

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO

Felipe Martins de Azevedo

O poder investigatório do Ministério Público
e seus limites na tutela da probidade administrativa:
publicidade *versus* privacidade

Florianópolis

2010

Felipe Martins de Azevedo

O poder investigatório do Ministério Público
e seus limites na tutela da probidade administrativa:
publicidade *versus* privacidade

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, Programa de Mestrado, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Sociedade.

Orientador: Professor Doutor Horácio Wanderlei Rodrigues

Florianópolis

2010

Autor: Felipe Martins de Azevedo

Título: O poder investigatório do Ministério Público e seus limites na tutela da probidade administrativa: publicidade *versus* privacidade

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito (CPGD), Programa de Mestrado, da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Sociedade, aprovado com distinção e louvor.

Florianópolis – Santa Catarina, 12 de março de 2010.

Doutor Horácio Wanderlei Rodrigues, Professor Orientador UFSC

Doutor Antonio Carlos Wolkmer, Coordenador do CPGD da UFSC

Autor: Felipe Martins de Azevedo

Título: O poder investigatório do Ministério Público e seus limites na tutela da probidade administrativa: publicidade *versus* privacidade

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, Programa de Mestrado, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Sociedade, aprovado com distinção e louvor.

Florianópolis – Santa Catarina, 12 de março de 2010.

Doutor Horácio Wanderlei Rodrigues, Professor da UFSC
Presidente da Banca Examinadora

Doutor João dos Passos Martins Neto, Professor da UFSC
Membro da Banca Examinadora

Doutor Paulo de Tarso Brandão, Professor da UNIVALI
Membro da Banca Examinadora

RESUMO

O objeto do presente trabalho é o poder investigatório do Ministério Público e seus limites na tutela da probidade administrativa. A dissertação examina a atuação desta Instituição nas investigações dos ilícitos civis relacionados aos interesses transindividuais, em conformidade com suas atribuições outorgadas pela Constituição de 1988 e por leis infraconstitucionais. A atuação investigatória do Ministério Público levanta várias questões sobre seus limites no ordenamento jurídico brasileiro, abrangendo o eventual conflito entre o interesse público na apuração de atos ilícitos ofensivos à probidade administrativa, e a preservação dos direitos fundamentais dos investigados. A pesquisa busca determinar a abrangência e os limites da função investigatória do Ministério Público, na tutela da probidade administrativa. Estas questões são examinadas com a utilização do método dedutivo, partindo-se da identificação de uma teoria geral referente ao Estado de Direito e aos direitos fundamentais, para após descrever e analisar as funções constitucionais e legais do Ministério Público, quanto às suas atribuições cíveis na tutela coletiva, notadamente no inquérito civil. A seguir, busca-se aplicar esta teoria geral na solução dos problemas específicos levantados pelo tema proposto, examinando-se a atuação investigatória da Instituição no que se refere ao direito à privacidade e aos princípios da obrigatoriedade, da publicidade, da eficiência e da supremacia do interesse público, em suas interações recíprocas. Conclui-se que as pessoas que exercem cargos ou funções públicas têm uma esfera de privacidade reduzida. O trabalho aponta que a existência de requisitos mínimos relativos à hipótese de atuação investigatória do Ministério Público condiciona a aplicação do princípio da obrigatoriedade. A pesquisa identifica o *status* de norma conferido ao princípio constitucional da publicidade, que afasta a hipótese de sigilo das investigações ministeriais para a proteção do direito à privacidade dos investigados, tendo em vista a natureza pública das funções por estes exercidas. Ainda examina a possibilidade de sigilo temporário destas investigações com base na conveniência de sua instrução ou na proteção do interesse da sociedade. Finalmente, analisa as restrições constitucionais e legais de sigilo impostas a determinadas matérias, em especial o sigilo bancário, bem como as condições para o acesso e utilização destas matérias sigilosas nas investigações do Ministério Público.

Palavras-chave: Ministério Público. Probidade administrativa. Investigação cível. Inquérito civil. Princípio da publicidade. Direito à privacidade.

ABSTRACT

The object of this paper is the investigative power of the Public Prosecution Service and its limits in administrative probity tutelage. The thesis examines the performance of that institution in tort investigations related to collective interests, in accordance with its granted attribution by 1988 Constitution and statutes. The limits of the investigative powers of Public Prosecution Service raises several questions in the Brazilian legal system, comprising the eventual conflict between the public interest in tort finding offensive to administrative probity, and the preservation of fundamental rights of the citizens subjects to investigation. The thesis seeks to determine the scope and limits of the investigative function of Public Prosecution Service in administrative probity tutelage. These issues are examined using the deductive method, starting from the identification of a general theory concerning the Rule of Law and fundamental rights, after describing and analyzing the constitutional and legal functions of Public Prosecution Service, as to its civil attribution in collective tutelage, especially in the civil investigation. Following, this general theory has been trying to be applied to solve the specific problems raised by the proposed theme, examining the investigative performance of the Institution as regards the right to privacy and the principles of mandatory action, publicity, efficiency and supremacy of public interest in their reciprocal interactions. The thesis states that the public servants have a reduced sphere of privacy. The thesis shows that the existence of minimum requirements regarding the possibility of Public Prosecution Service investigative power leads to the application of the principle of mandatory action. The thesis also identifies the normative status of the constitutional principle of publicity, which excludes the possibility of confidentiality in ministerial investigations to protection of privacy rights of those investigated, in view of public nature of the functions they perform; moreover, the thesis examines the possibility of temporary secrecy of those investigations based on the convenience of their instruction or to protect the society interests. Finally, the thesis analyzes the constitutional and legal restriction of confidentiality imposed on certain matters, particularly in bank secrecy, as the conditions for accessing and using of the confidential matters in Public Prosecution Service investigation.

Keywords: Public Prosecution Service. Administrative probity. Civil investigation. Principle of publicity. Right to privacy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O ESTADO DE DIREITO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
2.1 Estado de Direito, Direitos Fundamentais e Constituição.....	15
2.2 A formação histórica do Estado Moderno.....	17
2.3 O Estado Liberal e o surgimento dos direitos fundamentais.....	21
2.4 O Estado Social e a materialização dos direitos fundamentais.....	31
2.5 Conceitos de Estado Social de Direito e de direitos fundamentais.....	42
2.6 O Estado de Direito na Constituição de 1988.....	46
3 A INVESTIGAÇÃO CÍVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA	53
3.1 Síntese da evolução histórica do Ministério Público no Brasil.....	55
3.1.1 O Ministério Público nas épocas colonial e monárquica.....	55
3.1.2 O Ministério Público na República Velha.....	58
3.1.3 O Ministério Público no período de 1930 até 1964.....	59
3.1.4 O Ministério Público após o golpe militar de 1964.....	61
3.1.5 O Ministério Público na Constituição de 1988.....	62
3.2 A legitimidade do Ministério Público para a tutela coletiva.....	65
3.2.1 A coletivização dos litígios no Estado Social.....	66
3.2.2 A inadequação da teoria geral do Processo Civil à tutela coletiva.....	68
3.2.3 O surgimento e a abrangência da ação civil pública.....	74
3.2.4 Os conceitos de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.....	77
3.2.5 A legitimidade do Ministério Público para a defesa do erário público.....	79
3.3 O papel do inquérito civil no exercício da tutela da proibidade administrativa.....	84
3.3.1 Conceito, origem e finalidade do inquérito civil.....	85
3.3.2 A atuação do advogado e do investigado no inquérito civil.....	89

3.3.3 Valor judicial das provas colhidas pelo Ministério Público no inquérito civil.....	92
3.3.4 A tutela da probidade administrativa no inquérito civil.....	96
4 LIMITES À INVESTIGAÇÃO CÍVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	106
4.1 O direito fundamental à privacidade.....	112
4.2 As investigações cíveis sob a ótica do princípio da obrigatoriedade.....	118
4.3 Publicidade e hipóteses de sigilo das investigações ministeriais.....	124
4.3.1 O princípio da publicidade e seus reflexos.....	124
4.3.2 A inadequação do sigilo para a preservação da privacidade dos investigados.....	130
4.3.3 O interesse público como fundamento de exceção à publicidade das investigações.....	138
4.4 O acesso e a utilização de informações sigilosas nas investigações cíveis..	146
4.4.1 O acesso direto do Ministério Público aos dados das movimentações bancárias.....	153
5 CONCLUSÃO.....	162

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 consagrou o restabelecimento da Democracia no Brasil, após o fim do período de Ditadura Militar iniciado em 1964, que durou cerca de duas décadas. O fim do Ato Institucional nº 5, em 1979, e a abertura política, ocorrida no final do governo do General João Batista Figueiredo, abriram espaço para a edição da Carta de 1988, a qual adotou o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, reconhecendo um amplo rol de direitos fundamentais, não excludente de direitos implícitos da mesma natureza, decorrentes de outros princípios e direitos fundamentais constantes em seu texto, embora fora do capítulo específico, bem como daqueles advindos de tratados internacionais que obtenham a adesão do Estado brasileiro.

A previsão dos direitos sociais no capítulo dos direitos fundamentais, na Constituição de 1988, ressaltou a condição de fundamentalidade destes, o que implica o reconhecimento de sua aplicabilidade imediata, conforme dispôs de forma inovadora o texto constitucional, excluindo a possibilidade do seu reconhecimento como normas programáticas, conforme, de regra, previam as Constituições anteriores. A implementação das transformações sociais previstas pela Constituição passou então a exigir uma nova postura positiva do Estado brasileiro, com a modificação de alguns comportamentos de abstenção característicos do modelo liberal de Estado, substituídos por ações estatais interventivas típicas de seu modelo social, inclusive no campo econômico.

Essa necessidade de materialização dos direitos sociais, oriunda da transição do modelo de Estado Liberal para Social, criou novas espécies de demandas, que não se enquadravam na esfera de proteção do modelo tradicional de processo civil individualista, impondo o reconhecimento das modalidades de interesses transindividuais e de uma nova sistemática para seu tratamento, as quais deram origem à tutela coletiva. Esta necessidade de coletivização dos litígios foi reconhecida pelos legisladores no início da década de 1980, com a edição das Leis da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) e da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), tendo sido consolidada na

Constituição de 1988, que consagrou a legitimidade do Ministério Público para a tutela coletiva de uma ampla gama de direitos, muitos dos quais fundamentais e essenciais ao funcionamento do regime democrático e à concretização dos direitos sociais.

A Constituição de 1988 conferiu ao Ministério Público amplas funções institucionais para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sem inseri-lo na estrutura dos Poderes Executivo ou Judiciário, conforme constou na maioria das Constituições brasileiras anteriores. A Constituição atual definiu o Ministério Público como instituição autônoma e independente, essencial à função jurisdicional do Estado, afastando qualquer possibilidade de subordinação em relação aos três Poderes da República. Para tanto, o texto constitucional outorgou-lhe amplas garantias e funções sociais relevantes, destacando-se a titularidade privativa da ação penal pública, na esfera penal, e a legitimidade para promover a defesa dos direitos difusos e coletivos da sociedade, através dos instrumentos do inquérito civil e da ação civil pública, no âmbito cível.

Dentre as novas funções do Ministério Público, desperta especial interesse a atuação na área das investigações dos ilícitos civis relacionados aos interesses transindividuais, na qual se insere a tutela do patrimônio público e da probidade administrativa, cujo exercício tem por principal instrumento o inquérito civil. Para a instrução destas investigações, a Constituição de 1988 conferiu ao Ministério Público importantes poderes, os quais foram ampliados e complementados pela legislação infraconstitucional, destacando-se, no âmbito específico da tutela da probidade administrativa, a denominada Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).

Em decorrência desses dispositivos, o desempenho destas funções gerou milhares de investigações cíveis presididas por Promotores e Procuradores de Justiça, no país, no sentido da apuração de responsabilidades de inúmeros administradores públicos e políticos. Muitas delas resultaram na promoção das ações judiciais necessárias à tutela da probidade administrativa. Por outro lado, a atuação investigatória do Ministério Público na tutela da probidade administrativa tem gerado muitas críticas e resistências, advindas de políticos e de administradores públicos alvos das investigações, que reclamam

de eventuais abusos e excessos nestas cometidos, com repercussão na imprensa e na sociedade. Em alguns casos, a exposição dos investigados no noticiário nacional tem dado margem ao que alguns críticos têm denominado “espetacularização” das investigações ministeriais, ao aludirem a supostas agressões à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem dos investigados, todas manifestações do direito fundamental à privacidade constitucionalmente tutelado.

Diante disso, a presente dissertação terá por objeto o exame da função investigatória do Ministério Público e dos direitos e garantias individuais fundamentais dos investigados, especificamente no que se refere às investigações cíveis de tutela da probidade administrativa. O exercício das novas atribuições ministeriais, outorgadas pela Constituição de 1988 e por outras leis infraconstitucionais, dentro do modelo de Estado Democrático de Direito brasileiro, levantou várias questões sobre a legitimidade e os limites da atuação do Ministério Público no ordenamento jurídico, abrangendo o eventual conflito entre o interesse público na apuração de atos ilícitos que geram danos à coletividade, e a preservação dos direitos fundamentais individuais dos investigados, cuja pesquisa é de suma importância para o aperfeiçoamento do sistema de justiça brasileiro, como também para a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Assim, a presente pesquisa buscará responder aos problemas referentes à identificação do âmbito de abrangência da função investigatória do Ministério Público, na tutela coletiva da probidade administrativa, bem como dos limites destas investigações ministeriais, os quais condicionam a validade das provas nelas colhidas. Para tanto, será examinada a legitimidade outorgada ao Ministério Público para a apuração de ofensas a direitos difusos e coletivos, decorrente da evolução legislativa consagrada pela Constituição de 1988, bem como da legislação infraconstitucional produzida posteriormente a ela. A pesquisa também abrangerá a questão referente à identificação dos limites das investigações ministeriais, verificando se estes decorrem do duplo aspecto dos direitos fundamentais envolvidos: de um lado, a função de consecução dos fins e valores constitucionalmente declarados, exercida através da tutela dos interesses difusos e coletivos da sociedade, cujo caminho

se inicia na função de investigação; de outro, a necessidade do exercício desta função com a observância dos direitos e garantias individuais dos investigados.

Essas questões serão examinadas com a utilização do método dedutivo, partindo-se da identificação de uma teoria geral referente ao Estado de Direito e aos direitos fundamentais, para após descrever e analisar as funções constitucionais do Ministério Público, especialmente quanto às suas atribuições cíveis na tutela coletiva e a um de seus principais instrumentos, o inquérito civil. A seguir, buscar-se-á aplicar esta teoria geral na tentativa de solução dos problemas específicos levantados pelo tema proposto, referentes ao âmbito de abrangência da função investigatória constitucionalmente conferida ao Ministério Público, na tutela cível da probidade administrativa, bem como aos limites das investigações ministeriais, nesta área.

Dessa forma, o trabalho será estruturado em cinco seções, a segunda delas abordando as relações entre as noções de Estado de Direito, direitos fundamentais e constituição, desde a formação histórica do Estado Moderno, passando pelo surgimento do modelo de Estado Liberal e dos direitos fundamentais de primeira dimensão, bem como pela transformação do Estado Liberal para sua modalidade Social, advinda da necessidade de materialização dos direitos fundamentais sociais. A segunda seção se encerra com o exame do modelo de Estado de Direito adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da proteção por ela conferida aos direitos fundamentais.

A terceira seção iniciará por uma síntese da evolução histórica do Ministério Público no Brasil, descrita desde seu surgimento no país, até a promulgação da Constituição de 1988, que consolidou a legitimidade da Instituição para a tutela coletiva. Após, serão examinados o advento da coletivização dos litígios na transição do modelo de Estado Liberal para Social, a inadequação da teoria geral do Processo Civil à tutela coletiva, o surgimento e a abrangência da ação civil pública, os conceitos de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, além da legitimidade do Ministério Público para a defesa do erário público. Na mesma seção, será analisado o papel do inquérito civil como instrumento do Ministério Público no exercício da tutela da probidade administrativa, sendo examinadas a sua finalidade, as possibilidades

de atuação do advogado e do investigado em sua tramitação, o valor judicial das provas colhidas pelo Ministério Público durante sua instrução, além das hipóteses de sua utilização para a tutela da probidade administrativa.

A seguir, na quarta seção da presente dissertação, serão apontadas hipóteses específicas onde podem surgir discussões quanto aos limites das investigações ministeriais na tutela da probidade administrativa. Nesta linha, serão objeto de análise os requisitos mínimos para o início destas investigações ministeriais, sob a ótica do princípio da obrigatoriedade. Também serão examinadas a publicidade das investigações e identificadas as hipóteses de sigilo, quanto aos aspectos que envolvem o princípio da publicidade, a preservação da privacidade dos investigados e o interesse público como fundamento do sigilo das investigações. Independentemente da publicidade ou do sigilo das investigações, ainda serão examinados os aspectos referentes ao acesso e à utilização de informações sigilosas pelo Ministério Público, inclusive quanto ao acesso direto desta Instituição aos dados das movimentações bancárias dos investigados.

Em todas essas hipóteses, através da teoria geral trabalhada nas duas seções anteriores, buscar-se-á resolver eventuais conflitos decorrente do duplo aspecto dos direitos fundamentais envolvidos nas investigações cíveis do Ministério Público de tutela da probidade: de um lado a função de consecução dos fins e valores constitucionalmente declarados, exercida através da tutela dos interesses difusos e coletivos da sociedade, cujo caminho se inicia na função de investigação; de outro, a necessidade do exercício desta função com a observância dos direitos e garantias individuais dos investigados.

5 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 consagrou o restabelecimento da Democracia no Brasil, com a adoção do modelo de Estado Social e Democrático de Direito, no qual foi reconhecido um amplo rol de direitos fundamentais, não excludente de direitos implícitos da mesma natureza, decorrentes de outros princípios e direitos fundamentais constantes em seu texto, embora fora do capítulo específico, bem como daqueles advindos de tratados internacionais que obtenham a adesão do Estado brasileiro. A previsão dos direitos sociais no capítulo dos direitos fundamentais, na Constituição de 1988, ressaltou a condição de fundamentalidade destes, o que implica o reconhecimento de sua aplicabilidade imediata, conforme dispôs de forma inovadora o texto constitucional, excluindo a possibilidade de seu reconhecimento como normas programáticas, como, de regra, previam as Constituições anteriores.

A exigência de materialização dos direitos sociais, oriunda da transição do modelo de Estado Liberal para Social, criou novas espécies de demandas, que não se enquadravam na esfera de proteção do modelo tradicional de processo civil individualista, impondo o reconhecimento das modalidades de interesses transindividuais (interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos) e de uma nova sistemática para seu tratamento, as quais deram origem à tutela coletiva. A necessidade de coletivização dos litígios foi reconhecida pelos legisladores no início da década de 1980, com a edição das Leis da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) e da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), tendo sido consolidada na Constituição de 1988, que consagrou a legitimidade do Ministério Público para a tutela coletiva de uma ampla gama de direitos, muitos dos quais fundamentais e essenciais ao funcionamento do regime democrático.

A Constituição de 1988 conferiu ao Ministério Público amplas funções institucionais para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sem inseri-lo na estrutura dos Poderes Executivo ou Judiciário, conforme constou na maioria das

Constituições brasileiras anteriores. A Constituição atual definiu o Ministério Público como instituição autônoma e independente, essencial à função jurisdicional do Estado, afastando qualquer possibilidade de subordinação em relação aos três Poderes da República, outorgando a seus membros as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos e prevendo o acesso à Instituição mediante concurso público de provas e títulos. Dentre as relevantes funções sociais conferidas ao Ministério Público pelo texto constitucional, destaca-se, no âmbito cível, a legitimidade para promover a defesa dos direitos difusos e coletivos da sociedade, através dos instrumentos do inquérito civil e da ação civil pública.

A evolução institucional do Ministério Público trazida pela Constituição de 1988 foi consequência do modelo de Estado Social e Democrático de Direito por ela adotado, no qual, além dos tradicionais direitos fundamentais de primeira dimensão, também chamados de direitos negativos ou de proteção contra o Estado (os direitos às liberdades), foram reconhecidas novas dimensões de direitos fundamentais, os direitos econômicos e sociais (segunda dimensão) e os direitos de solidariedade (terceira dimensão). Assim, as novas dimensões de direitos fundamentais passaram a exigir uma nova postura do Estado para sua implementação, isto é, a mudança de sua conduta de abstenção ligada aos direitos liberais burgueses tradicionais, para uma postura positiva ou interventiva, dirigida à concretização dos direitos de segunda e terceira dimensões trazidos no texto constitucional.

Nesse sentido, os constituintes de 1988 não se contentaram em apenas declarar a eficácia imediata dos direitos fundamentais, aguardando a atuação do Poder Executivo no sentido da materialização dos direitos fundamentais sociais, econômicos e de solidariedade; eles preferiram reconhecer constitucionalmente os instrumentos do inquérito civil e da ação civil pública já previstos pela legislação ordinária, outorgando ao Ministério Público legitimidade constitucional para sua utilização, na proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Atualmente, o Ministério Público dispõe de uma ampla legitimidade para a promoção da tutela da probidade administrativa, advinda de previsão

constitucional e de inúmeras leis infraconstitucionais. A Constituição de 1988, além de reconhecer a legitimidade da Instituição para promover o inquérito civil, a fim de apurar a prática de atos ilícitos lesivos ao patrimônio público e a outros interesses difusos e coletivos, conferiu ao Ministério Público importantes poderes para sua instrução, tais como a possibilidade de expedição de notificações, de requisição de documentos e informações, os quais foram ampliados pela Lei Complementar nº 75/93 (Estatuto do Ministério Público da União) e pela Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), com base em expressa previsão constitucional. Outras leis infraconstitucionais também trouxeram dispositivos acerca da legitimidade investigatória do Ministério Público, com a outorga de relevantes poderes para tanto, em especial a Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) e a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e, no campo específico da tutela da probidade administrativa, a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

Esse arcabouço constitucional e legal permitiu que o Ministério Público viesse a exercer atividades investigatórias inovadoras na esfera cível, dentre as quais se destaca a tutela da probidade administrativa. Nesta área, visa garantir o direito à boa governança ou à administração proba, que utilize com eficiência os limitados recursos da sociedade para o atendimento do bem comum, ao invés de desviá-los para a obtenção de vantagens e privilégios pessoais dos governantes e de seus familiares ou protegidos, em detrimento da implementação dos direitos fundamentais sociais (educação, saúde, moradia, segurança, previdência social, dentre outros) e, por consequência, da garantia da dignidade da pessoa humana.

A identificação de limites nas investigações cíveis do Ministério Público de tutela da probidade faz-se necessária, pois, se estas têm por objetivo defender direitos fundamentais da sociedade, as mesmas não podem, durante sua tramitação, ofender o direito fundamental à privacidade dos investigados. Embora existam diferenças nos conceitos de intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, protegidos pela Constituição de 1988, no art. 5º, inc. X, na condição de direitos fundamentais individuais, estes têm um caráter unitário, pois todos possuem tanto uma dimensão individual íntima, representada pela faculdade de isolamento, como também compreendem uma

dimensão nas relações sociais, referente ao conhecimento e controle dos indivíduos sobre as informações que lhes dizem respeito. Por isto, a doutrina e jurisprudência estrangeiras atuais tendem a considerar estes direitos como uma pluralidade de manifestações ou modalidades do direito à privacidade, que engloba em um direito único os distintos instrumentos de tutela da vida privada.

A positivação constitucional brasileira sobre o direito à privacidade consistiu na elaboração de fórmulas genéricas, que não admitem uma interpretação rígida, permitindo a incidência dos usos sociais na delimitação de seu conteúdo, de acordo com o contexto histórico, social, político e econômico em que se encontra inserido. No caso de pessoas que exercem cargos públicos se revela reduzida a esfera de privacidade, que cede espaço a outros princípios e direitos fundamentais, sem que isto implique em sua supressão.

A exigência de requisitos mínimos para a instauração do inquérito civil ou de outra espécie de investigação ministerial possui íntima relação tanto com o princípio da obrigatoriedade, decorrente da circunstância da sociedade ser a titular dos direitos tutelados pelo Ministério Público, quanto com o direito à privacidade das pessoas investigadas. Dessa forma, na tutela da probidade administrativa, a atuação investigatória do Ministério Público dependerá da presença de hipótese relativa à prevenção ou repressão aos atos de improbidade administrativa previstos pelos arts. 9º, 10º e 11, da Lei nº 8.429/92, à busca de ressarcimento ao erário, ou à anulação de ato lesivo aos princípios da Administração Pública, a qual deverá estar baseada na existência de indícios mínimos relativos à prática dos atos ilícitos a serem investigados, consistentes na notícia de fato determinado, descrito de forma coerente e com a indicação de um início probatório, acerca da lesão ou ameaça de lesão a interesses ou direitos difusos juridicamente protegidos.

O princípio constitucional da publicidade (art. 37, “caput”, da Constituição de 1988) é visto atualmente como norma, na qual se integram valores relativos à idéia de Direito, consistentes na idéia de transparência e no dever de probidade dos integrantes da Administração Pública. Referido princípio da publicidade estabelece um mandamento de otimização, que prescreve algo para ser realizado na maior medida possível, indicando apenas uma direção a ser seguida, isto é, a publicidade da atuação estatal, dentro da

qual se inserem as investigações cíveis do Ministério Público na tutela da probidade.

Embora a Constituição brasileira admita a possibilidade de restrição do princípio da publicidade dos atos processuais, mediante previsão legal, para a defesa da intimidade (art. 5º, inc. LX), nem as normas constitucionais, tampouco as infraconstitucionais, trouxeram qualquer norma específica referente às investigações do Ministério Público na tutela da probidade administrativa. Nesta área, a exceção de sigilo para a proteção da privacidade revela-se inadequada para a restrição do princípio constitucional da publicidade, pois a atuação dos agentes públicos, sejam estes servidores ou ocupantes de cargos políticos, equipara-se à gestão de patrimônio alheio, que no caso é público, devendo por isto todos os atos praticados nesta esfera ser de conhecimento dos titulares deste patrimônio, isto é, de toda a sociedade. Esta característica pública da atuação dos administradores e servidores públicos afasta o reconhecimento do direito à privacidade destes, no que se refere ao exercício das funções inerentes aos cargos públicos por eles ocupados. Os fundamentos para esta conclusão são encontrados no próprio princípio constitucional da publicidade, na responsabilidade pelo exercício de cargo ou função pública, na prevenção e nas restrições aos abusos de autoridade, na preservação do sistema democrático, bem como nas liberdades de expressão, de comunicação e de imprensa.

O ponto de equilíbrio entre a publicidade das investigações de atos lesivos à probidade administrativa, de um lado, e a privacidade dos investigados, de outro, ambas com assento constitucional, não reside no estabelecimento das hipóteses de sigilo das investigações para a proteção da dignidade e intimidade dos investigados. Este equilíbrio pode ser buscado evitando fazer-se publicidade das investigações com alarde ou sensacionalismo, enfatizando-se sempre que se trata de investigação, conciliando-se, assim, o interesse público da publicidade e o interesse do cidadão à privacidade.

O sigilo do inquérito civil fundado no interesse público, admitido por analogia com o art. 20 do Código de Processo Penal, em regra, poderá ser determinado pelo representante do Ministério Público que o presidir, com base

nos critérios de razoabilidade e necessidade, seja para a conveniência da investigação ou para a proteção do interesse da sociedade, a fim de garantir a eficácia de suas diligências instrutórias, sem alcançar a totalidade da investigação, abrangendo tão-somente a condução das investigações em curso e a fazer, mas não as diligências já realizadas, se a divulgação do teor destas últimas não prejudicar a efetivação das seguintes. Esta conclusão decorre da aplicação do princípio de interpretação constitucional da concordância prática, que harmoniza, com restrições parciais e recíprocas, os princípios da publicidade, de um lado, e os princípios da eficiência e da supremacia do interesse público, de outro.

Por outro lado, salvo a necessidade de se aguardar o exame de alguma medida liminar pelo Poder Judiciário (indisponibilidade de bens, busca e apreensão, etc.), que eventualmente poderá ser prejudicada com sua divulgação antes que seja proferida a decisão, desaparecem os motivos das hipóteses de sigilo com a conclusão do inquérito civil. Desta maneira, a conclusão da investigação exige irrestrita publicidade, em especial na esfera da probidade administrativa, para que os cidadãos e interessados tenham conhecimento da gestão pública realizada pelos agentes e servidores públicos, bem como para que os investigados eventualmente possam preparar suas defesas.

Mesmo que a tramitação da investigação ministerial ocorra sob a égide do princípio constitucional da publicidade, o acesso, a utilização e a divulgação de alguns dados estão sujeitos a restrições no curso daquela. Estas restrições são determinadas por normas constitucionais ou infraconstitucionais, que impõem sigilo a determinadas matérias, limitando seu acesso a determinadas pessoas ou autoridades, condicionado à presença de hipóteses específicas e à preservação do sigilo das informações.

O Ministério Público não está sujeito à reserva do sigilo legal no exercício de seu poder constitucional de realizar requisições, sendo-lhe conferido o acesso a quaisquer informações e documentos de órgãos públicos ou privados, para a instrução de suas investigações cíveis de tutela da probidade, com base no art. 129, inc. VI, da Constituição da República, no art. 8º, §2º, da Lei Complementar nº 75/93, e nos arts. 26, §2º, e 80, ambos da Lei

nº 8.625/93. Excepcionam-se desta regra geral as matérias em que a própria Constituição Federal exija a concessão de ordem judicial para a quebra do sigilo, bem como aquelas relativas ao sigilo profissional do advogado, previstas pelos arts. 7º, inc. XIX, e 34, inc. VII, ambos da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil). Todavia, após o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público, as informações e documentos protegidos por sigilo que venham a integrar o processo de tutela da probidade administrativa, como objeto da discussão judicial, perdem este caráter, devendo ser submetidos à publicidade.

O direito constitucional à privacidade não faz parte da essência do sigilo bancário, que é protegido pela legislação infraconstitucional. Se a informação protegida pelo sigilo bancário interferir no âmbito de terceiros e surgir o interesse público na apuração de condutas ilícitas, não se pode invocar a tutela do direito à privacidade, que não é absoluta, sendo admissíveis as exceções ao sigilo previstas pela Lei Complementar nº 105/2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. Tais exceções ao sigilo bancário constantes da Lei Complementar nº 105/2001, de caráter geral, não elidem a exceção ao sigilo prevista no art. 8º, §2º, da Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), de caráter especial, que autoriza a requisição direta pelo Ministério Público, para a instrução de suas investigações, de quaisquer informações, registros, dados ou documentos protegidos pelo sigilo legal. Esta última norma também é aplicável ao Ministério Público dos Estados por força do art. 80 da Lei nº 8.625/93, segundo interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro relativa ao tema tratado.

Por fim, não pode ser invocado o sigilo no que se refere às movimentações bancárias de valores correspondentes a verbas públicas, pois os atos de gestão da Administração Pública não se enquadram no âmbito da tutela do direito à privacidade, devendo submeter-se aos princípios constitucionais da publicidade, moralidade e legalidade. Estes princípios exigem a transparência na utilização dos recursos oriundos da arrecadação tributária, com a finalidade de permitir a mais ampla fiscalização em sua aplicação pelos seus titulares, isto é, por toda a população.