

TESE 66

DA POSSIBILIDADE DO ÓRGÃO DE EXECUÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DECRETAR O SIGILO NOS AUTOS DE INVESTIGAÇÃO SOB SUA RESPONSABILIDADE

Rodrigo Cançado Anaya Rojas
Promotor de Justiça – Minas Gerais¹

1. INTRODUÇÃO

Em interessante situação pode se encontrar o Promotor de Justiça com atribuições de defesa de direitos coletivos ou interesses difusos, notadamente na defesa do patrimônio público: a necessidade de garantir o sigilo de suas investigações, principalmente quando de perniciosas interferência do investigado ou de seus auxiliares na colheita das provas, seja coagindo testemunhas, seja fabricando documentos para contrapor-se ao que já se apurou nos autos de investigação, seja produzindo “factóides” ou situações para postergar a conclusão do procedimento administrativo investigatório ou, ao menos, embaraçar o seu trâmite regular.

Vimos, nesse acanhado arrazoado, defender e concluir pela possibilidade e legalidade da decretação do sigilo nos autos de procedimento investigatório ou inquérito civil levados a cabo pelo órgão de execução do Ministério Público na busca da verdade real, que pode leva-lo ao arquivamento ou ao manejo da medida judicial cabível no âmbito de suas atribuições.

2. Natureza do Procedimento Investigatório Instaurado pelo Órgão de Execução do Ministério Público

Primeiramente é de se lembrar a natureza do procedimento em que se dão as investigações promovidas pelo Promotor de Justiça, sendo a sua sede mais visível o inquérito civil.

O paradigma do inquérito civil (e, conseqüentemente de qualquer procedimento investigatório pelos órgãos de execução do Ministério Público) é, sem dúvida, o inquérito policial². Assim, tem natureza inquisitorial e serve de base, como já dito alhures, para formar a convicção do Promotor de Justiça, sendo, entretanto, apenas meio e não fim, haja vista que o órgão de execução independe dele ou de qualquer outro procedimento para a propositura da

1. Promotor de Justiça de Defesa do Patrimônio Público em Belo Horizonte/MG.

2. MAZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil e o enriquecimento ilícito de administradores públicos. RT 676/60.

ação civil pública, desde que de posse de outros elementos³. Diz o colega Paulo Márcio da Silva, em sua obra *Inquérito Civil e Ação Civil Pública – Instrumentos da Tutela Coletiva*, que o Ministério Público contando com outros elementos capazes de corroborar sua convicção, obtidos à margem do inquérito civil, nada o impede de intentar a ação coletiva. É certo que o inquérito civil não é condição e muito menos pressuposto processual obrigatório e indispensável a legitimar o manejo da Ação Civil Pública⁴.

3. A Não Obrigatoriedade de Obediência aos Princípios do Contraditório e Ampla Defesa no Procedimento Investigatório Instaurado pelo Órgão de Execução do Ministério Público em Face de sua Natureza Inquisitorial

E é justamente por servir tão somente a coligir elementos para a formação de opinião do Promotor de Justiça quanto à ocorrência ou não de lesão ao interesse tutelado, não gerando nenhuma sanção, seja de qual natureza for, é que não se pode erigir o procedimento administrativo investigatório à condição de processo administrativo ou judicial. Afinal, como argumenta Aroldo Plínio Gonçalves, na mesma linha de Elio Fazzalari⁵, vista sob uma perspectiva lógica, processo é procedimento em contraditório⁶ (*Pelo critério lógico, as características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E sistema normativo revela que, antes que “distinção”, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório.*). Aliás, como lembra o Ministro José Celso de Mello Filho ao se referir ao inquérito civil, mas em alusão que presta a qualquer procedimento administrativo investigatório do Ministério Público dentro de suas atribuições, *configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública*⁷. Por isso, por sua natureza e finalidade, não está submetido ao princípio do contraditório e da ampla defesa nos termos do inciso LV do artigo 5º da Constituição da República. Afinal, ausente qualquer litigiosidade. Como assinala Burle Filho ao tratar do procedimento investigatório, *durante o seu desenrolar não há nem mesmo litigantes, na medida em que nele não se tem participantes, partes e muito menos acusados, constatações que obstam a possibilidade de o inquérito civil apresentar ‘litigantes’, segundo terminologia da Constituição Federal, no referido art. 5º, LV*⁸.

3. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 83.

4. SILVA, Paulo Márcio da Silva. *Inquérito Civil e Ação Civil Pública – Instrumentos da Tutela Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2.000, p. 99.

5. “*Insomma, la nostra era assiste all’ diffusione del processo in tutti i settori dell’ ordinamento, specie, per così dire, in quelli più caldi; e il futuro ne farà sentire maggiormente il bisogno. Rimane, perciò, compito della dottrina approfondire e perfezionare i moduli processuali (cioè di partecipazione degli interessati, in contraddittorio, all’ iter di formazione di un ato), enucleare principi, offrirli a chi fa le leggi ed a chi deve applicarle*”. (FAZZALARI Elio. *Istituzioni Di Diritto Processuale*, Quinta Edizione. Padova: CEDAM, 1989, pp. 14/15).

6. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 68.

7. Citação feita por SILVA, Paulo Márcio da Silva. *Inquérito Civil e Ação Civil Pública – Instrumentos da Tutela Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2.000, p. 100.

8. BURLE FILHO, José Emmanuel. Principais aspectos do inquérito civil, como função institucional do Ministério Público. In: MILARÉ Édis (Coord.) *Ação Civil Pública, Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: RT, 1995, p. 324.

4. A Compatibilidade do Artigo 20 do Código de Processo Penal com o Artigo 7º, Inciso XIV, do Estatuto da OAB, bem como a sua Utilização Analógica no Procedimento Investigatório Instaurado pelo Órgão de Execução do Ministério Público

Foi baseando justamente na natureza jurídica do inquérito policial, procedimento inquisitorial, sem partes, contraditório ou ampla defesa⁹ e onde não existe uma litigiosidade, é que concordamos integralmente com Marcelo Batlouni Mendroni quando este, em seu trabalho “O Sigilo da Fase Pré-Processual”, conclui que o *caput* do artigo 20 do Código de Processo Penal, que trata do sigilo na fase inquisitorial, não está revogado pelo artigo 7º, inciso XIV, do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94), que garante ao advogado examinar, em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, mas, antes, são compatíveis, pois este vige, *desde que* isto não fira o sigilo necessário ao esclarecimento do fato ou por interesse da sociedade¹⁰. E o que se visa com isso garantir é justamente que não hajam interferências com *atos de probação inúteis, protelatórios ou tumultuários*¹¹ na busca da verdade real, interesse maior da sociedade, a quem pertence o interesse difuso que se busca defender. Mendroni sustenta o sigilo no inquérito policial, quando necessário, inclusive para garantir o que no Direito Alemão se denomina “Waffengleichheit”, que poderia ser traduzido livremente como “igualdade de armas” (lícitas, diga-se de passagem), qual seja, um equilíbrio, pois, se de um lado o indiciado ou suspeito não possui a obrigatoriedade de apontar as provas de sua conduta delituosa, em contrapartida não se pode obrigar que o investigador revele a ele ou a seu defensor a integralidade do teor do já investigado ou a investigar, sob pena de frustrar-se a diligência ou a própria elucidação do fato.

Nessa seara, Hugo Nigro Mazzili concluiu que, *desde que o presidente do inquérito civil, fundamentadamente tenha imposto sigilo às investigações, poderá impedir sejam estas acompanhadas por terceiros, inclusive advogados ou estagiários, ou limitar acesso desses a determinados atos ou a determinadas peças dos autos. Como bem anotou José Frederico Marques, embora referindo-se ao antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei . 4.215/63), “o exame, por advogado, de inquéritos ou autos de flagrante só será permitido quando se tratar de autos não sigilosos. Tanto isso é certo que o item XIV, do citado art. 89, não estende o direito a exame dos autos em qualquer juízo ou tribunal, quando os respectivos feitos estejam em regime de segredo de justiça. A fortiori, a mesma regra se aplica aos inquéritos policiais. De outra parte, também aos inquéritos policiais cabe aplicar (ainda a fortiori) o disposto no art. 155, I, do Código de Processo Civil, de que correm em segredo os atos processuais quando o exigir o interesse público”. Ora, devemos reiterar que, em matéria de*

9. Aliás, a jurisprudência é pródiga nesse sentido: “1. À parla de relevante interesse público e geral, ampliou-se o âmbito de atividade do Ministério Público para realizar atividades investigativas, ficando alicerçada sua legitimação para promover o Inquérito e a Ação Civil Pública (C.F., arts. 127 e 129, III, Lei 7.347/85, arts. 1º e 5º)... 4. O princípio do contraditório não prevalece no curso das investigações preparatórias encetadas pelo Ministério Público.” (STJ – RE 136.239 – DJU 24.3.95) e “Noutro precedente do eg. Superior Tribunal de Justiça, foi positivado que o princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitória... (Recurso em Mandado de Segurança nº 8.716-GO, julgado em 31 de março de 1998, Primeira Turma, relator o Min. Milton Luiz Pereira).” In: decisão do Desembargador Almeida Melo, da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em pedido de liminar nos autos de Agravo de Instrumento nº 000.185.986-7/00.

10. MENDRONI, Marcelo Batlouni. O Sigilo da Fase Pré-Processual. In: Boletim do IBCCrim nº 83 – Out. 1.999, pp. 10/12.

11. ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Estudos sobre o inquérito policial*: arquivos da Polícia Civil de São Paulo, 1941, p. 220, *apud* SILVA, Paulo Márcio da. Op. Cit., p. 74, nota 9.

*sigilo no inquérito civil, no que couber, deverá ser feita analogia com inquérito policial*¹².

É claro que não vai aqui nenhuma apologia a desobediência ao *princípio da publicidade* (que, aliás, é a regra no inquérito policial e no procedimento investigatório do Ministério Público), consagrado no caput do artigo 37 da Constituição da República e que deve nortear os atos da Administração, e, muito menos, ao inciso LV do artigo 5º do mesmo texto constitucional, que consagra que, *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*. No primeiro caso, pelo fato de que não se oculta o fato que se investiga e que motivou a instauração do inquérito; no segundo caso, em face de não existir processo, próprio de *pretensões resistidas*, usando-se aqui expressão de Carnellutti, e com preceito sancionatório.

Aliás, conforme bem decidiu o “Grupo de Trabalhos Setoriais VIII – Improbidade Administrativa” do 13º Congresso Nacional do Ministério Público ao aprovar a Proposta 2, que diz que *deve ser evitada a nomenclatura “processo administrativo” para os instrumentos de investigação instaurados pelo Ministério Público visando a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, face a natureza inquisitória dos mesmos*¹³.

Mais, entendemos perfeitamente aplicável ao inquérito civil público ou a qualquer procedimento investigativo que o Ministério Público instaure no âmbito de suas atribuições a possibilidade do sigilo, e isso não apenas com base em uma analogia com a garantia do *caput* do artigo 20 do Código de Processo Penal ao inquérito policial, haja vista que possuem a mesma natureza jurídica. As razões são ainda mais extensas.

5. A Conveniência da Decretação do Sigilo no Procedimento Investigatório Instaurado pelo Órgão de Execução do Ministério Público para Preservar a Privacidade das Pessoas Envolvidas ou por Motivo de Interesse Público, Consubstanciado no Interesse Social

Hugo Nigro Mazzili assevera que *a publicidade é um dos princípios fundamentais da Administração; apesar disso, pode ser excepcionada em alguns casos, ora em razão da conveniência do próprio interesse público, ora em razão do resguardo da privacidade do indivíduo*. Prossegue: *Podemos, então dizer que em regra os atos do inquérito civil são públicos (audiências, inquirições, vistorias, acesso aos autos, expedição de certidões). Entretanto, analogicamente ao que faz a legislação processual penal em relação ao inquérito policial, também é possível que o presidente do inquérito civil imponha sigilo às investigações, se da publicidade puder advir prejuízo à apuração dos fatos... Em suma, nas investigações conduzidas pelo Ministério Público, o sigilo pode ser imposto por conveniência da própria investigação, por motivo de interesse público, ou em razão do respeito à imagem ou à privacidade das pessoas envolvidas*¹⁴. Aqui, vislumbramos duas situações se dão, para a decretação do sigilo no procedimento administrativo investigatório do Ministério Público, sendo possível a ocorrência concomitante: a preservação da própria imagem das pessoas envolvidas e, a mais importante, por interesse público.

12. MAZZILI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2.000, p. 230.

13. CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 13. Anais: O Ministério Público Social. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público: Confederação Nacional do Ministério Público, 1999, p. 277.

14. MAZZILI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2.000, pp. 222 e 225.

A preservação da imagem das pessoas envolvidas se dá muita vez no sentido de se evitar a execução pública indevida em face de ausência ainda de indícios suficientes a imputar conduta ilegal das mesmas, apesar que a regra é a publicidade, o que por vezes necessário até se faz a exposição do já apurado para fins de prestação de contas à sociedade, o que poderá gerar a exploração por parte da mídia de imagem dos indivíduos relacionados com os fatos.

Entretanto, o motivo de maior relevância para a eventual decretação do sigilo nas investigações levadas a cabo pelo Ministério Público é o interesse público.

Devemos ter em mente que o interesse público defendido pelo Ministério Público é o primário, isto é, aquele caro à toda a coletividade e não aquele que atenda tão somente o da Administração. Assim, nos procedimentos administrativos investigatórios encetados pelo Ministério Público, desde que não violada nenhuma garantia constitucional do cidadão, prevalecerá o interesse maior de garantir a escorreita apuração do fato em investigação do que qualquer outro individualmente titularizado. É a supremacia do interesse público.

Aliás, esse é um entendimento já sedimentado no seio do Ministério Público, principalmente na defesa do patrimônio público e moralidade administrativa, haja vista a aprovação da Proposta 3 no “Grupo de Trabalhos Setoriais VIII – Improbidade Administrativa” do 13º Congresso Nacional do Ministério Público, cujo teor é o seguinte: “Para a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, em sede de inquérito civil e outros procedimentos investigatórios, pode o membro do Ministério Público, mediante decisão fundamentada nos autos, estabelecer o sigilo das peças que o instruem, visando à preservação dos interesses da sociedade ou à necessidade de elucidação do fato”¹⁵.

No Estado de Minas Gerais, em decisão sobre pedido de liminar em mandado de segurança manejado pela Fundação Clóvis Salgado contra decretação de sigilo em inquérito civil por parte dos Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Público de Belo Horizonte, o Desembargador Antônio Hélio Silva, com propriedade, sinalizou: “Indefiro a liminar por ausência do “*fumus boni iuris*”, eis que se trata de procedimento inquisitório e não de processo administrativo, não havendo que se falar, no momento, em contraditório, sendo certo que, se nesta fase não há participação dos interessados, nenhum prejuízo lhes será causado, porquanto a prova colhida será refeita ou contrastada em juízo.” (TJMG, MS nº 238.386/7.00 – Belo Horizonte – rel. Des. Antônio Hélio Silva – d. 07.06.2001 – p. 55).

6. A Utilização dos Princípios da Razoabilidade e da Necessidade, bem como a Obrigatoriedade da Formalização e Motivação da Decisão de Decretação de Sigilo no Procedimento Investigatório Instaurado pelo Órgão de Execução do Ministério Público

Entretanto, entendemos que ao se decidir pela decretação do sigilo nas investigações, o Ministério Público deverá levar sempre em conta os princípios da razoabilidade e da necessidade, uma vez que a regra é a publicidade. Por isso, a decretação de sigilo deverá ser formal e motivada.

É que, conforme diz Maria Sylvia, *segundo Gordillo (1977:183), “a decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta*

15. CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 13. Anais: O Ministério Público Social. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público: Confederação Nacional do Ministério Público, 1999, p. 277.

e expressa, se é 'irrazoável', o que pode ocorrer, principalmente, principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar; ou seja, que se trate de uma medida despropositada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar"¹⁶.

7. A Possibilidade da Revogação do Sigilo no Procedimento Investigatório Instaurado pelo Órgão de Execução do Ministério Público Antes de seu Encerramento e a Obrigatoriedade de fazê-lo Quando de sua Conclusão

Finalmente, concordamos com Hugo Nigro Mazzili quando diz que, *concluídas as investigações, exige-se publicidade total a tudo o que foi apurado no inquérito civil, exceto, novamente, se for caso de sigilo legal ou de conveniência social, como quando, ainda pendente o ajuizamento de ação cautelar com pedido liminar, da publicidade possa resultar dano ao interesse público. Feitas essas ressalvas, no mais deve-se assegurar publicidade quando do ajuizamento da ação civil pública ou quando do arquivamento do inquérito civil, até mesmo porque, neste último caso, podem os interessados arrazoar perante o Conselho Superior do Ministério Público, visando a obter a reforma do ato de arquivamento*¹⁷. Complementando, é de se ressaltar que, de todo modo, a qualquer tempo, antes do encerramento das investigações, pode o Promotor de Justiça, entendendo não persistirem as razões que motivaram a decretação do sigilo, revoga-lo. Assim, decretado o sigilo, facultativamente no decorrer das investigações pode o presidente revoga-lo e, na conclusão, obrigatoriamente, exceto se for caso de sigilo legal ou interesse público, deverá fazê-lo.

8. Conclusões

8.1 – Em face da natureza inquisitorial do procedimento investigatório instaurado pelo órgão de execução do Ministério Público, não está sujeito à obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa;

8.2 – Sendo o procedimento investigatório instaurado pelo órgão de execução do Ministério Público apenas uma instrução provisória, sem partes, sem contraditório e defesa, não sancionatório e não obrigatório para a busca de prestação jurisdicional, guardando natureza similar com o inquérito policial, pode, por analogia com o artigo 20 do Código de Processo Penal, ter decretado o seu sigilo;

8.3 – Apesar de ter como regra a obediência ao princípio da publicidade, que norteia a Administração, excepcionalmente, pode o procedimento investigatório instaurado pelo órgão de execução do Ministério Público ter decretado o seu sigilo para preservar a privacidade das pessoas envolvidas ou o interesse público consubstanciado no interesse social;

8.4 – Por ser a exceção, a decretação do sigilo no procedimento investigatório instaurado pelo órgão de execução do Ministério Público deverá ser formal e fundamentada;

16. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2.001, pp. 80/81.

17. MAZZILI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2.000, p. 229.

8.5 - Por ser a exceção, a decretação do sigilo no procedimento investigatório instaurado pelo órgão de execução do Ministério Público deverá ser norteadada pelos princípios da razoabilidade e necessidade;

8.6 – Poderá o presidente do procedimento investigatório instaurado pelo órgão de execução do Ministério Público que estiver com sigilo decretado, revoga-lo a qualquer tempo antes de seu encerramento, desde que convencido da não persistência das razões motivadoras do mesmo, não podendo fazê-lo, todavia, sem fundamentação, haja vista que o foi para preservar interesses constitucionalmente protegidos;

8.7 - Deverá o presidente do procedimento investigatório instaurado pelo órgão de execução do Ministério Público que estiver com sigilo decretado, revoga-lo na oportunidade de seu encerramento, seja concluindo pela propositura de medida judicial seja concluindo pelo seu arquivamento, haja vista que a regra dos atos administrativos é a publicidade, exceto quanto ao que está sob o manto do sigilo legal ou quando o interesse público, consubstanciado no interesse social, exigir a manutenção do sigilo.