

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Aviso nº 601/2015-PGJ, de 19/10/2015
(Protocolado MP/SP nº 129.786/15)

Publica a Nota Técnica nº 23 sobre o Projeto de Lei do Senado Federal nº 233, de 2015.

O **Procurador-Geral de Justiça avisa** aos membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, o teor da nota técnica nº 23:

NOTA TÉCNICA Nº 23

Objeto: Projeto de Lei do Senado Federal n. 233, de 2015

(Protocolado MP/SP nº 129.786/15)

O Projeto de Lei em epígrafe, nos termos da respectiva ementa, "dispõe sobre o inquérito civil, sobre procedimentos administrativos correlatos a cargo do Ministério público para a colheita de provas e sobre as peças de informação, previstos na Constituição Federal".

É de inegável acerto a iniciativa de regulamentar de modo mais detalhado inquérito civil e os mecanismos de investigação correlatos, na esfera cível, a cargo do Ministério Público, muito embora tal já tenha sido objeto da Resolução n. 23, de 2007, do egrégio Conselho Nacional do Ministério Público.

A edição de lei, nessa matéria, poderá contribuir para maior clareza e objetividade no quadro normativo associado ao tema, conferindo a todos, ou seja, tanto ao Ministério Público, que preside as investigações, como aos investigados, maior segurança quanto às possibilidades e limites das perquirições.

Em que pese, portanto, o aspecto positivo da iniciativa, há em algumas passagens dela, com o devido respeito, pontos que geram preocupação e que merecem, em nossa percepção, reflexão e aprimoramento.

Afinal, a teoria associada à prática realizada com boa técnica tem demonstrado o quão vital para a concretização da tutela jurídica aos direitos coletivos em sentido amplo tem se mostrado a atuação do Ministério Público brasileiro, com os meios que o ordenamento jurídico colocou à sua disposição para investigar e depois agir judicialmente.

Não nos parece haver dúvida no sentido de que o clamor social seja no sentido do aprimoramento desses meios, evitando-se, portanto, qualquer retrocesso.



Nas linhas seguintes serão destacados pontos que, em nosso entendimento, não mereceriam ser contemplados ou, quando menos, comportariam aprimoramento, no texto de lei que virá a regular o inquérito civil e outros meios de investigação a cargo do MP, sem prejuízo, insista-se, do acerto da iniciativa e da reconhecida necessidade de se editar lei tratando especificamente do tema em epígrafe.

Serão examinados, assim, pontos do texto original do Projeto de Lei do Senado n. 233/2015, e, em seguida, aspectos igualmente dignos de atenção do Substitutivo apresentado pelo relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, Senador Ricardo Ferraço.

A. DO PLS 233/2015

1. ART. 4º, § 5º.

Referido dispositivo prevê que "a instauração do inquérito civil ou de qualquer procedimento investigatório preparatório em razão de requerimento não identificado dependerá da prévia manifestação do requerido, quando a autoria for conhecida, sob pena de responsabilidade pessoal".

Com a devida vênia, o condicionamento da instauração à prévia oitiva daquele que será investigado significará, apenas, mecanismo para truncar investigações.

Anote-se, aliás, que até mesmo de ofício pode a apuração ser instaurada, quando o membro do Ministério Público, por si mesmo toma conhecimento de fatos que demandam esclarecimento. Terá ele que ouvir aquele que poderá figurar como investigado em momento em que sequer determinou a instauração da investigação?

Trata-se de superfetação do contraditório, que não apresenta justificativa razoável.

A solução, para situações assim, já pode ser extraída do próprio ordenamento: se há, na notícia de fato anônima ("requerimento não identificado", a que alude o dispositivo analisado), descrição de situação sugestiva de elementos consistentes, que justifiquem a investigação, ela deve ser instaurada. Do contrário, deve ser indeferido o requerimento de instauração apócrifo.

Mais: se a instauração se dá de forma abusiva, há mecanismos para seu controle como, por exemplo, o recurso contra instauração, ou mesmo o mandado de segurança.

Acrescente-se que, em casos graves e complexos, dar notícia ao investigado da existência de uma representação anônima implicará eliminar, de antemão, qualquer chance de êxito na apuração dos



fatos, seja pelo alerta ao investigado, seja pelo tempo que esse procedimento de “defesa preliminar” exigirá, permitindo, por exemplo, a ocultação ou destruição de provas.

2. ART. 5º, § 1º.

O art. 5º, § 1º, prevê a possibilidade de arquivamento implícito de requerimentos ou representações para fins de instauração de inquérito civil, se “não deferido no prazo de sessenta dias”.

A possibilidade de arquivamento por ausência de apreciação no prazo fixado (ou arquivamento por decurso de prazo) na norma projetada é medida extremamente deletéria, e apresenta duvidosa constitucionalidade.

Inicialmente, por permitir que requerimentos ou representações para instauração de inquérito civil sejam arquivados sem que sejam externados os fundamentos do indeferimento, excluindo-se a atividade ministerial, dessa forma, do conhecimento e controle de seu destinatário final, ou seja, a população em geral.

Isso significa, quando menos, afronta aos princípios constitucionais da publicidade e da motivação, que se aplica também às investigações a cargo do Ministério Público.

Embora a atuação ministerial seja em regra, como mostra a experiência, revestida de regularidade e boa-fé, bastaria, para que determinado membro da Instituição se esquivasse de enfrentar certo caso que lhe foi apresentado mediante representação ou requerimento, que restasse inerte pelo prazo previsto no dispositivo (sessenta dias), e com isso se furtasse a cumprir seu papel.

A Instituição deixaria, assim, com fundamento no dispositivo ora examinado, de analisar o objeto da representação ou requerimento e, subsequentemente, não só de cumprir seu papel, como ainda de prestar contas à sociedade.

3. ART. 16, §§ 11, 12 e 15.

O art. 16, §§ 11, 12 e 15 impõem ao Ministério Público condutas que significam a adoção plena do contraditório no inquérito civil.

Asseguram aos investigados, assim, o “direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial” (§ 11), impondo que os investigados sejam “intimados da prova ou da diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização, para acompanhamento da diligência” (§ 12), bem ainda que a “parte investigada será intimada para acompanhar as declarações e os depoimentos” (§ 15).

Além da impropriedade técnica na referência ao “processo” (§ 11), quando se sabe que de tal não se trata, mas sim de procedimento investigatório, o fato é que o Projeto de Lei ora analisado institui, em toda a sua dimensão, o contraditório no inquérito civil.

Trata-se de equívoco, por não se cuidar de processo (ou seja, de procedimento do qual possam resultar diretamente a fixação de sanções relativamente ao investigado), mas, exclusivamente, de apuração administrativa, cujo desfecho sempre levará num momento subsequente (ressalva feita aos casos de arquivamento e de compromisso de ajustamento) à propositura de ação judicial. Nesta (ação judicial) e não naquele (inquérito civil) é que poderá ter lugar a aplicação impositiva da lei ao réu.

Não se justifica, portanto, a imposição do contraditório ao inquérito civil.

Mais adequado seria que a lei apenas recomendasse que, sempre que possível, que as aludidas providências (intimação para acompanhamento de diligências, de oitivas, de realização de perícias, bem como para oferecimento de quesitos, etc.) sejam observadas pelo membro do Ministério Público que preside o inquérito civil.

A investigação que se realizar com a possibilidade de participação do investigado, não resta dúvida, ganha em credibilidade, e a prova indiciária daí resultante poderá ser utilizada em juízo pelo magistrado, como elemento suficiente para o acolhimento da ação proposta.

Impor o contraditório de modo absoluto, entretanto, nos termos do Projeto de Lei ora analisado, significa criar razões para alegação de nulidades no procedimento investigatório, impedir o seu trâmite eficiente, bem como dificultar o cumprimento do curto prazo para sua conclusão, que, aliás, é imposto pelo próprio Projeto, desvirtuando, enfim, sua natureza e finalidade.

A única hipótese em que, com a devida vênia, seria aceitável a imposição do contraditório pleno na fase de investigação (como quer o Projeto de Lei), seria aquela em que a própria lei expressamente averbasse que a prova assim produzida, na investigação, dispensaria a produção de prova judicial. Ou seja: que fosse dispensada a produção de prova durante a ação civil pública por já ter a prova colhida no inquérito sido realizada em ambiente no qual esteve presente o contraditório.

Seguramente não parece pretender a norma projetada substituir o processo judicial pelo procedimento investigatório. Daí porque a solução preconizada no Projeto de Lei se mostra inadequada.

Assim, a melhor solução é preservar a investigação precisamente como aquilo que toda investigação é: colheita de indícios, em ambiente inquisitivo, com a participação do investigado se e

do modo que isso se mostrar adequado, sem prejudicar ou obstaculizar o andamento da apuração, cuja finalidade não é impor penas, mas sim esclarecer fatos.

A prevalecer aquilo que está estipulado nos dispositivos mencionados (art. 16, §§ 11, 12 e 15 teremos uma verdadeira curiosidade e singularidade legislativa, por força da qual o inquérito civil será o único procedimento investigatório em contraditório, ao contrário do que se verifica com todos os inúmeros outros mecanismos de investigação a ele assemelhados, mas aplicáveis a hipóteses distintas (inquérito policial, sindicâncias administrativas para apuração de infrações funcionais de servidores, apurações em comissões parlamentares de inquérito ou comissões especiais de investigação, etc).

Rogamos vênica, portanto, para assinalar que o contraditório no inquérito civil, como imposição, e não como possibilidade (a ser aplicado pelo Presidente do inquérito caso a caso, sempre que isso não prejudicar a investigação), não interessa ao Estado (que institui esse mecanismo para permitir um esclarecimento inicial dos fatos, evitando o ajuizamento de ações temerárias) nem ao investigado (que poderá, uma vez acolhida a solução contida no Projeto, ser sumariamente condenado pelo magistrado, na ação civil pública, diante da prova extrajudicial formada em contraditório, cuja repetição será legitimamente dispensável).

4. ART. 16, § 18.

Por força deste dispositivo, 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."

Com o devido respeito, o equívoco na regra projetada assenta em que tal dispositivo pode dar margem à interpretação mais ampla quanto ao cabimento da ação penal subsidiária nesse caso. Isso significaria desconsideração do parâmetro constitucional por força do qual o MP é o titular privativo da ação penal (art. 129, I da CF), bem como da premissa de que a ação penal subsidiária é verdadeiramente excepcional.

Não é aceitável desconsiderar-se a diretriz constitucional por força da qual só é cabível a ação privada subsidiária da pública no caso de inércia do Ministério Público após o decurso do prazo legal para oferecimento de denúncia (art. 5º, LIX da CF).

Além disso, o crime eventualmente tipificado em função do uso indevido das informações, salvo engano, teria como vítima a Administração Pública ou a Administração da Justiça, não havendo razão para legitimar o "ofendido" (pode ser interpretado como "investigado") a propor ação penal subsidiária.



5. ART. 22, § 2º, V.

Por força desse dispositivo, a possibilidade de prestação de informação ao público geral só pode ocorrer "após a intimação e o conhecimento da parte investigada".

Pedimos vênias para afirmar que tal regra subordina o dever de informação, que guarda direta sintonia com o princípio da publicidade na atividade administrativa e com a natureza pública do inquérito civil, a um prévio conhecimento daquilo que foi apurado no inquérito por parte do investigado.

Além de criar tal dispositivo, ainda que de forma dissimulada, uma necessidade de intimação ou notificação do investigado em relação a todas as informações colhidas ao longo da investigação (o que, além de oneroso, seria extremamente burocrático e criaria situações de dificuldade para que a própria investigação seja levada a bom termo), implicaria, na prática, subordinar o cumprimento do dever de informação e o princípio da publicidade a uma anuência implícita do investigado, que na investigação sustenta exclusivamente seus interesses privados.

Com a devida vênias, tal solução não apresenta sentido prático ou teórico.

A publicidade e o dever de informar não são escolhas, mas sim ônus do órgão do Ministério Público. Caso sejam cumpridos inadequadamente resta possibilidade de reparação do dano e aplicação da sanção cabível, não se podendo, entretanto, preventiva e exacerbadamente, criar mecanismos que obstaculizem o cumprimento desses deveres e ônus funcionais.

6. ART. 34.

Tal dispositivo estabelece prazo extremamente reduzido para conclusão do inquérito civil, de 180 (cento e oitenta) dias prorrogáveis uma única vez por igual período.

A realidade mostra o quão frequentes são investigações em que a complexidade, seja dos fatos, seja do emprego dos mecanismos destinados ao seu esclarecimento, vão muito além do período previsto no Projeto de Lei.

Não são raras situações em que a perícia, por exemplo, de tão intrincada que se apresenta, exige lapso superior a um ano para sua realização.

A limitação prevista no Projeto representaria, portanto, a criação de obstáculo insuperável para incontáveis investigações.

Mas não é só.

A prorrogação, uma única vez, por 180 (cento e oitenta) dias, passa a depender de autorização judicial, criando inadequado, desnecessário e inadmissível controle judicial do inquérito civil.



Note-se: não bastasse toda a carga de trabalho que já assola os juízes, somando-se em 2014, como é público e notório, (dados do Conselho Nacional de Justiça) praticamente cem milhões de ações judiciais em andamento, ainda teriam os magistrados que se ocupar da análise das prorrogações das centenas de milhares de inquéritos civis, que tramitam, em todas as unidades do Ministério Público, em todo o território nacional.

Por último e não menos importante tal controle significaria indevido ingresso do juiz na atividade investigatória, que relação alguma guarda com a atividade jurisdicional, minando, ainda que por via transversa, a autonomia e independência funcional do Ministério Público.

Nem se diga que há necessidade de controle do inquérito: ele evidentemente já existe.

Os atos do órgão do Ministério Público que preside a investigação, como atos de autoridade pública, estão sujeitos a controle através de mandado de segurança, a ser impetrado nas situações de violação a direito líquido e certo.

Além disso, há a previsão, no próprio texto do Projeto de Lei ora examinado, do recurso contra a instauração do inquérito.

Esses são meios mais que suficientes para evitar os equívocos ou excessos de investigação.

O controle preventivo de prazo para tramitação, ainda que de forma retórica apresente justificativas, na realidade concreta da grande maioria dos casos militará contra o interesse de toda a coletividade, no sentido de permitir que o MP use dos meios adequados e legais para esclarecer fatos que tenham sido levados ao seu conhecimento.

7. ART. 37.

Esse dispositivo prevê, acertadamente, que o desarquivamento do inquérito civil só pode ocorrer diante do surgimento de novas provas, suprimindo uma lacuna hoje existente, e que tem rendido ensejo a inúmeras críticas.

O problema, entretanto, está em fixar o prazo de dois anos como limite para o desarquivamento por força do surgimento de novas provas.

A experiência mostra que, de forma frequente, decorridos vários anos do arquivamento de um inquérito civil vêm à tona provas que esclarecem a ocorrência e a autoria de ilícitos civis que provocam situação de danos a interesses coletivos.



O arquivamento do inquérito civil não é, nem se confunde com a sentença judicial. Não passa em julgado nem rende ensejo à ação rescisória. Nem mesmo impede que a ação civil pública seja proposta por outro legitimado.

Limitar a possibilidade da retomada da investigação, diante de novas provas, ao prazo de dois anos, portanto, significa construir mais um mecanismo de impunidade e impossibilidade de reparação de danos causados a interesses coletivos.

8. ART. 38.

Por força desse dispositivo fica estabelecida a proibição de que o órgão ministerial que, no curso da investigação, determinou a instauração de apuração penal, dê seguimento a esta.

Aludida vedação não apresenta qualquer sentido ou razão de ser, com a devida vênia.

Tal solução desconhece a realidade, consistente na existência de inúmeras Promotorias ou unidades de atuação do MP que contam com cargos únicos e atribuições cumulativas.

Assim, a solução projetada geraria sérios problemas de divisão de serviço.

Ademais, o fato de que o órgão ministerial presidiu anterior investigação não deve torná-lo suspeito para investigação subsequente, o que só ocorreria caso o membro do Ministério Público tivesse interesse pessoal no desfecho da investigação.

Note-se que nem mesmo para os juízes existe semelhante impedimento.

O magistrado só fica impedido de julgar determinado processo se dele conheceu, como juiz, em outro grau de jurisdição (art. 135, III CPC/73; art. 144, II do CPC/2015). Como os casos de impedimento ou de suspeição devem ser interpretados restritivamente, por se tratarem de exceção à regra geral, não há impedimento a que o juiz, em vara cumulativa, julgue a ação penal, e depois a ação civil relacionada aos mesmos fatos. Nem o oposto se verifica.

Não há razão, portanto, para vedar a atuação do órgão ministerial de execução nos casos e na forma prevista no art. 38 do Projeto de Lei em análise.

B. DO SUBSTITUTIVO DO SENADOR RICARDO FERRAÇO

1. ART. 8º-A, § 4º DA LACP, SUBSTITUTIVO.

Tal dispositivo repete o art. 4º, § 5 do Projeto de Lei n. 233/2015, exigindo que antes da instauração do inquérito civil, nos casos de representação anônima, seja colhida manifestação do investigado.

O equívoco desta solução normativa já foi indicado anteriormente, no item A.1 da presente Nota Técnica.

2. ART. 8º-A, § 14 DA LACP, SUBSTITUTIVO.

O problema que se apresenta, no § 14 do art. 8º-A, é o reduzido e insuficiente prazo para conclusão da investigação – seis meses prorrogável por igual período, por manifestação motivada do membro do Ministério Público que preside a investigação.

Repete-se aqui a mesma situação antes analisada, verificada na redação do art. 34 do Projeto de Lei n. 233/2015.

Houve avanço, na medida em que foi eliminado o controle judicial sobre a tramitação do inquérito civil, relativamente à prorrogação do prazo para conclusão.

Foi, entretanto, mantido o manifestamente insuficiente prazo máximo de um ano para a conclusão da investigação.

3. ART. 8º-A, § 15 DA LACP, SUBSTITUTIVO.

Tal preceito cuida da previsão de responsabilidade civil e administrativa só pelo fato de o inquérito civil, cujo prazo foi prorrogado, ficar parado por mais de trinta dias por negligência.

Essa regra cria grave sanção, que seguramente servirá como mecanismo de pressão contra os membros do MP junto ao Conselho Nacional do Ministério Público ou órgão correicional local.

É evidente que a negligência pode render ensejo à responsabilidade. O parâmetro indicado no texto (prazo superior a 30 dias), entretanto, foge à razoabilidade, desconhecendo que há, de um lado, casos simples, e, de outro, casos extremamente complexos.

A negligência não está necessariamente associada ao fato de um inquérito civil não ter andamento no prazo de trinta dias. Inúmeras razões podem levar à momentânea impossibilidade de evolução da investigação, ainda que por período curtíssimo, como o prazo de trinta dias indicado na norma ora examinada.

Não bastasse isso, o dispositivo, de forma absolutamente inapropriada, cria uma presunção de responsabilidade por parte do membro do Ministério Público, que não se coaduna com as dificuldades que, cotidianamente, são enfrentadas pelos órgãos de execução da Instituição (carência de pessoal de apoio, de equipamentos de informática, excesso de serviços, etc.).

A negligência não se presume, deve ser demonstrada. Quando a lei cria presunção de sua ocorrência, o que se tem, na prática, é a concretização de inúmeras situações em que haverá, para o Promotor de Justiça investigado em sede disciplinar, presunção de culpa.

Tal solução é de questionável constitucionalidade, por tangenciar o art. 5º, LVII da CF, que não se aplica exclusivamente ao processo penal.

4. ART. 8º-A, § 8º DA LACP, SUBSTITUTIVO.

Por força desse preceito, "não será instaurado inquérito civil ou procedimento preparatório sobre questão em análise por outro órgão do Ministério Público ou já examinada anteriormente".

Aludida vedação impede que outros desdobramentos ou aspectos do mesmo fato sejam objeto de investigação por órgãos diferentes.

A norma desconhece, portanto, que o mesmo fato (por exemplo, uma questão urbanística) pode ter inúmeros desdobramentos (área urbanística, improbidade administrativa, reflexos no direito do consumidor, problema em perspectiva ambiental, etc.). Impede, portanto, a atuação da Instituição, mesmo que esses outros aspectos não tenham sido examinados num procedimento investigatório inicial.

É de duvidosa constitucionalidade a regra legal, portanto, que impede o Ministério Público de realizar investigações para zelar por interesses cuja tutela lhe foi cometida pela Constituição Federal.

Ademais, a expressão "questão em análise" é absolutamente vaga, lacônica mesmo, podendo servir para instituir uma espécie de "coisa julgada" daquilo que sequer foi examinado, nem na esfera administrativa (investigatória), nem em juízo.

Isso significa vedação ilegítima à investigação e, no limite, negação do acesso à Justiça, em detrimento dos interesses coletivos dignos de tutela.

CONCLUSÃO

Roga-se vênha para, mais uma vez, apontar o acerto da iniciativa no sentido de melhor regulamentar o inquérito civil e procedimentos investigatórios afins, a cargo do Ministério Público.

Assinala-se, entretanto, a necessidade de que a aprovação, seja do Projeto de Lei, seja do Substitutivo acima comentado, caso venha a ocorrer, considere a necessidade de exclusão do respectivo texto dos dispositivos antes comentados, visto que estes não contribuirão para o aperfeiçoamento do sistema processual coletivo.

Márcio Fernando Elias Rosa
Procurador-Geral de Justiça

A nota técnica n. 23/2015 encontra-se disponível no Portal da Instituição, no sítio Subprocuradoria-Geral de Justiça Jurídica:

http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/notas_tecnicas

Publicado em: Diário Oficial: Poder Executivo - Seção I, São Paulo, v.125, n.195, p.45-46, de 20 de outubro de 2015.

