paridade de armas e exagerado formalismo, o poder de interferir, em favor de um interesse próprio, nos rumos da investigação (posição esta contraposta, e nunca adequada, da finalidade pública pretendida a com responsabilização dos autores de atos ilícitos); e iii) intimidação

de membros do Ministério Público, em virtude da previsão de responsabilidades pessoais em virtude do cumprimento de atividades-fim da Instituição. 3. CONCLUSÃO Feitas essas considerações, respeitando o posicionamento do Senado Federal, mas exercendo o dever constitucional de resguardar a autonomia do Ministério Público, o Conselho Nacional do Ministério Público, embasado nos artigos 5º, V, e 37, XXII, da Resolução nº 92/2013, emite a presente Nota Técnica, com a finalidade de divulgar publicamente o posicionamento sobre PLS nº 233/2015, conforme razões acima elencadas. Brasília-DF, 23 de maio de 2017. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público