

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CLÁUDIA MELLO GARCIA

**A EFICÁCIA PROBATÓRIA DOS ELEMENTOS PRODUZIDOS PELO MINISTÉRIO
PÚBLICO NO INQUÉRITO CIVIL: CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO STJ**

FLORIANÓPOLIS (SC), 2008.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A EFICÁCIA PROBATÓRIA DOS ELEMENTOS PRODUZIDOS PELO MINISTÉRIO
PÚBLICO NO INQUÉRITO CIVIL: CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO STJ**

**Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina como requisito
para a obtenção do título de bacharel em
Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Francisco de Oliveira
Filho**

FLORIANÓPOLIS (SC), 2008.

*Dedico a conquista, de mais uma etapa em
minha vida, aos meus queridos pais, Jairo e
Marilsa, pelo apoio incondicional, pela luta,
pelo exemplo.*

*A minha irmã Patrícia.
E principalmente,
a Deus, pela dádiva da vida.*

Agradecimentos:

Ao Professor Dr. Francisco Oliveira Filho, pelos ensinamentos e pela gratificante convivência, durante minha vida acadêmica no Tribunal de Justiça. Essa estada foi, certamente, muito importante nos meus primeiros passos na vida jurídica.

Ao saudoso Prof. José Rubens Morato Leite, singular, referência na área de Direito Ambiental em todo país, pela convivência no grupo de estudo, pelos conselhos, pelo exemplo.

Ao ilustre Prof. Carlos Brasil Pinto, pelos brilhantes ensinamentos na área processual penal, pelo apoio e dedicação.

Aos meus bons amigos, sempre presentes.

Resumo

A natureza jurídica dos elementos colhidos ou produzidos no inquérito civil tem sido objeto de muita discussão na doutrina e jurisprudência. Para alguns, esse instrumento não pode ser tido como meio de prova, uma vez que não observa o princípio da ampla defesa e do contraditório. Outros, entretanto, defende a sua eficácia, porque produzido pelo *Parquet*, órgão público e oficial.

O colóquio é, pois, o objeto desse estudo. Afinal, poderá esse procedimento administrativo - investigatório, que é instaurado e presidido pelo Órgão Ministerial, servir como meio de prova? E sendo essa indagação positiva, qual o grau probatório desse instituto?

Responder a tal questionamento não é tarefa das mais fáceis. Incursionando de forma breve pela conceituação do termo “prova”, bem como se definindo as atribuições institucionais conferidas pela *Lex Legum* ao Ministério Público, obteremos uma resposta. Não se pode olvidar que será imprescindível, também, um estudo acerca dos sistemas de avaliação da prova. Desde já, afirmamos que o tema é polêmico, por isso a presente monografia não pecará por omissão em seus fundamentos, servindo de estímulo a um debate de grande valia no meio acadêmico, pois sem sombra de dúvida, o assunto é de grande interesse não só ao cidadão, como também, a toda coletividade.

Palavras-chave: interesses transindividuais; ação civil pública; prova civil; inquérito civil; inquérito penal.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	7
1 DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	9
1.1 Os interesses transindividuais.....	9
1.2 A ação civil pública como instrumento.....	15
1.3 A legitimidade ativa e a representatividade adequada na ação civil pública.....	22
2 Do ÓRGÃO MINISTERIAL.....	28
2.1 O Ministério Público no processo.....	28
2.2 O inquérito civil como função institucional exclusiva do Parquet.....	33
2.3 As linhas distintivas do inquérito civil e inquérito policial.....	38
3 A INARREDÁVEL EFICÁCIA PROBATÓRIA DO INQUÉRITO CIVIL.....	45
3.1. O conceito de prova e sua classificação.....	45
3.2 A valoração da prova civil.....	51
3.3 A força probante do inquérito civil: crítica a jurisprudência do STJ.....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	64

Introdução

As razões são as mais variadas ao se invocar o presente tema - a eficácia probatória dos elementos produzidos pelo Ministério Público no inquérito civil: crítica a jurisprudência do STJ, para apreciação.

Objetivando uma melhor compreensão acerca do assunto foi que se estabeleceu, no capítulo inaugural, a diferenciação entre direitos e interesses, bem como se definiu interesse transindividual. Ainda que definido o conceito de interesse, a discussão em torno dele não é de toda irrelevante, afinal, o próprio legislador utiliza a expressão “interesse” como sinônimo de direito. Não obstante essa confusão há que se dizer que quando um interesse é incorporado ao ordenamento jurídico, torna-se direito. Impende lembrar que a Lei n. 7.347/85 não faz essa distinção, e nem poderia, visto que surgiu como instrumento apto à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Buscando assim, um efetivo acesso à justiça na tutela desses interesses foi que a Lei da Ação Civil Pública trouxe, em seu art. 5º, um rol amplo de legitimados ativos. Cumpre ressaltar que com o advento do Código de Defesa do Consumidor - Lei n. 8.078/90, esse rol de legitimados foi ampliado, sem, contudo, excluir os que já tinham sua legitimidade ativa conferida pela Lei n. 7.347/85.

O Ministério Público é, pois, um dos mais importantes legitimados ativos para propositura da ação civil pública. Isso se dá, principalmente, porque entre as suas milhares de atribuições está a defesa aos interesses coletivos em sentido amplo, e direitos indisponíveis. É desse órgão, também, a atribuição de instaurar (art. 129, III, CF): “o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos”.

Sendo o inquérito civil, função institucional exclusiva do *Parquet*, faz-se mister traçar uma linha distintiva entre este e o inquérito penal. As diferenças entre estes procedimentos administrativos são tão pequenas, e ao mesmo tempo tão relevantes que serão objeto de estudo em um dos capítulos.

Uma maior compreensão, acerca desse assunto, será fundamental para se definir se o inquérito civil poderá ser aceito ou não como prova. Para que seja dada

esta resposta, também será necessário um estudo mais aprofundado sobre as provas admitidas no direito brasileiro, bem como, será de extrema importância uma precisa definição para o termo “prova”. Uma abordagem sobre os sistemas de avaliação desta será imprescindível, visto que para se compreender toda a polêmica é necessário saber que sistema de avaliação adota o Brasil.

Por fim, a monografia que ora se apresenta visa, de imediato, justamente lançar luz sobre as controvertidas características da natureza probatória do inquérito civil e a possibilidade deste ser considerado ou não como meio de prova. A reflexão do leitor a respeito desse instituto é de extrema importância, pois, sem dúvida, a eficácia probatória deste trás grandes repercussões, não só as partes, ou interessados, mas a todos os indivíduos, sejam estes titulares de direitos difuso, coletivo ou individual homogêneo.

1 Da ação Civil Pública

1.1 Os interesses transindividuais

Antes de abordar-se o tema proposto neste item, é necessária estabelecer a diferenciação entre os termos “interesse” e “direito”. Muito embora alguns dispositivos legais utilizem estas expressões como sinônimos, urge ressaltar que ontologicamente elas exprimem coisas distintas.

De maneira breve, cumpre esclarecer que os interesses são manifestações da vontade individual ou coletiva, traduzindo, pois um desejo. São assim infinitos, existindo até mesmo quando incoerentes ao corpo social ou ao ordenamento jurídico. O direito, por sua vez é aquele interesse que o legislador escolheu resguardar pela ordem jurídica, repelindo todos os demais a ele incompatíveis.

Elucida Motauri Ciocchetti de Souza (2005, p. 1), que uma vez “realizado o processo de escolha, no entanto, não há motivo para distinguir o direito do interesse: o acolhimento deste pela ordem jurídica transforma-o em norma – logo, em direito”.

Desse modo, não há que se falar em inadequação do termo interesse pelo legislador, visto que incorporado ao sistema legal este se torna direito.

Outra distinção importante a se fazer, antes de se comentar o objeto deste subcapítulo, é a entre interesse público e privado e posteriormente ainda, a de interesse público primário e público secundário.

Pois bem, tradicionalmente a doutrina costumava dividir os interesses em público e privado. Aquela ocorria quando o Estado estava envolvido na relação jurídica, e este, por sua vez quando a relação envolvesse apenas particular.

Em regra, tinha-se como interesse público toda a relação jurídica da qual participasse o Estado, e, por conseguinte, a que este não se fizesse presente seria privada.

Analisando a doutrina tradicional, preleciona Hugo Nigro Mazzili (2007, p. 45):

o interesse público consiste na contraposição do interesse do Estado ao do indivíduo (como no Direito Penal, que opõe o *ius puniende* do Estado ao *ius libertatis* do indivíduo); por outro lado, o interesse privado consiste na contraposição entre indivíduos, em seu inter-relacionamento (como nos contratos celebrados na forma do Direito Civil).

A respeito da divisão em comento, faz-se mister ressaltar que esta padece de vício insanável. Por mais que tal conceituação seja clássica e fora adotado pela doutrina tradicionalista há décadas atrás, ainda assim, esta não poderia ser utilizada. Sabe-se, pois, que o Estado -Administração confundia-se com a vontade social, de modo que o direito de toda uma sociedade só poderia ser resguardado se esta fosse a vontade do governante. Sendo assim, se esta identificação de interesses ocorresse, não só o Estado seria o titular do interesse resguardado, como também toda a coletividade.

Oportuno lembrar que não rara às vezes, o interesse do Estado não se coadunava com o da sociedade, e outras ainda em que era o próprio Estado, o causador da lesão social. Ocorria assim, em alguns momentos, uma colisão de interesses entre administração e administrados, em que pese, o Estado deveria representar.

Desta feita, assevera Montauri (2005, p. 3) que “quando tal colidência se manifestava à luz da divisão dos interesses em público e privado, ela não comportava solução outra que não fosse aquela advinda da própria administração”.

Essa divisão utilizada pelos países de tradição romana, na visão do autor, carecia de uma distinção que viesse amparar a vontade da coletividade e da Administração Pública, fazendo, *simili modo*, que a defesa dos interesses sociais pudesse ser exercida mesmo que fosse em face do Estado.

Atualmente, cumpre esclarecer que muito embora não haja consenso, à expressão “interesse público” tem sido cada vez mais utilizada com o fim de alcançar o interesse social, o indisponível individualmente e o coletivo.

Ensina Mazzilli (2007, p. 46) que “o próprio legislador não raro abandona o conceito de interesse público como interesse do Estado e passa a identificá-lo com o bem geral, ou seja, o interesse geral da sociedade ou o interesse da coletividade como um todo”.

Ademais, urge lembrar que o novo conceito de interesse público está intimamente ligado à sociedade e não exclusivamente ligado ao interesse Estatal. Desta feita, denomina-se interesse público aquele que não seja meramente individual e

nem propriamente estatal, mas pertencente a um grupo, classe, ou ainda a uma categoria.

Feito este breve esboço, compreende-se, pois, a imprecisão do termo “interesse público” utilizado pela doutrina tradicional. Nesta senda, pode-se assim dizer que o sentido público pode referir-se ao Estado, podendo, contudo, também se referir a uma categoria intermediária de interesses que, embora não seja estatal são mais que meramente individuais.

Por este motivo é que muitos autores entenderam ser de suma importância à classificação dos interesses públicos em primário e secundário. Como anteriormente falado, é notório que nem sempre o interesse do Estado ou do governante coincide com o bem geral ou da coletividade.

Por isso, diz-se que há interesse público primário, sempre que esse representar a vontade social, isto é, o que esta deseja para si própria. Preleciona Mazzilli (2007, p. 47) que “o interesse público primário é o interesse social (o interesse da sociedade ou coletividade como um todo)”.

Acrescenta ainda:

o interesse público primário (bem geral) pode ser identificado com o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade, e até mesmo com alguns dos mais autênticos interesses difusos (o exemplo, por excelência, do meio ambiente em geral).

Faz-se mister destacar, contudo, que este conceito não é unânime. Alguns doutrinadores têm negado a existência de um bem comum, esvaziando o conceito de direito público. Aduzem, pois, que sempre que houver um conflito de interesses dentro de um mesmo grupo/coletividade, se estará diante de um conceito de direito vazio. Hugo Nigro Mazzili, no entanto, discrepa ao afirmar que ainda que haja uma conflituosidade de interesses, inegável é a supremacia do bem público.

No tocante ao interesse público secundário, pode-se dizer que é o modo pelo qual os órgãos da administração vêem o interesse público. Ou seja, público secundário é no dizer de Ciocchetti de Souza (2005, p. 4), “o modo pelo qual o administrador interpreta a vontade social, a forma segundo a qual o Estado age, supostamente visando a alcançar um benefício para a população. Ele retrata o interesse do gestor da coisa pública, o que acima chamamos de Estado concreto”.

Há que se falar que na maioria das vezes, os interesses primários e secundários caminham paralelamente. Contudo, há hipóteses em que estes interesses (do administrador e do administrado) não se coadunam, surgindo assim um conflito. Nesses casos, assevera Motauri (2005, p. 4) que a divisão entre interesse público primário e secundário permite que em “havendo choque entre os interesses, a sociedade possa ser validamente defendida mesmo em face da Administração, inclusive em juízo, o que antes não se mostrava possível”.

Segundo Joaquim Torquato Luiz e Fenanda de Salles Cavedon (2003, p. 58), é exatamente este o objetivo da Ação Civil Pública, tutelar “interesses os quais até então não eram contemplados na legislação civil e processual civil, principalmente no tocante à reparação de danos causados a interesses não individualizados, que passaram a ser denominados coletivos e difusos”.

O art. 81 do Código do Consumidor, em seu parágrafo I, preocupou-se em definir os interesses ou direitos difusos como “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Para Mazzili (2007, p. 50) tem-se o interesse difuso “como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas”.

Nesse sentido, aponta Rodolfo de Camargo Mancuso apud Joaquim Torquato Luiz e Fenanda de Salles Cavedon (2003, p. 58) como características dos interesses difusos a “indeterminação dos sujeitos; a indivisibilidade do objeto; intensa conflituosidade; duração efêmera, contigencial”.

Urge esclarecer, de imediato, que a maioria dos doutrinadores menciona apenas três características básicas de definição do conceito de interesse difuso. São elas: sujeitos indeterminados, objeto indivisível, relação fática pré-existente ao conflito.

O termo sujeito indeterminado ou ainda indeterminados, se deve a impossibilidade de se afirmar com exatidão o número de indivíduos afetados, efetiva ou potencialmente, por um fato. Aponta-se como um exemplo o meio ambiente. Quando há degradação ambiental em uma determinada área, sabe-se que há um número de pessoas que sofre diretamente ou indiretamente o efeito da poluição, contudo, não se

pode precisar quantas são estas pessoas. A indeterminação reside assim, na impossibilidade matemática de se fixar o número exato das pessoas que foram atingidas, não obstante, se possa ter uma estimativa do número de indivíduos afetados. É esta, pois, a distinção entre determinação (que é o número exato) e a estimativa (que é o número aproximado).

A indivisibilidade do objeto é outra característica que se faz mister mencionar. Pode-se definir assim, sem pormenores, como a impossibilidade de se identificar à parcela individual (da lesão sofrida, ou ainda da indenização) de cada pessoa. É, pois, a impossibilidade de identificação do direito que cabe a cada um, sendo por isso, impossível de ser usufruído individualmente.

Para Ciochetti de Souza (2005, p. 6):

a indivisibilidade implica o fato de que a solução do problema somente poderá advir para todos os afetados – e não para algum ou alguns indivíduos: o interesse difuso é um direito de bem comum, de sorte que as lesões pessoalmente sofridas não podem ser reparadas sem que o benefício atinja a toda a comunidade.

É, como se pode dizer, um direito de todos sendo ao mesmo tempo de ninguém.

No que concerne ao requisito da existência do vínculo fático, pode-se definir como aquele responsável por unir as pessoas, *in casu* as indeterminadas, mediante um interesse comum decorrente de um fato. Como exemplo, pode-se mencionar a situação de veiculação de propaganda enganosa por meio televisível. Nessa hipótese, o que une as pessoas nesta relação fática é estarem estas assistindo a mesma propaganda naquele exato momento. Impende dizer que esta relação fática em comento, também está subordinada a uma relação jurídica. Denota-se, contudo, que a lesão ao grupo não decorre diretamente da relação jurídica, mas sim da relação fática que existe entre membros daquele grupo.

No tocante ao interesse coletivo em sentido estrito, preocupou-se o CDC em seu art. 81, II, dar uma definição mais precisa, afirmando ser este “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Assim, no que diz respeito ao sujeitos, diferentemente dos interesses difusos, há que se perceber a existência de uma determinabilidade. A delimitação de sujeitos

consiste assim, basicamente, na possibilidade de determinar-se com exatidão, o número de indivíduos que titularizam um dado direito.

Salienta-se que não basta serem as pessoas identificadas ou ainda identificáveis, deve segundo dispositivo legal, serem estas integrantes de um grupo, categoria, ou classe.

Estando essas no mesmo pólo mantêm entre si, um vínculo organizacional. Este, contudo, não existirá se a relação jurídica se der entre um grupo e a parte contrária, como, por exemplo, a relação oriunda de uma categoria de empregados e o seu empregador. Urge ressaltar que a relação jurídica, em comento, deve sempre ser pré-existente a lesão ou ameaça.

O objeto, na hipótese, também como no interesse difuso, é indivisível. Prescinde assim, maior explicação, pois como anteriormente abordado, a solução do problema enfrentado por todos será indistintamente comum.

No que diz respeito ao vínculo jurídico, pode-se afirmar que, ao determinar que os indivíduos devam estar ligados entre si ou com a parte contrária por meio de um vínculo jurídico, criou o Código, situações distintas.

Corroborando o acima exposto, Mancuso apud Joaquim Torquato Luiz e Fenanda de Salles Cavedon (2003, p. 58) menciona as características inerentes aos interesses coletivos em sentido estrito:

- a) um mínimo de organização, a fim de que os interesses ganhem a coesão e a identificação necessárias; b) a afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os seus portadores (*enti esponenziali*); c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo-lhe situação jurídica diferenciada.

Não discrepa Mazzili (2007, p. 53):

tanto os interesses difusos como os coletivos são indivisíveis, mas se distinguem não só pela origem da lesão como também pela abrangência do grupo. Os interesses difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica.

Traçado, desta feita, um paralelo entre as diferenças existente entre os interesses difusos e coletivos em sentido estrito, faz-se necessário descrever quais são as divergências entre estes e o interesse individual homogêneo.

Primeiramente, definem-se interesses individuais homogêneos, segundo dispositivo do Código de Defesa e Consumidor e ensinamento de Hugo Nigro Mazzili (2007, p. 53) como “aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinados ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem, comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato”.

Simili modo, assim como nos interesses coletivos, os indivíduos são, na espécie em comento, determináveis ou ainda determinados. A definição acerca do assunto, já foi anteriormente abordada nada restando a acrescentar.

Por seu turno, a divisibilidade do objeto é o que diferencia os interesses individuais homogêneos dos coletivos, nada obstante, aqueles, assim como os difusos, constituem-se em decorrência da existência de relação fática.

Oportuno, na espécie, é o ensinamento de Motauri (2005, p. 11):

a divisibilidade implica poder saber perfeitamente qual a lesão individualmente sofrida pela pessoa, de forma que a reparação do dano pode ser feita caso a caso, ao contrário do que ocorre nos interesses difusos e coletivos, quando a solução do problema beneficiaria indistintamente todos.

Preleciona ainda o mesmo autor que “mercê da divisibilidade do objeto, os interesses individuais homogêneos – ao reverso do que ocorre com os difusos e coletivos – continuam a ser individual, podendo, em consequência, ser tutelados em ações movidas pelos próprios interessados, sem embargos de também poderem ser defendidos coletivamente”.

Realizada assim, uma breve distinção entre os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, analisemos, pois, o instrumento pelo qual são estes tutelados.

1.2 A ação civil pública como instrumento

A ação civil pública, inegavelmente, é tida como instrumento de acesso à justiça na defesa dos interesses transindividuais. Nasceu com o objetivo de trazer soluções a extensão da cidadania na proteção dos direitos metaindividuais, garantindo o efetivo, e cada vez mais amplo, acesso à justiça.

Antes do advento da LACP, a sociedade encontrava-se, até então, desprovida de um instrumento capaz de viabilizar o controle de situações especialmente

conflituosas e massificadas pelo número de interessados. Foi em virtude da industrialização, mais precisamente do capitalismo, que ocorreram, em maiores proporções, lesões a determinados bens, os quais constituem o âmago dos protegíveis pela ação civil pública.

Em decorrência das mudanças sociais e da demanda de um novo instrumento diferente do que havia sido legado pelo individualismo jurídico, foi que surgiu a Lei n. 7.347/85.

A ação civil pública nasceu assim, com o propósito de garantir o efetivo acesso à justiça a um determinado, ou ainda, indeterminável grupo de pessoas que possuem em comum um objeto indivisível. Alexandre Amaral Gavronski (2005, p. 27), relembra que foi, mormente, após a Lei n.8.078/90, que:

a ação civil pública teve ampliado seu espectro de abrangência para proteger quaisquer interesses difusos e coletivos e também interesses individuais homogêneos naquilo que possuem em comum, de modo a otimizar a defesa em juízo de causas coletivas.

De modo a ampliar e garantir o acesso à justiça de maneira efetiva, o CDC aumentou o espectro de interesses já tutelados pela LACP. E se não bastasse, visando um efetivo acesso à justiça, ampliou também o rol de legitimados no art. 5º da Lei de Ação Civil Pública.

Horácio Wanderlei Rodrigues (1994, p. 44), afirma que “a efetividade do acesso à justiça passa também, necessariamente, pela existência de instrumentos processuais acessíveis e céleres na resolução dos conflitos de interesses que são levados ao judiciário”.

Nessa senda, Mauro Capeletti apud Joaquim Torquato Luiz e Fenanda de Salles Cavedon (2003, p. 58), afirma ser a expressão ‘acesso à justiça’ de difícil definição. Reconhece o autor, que esse conceito serve para determinar duas finalidades no sistema jurídico. A primeira é o direito que as pessoas têm de reivindicar seus direitos e/ ou resolver seus litígios sob o auspício do Estado. Em segundo, é que o sistema de acesso deve ser igual a todos, e, por conseguinte, o resultado produzido deve ser individual e socialmente justo.

E acrescenta: “sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo”.

Oportuno é o entendimento de João Carlos de Carvalho Rocha (2006, p. 172), ao afirmar que o acesso à justiça e a efetividade do processo “constituem dois campos mais vastos e desafiadores da ciência processual contemporânea”. E continua: “se o acesso à justiça pretende abrir os portões do processo ao jurisdicionado, aquele espera por sua vez encontrar além dos portões, os jardins da efetividade, e se nesses jardins escondem-se à fonte revigorante da própria Justiça, tanto melhor”.

Por isso, tem-se falado tanto em sistema funcional, como sinônimo de um sistema, no dizer de Arruda Alvin (1997, p. 154) “capaz de ensejar uma maior satisfação, decorrente ou coincidente com uma maior efetividade do direito posto”.

Ante a crise universal do direito, mais precisamente no instrumento jurídico, viu-se a necessidade de se ter um melhor *descriptive approach*, ou seja, uma reavaliação da realidade que já não mais correspondia aquela estratificada nas leis somente individuais.

O direito, no século passado, tinha seu referencial permanente e fundamental no indivíduo. O contraste entre o processo e o direito material também eram demasiadamente visível, pois aquele era instrumento do indivíduo, restando hostilizado todo interesse de “grupo”. O processo e a relação processual eram disciplinados por princípios de direito privado, e os conceitos de ação e processo estavam intimamente ligados ao direito material. Atuava somente em juízo aquele que era titular da relação substancial. E ainda, atuava em prol do seu próprio direito (legitimação ordinária), salvo, excepcionalmente, os casos de legitimação extraordinária.

Pode-se dizer, de maneira bem breve, que somente em 1868, com a obra de Oskar Von Büllow, o processo passou a ser sediado no direito público, e a ação passou a ser considerada uma categoria abstrata sendo, pois, prescindível a parte ser titular do direito substancial.

As modificações no campo do direito acabaram assim, por influenciar na concepção e estrutura das ações coletivas. Há que se falar, por exemplo, nos limites subjetivos da coisa julgada que nas ações coletivas passaram a abranger um grupo de pessoas, podendo até mesmo ser a coletividade (pessoas indeterminadas). A não

coincidência entre a parte (campo processual) e os reais titulares do direito material, passou a ser regra absoluta, tendo, por conseguinte, a idéia de parte processual intimamente ligada a rendimento operacional.

O processo coletivo veio, diante do conceito de rendimento operacional e a preocupação com a entrega de tutela efetiva, atender a necessidade de uma sociedade de massa. Tutelam-se assim, determinadas pessoas (ex. portadores de necessidades especiais), e de determinados bens (ar. 1º da Lei n. 7.347/85).

A proteção desses novos bens jurídicos, conferida por normas de direito material e processual, pode-se dizer, que é caracterizada pela: a) responsabilidade objetiva, (como no direito ambiental e consumidor); b) inversão do ônus da prova, em determinadas hipóteses (no CDC, art. 90, também aplicável a LACP); c) tutela liminar e cautelaridade própria desse sistema de processo; d) proteção penal específica (meio ambiente); e) proteção administrativa (CDC e meio ambiente).

Denota-se, pois, que há com a Lei n. 7.347/85, um novo conceito de bens e valores, no dizer de Alvim (1997, p. 157) “com o caráter de interesses e direitos difusos ou coletivos sucessivamente alargada pelos direitos individuais homogêneos”.

Sob o aspecto terminológico, há quem entenda que em decorrência do capítulo II do CDC ter intitulado “Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos”, toda a ação proposta com fundamento no Código do Consumidor, em se tratando de direito individual homogêneo, deveria ser chamada de ação coletiva e não ação civil pública. Alguns autores sustentam ainda, que legalmente a denominação ação civil pública somente poderia ser usada quando visasse tutelar direito difuso e coletivo *stricto sensu*.

Inócua é tal assertiva, visto que doutrina e jurisprudência tem entendido que a definição de ação civil pública compreende um instrumento coletivo em sentido amplo.

Retomando as características da ação coletiva (seja para tutelar interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo), há que se apontar sua indisponibilidade (direito e interesse social), bem como o uso de normas cogentes (ordem pública) em todo seu sistema. Conforme se pode observar no art. 1º da LACP, os bens elencados neste dispositivo são também insuscetíveis de apropriação individual, pois trata-se de direitos coletivos em sentido amplo.

Ensina Arruda Alvim (1997, p. 151) que “A ação civil pública, principalmente, colima a proteção de bens e valores que vieram a ser havido como socialmente relevantes, cuja tutela vem marcada pela indisponibilidade, tanto no plano material, quanto no plano do direito processual”.

Faz-se mister lembrar que, as primeiras manifestações, no sentido de amplo acesso à justiça aos conflitos de massa deram-se com a edição da Lei n. 4.717/65 – Lei de Ação Popular. Contudo, urge ressaltar que o efetivo acesso para fins de proteção dos interesses metaindividuais (de maneira mais ampla) ocorreu somente após vinte anos, com o surgimento da Ação Civil Pública.

Logo, a Lei n. 7.347/85 é espécie do gênero da tutela supra-individual. São também espécies: a ação popular, o mandado de segurança coletivo e algumas ações coletivas trabalhistas.

Não se pode olvidar que o termo Ação Civil Pública surgiu no ordenamento jurídico pela primeira vez, no art. 3º, da Lei Complementar n. 40, de 13/12/81 – Lei Orgânica do Ministério Público. O conceito perfilhado pelos membros do Órgão Ministerial surgiu como o direito conferido a Instituição de fazer atuar, na esfera civil, a função jurisdicional. Enumeravam, os membros do *Parquet*, 41 hipóteses de ação civil pública espalhadas pelos inúmeros textos legais, e elucidavam os casos em que o MP possuía (e ainda possui) a legitimação concorrente (art. 1549 do CC), subsidiária (art. 1769, I, II e III do CC), e exclusiva (conforme a EC de 1969, vigente à época).

O *Parquet* até então tinha, antes do advento da Lei n. 7.347/85, legitimidade exclusiva para a propositura do que se denominada ação civil pública. Com a edição da LACP, o MP continuou tendo legitimidade, porém esta deixou de ser exclusiva.

O art. 5º, da lei em comento, enumerou assim, taxativamente, os legitimados ativos para a propositura da ACP. Sobre esse artigo esclarece Paulo de Tarso Brandão (2001, p. 212) que:

o fato de não inserir o legislador, já na Lei n. 7.347/85, o interesse individual homogêneo deu oportunidade a que parte da doutrina e expressiva parcela jurisprudencial viessem a negar legitimidade àquelas entidades arroladas na lei como co-legitimadas para a defesa de interesses difusos e coletivos, analisando essa circunstância como condição da ação, por entenderem que o pedido de tutela judicial recaía sobre direito individual.

Somente após, correção do legislador, foi que se dirimiu este impasse, uma vez que o CDC, recepcionado a LACP, trouxe de maneira expressa em um de seus dispositivos, a possibilidade de se tutelar, por ação coletiva, interesse individual homogêneo.

Sobre os legitimados à propositura de ação coletiva em sentido amplo, ensina Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 20): que poderá “até mesmo ocorrer que algum desses co-legitimados se adiante ao Ministério Público na propositura da ação, caso em que restará ao *Parquet* operar como *custos legis* ou encampará a ação em caso de desistência ou abandono (art. 5º, §§ 1º e 3º)”.

Posto isso, sem tautologia, pode-se definir ação civil pública como ação não penal, podendo ainda, alcançar o seu conteúdo raciocinando-se por exclusão. Edis Milaré apud Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 20) ensina que, “quando se falava em ação civil pública se queria em verdade referir ao problema da legitimação, e não ao do direito substancial discutido em juízo. Ação civil pública, então, era aquela que tinha como titular ativo uma parte pública – o Ministério Público”.

Segundo o autor, somente após a LACP, um novo posicionamento sobre a questão se impôs, visto que a legitimidade para a propositura da ação passou a ser não mais exclusivamente do Órgão Ministerial.

Ainda na mesma obra, assevera Edis Milaré: “Podemos, assim, em termos simples, mas não definitivos, conceituar a ação civil pública como o direito expresso em lei de fazer atuar, na esfera civil em nome do interesse público, a função jurisdicional”.

Nessa senda, esclarece Mancuso (2004, p. 23):

conclusão razoável, a respeito desse aspecto terminológico, parece-nos a seguinte: a ação da Lei n. 7.347/85, objetiva a tutela de interesses metaindividuais, de início compreensivos dos difusos e dos coletivos em sentido estrito, aos quais na seqüência se agregaram os individuais homogêneos (Lei n. 8.078/90, art. 81, III, c/c os arts. 83 e 117).

Acrescenta ainda:

[...] de outra parte, essa ação não é “pública” porque o Ministério Público pode promovê-la a par de outros co-legitimados, mas sim porque ela apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso a justiça de certos interesses metaindividuais que, de outra forma, permaneceriam num certo limbo jurídico.

Maria Hilda Marsiaj Pinto (2005 p. 27) não discrepa, definindo como ação civil pública:

toda aquela demanda de natureza não penal, voltada em primeira linha à defesa da ordem jurídica contra desvios de grave reprobabilidade social ou proteção de bens altamente relevantes, cuja legitimidade ativa é atribuída como dever de ofício a um órgão estatal – o Ministério Público -, independentemente da existência de outros agentes concorrentemente legitimados.

Há que se lembrar que, segundo José Carlos Barbosa Moreira apud Rodolfo de Camargo Mancuso (1994, p. 25), e conforme menciona e reconhece o legislador no art. 1º da Lei n. 7.347/85, os interesses tutelados pela LACP também podem ser protegidos pela ação popular.

Não se pode olvidar que ao Órgão Ministerial, quando houver condições para a propositura da ACP, lhe é incumbido o dever de agir. Trata-se, pois, do princípio da obrigatoriedade, que prescreve que ao tomar conhecimento de certas circunstâncias que autorizem a demanda, o *Parquet* não pode decidir se propõe ou não a ação, sendo obrigatória sua propositura.

A Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso III, reforçou o que já estava disposto na Lei Complementar n. 40, de 13/12/81, especificando como função da instituição: “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”.

Urge ressaltar que, o art. 129, § 1º, faz menção à legitimidade do *Parquet* para propositura da ação civil pública, sem, contudo, excluir a de terceiros. *Simili modo*, os legitimados, nas ações coletivas, passam a ser todos aqueles elencados no art. 5º da LACP e do art. 82 do CDC.

Impende dizer que os demais legitimados à propositura da ação civil pública não estão adstritos ao princípio da obrigatoriedade. Logo, mesmo havendo condições favoráveis a instauração da ação coletiva, lhes é, pois, facultado a sua propositura.

1.3 A legitimidade ativa e a representatividade adequada na ação civil pública

Primeiramente, antes de iniciar-se o assunto proposto neste item, faz-se necessária estabelecer a diferenciação entre legitimação ordinária e legitimação extraordinária, bem como as suas formas.

De maneira breve, pode-se dizer que a legitimação ordinária ocorre quando a pessoa, efetiva ou potencialmente lesada, é quem provoca a jurisdição. No ensinamento de Mazzilli (2007, p. 60), há legitimação ordinária quando “àquele que invoca a condição de titular do direito material supostamente lesado, é que cabe pedir sua proteção em juízo (ainda que o direito material possa efetivamente sequer existir; daí, pois, a autonomia do direito de ação)”.

A legitimação extraordinária, por sua vez consiste na possibilidade de outrem buscar a defesa, em juízo, de direito do qual não seja titular. Assim, cumpre esclarecer que nos casos de legitimação extraordinária não é levada em conta a titularidade do direito material. Dependendo, *simili modo*, de autorização legal.

Nesse sentido esclarece Pedro Lenza (2005, p. 181): “quando a lei autorizar, expressamente, alguém a agir em nome próprio na defesa de direito alheio (pretensão alheia), a legitimação será extraordinária, já que inexiste coincidência de sujeitos na relação jurídica material e processual”.

Posto isso, há que se falar em legitimidade extraordinária sempre que alguém em nome próprio pleitear tutela a direito alheio (substituição processual), ou ainda, quando houver vários sujeitos lesados em uma relação jurídica, e a lei permitir que somente um deles ocupe a relação processual, a fim de defender o interesse de todos.

Urge ressaltar que a substituição processual é uma forma de legitimação extraordinária. Prescreve Lenza (2005, p. 181) que “aquele que litigar como autor ou réu, em nome próprio e na defesa do direito alheio será o substituto processual, agindo em nome do substituído”.

Inadmissível, a confusão entre representação processual e legitimação extraordinária, pois aquela consiste na defesa de direito alheio, em nome alheio (a exemplo do procurador). Esta, por sua vez ocorrerá quando alguém, em nome próprio, pleitear, em juízo, direito de outrem (a exemplo do curador especial).

Assim, como a legitimação extraordinária necessita de previsão legal, há que se dizer que para o exemplo acima mencionado, o art. 9º do Código de Buzaid dispõe:

O juiz dará curador especial:

I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele;

II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa; [...].

Faz-se mister mencionar que é por meio da legitimação extraordinária que alguns legitimados substituem, processualmente, a coletividade de lesados. A legitimação especial, também conhecida como extraordinária, tem assim, por finalidade a defesa efetiva dos interesses transindividuais.

Não se pode olvidar, contudo, que esta exegese não é unânime. Para alguns autores, cuida-se de legitimação ordinária quando o legitimado, na ação coletiva, defende interesse próprio, ainda que não seja o único beneficiário. Outros, entretanto, afirmam ser caso de legitimação autônoma, visto que os legitimados, à propositura da ação, defendem interesses de substituídos indeterminados.

A LACP e o CDC não fazem, porém esta distinção. Consideram assim, tratar-se de legitimação extraordinária a defesa em nome próprio de direito de pessoa, sejam estas certas ou indeterminadas.

Há que se falar ainda, em uma outra corrente que defende cuidar-se de legitimação extraordinária e, portanto de substituição processual, somente aqueles casos em que não haja coincidência entre o postulante e beneficiário. Essa situação só ocorreria, segundo esta corrente, na defesa de direitos individuais homogêneos.

Urge mencionar, contudo, que não é somente na defesa desses interesses que se dá à substituição processual. Denota-se que tanto nas ações que têm por objetivo a proteção de interesses difusos ou coletivos, há uma substituição processual, e que nestes casos, os interesses tutelados são interesses somados.

Inarredável, pois, não se falar em substituição processual, uma vez que além da existência de expressa autorização legal, o pleito inicial, na ação civil pública, não visa apenas à satisfação do interesse do autor, mas também a de toda uma coletividade.

Posto isso, cumpre lembrar que são legitimados para propositura da ação civil pública ou ação coletiva em sentido amplo, todos aqueles elencados pelo art. 5º da Lei n. 7.347/85 e art. 82 da Lei n. 8.078/90.

A nova redação dada ao art. 5º da LACP, conferida pela Lei n. 11.448/07, trás como legitimados ativos para propositura da ação principal, bem como para a ação cautelar: a) o MP; b) a Defensoria Pública; c) União, Estados, Distrito Federal e Municípios; d) as empresas públicas, autarquias, fundações e sociedades de economia mista; e) as associações constituídas há mais de um ano e que tenham dentre suas finalidades, a proteção de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneo.

No que concerne à integração entre LACP e o CDC, cumpre esclarecer que o Código de Defesa do Consumidor acrescentou ao rol de legitimados ativos da ação civil pública: “as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica especificamente destinados à proteção de interesses transindividuais, ainda que sem personalidade jurídica destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código”.

Simili modo, esses legitimados acrescentados pelo inciso III, do art. 82 do CDC, podem propor ACP não só em matéria de defesa do consumidor, mas também no que se refere ao meio ambiente, a pessoas portadoras de necessidades especiais ou ainda, quaisquer áreas afins.

Pondera Hugo Nigro Mazzilli (2007, p. 288) que “esses órgãos públicos não podem, porém, *sponte sua*, ajuizar as ações; dependem de autorização da autoridade administrativa competente (princípio hierárquico), que pode ser específica ou genérica, mas em qualquer caso, sempre necessária”.

A respeito das associações, há que se observar que dependem estas de representatividade adequada, pois defendem não só seus associados como também não associados. A adequação consiste assim, no preenchimento dos requisitos de pertinência temática – finalidade institucional, e pré-constituição da associação há pelo menos um ano nos termos da lei civil.

Não há que se confundir, pois, sociedades cooperativas com associações, visto que a finalidade associativa daquela tem por objetivo principal e último, a atividade econômica.

Oportuno lembrar que a redação do art. 5º da Lei n. 11.448/07 dirimiu a dúvida quanto à exigência da representatividade adequada aos demais legitimados, uma vez que segundo a interpretação literal deste artigo, a exigência do preenchimento desses requisitos só ocorrerá quando se tratar de associações. O art. 82, IV, do CDC, também não fez menção à exigência de representatividade a nenhum de seus legitimados.

Há, contudo, entendimento no sentido de serem, as exigências feitas às associações, também aplicadas aos sindicatos e as fundações privadas, excluindo-se, estas apenas no caso de legitimados públicos.

Pode ocorrer, todavia, casos em que o magistrado irá dispensar o requisito da pré-constituição mínima das fundações. Isto será possível sempre que houver interesse social relevante, seja pela dimensão ou pelas características do dano. O requisito de pertinência temática, contudo, não poderá ser abandonado, uma vez que imprescindível à pertinência entre o objeto da ação e a finalidade institucional.

A Carta Magna elevou também ao patamar de legitimados, à defesa de interesses transindividuais, as comunidades indígenas. E trouxe, em seu bojo, o mandado de segurança coletivo como outra forma de tutela coletiva. O mandado, como se sabe, poderá também ser impetrado por partido político, desde que este tenha representação no Congresso Nacional ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano.

Não se pode olvidar ainda, que doutrina e jurisprudência tem considerado como legitimado ativo à propositura de ações civis públicas, o síndico da massa falida. A legitimidade deste, contudo, somente se justifica quando forem propostas ações em prol daqueles representantes de unidades em condomínios ou incorporações.

A pessoa física não poderá propor ACP, uma vez que não está no rol dos legitimados. Poderá, contudo, propor ação popular, visto que se encontra na qualidade de substituto processual. De imediato, faz-se necessário dizer que em alguns casos a ação popular terá caráter coletivo idêntico ao da Lei n. 7.347/85.

Fazendo-se ainda uma interpretação extensiva, pode-se dizer que os partidos políticos também possuem legitimidade para a propositura da ação civil pública. São, pois, institutos dotados de personalidade jurídica, definidos em lei especial, e caracterizados por uma natureza associativa.

No que concerne à legitimação dos sindicatos, impende ressaltar que a Constituição Federal - art. 5º, inciso LXX, alínea b e art. 8º, inciso III – conferiu-lhe a possibilidade de pleitear em juízo a defesa de interesses coletivos e individuais da categoria. Muito embora não tenha, a Carta Magna, mencionado a defesa de interesses difusos, tem a doutrina majoritária estendido essa possibilidade de defesa aos sindicatos.

Deste modo, podem estes exercer a substituição processual não apenas de seus sindicalizados, mas de toda uma categoria. A representação, *in casu*, haverá somente nas hipóteses de defesa de interesses não individuais homogêneos.

Assim, quando propõe uma ação visando tutelar direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o sindicato age como substituto processual e não como representante da categoria, uma vez que nesses casos não necessita de autorização de seus integrantes. Impende lembrar ainda, que quando o sindicato busca defender um interesse transindividual, pouco importa que os beneficiários desta ação sejam ou não seus sindicalizados.

Outrossim, o art. 5º da LACP, em seu inciso IV, conferiu legitimidade às fundações. Não especificou, contudo, o legislador, se seriam estas públicas ou privadas.

Em decorrência da inexistência expressa dessa diferenciação, há exegese no sentido de serem admitidas apenas às fundações públicas. Por sorte, esse entendimento não é unânime.

A interpretação mais sensata a se fazer, desse dispositivo, é sem dúvida a de que estão também legitimadas as fundações privadas. Há que se dizer que o legislador não se ocupou em distinguir as fundações no inciso IV do art. 5º da LACP, não cabendo, portanto, ao aplicador da lei fazê-la. Do contrário, estar-se-ia restringindo o acesso à justiça e, sobretudo a proteção dos interesses metaindividuais.

Foi com objetivo de garantir um amplo acesso à justiça na defesa dos interesses metaindividuais, que a lei ordinária e posteriormente a Constituição Federal conferiram legitimidade ativa ao Ministério Público (Federal e Estadual).

Inarredável, pois, é o interesse de agir dessa Instituição, uma vez que entre as suas atribuições está a defesa dos interesses indisponíveis. Oportuno é o ensinamento

de Eduardo Appio (2007, p. 172): “nas ações civis públicas, não sendo parte o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, *custos legis* (Lei n. 7.347/85, art. 5º, § 1º), sempre zelando pela “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF/88, art. 127, caput) ”.

O Órgão Ministerial é assim, o legitimado mais preeminente no exercício da tutela coletiva de interesses. Preleciona Mazzilli (2007, p. 315) que “nas ações civis públicas ou coletivas, o interesse de agir do Ministério Público é presumido; já as pessoas jurídicas de direito público interno e os demais co-legitimados devem demonstrar em concreto seu interesse”.

Posto isso, há que se dizer ainda que a legitimidade do *Parquet*, bem como dos demais legitimados, é concorrente e disjuntiva. Denomina-se, concorrente porque há a possibilidade de cada co-legitimado, seja do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC, propor ação de modo isolado ou em litisconsórcio. E é, por sua vez dita disjuntiva porque não necessita de comparecerem, os legitimados, em litisconsórcio.

2 Do Órgão Ministerial

2.1 O Ministério Público no processo

Em decorrência de suas funções de proteção a interesses coletivos e direitos indisponíveis, o Ministério Público tem ocupado papel relevante e fundamental na organização do Estado.

Por isso, a Constituição Federal, no dizer de José Afonso da Silva (2004, p. 598), “lhe dá o relevo de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Nessa senda, preleciona Luiz Fabião Guasque (1999, p. 167) que “o Constituinte Originário concebeu o Ministério Público como função essencial à soberania do Estado para dar efetividade a todos os direitos subjetivos públicos assegurados na Constituição”.

Salienta, entretanto, Hugo Nigro Mazzilli (2002, p. 61) que “os legisladores constituintes disseram menos do que deveriam, porquanto o MP desenvolve inúmeras atividades, independentemente da prestação jurisdicional, e, paradoxalmente, disseram mais do que deveriam, pois o MP não é oficial em todos os feitos judiciais”.

Sendo, pois, inúmeras as atividades realizadas pelo Órgão Ministerial, como bem elucidou Mazzilli, foi que se asseguraram constitucionalmente a Instituição os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional.

Com efeito, em que pese possuírem muitas prerrogativas e responsabilidades, o Supremo Tribunal Federal – STF, entendeu, nos autos de Mandado de Segurança n. 21.239/DF, estar o *Parquet* vinculado ao Poder Executivo, não sendo, pois, um quarto poder do Estado.

Ensina, porém, Eduardo Pio (2007, p. 173) que a designação “Poder” visa sintetizar o conceito de função especializada do Estado, protegida por determinadas garantias que tornam os excedentes de determinada parcela do poder (uno) estatal – dentro de suas respectivas áreas de competências – agentes políticos”.

É unânime o entendimento no sentido de estarem, os membros do Ministério Público, inseridos na categoria de agentes políticos, uma vez que possuem estes, segundo Hely Meirelles apud José Afonso da Silva (2004, p.598):

plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são funcionários públicos em sentido estrito, nem se sujeitam ao regime estatutário comum. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos.

As prerrogativas de ingresso na carreira mediante concurso de provas e provas e títulos, (art. 129, § 3º), de inamovibilidade (art. 128, § 5º), vitaliciedade e irredutibilidade de subsídio (art. 39, § 4º da EC. 19/98), também lhe são asseguradas. A remoção, no entanto, dar-se-á quando houver interesse público. Essa decisão decorre, pois, do órgão colegiado competente, por voto de dois terços de seus membros, sendo assegurada à ampla defesa.

Não sendo, contudo, estas prerrogativas privilégios pessoais, há que se ressaltar que as garantias conferidas aos membros do Ministério Público decorrem, assim, de suas funções institucionais, as quais encontram-se relacionadas no art. 129 da CF. Dentre elas, uma atenção especial deve ser dada ao inciso III, objeto desse estudo.

Prescreve, pois, o dispositivo 129, III, da Magna Carta, como função institucional do *Parquet*: “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”.

Oportuno lembrar que a origem da palavra Ministério deriva do latim e significa o ofício do servidor. Por isso, Fernando da Costa Tourinho Filho (2006, p. 343) assevera que o “Ministério Público” traz a idéia de um órgão incumbido de defender os interesses da sociedade, seja na área penal, em que é intensa sua atividade, seja no campo extrapenal, em que não menos incansável é sua tarefa, na defesa dos interesses sociais ou individuais indisponíveis”.

Nesse contexto, Maria Hilda Marsiaj Pinto (2005, p. 134), define o *Parquet*:

como órgão da comunidade jurídica (sociedade/povo/Estado), a qual lhe atribui a função de garante do cumprimento dos compromissos assumidos e assentados no pacto material (Constituição), para tanto lhe

delegando parcela do poder estatal de coação. Esse poder será exercido no impulso da dinâmica sancionatória, sobretudo por meio da ação pública, penal e civil.

Posto isso, pode-se dizer que o Órgão Ministerial, num novo contexto em que se pretende democrático, desempenha assim, um papel de grande relevância, principalmente em sede de inquérito policial e civil.

Cumprido ressaltar que, usualmente, nas ações em que não for parte, isto é, não possuir legitimidade para propositura de determinadas ações, intervirá o MP - nas causas previstas no art. 82 do CPC, como *custos legis* – fiscal da lei.

Nesse sentido, preleciona Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2008, p. 152): “o Ministério Público exerce dupla função no processo civil brasileiro: pode ocupar o lugar de parte e pode participar do processo como *custos legis*, intervindo no processo em determinadas causas a fim de velar pela justiça do processo e sua decisão”.

E acrescenta ainda, ao analisar o art. 82 do CPC:

O que determina a intimação do Ministério Público em todas as hipóteses do artigo em comento é o interesse público primário (o de bem comum). O interesse público secundário (o interesse da pessoa pública) por si só, não justifica a participação como *custos legis* do Ministério Público.

Não obstante seja essa a definição dada pela maioria da doutrina, Hugo Nigro Mazzili (2007, p. 79) afirma que esta definição:

não satisfaz, primeiro porque não enfrenta em profundidade todos os aspectos da atuação ministerial; em segundo lugar porque, nem por ser parte, isso significa que o Ministério Público não esteja a zelar pelo correto cumprimento da lei; em último lugar, porque, nem por ser fiscal da lei, deixa o membro do Ministério Público de ser titular de ônus e faculdades processuais (...).

Desse modo, distingue, o autor, as maneiras em que o Órgão Ministerial poderá intervir no processo. Será assim, autor por legitimação ordinária quando atuar como órgão do Estado. Tem-se, por exemplo, as ações de nulidade de casamento. Outrossim, será autor por substituição processual, nos casos previsto em lei, entre eles, o da ação civil pública. Deverá ainda, o *Parquet*, manifestar-se no processo como interveniente em razão da natureza da lide, naqueles casos em que agir na defesa da

ordem jurídica, desvinculado, pois, *a priori*, dos interesses das partes. Menciona-se, *in casu*, a ação popular e o mandado de segurança. Será também, interveniente quando em determinadas lides for mais que fiscal da lei, exercendo, pois, também função protetiva ou assistencial da parte hipossuficiente. Por isso, essa intervenção é tida como aquela decorrente da qualidade de parte. Por último, ter-se-á o Ministério Público como réu – e, portanto, sendo parte, nos casos em que, por exemplo, houver ação rescisória em face de sentença proferida em ação civil pública proposta pela instituição.

Faz-se mister lembrar ainda, que mesmo atuando como parte o Ministério Público não poderá se olvidar de zelar pela ordem jurídica. E, sendo proposta ação cujo objetivo seja a defesa de interesses difusos e coletivos, e ao final se convencer, o *Parquet*, pela improcedência do pedido, não será este obrigado a postular por sua procedência. Contudo, nas hipóteses em que o Órgão Ministerial agir como substituto processual de pessoa certa, em ações *ex delicto*, estará a esta defesa vinculada, não podendo, pois, dela desistir.

Na ação civil pública, há que se dizer que, quando não for parte, agirá o Órgão Ministerial, com o mesmo ônus e faculdade como se a tivesse proposto. Poderá assim, produzir provas, aditar a inicial e etc.

Com efeito, o dispositivo 5º, § 1º, da LACP, torna obrigatória a intervenção do Ministério Público em todas as ações civis públicas. Assim, quando não for “parte”, deverá, imprescindivelmente, intervir na qualidade de fiscal da lei. Há que se dizer, que neste último caso, funcionará como um terceiro interveniente, uma vez que se encontra desvinculado de autor e réu.

Cumpra ainda lembrar que o art. 92 do CDC, na mesma senda do art. 5º da Lei 7.347/85, tornou obrigatória a intervenção Ministerial em todas as ações coletivas para tutela de interesses individuais homogêneos.

Contudo, se faz mister ressaltar, que há exegese contrária, no sentido de não ser obrigatória à intervenção do *Parquet*, sempre que estas forem propostas por outros co-legitimados, e tenha, a demanda, o escopo de tutelar direitos disponíveis. Nesse sentido, preleciona Motauri (2005, p. 55), que “ao legislador ordinário somente é possível criar hipóteses de intervenção do MP dentro dos limites gizados pelo art. 127 da CF”.

Sendo assim, o legislador só poderia determinar a intervenção do Órgão Ministerial, quando a ação versasse sobre direitos indisponíveis. E a inobservância desse preceito, segundo Moutari, violaria princípios constitucionais.

Felizmente, não é o que se tem entendido, sendo, pois, aplicado o que, literalmente, prescreve o art. 5º, § 1º, da LACP.

Preleciona ainda Hugo Mazzilli (2007, p. 85), apontando Calamandrei, que “se o Ministério Público adverte ter sido violada a lei, não se admite que, por razões de conveniência, se abstenha de acionar ou de intervir para fazer com que se restabeleça a ordem legal”.

Assim, no que concerne às ações em que se busque tutelar direitos individuais homogêneos, tem-se entendido que há, necessariamente, um caráter vinculado da atuação do Ministério Público, pois julgado procedente o pedido, produzirá este efeitos de abrangência social.

Impende lembrar ainda que não obstante tenha o *Parquet* liberdade para verificar a necessidade de sua atuação no feito (seja como parte, *custo legis*, interveniente etc), sendo constatado uma hipótese em que a lei exija a sua atuação – estará este, pois, obrigado a agir.

Em se tratando de ação civil pública, objeto deste estudo, a obrigatoriedade acima imposta, alcança não só a sua propositura como também o acompanhamento de toda a sua tramitação. Não poderá, pois, o membro do Ministério Público, desistir do pleito quando este tiver fundamento para tanto, bem como se esquivar de assumir demanda em caso de desistência de um co-legitimado.

No tocante a esfera civil, mais precisamente a Lei n. 7.347/85, faz-se mister lembrar que se o *Parquet*, ao analisar o inquérito civil, verificar que este não possui elemento convincente capaz de ensejar a ACP, deverá determinar o seu arquivamento. Esta determinação, contudo, diferentemente do inquérito policial, não será submetida à apreciação do magistrado. Conforme prescreve o art. 9º da LACP, será apenas apreciada pelo Conselho Superior do Ministério Público.

Não se pode olvidar que como o Órgão Ministerial não possui legitimidade exclusiva para a propositura da ação civil pública, outros co-legitimados poderão propô-

la, ainda que tenha a Instituição entendido não haver interesses relevantes e de interesse social para ajuizá-la.

2.2 O inquérito civil como função institucional exclusiva do *Parquet*

O instituto do inquérito civil foi criado pela Lei da Ação Civil Pública, sendo posteriormente recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Dispõe o art. 129, III, da Magna Carta como função institucional do Ministério Público: “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos”.

Não obstante, seja essa a atribuição constitucional conferida ao *Parquet*, a LOMPU – Lei Orgânica do Ministério Público da União, que é instrumento subsidiário à Instituição, tem feito uma distinção entre as funções institucionais, em seu art. 5º, daqueles que são instrumentos de atuação do Ministério Público, (art. 6º), estando, pois, neste rol o inquérito civil.

Muito embora haja essa distinção, a exegese majoritária tem o inquérito civil como função institucional do Órgão Ministerial, sobretudo, por ter sido essa atribuição conferida pela *Lex Legum*. Há que se dizer que esta função privativa do Ministério Público, não se limita apenas a promover, isto é, instaurar o procedimento, mas também presidi-lo enquanto esse existir.

O texto constitucional, ao inserir o inquérito civil em um de seus dispositivos, inarredavelmente, conferiu aos membros do *Parquet* um poder investigatório destinado a apurar lesão ou ameaça a determinados valores, entre eles os da Lei n. 7.347/85.

Elucida José Emmanuel Burle Filho (1994, p. 35), que:

o artigo 129, III, da CF, não prevê o inquérito civil apenas para a propositura da ação civil pública, tanto que não fala em “promover o inquérito civil” para “a ação civil pública”, nada impede que o inquérito civil seja instrumento para colheita dos elementos de convicção, referidos no artigo 27 do CPP, para a propositura de ação penal.

É notório que a polícia não tem exclusividade para investigar infrações penais e que o Ministério Público é titular privativo da ação penal pública. Dessa forma, inafastável é o poder desta instituição de colher e, ou produzir elementos de convicção capazes de viabilizar a sua função institucional imposta pela Constituição.

Assim, no dizer de Mazziilli (2002, p. 222):

a criação do inquérito civil partiu da constatação de que, para o correto exercício das diversas funções ministeriais, o Ministério Público precisa dispor de meios próprios de investigação, para apurar diretamente os fatos que possam ou devam embasar a sua iniciativa nas diversas áreas de atuação.

Tanto foi esse o entendimento, que após a CF de 1988, inúmeras leis fizeram referência ao inquérito civil. É o caso, por exemplo, da Lei n. 7.853/89 – Lei de Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência, da Lei n. 7.078/90 – Estatuto da Criança e Adolescente entre outras.

Cumpra esclarecer que o inquérito civil não é processo, e sim um procedimento administrativo investigatório, de natureza inquisitiva, instaurado e presidido pelo Ministério Público, que tem por finalidade colher e, ou produzir elementos de convicção para eventuais atuações, sejam elas processuais ou extraprocessuais. Estas consistem, pois, em atuações subsidiárias como a realização de termo de ajustamento de conduta, ou ainda, a realização de audiências públicas, emissão de recomendações e produção de relatórios. Há se dizer que, não obstante tenha o MP uma dessas condutas, não estará obstado de servir-se do inquérito civil para propositura de determinada ação, seja ela civil ou penal pública.

Muito bem explicitado é o conceito de inquérito civil de Ronaldo Pinheiro de Queiros (2007, p. 192) ao afirmar ser este um procedimento: “porque visa tão somente a colher elementos de convicção para a formação da opinião jurídica do seu destinatário. Não extingue, modifica ou cria direito, apenas auxilia a *opinio júris* do procurador ou promotor, bem como formam provas”.

E acrescenta ainda, o autor, à definição posta acima: o inquérito “não tem o escopo de aplicar qualquer sanção ao investigado”, uma vez que não são, neste procedimento, decididos interesses, embora sejam, dentro deste, investigados.

Por sua vez, Roberto Moreira de Almeida (2006, p.223) define inquérito civil como “procedimento administrativo, presidido com exclusividade por órgão de execução do Ministério Público, com o afã de obter elementos de autoria e materialidade de determinados ilícitos civis e, uma vez colhidos indícios dessa prática, promover a ação civil pública pertinente”.

Impende dizer que, muito embora esteja este procedimento previsto na Lei n. 7.347/85, e possua esta, vários co-legitimados, o inquérito civil é instrumento de exclusiva atuação do Órgão Ministerial. Assim, aos demais legitimados que desejarem propor ação civil pública ou coletiva, é natural que queiram formar ou colher elementos de convicção ao juiz. Essa coleta, contudo, não poderá ser feita por meio de inquérito civil, uma vez que legalmente constitui instituto privativo do *Parquet*.

Desse modo, há que se reconhecer que a denominação inquérito civil público encontra-se, terminantemente, equivocada, uma vez que, não existe inquérito privado.

Nessa senda, preleciona Hugo Nigro (2002, p. 223):

é errada a expressão, freqüentemente encontrada, de inquérito civil público. Usa-se a expressão ação civil pública em contraposição à ação civil privada (cuja iniciativa é dos particulares) - mas como não existe inquérito civil privado, não há se falar em inquérito civil público. O nome do instituto é apenas inquérito civil.

Destarte, muito embora haja esta imprecisão terminológica, o material colhido ou ainda produzido pelo membro do *Parquet* é tido como oficial, visto que produzido mediante uma investigação pública (prevista na CF e outras leis), por entidade também pública.

Outrossim, cumpre ressaltar que sendo o inquérito civil um procedimento inquisitivo, não se aplica a ele o princípio do contraditório, e, por conseguinte o da ampla defesa. Assim, não há, pois, que se falar em violação a princípio constitucional, uma vez que o art. 5º, LV da CF, refere-se a processo e não a procedimento.

Prescreve o art. 5º, LX, da Magna Carta: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Ensina Nelson Nery Junior apud Ronaldo Pinheiro de Queiros (2007, p. 192), que “por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis”.

Nessa senda ensina Fernando da Costa Tourinho Filho (2006, p. 21), que entende-se por contraditório o gozo do direito “absoluto” da defesa que é dado em todo processo acusatório. Segundo este princípio, para que o réu possa, efetivamente,

defender-se, deve conhecer de todos os atos do processo, pois só assim poderá contrariá-los, evitando ser condenado sem ser ouvido.

Pode-se dizer que o dispositivo 5º, LV, da Carta Magna, consubstancia-se:

“na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Traduz a idéia de que a defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido em juízo pela parte contrária” (TOURINHO, 2006, p.21).

Das palavras do autor, todo ato produzido por uma das partes para esclarecer a verdade no processo, deverá ser comunicado a outra, a fim de que esta tenha o direito de opor-se, dando, se houver, uma versão adversa e que lhe convenha.

A ampla defesa, por sua vez está adstrita ao princípio do contraditório. Consiste aquela no direito amplo do réu de defender-se no processo. As provas a serem produzidas por este serão aquelas admitidas em direito, podendo fazer até mesmo uso das ilícitas quando esta for à única prova capaz de demonstrar sua inocência. Trata-se, *in casu*, de uma exceção, pois é notório que as provas ilícitas, bem como as suas derivadas, não são admitidas em direito.

Urge elucidar que em se tratando de ação civil pública, será esta submetida ao princípio dispositivo (observa-se o art. 5º, LV, da *Lex Legum*). Somente neste momento, – esfera processual –, será permitido ao réu defender-se, produzindo contraprovas das alegações feitas pelo *Parquet* no inquérito civil.

No tocante à esfera administrativa, não se pode olvidar que esse princípio será respeitado tanto nas lides que envolvam litigantes (não punitivo), como nas que envolvam acusados (punitivo).

Assevera Pinheiro de Queiros (2007, p. 193), que “essa garantia não alcança o inquérito civil pelo simples fato de que nele não existem litigantes, tampouco acusados, até porque o procedimento administrativo não é via adequada para cuidar de tais situações jurídicas, cujo campo próprio é o processo administrativo”.

Com efeito, não se pode falar em imposição de qualquer punição ou sanção decorrente do inquérito civil, uma vez que tem este natureza de procedimento administrativo.

O inquérito civil pode-se dizer, que nada mais é do que uma investigação administrativa, a cargo do Ministério Público que tem como objetivo a produção ou

colheitas de elementos capazes de determinar a autoria e materialidade de dano efetivo ou potencial. Por isso, se diz que é instrumento prescindível, visto que poderá essa instituição deixar de promovê-lo quando já tiver formado seus elementos de convicção.

Edis Milaré apud Roberto Moreira de Almeida (2006, p. 224), ensina ainda, que o inquérito civil possui tríplice função. É, pois,

preventivo (p. ex., num compromisso de ajustamento de conduta, que obstaculiza um dano iminente), *reparatório* (p. ex., ao ensejar a colheita e análise dos elementos necessários à propositura de ação civil pública por dano causado ao meio ambiente) e *repressivo* (p. ex., quando se presta para ajuizamento de ação civil pública).

Impende, contudo, lembrar que este procedimento não visa apenas a verificar a ocorrência de dano efetivo ou potencial a interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, mas também a produção e colheita de material para a propositura de qualquer ação de iniciativa do Órgão Ministerial.

Desta feita, elucida Ciocchetti (2005, p. 102), que:

o inquérito civil é dispensável porque nada impede que o MP tenha, desde logo, elementos suficientes para a propositura da ação – o que tornaria desnecessária a instauração do procedimento administrativo – ou que busque tais subsídios por outros mecanismos investigatório.

Nessa senda, preleciona Mazzilli (2002, p. 224), que o inquérito “não constitui pressuposto processual necessário para o ajuizamento da ação pelo Ministério Público. Pode ser dispensado sempre que existam outras peças de informação suficientes a embasar a propositura da ação (...)”.

Destarte, o mesmo autor, em outra obra, esclarece a diferenciação entre inquérito civil e peças de informação. Sendo, pois:

o inquérito civil uma investigação regular, cuja instauração formal, nas hipóteses previstas na lei, obsta ao curso do prazo decadencial, enquanto peças de informação são elementos avulsos de convicção, que podem ou não ensejar a instauração de um inquérito civil ou a prática de outros atos ministeriais” (2007, p. 423).

Não obstante essa diferenciação, o arquivamento dessas peças, bem como do inquérito civil, serão submetidos ao controle do Conselho Superior do Ministério Público, ainda que seja tal decretação advinda do Procurador-Geral de Justiça ou mesmo do Procurador-Geral da República.

Posto isso, há que se dizer ainda, que o inquérito civil, assim como o inquérito penal, é instrumento informal. Sendo que, qualquer irregularidade cometida durante seu procedimento não poderá ser oposta ao processo, se este vier a ser proposto,

A informalidade, como uma das características do inquérito civil, consiste, basicamente, na não necessidade de se seguir uma seqüência de atos, como prevê, por exemplo, certos procedimentos. Assim, diferentemente dos procedimentos judiciais, quando não observada uma dada sucessão de atos, não será esta violação, capaz de ensejar a nulidade do feito.

Outrossim, a publicidade é outra característica desse procedimento administrativo posto em estudo. A regra é, pois, a publicidade, sendo a exceção o sigilo. Desse modo, qualquer pessoa poderá consultá-lo, estando apenas privada quando o inquérito versar sobre natureza sigilosa. Urge ressaltar que o advento da publicidade, também não se estende ao seu procedimento preparatório.

Este, por sua vez, conforme Moutari (2005, p. 104) trata-se de “procedimento preparatório de inquérito civil que será instaurado quando o órgão do MP necessitar de novos elementos para verificar se determinados fatos podem efetivamente ser tutelados pela Instituição”.

O procedimento preparatório, contudo, não é imprescindível ao inquérito civil. Caso, se convença, durante o curso da fase preparatória ser hipótese que exija tutela do Órgão Ministerial, o converterá em inquérito civil. Não obstante, esse seja o mais comum, nada impede que o *Parquet* dispense essa conversão, propondo de imediato a ação cabível.

No que concerne à instauração do inquérito civil, há que dizer que esta competirá àquele membro do Parquet com atribuição para propor a ação civil pública. Devendo ainda, serem respeitadas as regras estabelecidas na Lei n. 7.347/85 e Lei n. 8.078/90, bem como as normas de organização do Ministério Público.

2.3 As linhas distintivas do inquérito civil e inquérito policial

O inquérito policial, assim como o inquérito civil, é um procedimento administrativo, realizado, porém, pela polícia judiciária que tem como objetivo a

apuração de infrações penais e sua autoria, para que o Ministério Público que é o titular da ação penal, possa propô-la em juízo.

Segundo Tourinho Filho (2006, p. 64), o inquérito policial pode ser definido como “um conjunto de diligências realizadas pela Polícia Civil ou Judiciária (como a denomina o CPP) visando elucidar as infrações penais e sua autoria”.

No dizer de Julio Fabrini Mirabete (2005, p. 82), inquérito penal:

é todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por sua vez difíceis de obter na instrução judiciária como auto em flagrante, exames periciais etc.

De imediato impende lembrar que, em regra, a instauração e presidência desse procedimento administrativo investigatório competem à polícia judiciária.

Diferentemente da polícia de segurança, que visa medidas preventivas a fim de manter a ordem pública, a polícia civil (ou judiciária) atua quando o que se pretendia prevenir não foi evitado, ou sequer podia-se imaginar que viesse a acontecer, tendo, pois, caráter repressivo.

O Código de Processo Penal dispõe em seu art. 4º: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

A Constituição Federal, contudo, faz distinção entre a polícia civil e a polícia judiciária, sendo aquela, dirigida por delegados de polícia de carreira, responsáveis por apurar as infrações penais, e esta por fornecer informações à autoridade judiciária, bem como ao Órgão Ministerial, realizar diligências, cumprir cartas precatórias expedidas na área de investigação criminal etc.

Sobre o assunto, preleciona Mirabete (2005, p. 79):

não há realmente diferença entre essas funções, de apuração de infrações penais e de polícia judiciária, mas, diante da distinção estabelecida na norma constitucional, pode-se reservar a denominação de polícia judiciária, no sentido estrito, à atividade realizada por requisição da autoridade judiciária ou Ministério Público ou direcionada ao judiciário (...).

Não obstante essa diferenciação há que se dizer que os atos de investigação, da ocorrência de infrações penais, não são exclusivos da polícia civil. O parágrafo

único, do art. 4º do CPP estende, pois, essa atividade, também, a outras autoridades administrativas.

Cumprido ressaltar que no inquérito civil não há esta possibilidade, uma vez que é atividade exclusiva do *Parquet*. Assim, quando os demais co-legitimados desejarem formar elementos de convicção ao juiz, deverão fazer por meio de peças informativas, visto que, como já mencionado, o inquérito civil constitui instituto privativo do *Parquet*.

Outro aspecto importante a ser observado no inquérito penal é que este tem como seu destinatário imediato o Ministério Público, pois é esta Instituição, a titular da ação penal. Sendo o caso de ação penal privada, o inquérito terá, por sua vez, como destinatário direto o ofendido. Em se tratando de inquérito civil, que é função institucional do *Parquet*, ter-se-á como destinatária final a autoridade judiciária.

Urge ainda esclarecer que por ser finalidade do inquérito penal a “apuração de fato que configure infração penal e respectiva autoria, para servir de base à ação penal ou às providências cautelares” (CAPEZ, 2005, p. 74), deverá este ser escrito.

Além desta exigência, é, ainda, caracterizado pelo sigilo, pela oficialidade, indisponibilidade e inquisitorialidade. O sigilo consiste em um atributo necessário à elucidação do fato. Não se estendendo, pois, esta particularidade ao Órgão Ministerial e a autoridade Judiciária. Por sua vez, a oficialidade refere-se à atividade desenvolvida por órgão oficial, que, *in casu*, é a polícia judiciária. Quanto à indisponibilidade, esta pode ser entendida como a impossibilidade de arquivamento do procedimento investigatório pela autoridade policial, e no tocante ao caráter inquisitorial, pode-se defini-lo como a inaplicabilidade dos princípios do contraditório e ampla defesa a esse procedimento policial.

Desse modo, em decorrência do caráter inquisitório do inquérito policial, em regra, não se pode motivar uma decisão condenatória apenas no conjunto de elementos colhidos ou produzidos durante a sua realização, visto que há ofensa a princípios constitucionais, na espécie, o da ampla defesa e do contraditório, o que acarreta a nulidade absoluta do processo.

A exceção, contudo, está no art. 155 da Lei n. 11.690/08, que estabelece ser possível a fundamentação de decisão, exclusivamente nos elementos informativos

colhidos durante a investigação, somente naqueles casos em que se tratar de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Posto isso, cumpre ainda dizer que os inquéritos (civil e penal) possuem algumas semelhanças. Fazendo-se um cotejo entre eles, há que se apontar que o procedimento penal, diferentemente do civil, será instaurado e presidido, salvo as exceções legais, por autoridade policial competente, e não pelo *Parquet*. A *Lex Legum* considera, pois, como autoridade competente os delegados de polícia de carreira, que tem sua atribuição distribuída de acordo com o lugar em que ocorreu a infração.

Ensina Edgard Fiore (2003, p. 41), que:

a principal diferença entre os dois tipos de inquérito é a função na sociedade, constitucionalmente atribuída que têm aqueles que presidem os diferentes tipos de inquéritos; a função do Ministério Público, que preside o inquérito civil, é tida como essencial à justiça (arts. 127 a 130 da CF), enquanto a da autoridade policial, que preside o penal, é garantir a segurança pública (art. 144 da CF).

No tocante a instauração do procedimento penal investigatório, segundo art. 5º do CPP, poderá esta ser feita de ofício pela autoridade policial, mediante portaria, ou ainda, por lavratura de flagrante, representação do ofendido ou seu representante, requisição do *Parquet* ou do Juiz, e por requerimento da vítima. Não se pode olvidar que em se tratando de apuração de crime de ação penal pública a instauração do inquérito será obrigatória.

No que concerne ao inquérito civil, cumpre dizer que será instaurado e presidido pelo Órgão Ministerial. A instauração dar-se-á mediante portaria detalhada, baixada *ex officio* pela própria autoridade. Com efeito, esta ocorrerá em dois momentos: quando for obrigatória, isto é, no dizer de Capez (2005, p. 108), quando:

o próprio órgão de execução do Ministério Público tomar conhecimento da ocorrência de fatos que impliquem lesão ou ameaça de lesão a interesse que estejam sob a esfera de proteção da ação civil pública”, ou ainda, quando o membro do *Parquet* acolher a representação a ele dirigida por algum interessado. Em se tratando de competência originária será essa atribuição, exclusiva, do Procurador-Geral de Justiça.

Oportuno lembrar que o art. 6º da Lei n. 7.347/85 impõe o dever aos funcionários públicos de comunicar ao Órgão Ministerial o conhecimento de elementos

capazes de ensejar a ação civil pública. As demais pessoas, entretanto, não estão obrigadas.

Instaurado o inquérito civil, a portaria que é peça inaugural, trará em seu bojo, de maneira breve, o fato e objetivo que levaram a instauração do procedimento, bem como a especificação do órgão ou pessoa que será investigada, a fim de se possibilitar um eventual recurso. Impende dizer que em se tratando de inquérito policial a portaria só será peça inaugural quando for o caso de instauração *ex officio*.

Não se pode olvidar que ambos os inquéritos são instrumentos dispensáveis, isto é, sempre que houver elementos suficientes a formar a convicção do magistrado ou do *Parquet*, não serão instaurados.

Uma vez iniciado o procedimento administrativo civil, há que se dizer que sua dinâmica varia de acordo com o objetivo de cada investigação. Assim, em regra, têm-se as seguintes fases: instauração, instrução e conclusão. Quanto à primeira não merece mais delongas, uma vez que já foi trabalhada em parágrafo anterior. A segunda, por sua vez, consiste na fase de coleta e produção de elementos admitidos em direito, a fim de formar a convicção do Órgão Ministerial. A conclusão, última fase do inquérito, poderá ter vários desdobramentos. Assim, se o Ministério Público se convencer que é o fato atípico, ou ainda que não há materialidade ou autoria suficientes, lesão ou ameaça a interesses difusos, coletivos, ou individuais indisponíveis a propositura de qualquer ação de iniciativa do Órgão Ministerial, determinará seu arquivamento. Outrossim, poderá ainda, resultar a conclusão em emissão de recomendação, pactuação de termo de ajustamento de conduta, ou propositura de ação judicial.

Já no procedimento penal ter-se-á as seguintes fases: instauração, instrução e conclusão. As duas primeiras fases já foram objetos de estudo em momento anterior. A conclusão, porém, nesse instituto, distingue, e muito, da realizada no inquérito civil, porquanto não terá muitos desfechos.

Pois bem, concluídas as investigações deverá, a autoridade policial, fazer um relatório minucioso do que foi apurado, prestando todas as informações colhidas durante as investigações e diligências realizadas, indicando, se necessário, testemunhas que não puderam ser inquiridas, mencionado o local onde se possa

encontrá-las. Não poderá, contudo, emitir juízo de valor, opiniões ou julgamentos sobre o material colhido ou produzido durante o inquérito.

Há que se dizer ainda, que quando a autoridade competente instaura o inquérito penal, esta classifica o crime dando-lhe a correta capitulação do ilícito penal. Muito embora haja essa classificação, poderá se verificar, ao final da instrução, tratar-se de outro delito, devendo, pois, a autoridade modificar a sua capitulação.

Impende ressaltar que a classificação dada pela autoridade policial no relatório final do inquérito, não vincula o Órgão Ministerial nem o querelante, para, respectivamente, o oferecimento da denúncia ou queixa.

Não se pode olvidar que o arquivamento desse procedimento investigatório, no dizer Tourinho Filho (2006, p. 103), ficará “afeto ao órgão do Ministério Público. Somente este é que poderá requerer ao Juiz seja arquivado o inquérito, e, caso o Magistrado acolha as razões invocadas por ele, determina-lo-á. Do contrário, agirá de conformidade com o art. 28 do CPP”.

No que concerne aos prazos de conclusão dos inquéritos civil e policial, pode-se dizer que ficará este adstrito ao período estabelecido no art. 10 do CPP. Sendo, pois, de 30 dias quando o indiciado estiver solto (podendo ser prorrogado), e se preso 10 dias. Caso não seja concluído o procedimento penal dentro do termo prefixado em lei, poder-se-á, o indiciado ou alguém por ele, impetrar *habeas corpus*.

No tocante ao inquérito civil, não há delimitado o seu prazo de conclusão na Lei de Ação Civil Pública, ficando, pois, essa tarefa a cargo das legislações estaduais. Assim, o art. 9º do Ato 19/94 do Colégio de Procuradores de Justiça, que regulamenta o inquérito civil no âmbito do Ministério Público de São Paulo, fixou o seu prazo de conclusão em 90 dias.

Em Santa Catarina, o artigo 11 do Ato n. 81/2008/PGJ, estabelece que este prazo é de 01 (um) ano. Prescreve o mencionado artigo:

O inquérito civil deverá ser concluído no prazo de 1 (um) ano, prorrogável pelo mesmo período e quantas vezes forem necessárias, por decisão fundamentada de seu presidente, à vista da imprescindibilidade da realização ou conclusão de diligências, dando-se ciência ao Conselho Superior do Ministério Público.

Cumpra esclarecer que o descumprimento deste prazo, não obsta, pois, a propositura da ação, nem mesmo gera nulidade do procedimento, uma vez que não se trata de preclusão.

Urge ressaltar que se o Ministério Público, no inquérito civil, entender, com base nos elementos colhidos ou produzidos, não ser conveniente à propositura da ação civil pública, deverá, mediante decisão fundamentada, promover diante do Conselho Superior do Ministério Público, o seu arquivamento.

Ensina Paulo Márcio da Silva (2000, p. 137) que:

o juízo de valor acerca do não-aforamento da ação civil pública é daqueles que se inserem dentre as atribuições exclusivas do próprio Ministério Público e, nesta condição, não comporta qualquer forma de intervenção ou de controle externo, seja por parte de algum interessado ou mesmo do Poder Judiciário, conforme ocorre no inquérito policial, em que ainda há a manifestação jurisdicional.

Há que se dizer que, não obstante a inexistência desse controle, nada impede que qualquer co-legitimado a propositura da ação civil pública se insurja, perante o Conselho Superior do Ministério Público, para a defesa de tese contrária a que sugere o arquivamento.

Diferentemente do inquérito civil, para que haja o arquivamento do inquérito penal, deverá, pois, a autoridade judicial se manifestar sobre o requerimento, fundamentado, do Órgão Ministerial.

É vedado ao juiz determinar o arquivamento do procedimento investigatório, sem antes ouvir a manifestação do *Parquet*, uma vez que é este o titular exclusivo da ação penal. Assim, caso o juiz discorde do pedido de arquivamento feito pela Instituição, deverá remetê-lo ao Procurador - Geral. Este, se insistir pelo arquivamento, obrigará o juiz a fazê-lo. Entendendo, ainda, o Procurador, não ser caso de arquivamento, poderá oferecer a denúncia ou remeter o inquérito a outro promotor para que este, se entender necessário, a ofereça.

3 A inarredável eficácia probatória do inquérito civil

3.1. O conceito de prova e sua classificação

O objeto principal neste terceiro capítulo é, sem sombra de dúvida, tratar da eficácia probatória do inquérito civil. Antes, porém, de adentrarmos neste assunto, faz-se mister esclarecer o que se entende por prova, bem como quais são as suas classificações.

De imediato, cumpre dizer que a palavra “prova” é de difícil definição. Inúmeros são os seus significados, podendo ser, pois, entendida como, por exemplo, a experiência de um dado fenômeno, uma constatação ou até mesmo uma confirmação de uma experiência entre outros.

No âmbito do judiciário, urge ressaltar, que a palavra prova também não tem um conceito preciso. A doutrina, porém, a classifica de duas formas: como atividade desenvolvida pelos sujeitos do processo, a fim de demonstrar a existência de determinados fatos, ou ainda, como o instrumento por meio do qual são verificadas as ocorrências destes.

Ensina Ovídio Baptista da Silva (2002, p. 335) que:

no primeiro sentido, diz-se que a parte produziu a prova, para significar que ela, através da exibição de algum elemento indicador da existência do fato que se pretende provar, fez chegar ao Juiz certa circunstância capaz de convencê-lo da veracidade da sua afirmação”. No tocante ao segundo sentido, escreve, o autor, que “a palavra prova é empregada para significar não mais a ação de provar, mas o próprio instrumento utilizado, ou o meio com que a prova se faz.

Contudo, não obstante haja essa imprecisão doutrinária, o Código de Buzaid, em seu dispositivo 332, é enfático ao empregar a palavra prova como significado de “meio”. Prescreve o mencionado artigo: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Desta feita, não há que se falar em prova como atividade desenvolvida pelas partes, uma vez que o próprio Código de Processo Civil utiliza a denominação prova com o sentido de instrumento, meio, de provar os fatos controvertidos.

Corroborando esse entendimento, define Cintra, Grinover e Dinamarco (2006, p. 371): “a prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou incoerência dos fatos controvertidos no processo”.

Nessa mesma senda, preleciona, ainda, Francesco Carnelutti (2001, p. 265), que o conceito de prova “tende a excluir da mesma a atividade do juiz que comprova, referindo-se, portanto, somente ao instrumento que serve para a comprovação. Pelo contrário, a atividade da parte ou do juiz, quando prevê a comprovação das afirmações, entra no conceito de ação ou no de julgamento”.

Acerca desses ensinamentos e do que prescreve o CPC, não resta dúvida de que o conceito mais plausível para prova é o de instrumento, ou ainda, de procedimento destinado a dirimir dúvidas relevantes sobre determinados fatos, destinado a formação de convicção do magistrado. São, pois, as prova, instrumentos elementares que fazem com que o processo em geral, e mais precisamente o Direito, alcance sua finalidade.

Simili modo, cumpre dizer que é somente através deste meio, denominado prova, que se pode proporcionar, ao avaliador, uma percepção maior da ocorrência de determinados fatos, sem a qual não se tomaria conhecimento. Provar significa assim, demonstrar, comprovar, a veracidade de determinadas questões de fato e não de direito, sendo que somente os fatos relevantes para a decisão da controvérsia devem ser provados. As questões de fato devem assim, ser resolvidas pela autoridade judiciária à vista da prova dos fatos pretéritos relevantes. As questões de direito, por sua vez, não prescindem de prova, visto que o magistrado, em regra, as conhece. Em se tratando de matéria de direito que não a legislação federal, deverá, contudo, a parte colacionar aos autos cópia da legislação, a exemplo, de leis estrangeiras, estaduais, municipais ou até mesmo nos casos em que seja preciso invocar o direito consuetudinário.

Impende lembrar que muito embora os instrumentos por meio do qual o juiz forma sua convicção digam respeito à existência ou não de fatos, não são todos estes que precisam ser provados.

Pois bem, no que concerne aos fatos notórios estes não necessitam ser provados, eis que são de conhecimento de todos. Assim, também, prescindem de prova, os fatos estranhos à causa, os incontroversos, os impossíveis, os confessados, bem

como os cobertos por presunção legal de existência de veracidade (leia-se o art. 334 do cânone processual).

A respeito da classificação das provas, urge dizer que a doutrina majoritária as classifica em direta e indireta, quanto o seu objeto, e em pessoais e reais, quanto aos sujeitos de que provêm.

As provas diretas são, pois, aquelas que se referem diretamente ao fato probando, sendo as indiretas, por suas vez, aquelas que não possuem uma relação direta com os fatos. Elucida João Batista Lopes (2002, p. 36) que:

direta é a prova que se refere ao próprio fato probando como, por exemplo, o documento público exibido para demonstrar o domínio sobre um imóvel. A respeito da prova indireta, ensina que esta “se refere ao fato diverso do que se pretende demonstrar, mas que, por meio de uma operação mental (raciocínio, dedução), permite chegar ao fato objeto da prova. Exemplo: danos causados a plantações, que poderão indicar prática de turbação.

Oportuna é a definição de Cândido Rangel Dinamarco (2005c, p. 92):

Prova indireta é a prova de fatos que em si mesmos não teriam relevância para o julgamento, mas valem como indicação de que o fato relevante deve ter acontecido - e tais são os indícios, ou fatos-base, sobre os quais o juiz se apóia, mediante a técnica das presunções, para tirar conclusões sobre o fato probando.

Desse modo, há que se dizer que a diferença entre a prova direta e indireta, consiste basicamente em fundamentar-se na coincidência ou divergência do fato a ser provado e o percebido pelo magistrado. Sendo que esta apresenta uma separação entre o objeto da prova e o da percepção, servindo senão de um meio para o conhecimento do seu destinatário final.

A prova indiciária é, pois, tida por muitos juristas como um exemplo clássico de prova indireta. Outros, no entanto, tem uma resistência em incluir esta dentro do conceito de prova, por ser resultado da percepção de fatos a serem provados.

Prescreve o art. 239 do Código de Processo Penal: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

Os indícios são definidos, de forma breve, e de acordo com o exposto acima, como um sinal, uma circunstância, ou ainda um vestígio, que apreciados de maneira isolada são insuficientes para comprovar a existência ou inexistência de questões de

fato. Contudo, não devem estes ser menosprezados, uma vez que submetidos à apreciação do juiz podem conduzir a prova pretendida.

Frederico Marques apud João Batista Lopes (2002, p. 65) esclarece que “os indícios, por si sós, nada provam. Eles constituem elementos dados como provados, a partir dos quais, por meio de presunções, se alcançam os fatos probandos”.

Não discrepa Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2006, p. 302):

o fato indiciário somente pode ser comparado com o fato principal. É que o fato indiciário, que também é chamado de indício, é, como o fato principal, um mero fato. Quando tal fato é alegado, deve-se demonstrar ao julgador que a sua prova será importante para a formação de um juízo de procedência.

Recorrendo-se as palavras do autor, conclui-se que há a necessidade de os indícios serem provados, por isso fala-se em prova indiciária destinada a formação de um juízo de procedência. Sendo que somente esta esclarecerá acerca da ocorrência de um fato secundário, e permitirá, por presunção, concluir-se pela existência de um fato primário.

Importa ressaltar que, muitas vezes, a prova indiciária é o único elemento que dispõe, o magistrado, para formar sua convicção acerca da existência de determinados fatos. Em casos como este, se não admitida à prova indiciária, ter-se-á, sempre que for impossível à formulação de uma prova direta, a impossibilidade de chegar-se a uma “condenação”.

Por isso, há que se justificar a importância, inarredável, da prova indiciária, uma vez que a sua admissão dentro de todo um sistema tende a evitar uma maior impunidade, bem como um exagerado apego à técnica da presunção legal em casos em que a prova de certo fato seja extremamente difícil.

Nessa senda, assevera Marinoni e Arenhart (2006, p. 297) que:

vedando-se o uso da prova indicaria e também sem se recorrer as presunções legais, corre-se o risco de sempre cair na vala comum da “absolvição de instancia por falta de prova”. Embora esse recurso seja usual no processo penal - tendo ainda incidência em algumas situações do processo civil como nas ações coletivas – representa ela grande demonstração de falha no desenvolvimento da atuação judicial.

Na mesma exegese preleciona Carnelutti que a diferença entre as provas direta e indireta se dá apenas na sua estrutura, porque o processo probatório daquela é

simples e desta complexo, possuindo, contudo, ambas a mesma base, que é a percepção dos fatos pelo juiz. E esclarece (2001, p. 87), que:

isso demonstra a unidade substancial dos dois procedimentos e a necessidade de não excluir a percepção do campo das provas, se a excluir, haverá que acabar destruindo o próprio conceito de prova indireta, que não pode existir sem a percepção do fato intermediário, do qual o juiz deduz o fato a ser provado.

Quando o magistrado, bem como o legislador, constatarem que a prova de certo fato é de difícil demonstração, ou seja, impossível de se comprovar que o fato existiu, poderão recorrer-se à idéia de presunção para montar um raciocínio capaz de conduzir uma verificação do contexto em que normalmente esta incidiria. A presunção somente poderá ser utilizada naqueles casos em que se foi possível demonstrar através do fato provado a ocorrência do fato probando.

Fala-se, pois, em dois tipos de presunções: as judiciais e as legais. Estas decorrem, pois de lei, podendo ser relativas (*iuris tantum*) – isto é, presunção que admite prova em contrário, ou até mesmo absolutas (*iuris et de iure*) – que são aquelas presunções que não admitem contraprova. Aquelas, por sua vez, consistem no raciocínio, pelo juiz, derivado de um fato secundário, já comprovado, destinado a elucidar a existência ou não do fato principal que se tem, efetivamente, interesse. Esse resultado do raciocínio do magistrado, nada mais é do que a chamada presunção judicial.

No tocante a natureza probatória das presunções, elucida Barbosa Moreira apud Marinoni e Arenhart (2006, p. 299), que:

parece bastante claro que tal presunção não constitui, a rigor, meio de prova, ao menos no sentido que se dá a semelhante locução quando se afirma que é meio de prova, v.g., um documento ou o depoimento testemunhal. (...) Seria de todo impróprio dizer que, nesse momento, se adquire mais uma prova: o que se adquire é um novo conhecimento, coisa bem diferente.

Outrossim, esse é corolário de Luiz Guilherme e Sérgio Cruz (2006, p. 299):

Com efeito, o raciocínio, por si só, não pode constitui-se em meio de prova. E o que se tem na presunção é a prova – através de um meio de prova próprio (como o documento, o testemunho etc) – de um fato e um raciocínio que conduz à conclusão de que outro fato, ligado àquele, também ocorreu.

Impende dizer que conquanto tenha o Código de Processo Penal se preocupado em definir o que seja indício, o Código de Buzaid não contemplou qualquer definição acerca desse assunto, restando ao direito comparado, fornecer elementos capazes de apontar o mesmo sentido transcrito pelo art. 239 do CPP.

Outra classificação feita às provas é quanto ao sujeito de que esta emana. Denominam-se pessoais, quando a revelação consciente de um fato é feita por uma pessoa. No que concerne ao tema, ensina João Batista (2002, p. 36) que “pessoal é a prova consistente em declaração ou afirmação sobre a veracidade de um fato, como o depoimento testemunhal e o depoimento pessoal”.

A prova será real, quando consistir no próprio fato ou em suas circunstâncias. Ou seja, no dizer que Ovídio Baptista (2002, p. 338):

quando forem produzidas pelas coisas ou pelas pessoas inconscientes ou involuntariamente, como as modificações corpóreas e psíquicas causadas na testemunha por ocasião de prestar o depoimento, e que servirão de subsídios para demonstrar a probabilidade da existência de algum fato ou indicar determinado estado de espírito.

O ônus destas provas caberá, em regra, a quem os alega, pois a premissa de se tornar vencedor na causa, impõe a parte, ou ainda as partes, desenvolver perante o juiz a formação de uma convicção a si favorável. O ônus probatório é assim, o encargo das partes de provar no processo a veracidade sobre os fatos aduzidos.

Por isso, fala-se em distribuição do ônus da prova, uma vez que é dada tanto ao autor como ao réu, o direito de provar as suas alegações. Assevera Cintra, Grinover e Dinamarco (2006, p. 374) que:

o fundamento da repartição do ônus da prova entre as partes é, além de uma razão de oportunidade e de experiência, a idéia de equidade (...) é justo não impor só a uma o ônus da prova (do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito por ele indicado; do réu, as provas dos pressupostos de exceção).

Estabelece, pois, o art. 333 do Cãnone Processual Civil: “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (...)”.

Posto seja essa a regra, há que se considerar algumas exceções. A exemplo, o CDC em seu art. 6º, VIII, que possibilita ao juiz a inversão do ônus da prova. Outrossim, o CPP, em seu art. 156 *caput*, impõe a produção de prova de alegação a quem a fizer.

Contudo, o inciso I deste mesmo artigo, abre, ao juiz, a possibilidade de decretar *ex officio* a produção de provas. De maneira equivocada, o mencionado inciso, possibilita ao juiz que estas provas sejam produzidas antes de iniciada a ação penal pelo Órgão Ministerial.

Destarte, para se ter uma maior compreensão acerca das provas sejam elas produzidas pelas partes ou ordenadas *ex officio*, faz-se mister estudar os sistemas de sua avaliação. O assunto é, pois, a proposta do próximo item.

3.2 A valoração da prova civil

Primeiramente, antes de se abordar o sistema de avaliação de provas usado pela legislação brasileira, estudar-se-á os outros meios de avaliação de provas, a fim de que se possa fazer um paralelo entre eles, apontando os prós e os contras de cada sistema.

Como dito anteriormente, a palavra prova é de difícil definição, sendo atribuído pela doutrina dois conceitos: o de atividade das partes - com o escopo de fornecer elementos para formar a convicção do juiz e, a de instrumento - por meio do qual são verificadas as ocorrências dos fatos.

Pois bem, se considerarmos como correto o primeiro significado de prova, temos que considerar o procedimento probatório concluído, isto é, finalizado, a partir do momento em que esta for produzida.

Filiando-se, pois, ao segundo conceito, e este é o conferido pela norma legal, pode-se dizer que o procedimento probatório só será concluído após a avaliação da prova pelo juiz. Antes disto, serão necessários às fases de postulação de provas pela parte, ou por terceiro interveniente, (ressalvada as hipóteses de produção *ex officio*); a fase de admissão da produção da prova pelo juiz, e a de sua produção.

Valorar uma prova é, no dizer de Dinamarco (2005c, p. 101), realizar “a avaliação da capacidade de convencer, de que sejam dotados os elementos de prova contidos no processo”.

Atualmente essa atividade de valoração é conferida ao juiz, a quem poucos limites são especificados em lei. Destarte, urge dizer que o magistrado possui assim, liberdade, porém não plena, para a apreciação das provas.

Estabelece o art. 131 do Código de Processo Civil: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formam o convencimento”.

O mencionado dispositivo trata, pois, do sistema de avaliação de provas adotado pela legislação brasileira, denominado persuasão racional, ou ainda, de livre convencimento motivado.

Impende dizer, a respeito da valoração da prova civil, que existem três grandes sistemas, quais são: o da prova legal (também denominado prova tarifada); o do livre convencimento; e o da persuasão racional ou misto.

O primeiro se não abandonado, encontra-se reduzido. Este era o sistema de avaliação adotada na Idade Média, sendo fruto de superstição dos povos e, em alguns casos, de experiência do legislador. As ordálias são, assim, um exemplo clássico desse instituto onde se esperava uma resposta divina nas provas que necessitassem de força, resistência entre outros.

Assim, o que preponderava, neste sistema, eram as regras de valoração da prova estabelecidos em lei, e não pelo juiz. Desse modo, o legislador atribuía, mediante tabelas, juízos valorativos limitando, ou ainda excluindo, a validade de outros instrumentos probatórios. Por isso, é que se denomina esse instituto de prova tarifada, uma vez que não compete à autoridade judiciária exercer o seu poder de convicção.

Cumprе elucidar, que no direito medieval, onde se verificou a plenitude desse sistema, tinha-se, por exemplo, uma valoração, também no que diz respeito às pessoas que prestavam depoimento. Este quando prestado por um servo, tinha um valor inferior àquele que fosse prestado por um nobre, e posto o juiz tivesse fundadas razões para dar uma credibilidade maior ao depoimento prestado pelo primeiro, não poderia fazê-lo, eis que estava adstrito a valoração objetiva da prova. Importa lembrar que o magistrado, dentro desse sistema, não raras vezes, julgava de acordo com a lei, mas contrário a sua própria convicção.

Acerca do assunto, preleciona Ovídio Baptista (2002, p. 346) que neste sistema “cada prova tem um valor inalterado e constante, previamente estabelecido pela lei, não

sendo lícito ao juiz valorar cada prova segundo critérios pessoais e subjetivos de convencimento, de modo diverso, naquele que lhe tenha sido determinado pela lei”.

Assevera Moacyr Amaral dos Santos *apud* Ovídio Baptista da Silva (2002, p. 347) que pelo sistema da prova legal, ou tarifada “o juiz torna-se um órgão passivo, cuja única função em matéria probatória resume-se em constatar a ocorrência da prova e reconhecê-la como produzida, sem que lhe seja possível avaliá-la segundo critérios racionais capazes de formarem seu próprio convencimento”.

Muito embora, esse não seja o sistema adotado pelo Código de Buzaid, há que se dizer que as restrições impostas pelo CPC, porque este em determinadas situações impõe-nas, têm origem no sistema medieval da prova tarifada.

Denota-se, pois, esses resquícios nas restrições opostas pelo Código de Processo Civil, por exemplo, no art. 405 que se refere aos depoimentos de pessoas incapazes, impedidas ou suspeitas; no art. 401 que torna impossível a prova testemunhal em contratos que excedam determinados valores, bem como no caso do art. 319 em que se decreta a revelia do réu, e do art. 366, que prescreve: quando a lei exigir o instrumento público nenhuma outra prova poderá suprir-lhe a falta.

O sistema do livre convencimento, por sua vez é o oposto da prova tarifada. Naquele, o juiz é livre para formar a sua convicção, não estando adstrito a nenhuma prova ou em qualquer elemento que conste nos autos.

Ensina Ovídio Baptista (2002, p. 347) que segundo este princípio:

o juiz poderá formar o seu convencimento não apenas baseado naquilo que a testemunha afirma, mas igualmente basear-se em suas impressões pessoais, colhidas tanto no comportamento da própria testemunha quanto nas atividades e comportamento processual das partes.

Uma vez adotado esse sistema, não há que se falar, pois, em qualquer limitação aos meios de prova de que o juiz possa se valer, bem como não se pode questionar a origem, qualidade ou credibilidade destas.

Por isso, se diz que este instituto é de extrema insegurança, porque além de possibilitar ao magistrado julgar segundo a sua própria ciência privada (impressões pessoais, ou ainda, por impulso), sendo as decisões, por vezes, arbitrárias e injustas, é inimigo do Estado - de - Direito.

Relembra, contudo, Cândido Rangel Dinamarco (2005c, p. 105) que:

o único caso em que os julgamentos fundados no convencimento íntimo e não motivado têm compatibilidade com o princípio do devido processo legal em sua configuração brasileira (Const., art. 5º, inc. LIV) é representado pelo júri, cujo os integrantes decidem em segredo e sem motivação alguma (...).

Desse modo, é por todas essas razões acima expostas que, felizmente, o sistema do convencimento íntimo encontra-se abandonado, não sendo, a exceção do júri, se quer abarcado por algum dispositivo de direito processual ou material na sistemática brasileira.

Com efeito, por força da norma constitucional, bem como de normas infraconstitucionais, foi que se adotou, como meio de valoração da prova, no Brasil, o sistema de persuasão racional, também conhecido como livre convencimento motivado.

Define, Ovídio Baptista (2002, p. 348), o sistema do convencimento racional como:

um sistema misto, que aproveita ao mesmo tempo elementos dos outros dois. (...) em que embora aceite em geral a tese do livre convencimento, impõe certas restrições à legitimidade da formação do convencimento judicial. A esse sistema intermediário dá-se o nome de persuasão racional.

Com efeito, cumpre dizer que a diferença entre a avaliação das provas feita pelo sistema racional e o livre convencimento consiste, basicamente, na necessidade de serem aquelas motivadas, de maneira racional, nos elementos contidos nos autos.

Fazendo-se, pois, um cotejo entre aquele e o sistema da prova tarifada, conclui-se que nesta há uma imposição legal que, muitas vezes, é arbitrária, injusta, e que pode não corresponder à realidade dos fatos, uma vez que estando o magistrado convencido por outra prova, é obrigado decidir contrária a sua própria convicção.

Importa ressaltar que no instituto da persuasão racional, o juiz possui, assim, livre apreciação das provas que foram colacionadas aos autos, devendo formar sua convicção de maneira racional e não emocional, a fim de poder fundamentar a sua decisão. Outrossim, não se pode olvidar que por ter, esse sistema, um caráter misto, deverá, a autoridade judiciária, observar a restrição na valoração de determinadas provas impostas legalmente.

Esses vínculos normativos, à convicção do juiz, ocorrerão sempre que se tiverem normas que estabeleçam presunções legais relativa, ou ainda, quando estas

limitarem a eficácia de algum meio de prova, bem como nas que de algum modo afirmam ou disciplinam essa eficácia probatória.

Nessa senda, afirma João Lopez (2002, p. 35) que:

posto não esteja o juiz adstrito a critérios e valores prefixados pelo legislador – exceções, como a disposição do art. 366 do CPC, apenas confirmam a regra – não pode ele, à evidência, desprezar as regras lógicas, os postulados das ciências positivas (...) porque, como foi dito, a livre convicção não tem caráter absoluto.

Por isso, segundo Dinamarco (2005c, p. 106):

o convencimento do juiz deve ser alimentado por elementos concretos vindos exclusivamente dos autos, porque o emprego de outros, estranhos a estes, transgrediria ao menos as garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal, sendo fator de insegurança as partes.

Assim, mesmo nos casos de inspeção judicial, que tem por objeto o exame de coisas ou pessoas, o *decisum* só será válido quando, nos autos, for regularmente documentada a diligência.

A propósito, dispõe o art. 93, inciso IX, da *Lex Legum*: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões (...)”. Destarte, qualquer decisão emanada por órgão do Poder Judiciário que não for motivada será nula. Isto é, não produz efeitos.

Cumprе elucidar que quando uma decisão for proferida e tiver por fundamento a convicção do magistrado em máximas de experiências, esta será eficaz, pois não se trata de ciência privada em que o art. 131 do CPC, terminantemente, a proíbe.

O dispositivo 355 do Cãnone Processual Civil permite, assim, ao juiz, que este decida com base nas expressões de cultura, aplicando as regras de experiência comum. Esse artigo atua, pois, em um campo diferente do que estabelece o art. 131, uma vez que não se refere aos elementos a serem considerados no julgamento, mas são frutos de raciocínios dedutivos denominados de presunção.

Por outro lado, não se pode olvidar que o sistema do livre convencimento motivado dá, ao julgador, a faculdade de iniciativa probatória. Por isso, justificam-se os inúmeros dispositivos, em nossa legislação, possibilitando, ao juiz, a decretação de produção de provas *ex officio*.

Nada mais justo, porque, nas palavras de Ovídio (2002, p. 349):

se o juiz deve formar a sua convicção livremente, cabendo-lhe, porém motivar, segundo critérios lógicos adequados (...) é natural que se lhe dêem condições de trazer para o processo os elementos de prova de que ele necessite, mesmo que as partes não tenham proposto.

É exatamente isso, que objetiva com esse sistema, juizes com mais condições pessoais de independência, capacidade intelectual, cultural, e acima de tudo, uma maior habilidade para percepção dos fatos, de modo que os elementos das provas guardem uma coerência lógica com a prova constante nos autos. Essa última é, pois, uma garantia contra o arbítrio e injustiça que o sistema do livre convencimento poderia gerar.

Elucida Pontes de Miranda *apud* Dinamarco (2005c, p. 107) que:

sem as exigências de racionalidade e atenção exclusiva aos elementos de convicção constantes dos autos, e sem ser necessária a motivação onde o juiz demonstre ter observado essas exigências, a regra do livre convencimento seria porta aberta ao arbítrio.

Posto isso, denota-se que a exigência de motivação, nas decisões de todos os órgãos do Poder Judiciário, é uma garantia constitucional muito relevante, pois além de possibilitar a ampla defesa, impõe ao juiz limitações acerca da sua liberdade de atuação, caracterizado pela cláusula *due process of law*.

3.3 A força probante do inquérito civil: crítica a jurisprudência do STJ

Neste terceiro e derradeiro capítulo, as atenções estarão voltadas à eficácia probatória do inquérito civil no processo judicial. Para tanto, necessária a utilização das definições trazidas nos capítulos pretéritos.

Retomando alguns conceitos, impende lembrar que em decorrência do caráter inquisitório do inquérito civil, o material colhido ou, ainda, produzido dentro deste procedimento é objeto de muita discussão na doutrina e jurisprudência. O colóquio, acerca do tema, diz respeito à eficácia probatória destes elementos de convicção, bem como a sua prestabilidade como meio de prova.

Pois bem, como antes já explicitado, o inquérito civil teve ingresso em nosso ordenamento jurídico com a Lei de Ação Civil Pública, que trouxe em seu bojo, mais precisamente, no § 1º, art. 8º, dispositivo que disciplinasse este procedimento. Após a Lei n. 7.347/85, outras leis infraconstitucionais também passaram a fazer referência ao

inquérito. Mas foi somente em 1988 que este passou a ser recepcionado pela Constituição, em seu art. 129, III, como função institucional do Ministério Público.

Como já elucidado, o inquérito civil, nas palavras de Ronaldo Pinheiro de Queiroz (2007, p. 191):

não é um fim em si mesmo, mas sim um instrumento de atuação e colheita de provas, de modo que não é considerado condição de procedibilidade para o ajuizamento de ações ou outras medidas extrajudiciais à disposição do Ministério Público, acaso este já disponha de elementos suficientes para embasar a atuação.

É assim, um procedimento administrativo, de caráter inquisitorial e pré-processual que se realiza extrajudicialmente. É instrumento facultativo, porém, muitas vezes, procedimento preparatório fundamental, pois se destina a viabilizar o exercício da ação civil pública pelo *Parquet*, evitando-se, sempre que possível, a instauração de lides temerárias.

O inquérito é, ainda, atividade exclusiva do Ministério Público. Logo, é esta instituição que procede a instauração e presidência durante todo o desenrolar deste procedimento, não se valendo, para tanto, de nenhum órgão do Poder Judiciário. A exceção, contudo, ocorrerá naqueles casos em que a obtenção de algum elemento necessite de autorização judicial.

Dentro desse procedimento investigativo de atribuição do Órgão Ministerial, tem-se como escopo a formação da opinião jurídica do seu destinatário, *in casu*, o juiz ou outra autoridade judiciária. É, ainda, instrumento que auxilia a *opinio júris* do promotor ou procurador.

Por isso, não se fala em processo, uma vez que não se cria, modifica-se ou extinguem-se direitos, nem se deduz pretensão de direito material neste instituto. Nele não há, ainda, litigantes, nem acusados, não se aplicam sanções e não se decidem interesses, muito embora, sejam estes, nesse procedimento, investigados.

Outrossim, não se pode invocar o princípio da ampla defesa e do contraditório. O art. 5º, LV, da *Lex Legum* é clara: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Desta feita, não é essa garantia, alcançada pelo inquérito civil, porque não é este nenhuma das hipóteses.

Urge lembrar que esse procedimento possui algumas semelhanças com o inquérito policial, uma vez que ambos tem como finalidade auxiliar o Ministério Público. Nessa senda, ensinam, Cintra, Grinover e Dinamarco (2006, p. 67): “o inquérito policial é mero procedimento administrativo que visa à colheita de provas para informações sobre o fato infringente da norma e sua autoria. Não existe acusação nessa fase, onde se fala em indiciado (e não acusado, ou réu), e por isso também não há defesa”.

Tem-se, desse modo, o mesmo raciocínio para o inquérito civil, porque somente com a propositura da ação competente é que terá, o réu, as garantias emanadas dos preceitos constitucionais, quais sejam, o devido processo legal e, por conseguinte a ampla defesa e o contraditório.

Preleciona Ronaldo Pinheiro que:

se no inquérito civil instrumento que serve apenas para coligir elementos de convicção para viabilizar uma possível ação judicial, fosse obrigatória a adoção do princípio do contraditório, a mesma premissa deveria ser adotada, por indução lógica, para todas as pessoas – públicas ou privadas que colhem elementos para embasar uma ação judicial.

Faz sentido o argumento do autor, porque antes da propositura de uma ação, à parte, ou partes, também colacionam à inicial elementos de convicção, a fim de convencer o seu destinatário final. Esse período, de coleta de elementos pela parte, se assemelha ao inquérito civil, pois neste, assim como naquele, não se deduz pretensão de direito material, apenas se busca elementos para convencer o julgador. Destarte, senão se fala em contraditório naquela, não há, pois, que se exigir o cumprimento de garantia constitucional nesta, uma vez que possuem a mesma finalidade.

Por outro lado, a inobservância desse princípio constitucional na produção e colheita de elementos de convicção do *Parquet* é objeto de muita discussão. Entendem alguns juristas que este material produzido no inquérito civil não serve como prova, pois para possuir essa denominação, necessita ser repetido em juízo. Outros, no entanto, defendem a eficácia desses elementos produzidos, porque foram obtidos mediante uma investigação pública e oficial.

Para uma maior compreensão, acerca do tema, é imprescindível resgatarmos o conceito de prova. A definição desta, já foi objeto de estudo em um tópico anterior, contudo, recuperemos o ensinamento de Cintra, Grinover e Dinamarco: “a prova

constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou incoerência dos fatos controvertidos no processo”.

Sobre seu aspecto objetivo, elucida João Batista Lopes (2002, p. 26): prova é “o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo”.

Outrossim, cumpre lembrar que o próprio art. 322, do CÂnone Processual Civil, utiliza o termo prova como instrumento, meio, de se provar a verdade, e estabelece, que todos os meios legais, ainda que não especificados no Código, são hábeis para provar a verdade.

A propósito, o próprio acórdão, objeto desse estudo, define prova como meio, salientando ser esta a responsável por formar a convicção do juiz acerca da ocorrência de determinado fato.

Desse modo, tomando-se por base a definição legal de prova, conclui-se que os elementos de convicção colhidos ou produzidos no inquérito civil são sim, meio de prova, porque, como assevera Pinheiro (2007, p. 197), “se são aptos para formar a opinião jurídica do membro do Ministério Público, de certo também o são para o magistrado, que poderá livremente analisar o material obtido e avaliar se aquela convicção formada pelo procurador ou promotor procede ou não”.

Ademais, até mesmo o REsp 476.660/MG, objeto de nossa crítica, reconhece: “O que se apura no inquérito civil tem validade e eficácia para o Judiciário, concorrendo para reforçar o entendimento do julgador, quando em confronto com as provas produzidas pela parte contrária”.

E salienta: “A prova produzida no inquérito não precisa ser repetida em juízo, senão quando impugnada pela outra parte e entender o julgador que tem pertinência à impugnação”.

Impende dizer, ainda, que a Ministra Eliana Calmon, relatora do *decisum*, justifica que o inquérito serve, em juízo, como prova indiciária, por ser este fruto de uma investigação pública e oficial.

É pertinente esta observação da julgadora, porque o inquérito civil é, sem sombra de dúvida, um instrumento instaurado e presidido pelo Órgão Ministerial, e esta

instituição, como bem assevera Dinamarco não é apenas órgão auxiliar, mas exerce função essencial a justiça.

Nessa senda, descreve o autor (2005a, p. 709):

O Ministério Público é por definição a instituição estatal predestinada ao zelo do interesse público no processo. O interesse público que o Ministério Público resguarda não é o puro e simples interesse da sociedade no correto exercício da jurisdição como tal (...) porque dessa atenção estão encarregados os juízes, também agentes estatais eles próprios.

Por isso, inarredável é a eficácia probatória do inquérito civil, sendo, pois, possível ao magistrado, com base no art. 131 do CPC, apreciar todo o material colacionado aos autos para formar sua convicção, podendo esta ser, inclusive, a mesma do membro do *Parquet*.

Contudo, não obstante este corolário do Superior Tribunal de Justiça, tem que se fazer um reparo no REsp. 476.660/MG, no que concerne ao grau do valor probatório atribuído aos elementos colhidos ou produzido no inquérito.

Pois bem, no tocante ao assunto, cumpre dizer que a Corte Superior, equivocadamente, deu-lhe um valor relativo por entender ser este, hierarquicamente inferior as demais provas produzidas sob o pálio do contraditório.

Extrai-se do acórdão:

Observa-se, portanto, que não podem os indícios probatórios concorrer com as provas colhidas sob as garantias do contraditório, porque são eles de natureza inquisitorial. Entretanto, para serem afastadas as provas unilateralmente produzidas pelo *Parquet*, em inquérito civil público é preciso que sejam contrastadas com contraprova que, se acolhida sob as garantias do contraditório, passam a ocupar posição de hierarquia superior.

De imediato, faz-se mister lembrar que esse valor relativo, em regra, é atribuído a todos os meios de provas. Logo, não estando o inquérito em uma daquelas hipóteses em que a lei atribuiu, taxativamente, um valor probatório, porque o legislador assim o quis, não caberá ao julgador fazê-lo, segundo outros critérios, de modo diverso, naquele que lhe tenha sido determinado por lei.

Ademais, o sistema de avaliação da prova adotado pela legislação brasileira é o do livre convencimento motivado e não o da prova tarifada. Assim, salvo as exceções legais, a exemplo do art. 401 do CPC, todos os elementos de convicção

têm natureza de meio de prova com o mesmo valor, não podendo, pois, o inquérito civil valer menos que as demais provas.

Aceitá-lo como hierarquicamente inferior é, sem dúvida, tarifá-lo. Outrossim, dar-lhe este numerário é perigoso, porque pode fazer, muitas vezes, com que a autoridade judiciária decida contrária a sua própria convicção.

A respeito do assunto, ponderou Pinheiro (2007, p. 200):

será que uma ação civil pública instruída no procedimento preparatório com documentos obtidos em órgão público, bem como estudos técnicos elaborados por uma renomada universidade, deverá ter o seu pedido julgado improcedente porque o réu apresentou como prova, colhida sob o contraditório, o depoimento de uma testemunha que desdisse tudo que foi demonstrados nos elementos de convicção?.

Acredita-se que não. O juiz não deve, pois, atentar-se a este tipo de valoração, mas sim observar todo o contexto probatório. O sistema de persuasão racional permite a ele fazer exatamente isto, convencer-se livremente das provas colacionadas aos autos, sem desprezar nenhuma delas da sua análise. O princípio da aquisição processual ou da comunhão das provas prescreve, perfeitamente, isto, que devem estas ser vistas em seu conjunto, a fim de melhor retratarem a verdade dos fatos.

Assim, quando for repetido um depoimento em juízo, alterando-se o teor daquele que já havia sido colhido no inquérito, poderá o juiz valer-se de um deles, uma vez que ambos constituem meio de prova. Como já se mencionou, o que irá direcionar o magistrado será o conjunto probatório, porque a análise de provas, de maneira isolada, poderá não corresponder à verdadeira realidade.

Posto isso, não há, pois, fundamento legal para o argumento utilizado do REsp. 476.660-MG de que o inquérito civil é meio de prova, porém de hierarquia inferior as demais produzidas sob o pálio do contraditório. O corolário peca, porque se denota do estudo que, salvo as exceções, todas as provas tem valor relativo. Tarifar o inquérito é infringir o sistema de persuasão racional. Sistema este que, felizmente, permite ao magistrado avaliar livremente as provas, elegendo a que mais lhe convenceu de acordo com todo o contexto probatório.

Conclusão

A problemática da prestabilidade do inquérito civil como meio de prova, bem como o grau de valor dos elementos produzidos ou colhidos pelo Ministério Público neste procedimento administrativo é objeto de grandes discussões no meio jurídico, os quais foram delineados nos capítulos de desenvolvimento desta monografia.

O inquérito civil é, pois, um procedimento administrativo, pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. É instrumento facultativo que tem como escopo auxiliar a *opinio juris* do membro do Órgão Ministerial. Nele não se deduzem pretensões, não se cria, modifica ou extingue direito. Não há acusado, nem litigantes. Por isso, não se aplicam sanções, nem se decidem interesses, muito embora sejam estes, investigados.

Conforme a *Lex Legum*, o inquérito civil é, ainda, instrumento exclusivo do *Parquet*. Deste modo há uma imprecisão técnica no termo “inquérito civil público”, uma vez que não há inquérito privado. Assim sendo, é o membro do Ministério Público quem instaura e preside este procedimento, que poderá, de acordo com cada objetivo, resultar em um termo de ajustamento de conduta, recomendação à Órgão Público, ou, ainda, ser arquivado, nos casos em que o MP entender não ser necessária a sua “intervenção”, ou nos casos em que inexistirem indícios de autoria ou materialidade suficientes para a propositura da ação pertinente. E se for o caso, deverá ser proposta a ação civil pública.

Cumprir dizer que por ser o inquérito civil um procedimento investigativo, extraprocessual, não se aplica os princípios da ampla defesa e do contraditório, e, por conseguinte, do devido processo legal.

Por este motivo, muitos juristas e doutrinadores entendem que este instituto não pode ser um meio de prova. Outros, no entanto, defendem a sua eficácia, por se tratar de procedimento público e oficial.

No que concerne à definição do termo “prova”, verificou-se que é esta o meio pelo qual o juiz forma a sua convicção. O art. 322 do Código de Buzaid prescreve que é um “meio” de se provar a verdade e adverte: todos os meios legais, ainda que não especificados no Código são aptos a provar a verdade.

Pois bem, como já estudado nos capítulos anteriores, o Ministério Público é órgão essencial à justiça. Sendo o inquérito civil instituto exclusivo desta instituição, e meio pelo qual se forma a convicção do promotor ou procurador, ao certo também poderá ser do órgão julgador.

Não se pode olvidar que o Juiz, salvo as exceções legais, decidirá segundo o seu livre convencimento, desde que motivado, e tendo por base as provas colacionadas nos autos.

Impende lembrar que o REsp. 476.660/MG, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, reconhece que o inquérito serve, em juízo, como prova indiciária, por ser fruto de uma investigação pública e oficial.

Contudo, não obstante esse corolário, o *decisum* peca ao atribuir um valor probatório aos elementos colhidos ou produzidos no inquérito civil. A eminente relatora entendeu que, muito embora seja o inquérito civil um meio de prova, este possui um valor hierarquicamente, inferior às demais provas colhidas sob a égide do contraditório.

Ora, importa ressaltar que este valor “relativo”, atribuído pela Ministra, em princípio, é atribuído a todas as provas. E, *in casu*, não sendo o inquérito um meio de prova tarifada pelo nosso código, porque o legislador entendeu não ser a hipótese, não compete a ilustre julgadora fazê-lo.

Ademais, dar este tratamento ao inquérito é, sem sombra de dúvida, ilegal, uma vez que viola o art. 131 do CPC. O juiz tem, em regra, livre arbítrio para apreciar as provas acostadas aos autos, podendo se convencer por quaisquer delas.

O sistema brasileiro de valoração de prova é o da persuasão racional ou livre convencimento motivado. Tarifar o inquérito é tirá-lo do “limite de visão” do julgador. Esse entendimento do REsp. 476.660/MG, como já elucidado, é perigoso, pois pode fazer com que o juiz, muito embora convencido da veracidade dos fatos apontados pelo inquérito, tenha que decidir contrário a sua convicção.

Posto isso, faz-se mister destacar que o inquérito civil é, inarredavelmente, um meio de prova, com grau de valor probatório relativo como as demais provas. Este não se torna inferior, por não ter sido elaborado sem a observância do princípio do contraditório, pois o juiz tem livre apreciação das provas, podendo, inclusive, ser a sua convicção coincidente com a do procurador ou promotor.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Roberto Moreira. O inquérito civil como ferramenta de atuação do Ministério Público. *In*: ROCHA, João Carlos de Carvalho; FILHO, Tarcísio Humberto Parreira Henriques; CAZETTA, Ubiratan (Orgs.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei 7.347/1985*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 221-231.

ALVIM, Arruda. Ação Civil Pública. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jul.- Set. 1997. p.149-165.

APPIO, Eduardo. *A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito*. 3° triagem. Curitiba: Juruá, 2007.

BAPTISTA, Ovídio da Silva. *Curso de Processo Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 1. 2002.

BRANDÃO, Paulo de Tarço. *Ação Civil Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

_____. *Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso à Justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 outubro de 1988.

_____. Decreto – Lei n. 3.689, de outubro de 1941.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

_____. Lei n. 11.690, de 09 de junho de 2008.

CAPEZ, Fernando. *Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

CAVEDON, Fernanda de Salles; LUIZ, Joaquim Torquato. Ação Civil Pública: como instrumento de acesso à justiça na defesa dos interesses difusos. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: CONSULEX. v. 150. abr. 2003, p. 58-60.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova Civil*. Campinas: Bookseller. 2001.

CAZETTA, Ubiratan (Orgs.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei 7.347/1985*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.171-201.

CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros. V. I. 2005.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros. . 5. ed. V. III. 2005.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho Filho. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FILHO, José Emmanuel Burle. A natureza do inquérito civil, como atribuição constitucional do Ministério Público. *Justitia*. v. 165. jan-mar. 1994. p. 34-36.

IORE, Edgar. O contraditório no inquérito civil. *Revista dos Tribunais*. v. 811. ano 92. maio. 2003.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. *In: MILARÉ, Edis (Coord.). Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 17-32.

GUASQUE, Luiz Fabião. A base Constitucional de atuação do Ministério Público. *Revista do Ministério Publico*. n. 9. jan/jun .1999.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES, João Batista. *A prova no Direito processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. _____. Ministério Público. São Paulo: Damásio de Jesus. 3. ed. 2005.

_____. _____. _____. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 221- 245.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; Sérgio Cruz Arenhart. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2005.

PINTO, Maria Hilda Marsiaj. *Ação Civil Pública: fundamentos da legitimidade ativa do Ministério Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. A eficácia probatória do Inquérito Civil no processo judicial: uma análise crítica da jurisprudência do STJ. *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais. ano 32. Abr. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Paulo Márcio da. *Inquérito Civil e Ação Civil Pública Instrumentos da Tutela Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no Direito processual Brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROCHA, João Carlos de Carvalho. *Ação Civil Pública e Acesso a Justiça*. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; FILHO, Tarcísio Humberto Parreira Henriques; CAZETTA, Ubiratan (Orgs.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei 7.347/1985*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.171-201.

TEIXEIRA, Francisco Dias. A titularidade da ação penal e o arquivamento do inquérito. *Revista da Procuradoria – Geral da República*. Edição Especial. Revista dos Tribunais. n. 6. p. 96 -102.