

ASSÉDIO PROCESSUAL DO PODER PÚBLICO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E NAS INVESTIGAÇÕES DISCIPLINARES

INTRODUÇÃO

O assédio em bom vernáculo corresponde a insistência impertinente, a perseguição, verificada nas relações humanas.

O ajuizamento de ações sem fundamento para atingir objetivos maliciosos é considerado assédio processual. Em recente julgamento da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ.¹

Portanto, considerou a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ ato ilícito o abuso do direito de acionar.

No campo do Direito Público o “assédio” vem corporificado na perseguição que o poder estatal exerce “falsamente” quando instaura seu poder persecutório desmotivadamente ou com insistência, na ânsia de acusar o agente público até a exaustão, mesmo ausente uma causa justa ou legítima.

Isso ocorre quando se promove investigações desprovidas de plausibilidade jurídica, ou quando existe uma repetição de acusações sobre o mesmo fato sem a mínima consistência ou base empírica.

¹ STJ, Rel. p/acórdão Min. Nancy Andrigui, REsp nº 1.817.845/MS, 3ª T., julgado em 10.10.2010.

Se de um lado o poder público possui o dever de investigar as irregularidades funcionais que lhes são de conhecimento, do outro lado possui o dever de não importunar os agentes públicos que cumprem o seu *munus* com dignidade e ética, não infringido o código de conduta no que pertine as suas obrigações e deveres funcionais previstos em lei.

Essa tem sido uma das maiores lutas dos agentes públicos no campo sancionatório, onde a Administração Pública ou o próprio Ministério Público, como parte acusadora, levam o agente público à “exaustão” com acusações repetidas ou desfundamentadas, sem mínimos indícios de autoria ou de materialidade devidamente caracterizadas.

Apesar de ser poder discricionário da Administração Pública apurar as irregularidades funcionais que identifica, também é dever de todos, inclusive do Poder Público, o exercício da boa-fé subjetiva e objetiva nas relações jurídicas em que ela participa.

A boa-fé subjetiva é verificada pela boa-intenção ou, no mínimo, ausência de má- intenção, quando da prática de determinado ato ou conduta.

A má intenção é incompatível com ela e, por isto, a exclui, abrindo espaço para que se identifique um quando de má-intenção, que nada mais é do que a consequência de uma atuação desprovida de boa-fé subjetiva.

A boa-fé possui total correlação com o asseio processual, uma vez que o art. 5º do CPC² trata exatamente da boa-fé objetiva aplicada ao processo civil,³ ultrapassando o entendimento que a boa-fé objetiva é inerente às relações do direito privado.

Portanto, o Ministério Público ao ajuizar ação de improbidade sem lastro viola o dever de lealdade processual, está entendida como boa-fé objetiva processual que lastreia ainda mais o assédio processual.

Por isto, a formação de um juízo de valor quando a avaliação de que determinado agente atuou com boa-fé no plano subjetivo exige perquirição a **respeito da intenção** que o motivou a praticar o ato.

No campo da persecução estatal, ela é de fundamental importância, pois as investigações se iniciam por atos praticados por aqueles que possuem o poder correccional. Se mal utilizado esse poder persecutório, de forma açodada ou desproporcional, ou a “simples” **renovação de acusação ilegítima contra agentes públicos**, acarretará no “assédio processual”.

Como já dizia Joseph Goebbels, Ministro da Propaganda Nazista de Adolf Hitler: **“Uma boa mentira repetida centenas de vezes, acaba se tornando uma verdade.”**

² “Art. 5º - Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

³ “(...) 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o ajuizamento posterior de Execução Fiscal, perante a Vara Especializada em Execuções, não modifica a competência para julgamento da Ação Anulatória de Débito, intentada anteriormente na Vara Cível. A remessa da Ação Anulatória, em tal cenário, resultaria em modificação de competência fora das hipóteses permitidas pelo sistema processual, além de possibilitar a violação da boa-fé objetiva processual pela prática de forum shopping.” (STJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, AgInt no AREsp nº 1196503/RJ, 1ª T., julgado em 29.04.2019, DJe de 10.05.2019)

Assim, a **mentira contada** por agentes públicos ou por membros do Ministério Público, geralmente trás resultados danosos e, às vezes, como no caso de Goebbels, **catastróficos**.

No âmbito da ação de improbidade administrativa ou na instauração do processo administrativo, a acusação **mentirosa, reforçada pela argumentação apelativa, com eco na mídia, intimida e possui idoneidade** para gerar primazia cognitiva no julgador e, assim, **dar aparência de veracidade a um fato irreal**.

A utilização da esfera correcional para dar suporte a **fatos irreais**, iniciando ou eternizando investigações, reforça a tese do **“assédio processual”** onde transcende a busca de direito do órgão acusador, **pelo excesso de poder de investigar**.

Se de um lado o poder público possui a faculdade de exercer o seu dever de investigar, não se lhe é dado o direito de abusar desta prerrogativa.

Em situações em que o Poder Judiciário absolve determinado agente público na esfera criminal, têm-se verificado um verdadeiro **“assédio processual”** do Ministério Público, que aciona a esfera disciplinar do órgão competente e ainda propõe ação de improbidade administrativa correlata, eternizando demandas sobre os mesmos fatos (ilícito único), mesmo que o servidor seja reconhecidamente inocente.

Ora, é um verdadeiro martírio para o agente público, que se não sucumbir ao tempo, sofrerá um grande desgaste emocional, no âmbito pessoal, familiar e profissional.

Essa situação tem acontecido com certa frequência, em especial quando o Ministério Público investiga magistrados ou Auditores Fiscais Mesmo que o magistrado ou agente público investigado tenha sido absolvido da imputação que lhe foi direcionada na esfera penal, sobre os mesmos fatos, o membro do *parquet* aciona o poder disciplinar correspondente e também propõe ação de improbidade administrativa, com o único intuito de eternizar as demandas contra ele.

Apesar desses atos, em sumaria cognito, possam parecer normais, pelo fato das instâncias serem independentes entre si, elas se comunicam para fins de procedibilidade e o excesso ou o abuso do direito de investigar deve ser coibido, logo de plano.

Em sendo assim, este tipo de “assédio processual” se compraz em prática de ato ilícito, onde a persecução estatal é capaz de *prima facie*, encobrir o abuso de direito de investigação.

As sucessivas investigações ou eventuais ações judiciais, nessas circunstâncias, se transmudam em prática de atos ilícito por parte do poder público.

Em sendo assim, constitui desvio de poder o exercício anormal de faculdades administrativas ou judiciais para fins distintos dos fixados pelo ordenamento jurídico.

Deve o intérprete utilizar o seu poder de investigação em prol do interesse público, buscando sempre elucidar fatos que sejam realmente objeto de lícita apuração, através de uma investigação séria e proba, sem interesses escusos ou com a finalidade de prejudicar o agente investigado.

O membro do *parquet* ou o representante legal da esfera correccional interna dos órgãos públicos são dotados de poderes para exercitá-los de forma legítima e não abusiva.

A eternização de investigações judiciais ou disciplinares já é uma forma de assediar o agente investigado.

Por essa razão, **é dever tanto da doutrina** como do Poder Judiciário não permitirem que sob uma “**falsa**” persecução estatal, seja o agente público “**assediado processualmente**”, por sucessivos e ilegítimos atos do poder persecutório estatal.

Como “uma exigência de ordem político jurídica essencial ao Regime Democrático”, o Min. Celso de Mello, no MS nº 23.452-1/RJ,⁴ trouxe as seguintes percucientes considerações sobre o tema, de alta relevância:

“O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. - O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-

⁴ STF, Rel. Min. Celso de Mello, MS nº 23.452-1/RJ, 2ª T., julgado em 16.09.1999.

jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. OS PODERES DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO, EMBORA AMPLOS, NÃO SÃO ILIMITADOS E NEM ABSOLUTOS. - Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV).”

Com efeito, **em qualquer investigação, cível, administrativa ou criminal, demandam fundamentação (motivação) idônea, não sendo admitido que se assentem em fatos vagos ou genéricos, que deixam de ser individualizados para permitirem de qualquer forma, uma devassa na vida do investigado, no afã de algo que possa ser utilizado em uma futura ação.**

Também existe a possibilidade de haver o pré assédio processual, quando o Ministério Público ameaça propor ações temerárias. Mas tal situação será abordada em outro estudo.

II – DO ASSÉDIO PROCESSUAL

No julgamento do REsp nº 1.817.845/MS, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, **pode assentar que o abuso de direito de acionar se qualifica como assédio processual.**

Mesmo sendo **inédito** no direito brasileiro, o termo **“assédio processual”**, utilizado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, veio em boa hora, e pode ser utilizada também nas relações com o poder público, visto o assédio em questão é o resultado de um abuso processual da parte.

Podendo se utilizar dessa regra também no **caso do direito administrativo sancionador**, o de o poder correcional dos órgãos públicos, ou até mesmo o Ministério Público, quando se utilizam de forma demasiada de seus poderes persecutórios, abusivamente e imotivadamente, estão fomentando o **“assédio processual”**.

Isto porque, a figura do abuso do **direito material**, inicialmente previsto no âmbito do **direito privado** (art. 187 do Código Civil), segundo o qual “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, **é plenamente aplicável na esfera pública.**

O **abuso de direito da esfera cível é aquele corporificado no Direito Administrativo como abuso de poder.**

A noção do abuso de poder da autoridade pública (equivalente ao *excess de pouvoir* do direito francês) é uma modalidade de abuso de direito⁵, onde é verificada uma atuação desproporcional e injusta⁶ do agente, contrária à lei e ao interesse público.

A teoria do abuso não é aplicada somente no campo do Direito Privado, mas em todo o ordenamento jurídico, podendo ser aplicada nos diversos ramos do Direito, incluindo-se nesse contexto o Direito Administrativo.⁷

Apesar de haver **um ponto de conexão entre a figura jurídica do abuso de direito e o desvio de poder, por ambos decorrerem do exercício anormal de uma faculdade, contrário à lei, elas são distintas entre si.**⁸

O abuso de direito é caracterizado pelo exercício de uma direito além dos limites fixados pelo princípio da boa-fé, dos bons costumes e do fim econômico social.

Atribui-se ao filósofo chinês **Confúcio** (551-479 a.C), que fez várias reflexões há mais de dois mil anos, a conclusão de que **“se é humano antes de ser justo”**, pensamento reconhecido por Vauver Marques quando afirmou que **“não se pode ser justo quem não é humano”** expressão que deixa claro que o

⁵ “... O desvio de poder não é senão uma modalidade de abuso de direito, uma expressão desse vício na esfera pública, de onde suas raízes teóricas são muito longínquas.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *apud* SERRANO, Pedro Antunes, O desvio de poder na função legislativa. São Paulo: FTD, p. 9).

⁶ “O abuso de poder consiste sempre em uma atuação desproporcional e injusta por parte do agente público quando exerce determinada faculdade conferida por lei.” (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Inquérito Civil e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 249.

⁷ Cf. LEVY, José Luiz, A vedação ao abuso de direito como princípio jurídico, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 205

⁸ BERNADINO, Thalita Berz. O Abuso de Poder na atuação do Ministério Público. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 93.

⁹ V. Cornil, Le droit privé. Paris: edición espanhola, 1924, ps. 36-138.

Autor vincula a ideia de justiça e a natureza de sustentabilidade da natureza humana.

Em sendo assim, como a Administração Pública é composta por seus agentes, a teoria do abuso de poder não ofusca a configuração do abuso de direito pelo Estado. **As citadas teorias não se excluem**, se completam, pois o abuso de direito nada mais é do que o uso anormal de uma faculdade jurídica. Apesar de ser **“aparente” a sua legalidade, por ter sido praticado por autoridade competente, o abuso de direito se insere na ausência de padrões éticos de probidade, de decoro e boa-fé.**

A autoridade pública para agir se submete a lei, ou seja para praticar o ato administrativo seja ele vinculado ou discricionário, está obrigado a respeitar os limites estabelecidos pela norma administrativa, pois caso venha a ultrapassá-los, estará cometendo abuso de poder.

Segundo Etewaldo de Oliveira Borges,¹⁰ “o abuso do direito é mais amplo do que abuso de poder, eis que todo abuso de poder é abuso de direito, mas nem todo abuso de direito é o de poder.”

Analisando o termo desvio de poder, precisa é a definição de José Cretela Júnior:¹¹

“Entendido o desvio de poder, de um modo geral, como o uso indébito que o agente faz do poder para atingir um fim diverso do que a lei lhe confere.”

¹⁰ BORGES, Etewaldo de Oliveira. Responsabilidade do Estado por Abuso de Poder, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 91.

¹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. Do Desvio de Poder na Administração Pública. RT: SP, 1964, p. 28.

No âmbito do poder disciplinar, aplica-se subsidiariamente o disposto da Lei nº 9.784/99, onde o seu art. 2º estabelece:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

(...)

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

(...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;”

Os **deveres da boa-fé, da ética e da probidade** são **ínsitos** para toda a persecução estatal, aí incluída a atuação do poder disciplinar e a forma de proceder do Ministério Público,¹² como **parte ativa na relação processual da improbidade administrativa**.

Como dito pela Min. Nancy Andrighi, Rel p/ acórdão no REsp nº 1.817.845/MS, “essa característica fica evidente no âmbito do processo judicial.”

¹² “Os membros do Ministério Público, portanto, podem também cometer abuso de direito no exercício de suas atribuições funcionais...” (BERNARDINHO, Therezinha Braz. op. cit. ant., p. 94.

Isso porque, a parte que utilizar-se de forma abusiva, o seu direito de acionar terá contra si o que vem estabelecido nos arts. 77 a 81 do NCPC/15.

Assim sendo, as chicanas, tramoias, acusações infundadas, mesmo não estando abrangidas de forma clara, implicitamente possuem assento em nosso ordenamento jurídico, com a finalidade de coibir e punir a parte que se utiliza de uma faculdade legal, em prol do “assédio processual” contra outrem.

O controle jurisdicional da atividade investigatória do Ministério Público é uma realidade e possui o condão de qualificar a sua atuação, sem desvios ou abusos.

Nesse sentido, extraem-se as seguintes lições:¹³

“(…)

CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: O PONIBILIDADE, A ESTES, DO SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, QUANDO EXERCIDO, PELO "PARQUET", O PODER DE INVESTIGAÇÃO PENAL.

- O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-organica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova "ex propria auctoritate", não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio ("nemo tenetur se detegere"), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem

¹³ STF, Rel. Min. Celso de Mello, HC nº 87.610/SC, 2ª T., julgado em 27.10.2009.

constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.). (...)”

Essa lição inicialmente extraída da persecução penal, se corporifica quando o Ministério Público exerce o seu poder persecutório perante a ação de improbidade administrativa, tendo em vista que é dever promover uma acusação fundada em indícios da prática do ato ímprobo.

Isso porque, o abuso de poder do direito de se iniciar a jurisdição não se configura pelo que se revela, mas pelo que se esconde.

Ou como dito pela Ministra Nanci Andrichi no REsp nº 1817.845/MS:

“É por isso que é preciso repensar o processo à luz dos mais basilares cânones do próprio direito, não para frustrar o regular exercício dos direitos fundamentais pelo litigante sério e probo, mas para refrear aqueles que abusam dos direitos fundamentais por mero capricho, por espírito emulativo, por dolo ou que, em ações ou incidentes temerários, veiculem pretensões ou defesas frívolas, aptas a tornar o processo um simulacro de processo.”

Realmente é preciso **repensar processo à luz dos mais basilares cânones do próprio direito**, pois no caso da improbidade administrativa, as **ações são admitidas, em sua grande maioria, em face do interesse da sociedade** (*in dubio pro societate*), segundo vem decidindo reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Sucedem que apesar de em determinadas situações serem concebidas artificialmente, onde o Ministério Público constrói acusações sob o prisma intelectual do seu subscritor, o fundamento de um pseudo interesse público agride a boa fé processual, pois somente deve-se utilizar a jurisdição sancionadora quando presentes indícios da prática de ato ilícito é que, em tese, devem ser acionadas as respectivas investigações.

Sem plausibilidade jurídica, instala-se o excesso de poder investigatório.

O excesso de poder torna o ato arbitrário, ilícito e nulo.

Nessa vertente, o *indubio pro societate* deve ser revisto principalmente em nome das novas legislações em vigor (LINDB) e as que irão entrar em vigor (LGPD).

Pela LINDB¹⁴ não há responsabilização do agente público por mera culpa, mas sim quando emite decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro (art. 28).

Não há como se **especular** o interesse da sociedade na admissibilidade de uma ação de improbidade administrativa, ou de uma investigação disciplinar ou penal, se ausentes indícios de violação à dever ou obrigação funcional, capitulado como ilícito funcional.

¹⁴ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

É do interesse da sociedade amedrontar os agentes políticos ou agentes públicos no exercício de suas funções? Será que essa sanha persecutória não inibe o ingresso de pessoas bem intencionadas ao Poder, ou pior, criam uma rede de pessoas que realmente só se interessam por conta do proveito que podem tirar?

Além de infringir a presunção de inocência que milita em favor de todos (art. 5º, inc. LVII, da CF), o princípio do *in dubio pro societate*, de certa forma encontra obstáculo também no art. 5º da LINDB: “Na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Assim o Juiz deve cotejar os bens colocados em jogo com a dignidade da pessoa como defende, o princípio da boa-fé objetiva, da vedação ao assédio processual e da própria continuidade do serviço público, pois uma aceitação preliminar açodada serve como ato inibidor para a prática das verdadeiras atividades públicas por receio de punição.¹⁵

Em sendo assim, nas esferas controladora, administrativa e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que se considere as consequências práticas da decisão.¹⁶

As decisões de imputações não devem ser abstratas e assim tanto o Ministério Público, como a esfera correicional e o Poder Judiciário devem avaliar o

¹⁵ Isso pode ocorrer com qualquer um. Exemplo do caso recente no próprio judiciário https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/jotinhas/juiz-cita-lei-de-abuso-de-autoridade-ao-negar-penhora-e-caso-vai-para-corregedoria-28112019.

¹⁶ Cf. art. 20, da LINDB.

caso concreto sob o ângulo da verdade real, e dos obstáculos e das dificuldades reais do gestor público.¹⁷

Dentro dessa nova realidade jurídica, como por exemplo, **fora dos casos comprovados de corrupção, quando o Ministério Público questiona uma licitação alegando improbidade, pode dar azo, inclusive, à paralização de uma obra, com consequências gravosas para a sociedade.** Não menos, o juiz ao acolher a pretensão cautelar da inicial tem a obrigação de prever as possíveis consequências danosas do ato, também para a sociedade.¹⁸

Abra-se parênteses para registrar as felizes colocações de Thalita Braz Bernardinho:¹⁹

“A forma como a instituição foi prevista e a percepção que a sociedade tem dele permitem-se que as ações inconsequentes e desproporcionais do Ministério Público, em algumas ocasiões, tenham a aparência de legítimas.

Acreditamos que esse abuso de poder ocorre resumidamente por três razões, sendo elas: (i) a concessão de amplas prerrogativas e competências ao órgão pela lei e pela jurisprudência; (ii) a previsão de poucos limites e instrumentos de controle hierárquico na atuação do Ministério Público; e

¹⁷ Cf. art. 22, da LINDB. Ora, se o administrador não teria outra forma, naquele momento, de ter conduta diversa, deve ser assim avaliado, com a necessidade de prova que deveria ter tido outra conduta e que o famoso "homem médio" teria efetivamente outra conduta sem nenhuma dúvida.

¹⁸ Art. 21, da LINDB: “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos

¹⁹ BERNARDINO, Thalita Braz. O abuso de poder na atuação do Ministério Público. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 51.

(iii) a concepção distorcida de seu papel institucional pela sociedade e por membros.”

Não é possível proteger-se a ação de improbidade natimorta, como por exemplo, aquela que é gerada **por capricho ou por “assédio processual”**, onde o membro do *parquet* a todo custo quer punir o agente público probo e honesto.

O *in dubio pro societate* no presente contexto nada mais é do que a **vontade do subscritor** da peça sem substrato jurídico, que traz um **apelo** em nome da sociedade para **camuflar o “assédio processual”**.

Logo, para se exercer e instaurar a ação de improbidade administrativa, ou a persecução disciplinar, **é indispensável juízo rigoroso e fundamentado de controle da legitimidade desse exercício**.

Daí que para acusar tanto o Ministério Público, como as corregedorias disciplinares, possuem o dever de ter prova obtida de modo lícito, que demonstre, com relativo grau de certeza, a existência material do fato, aparentemente ilícito e típico, e, com certo grau de probabilidade, a existência de, ao menos, indícios de autoria, coautoria, ou participação, do ato ilícito, no exercício da função pública ou em decorrência dela.

E coube ao Min. Gilmar Mendes, um dos maiores críticos à atuação incontrolada do Ministério Público, a fazer a devida reflexão, em seu voto vencedor no RE nº 593727/MG:²⁰

²⁰ STF, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, RE nº 593727/MG, Pleno, julgado em 14.05.2015.

“(…)

Em síntese, reafirmo que é legítimo o exercício do poder de investigar por parte do Ministério Público, porém essa atuação não pode ser exercida de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais:

(…)”

Nessa vertente, o Superior Tribunal de Justiça no citado REsp nº 1.817845/MS, reprimiu os abusos de direito material e processual, verificado no exercício **desenfreado, repetitivo e desprovido de fundamentação séria e idônea**, ainda que em caráter excepcional, **para se caracterizar abuso do direito de ação**.

Por analogia, essa posição é plenamente aplicável a persecução estatal, tanto do Ministério Público, como das Corregedorias disciplinares.

Por essa razão, extraem-se as seguintes lições da Ministra Nancy Andrighi, voto vencedor do REsp nº 1.817845/MS:

“(…)

A excepcionalidade de se reconhecer eventual abuso do direito de acesso à justiça deve ser sempre ressaltada porque, em última análise, trata-se um direito fundamental estruturante do Estado Democrático de Direito e uma garantia de amplíssimo espectro, de modo que há uma natural renitência em cogitar da possibilidade de reconhecê-lo em virtude da tensão e da tenuidade com o próprio exercício regular desse direito fundamental.

Respeitosamente, esse não é um argumento suficiente para que não se reprima o abuso de um direito fundamental

processual, como é o direito de ação. Ao contrário, o exercício abusivo de direitos de natureza fundamental, quando configurado, deve ser rechaçado com o vigor correspondente à relevância que essa garantia possui no ordenamento jurídico, exigindo-se, contudo e somente, ainda mais prudência do julgador na certificação de que o abuso ocorreu estreme de dúvidas.

(...)”

Ainda sobre o abuso de direito, identificado pela Min. Nancy Andrighi como abuso processual, ela cita Michele Tarufo²¹ que abreviou tal excesso processual pela sigla ADP:

“Tais preocupações são relevantes e merecem atenção. Todavia, não parece que devam elas obstar que se tome em séria conta os problemas do ADP, somente porque o abuso pode ser cometido sob o rótulo de um "direito fundamental processual" e a aplicação de tais direitos não deva ser indevidamente limitada.

Por um lado, pode-se dizer que não há contradição necessária em se falar de abuso de direitos. Um direito pode ser exercido em muitos modos diferentes e com diferentes propósitos. Por isso, há também a possibilidade de distinguir condutas processuais "justas" e "corretas" daquelas "injustas" e "abusivas". Por exemplo, que eu esteja investido do direito fundamental de acesso à justiça não significa que eu esteja autorizado a propor qualquer demanda sem nenhum interesse legal (i.e., para perseguir alegações frívolas: ver Hazard), apenas com o intuito de perturbar outra pessoa. Em um caso tal, seria provavelmente dito que eu abuso de meu direito de acesso à justiça. Similarmente: eu estou investido com o direito de defesa em todos os seus aspectos, mas se eu requeiro dezenas de preliminares frívolas e infundadas apenas a fim de provocar atrasos e custos, ou para impedir a corte de tomar o caso em consideração, pode ser dito que estou abusando do

²¹ TARUFO, Michele. Abuso de Direitos processuais: Padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral), *in* Revista de Processo: REPRO, vol. 34, nº 177, SP: RT, nov/2009, ps. 164/166.

direito de defesa (ver, e.g., o caso dos repetitivos pedidos de habeas corpus referido por Hazard).

Estes argumentos conduzem à conclusão de que não há contradição inerente entre garantias processuais e ADP. Direitos garantidos podem ser usados de formas incorretas e com propósitos inadequados e, portanto, eles podem ser objeto de abuso (ver, e.g., Oteiza). Por outro lado, garantias processuais não protegem e não legitimam práticas abusivas. Elas visam a proteger direitos, não a legitimar condutas injustas e nocivas. De certo modo, então, o discurso concernente à interpretação e aplicação das garantias constitucionais e o discurso sobre o ADP pertencem a diferentes contextos e - ao menos teoricamente - não devem nem se sobrepor nem conflitar um com o outro. Por assim dizer, a garantia termina quando o abuso começa (e vice-versa).

É claro, entretanto, que o relacionamento entre o ADP e as garantias fundamentais é multifacetado. Garantias devem prevenir abusos processuais, mas elas mesmas podem ser objeto de abuso: a afirmação de uma garantia não é suficiente, infelizmente, para prevenir abusos. Por outro lado, abusos devem ser prevenidos justamente a fim de tornar efetivas as garantias, haja vista que procedimentos em que ocorrem abusos não correspondem aos padrões de lealdade e devido processo. Assim: garantias e ADP não se excluem. A questão é muito mais complexa e lida com o grau de realização de garantias e o grau de prevenção de abusos em diversos sistemas legais.

Um problema diferente diz respeito à possibilidade de o risco de abusos ser usado como um argumento contra o completo desenvolvimento das garantias constitucionais. Em alguns casos, isto pode representar um perigo real, mas é um problema de tática (se não de política). Este problema surge quando alguma pessoa está tentando bloquear ou limitar a realização de garantias constitucionais e ela está em busca de argumentos para sustentar tal prática. Mas se o perigo do ADP é utilizado "contra" a completa implementação das garantias, este é um argumento errado e ruim: utilizá-lo pode ser

definido como um "abuso do argumento". Uma análise cuidadosa das garantias e do ADP deve ajudar evitando o uso incorreto do perigo do ADP como um obstáculo para a aplicação das garantias processuais.”

Tais fundamentos se projetam para as situações aqui enfrentadas, entre a **luta** do agente público probo e honesto, que não infringiu no Código de Conduta e mesmo sendo inocente, em tese, recebe contra si investigações disciplinares ou participa do polo passivo de ação de improbidade administrativa, fruto de “assédio processual”.

Situação que, pela ótica do “fiscal de lei” é normal, para o outro lado, o mais frágil e desprotegido, o agente público, **a falsa ou imotivada imputação é dessa “condenação”**, que somente será revertido após alguns anos de desgastes financeiros e emocionais.

Para esses casos, abre-se o oportuno questionamento decidido pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ no REsp nº 1817845/MS, que teve como ilícito o **“assédio processual”**.

A leitura de parte do v. acórdão do REsp citado,²² se pode sintetizar o assédio processual:

“(…) ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO E DE DEFESA. RECONHECIMENTO COMO ATO ILÍCITO. POSSIBILIDADE. PRÉVIA TIPIFICAÇÃO LEGAL DAS CONDUITAS. DESNECESSIDADE. AJUIZAMENTO SUCESSIVO E REPETITIVO DE AÇÕES TEMERÁRIAS, DESPROVIDAS DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E INTENTADAS COM PROPÓSITO DOLOSO. MÁ

²² STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, REsp nº 1817845/MS, 3ª t., julgado em 10.10.2019.

UTILIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE AÇÃO E DEFESA. POSSIBILIDADE.

(...)

1- Ação ajuizada em 08/11/2011. Recursos especiais interpostos em 15/08/2014 e 19/08/2014.

2- Os propósitos recursais consistem em definir: (I) se houve omissão ou obscuridade relevante no acórdão recorrido; (II) se o ajuizamento de sucessivas ações judiciais pode configurar o ato ilícito de abuso do direito de ação ou de defesa; (III) se o abuso processual pode acarretar danos de natureza patrimonial ou moral; (IV) o termo inicial do prazo prescricional da ação de reparação de danos fundada em abuso processual.

3- Ausente omissão ou obscuridade no acórdão recorrido que se pronuncia, ainda que sucintamente, sobre as questões suscitadas pela parte, tornando prequestionada a matéria que se pretende ver examinada no recurso especial, não há que se falar em violação ao art. 535, I e II, do CPC/73.

4 - Embora não seja da tradição do direito processual civil brasileiro, é admissível o reconhecimento da existência do ato ilícito de abuso processual, tais como o abuso do direito fundamental de ação ou de defesa, não apenas em hipóteses previamente tipificadas na legislação, mas também quando configurada a má utilização dos direitos fundamentais processuais.

5 - O ardil, não raro, é camuflado e obscuro, de modo a embaralhar as vistas de quem precisa encontrá-lo. O chicaneiro nunca se apresenta como tal, mas, ao revés, age alegadamente sob o manto dos princípios mais caros, como o acesso à justiça, o devido processo legal e a ampla defesa, para cometer e ocultar as suas vilezas. O abuso se configura não pelo que se revela, mas pelo que se esconde. Por esses motivos, é preciso repensar o processo à luz dos mais basilares cânones do próprio direito, não pelo que se revela, mas pelo que se esconde. Por esses motivos, é preciso repensar o processo à luz dos basilares cânones do próprio direito, não para frustrar o regular exercício dos direitos fundamentais pelo

litigante sério e probo, mas para refrear aqueles que abusam dos direitos fundamentais por mero capricho, por espírito emulativo, por dolo ou que, em ações ou incidentes temerários, veiculem pretensões ou defesas frívolas, aptas a tornar o processo um simulacro de processo ao nobre albergue do direito fundamental do acesso à Justiça.”

Não há que se confundir a liberdade de atuação que possui o Ministério Público, em verificar a existência de fato-infração e seus demais elementos autorizadores para a propositura da ação ou da instauração da investigação, com a obrigação de promover a acusação a todo custo, mesmo que não haja a mínima chance de lograr êxito em sua postulação. Portanto, em não havendo elementos suficientes e comprobatórios da prática do ilícito deve o Ministério Público ou a autoridade competente para instaurar o processo disciplinar, opinar pelo arquivamento do feito.

Nesse sentido, aduz Paulo Rangel:²³

“Deve agir, desde que presentes os requisitos que viabilizam o curso do processo. Assim, pode e deve o Ministério Público deixar de promover a ação desde que o fato apurado no inquérito seja atípico, ou embora típico, não haja a justa causa.”

Vamos mais além, pois entendemos que se não houver no mínimo prova indireta da prática de um ato ilícito, não haverá plausibilidade jurídica para o Ministério Público iniciar sequer a investigação através do inquérito penal ou civil público, em decorrência de que seu poder investigatório não atinge o *status* de macular os direitos fundamentais das pessoas que não podem ter violadas suas intimidades e honra, sem que haja um justo e relevante motivo para tal.

As condições para o regular exercício do direito de agir do Ministério Público ou do poder persecutório disciplinar, vincula-se a uma causa legítima, e não a interesses pessoais ou de autopromoção interna, pois antes de mais nada compete-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis (art. 127, da CF).

Nessas condições, a insistência de acusar-se a qualquer custo, se resume no “assédio processual” vedado pelo direito e agora pela jurisprudência evolutiva do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

INVESTIGAÇÃO GENÉRICA SE TRANSFORMA EM ASSÉDIO

Todos aqueles que exercem suas atividades profissionais no âmbito do direito sancionador já presenciaram ou ouviram dizer, que o Ministério Público e a esfera disciplinar dos órgãos públicos, mesmo sem base jurídica, determinam a instauração de inquérito policial civil, ou processo disciplinar, respectivamente, **sem a existência de uma prova direta ou indireta, mesmo que mínima**, em relação a existência da prática de ato ilícito por parte do investigado, **sob argumento, genérico**, sendo que a portaria inaugural não descreve com exatidão os motivos da pseudo investigação, fazendo com que a mesma se transforme em verdadeira devassa, com o objetivo de se encontrar algo que legitime a própria atuação estatal.

A investigação genérica é instaurada, para que no curso dela se investigue a vida profissional e fiscal do investigado, no afã de se encontrar algo que possa configurar-se como a prática de um ato ilícito e servir de suporte de uma futura ação civil pública, denúncia penal ou demissão.

²³ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, 17 ed., 2010, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 232.

Trata-se da forma mais desumana e arbitrária de perseguição estatal, visto que a investigação é direcionada contra a dignidade da pessoa humana, em face a ausência aparente da prática de ato ilícito. Mas o desejo de encontrar algo é tão grande, que algumas investigações se arrastam por muitos anos, no afã de encontrar algo que possa ser utilizado contra a pessoa investigada.

Não vislumbrando, nem em tese, a prática de um ato ilícito, em muitas situações o Ministério Público instaura o inquérito civil ou penal genérico, na maioria das vezes, para com isso tentar justificar, sob o prisma jurídico uma investigação, com a finalidade de perseguir, a qualquer custo o indefeso investigado, tentando encontrar algo que poderá lastrear uma futura ação judicial.

Não resta dúvida que essa conduta do Ministério Público revela a prática de abuso de poder do direito de investigar “assédio processual”, visto que a lei não lhe concede poderes para macular a honra e a moral das pessoas, como se elas fossem meros objetos.

De igual modo, não merece credibilidade jurídica as frequentes afirmações do órgão estatal de “quem não deve, não teme” ou de quem “é inocente demonstrará essa condição no curso da investigação e que é direito soberano do Ministério Público investigar quem quer que seja.”

A pergunta que se faz é se há ou não violação da intimidade, da honra, da dignidade e da privacidade das pessoas/agentes públicos se o Ministério Público ou o poder disciplinar resolve utilizar-se da sua faculdade de promover investigações ou propor ação civil pública quando bem entender, sem plausibilidade jurídica:

Não é fácil a resposta, pois se não resta dúvida que o Ministério Público e a Administração Pública possuem como um dos deveres fundamentais combater a prática de atos ilícitos, e nessa condição, promover atos sempre visando a elucidação da verdade real, a fim de manejar as ações ou investigações pertinentes contra quem quer que seja.

Esse dever do Ministério Público é dosado pela Constituição Federal e pelo direito, **para que não haja o manejo indevido em sua atividade persecutória.**

Da mesma forma, a Administração Pública se fundamenta pela lei e nessas condições, somente se houver elementos concretos de que houve a prática de ilícito funcional é que estará autorizada a investigar, por meio de sindicância ou de processo disciplinar.

Por essa razão atenta contra a honra a notícia de fato, como seja a prisão de alguém, ou seu indiciamento em inquérito policial, ou ser apontado como suspeito, ou ser formalmente acusado como autor da prática de um ato ilícito se **no curso de tais investigações verificar-se que não há a mínima plausibilidade jurídica que pudesse embasar tais providências tomadas contra o investigado/acusado.**

A necessidade de proteção jurídica da intimidade foi resultado de uma grande evolução do direito comparado, que viu nos séculos passados o homem, através do Estado ser seu objeto.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ou Humanos), de 10.12.1948, quando da Assembleia Geral das Nações Unidas, em seu artigo 12, assim determinou:

“Art. 12 – Ninguém será objeto de interferências arbitrárias em sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem de ataques à sua honra ou reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”
(g.n.)

Acostumada a ver o homem ser destruído pelo espírito mercantilista de governantes e de líderes políticos, que se utilizaram do Estado para desprezitar e oprimir o homem, a comunidade internacional se opôs a tais fatos.

Na linha de evolução de proteção aos direitos fundamentais da pessoa, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 4.11.1950, incluiu várias disposições garantidoras da vida privada das pessoas, onde a interferência de uma autoridade pública no exercício desse direito deve estar condicionada não só à lei, mas também respaldada por um justo motivo.

Eis o texto do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem:

“Art. 8º - (Direito ao respeito da vida privada e familiar) 1 – Qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2 – Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, para o bem estar econômico do país, a defesa da ordem e a preservação das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.” –[Sublinhado nosso].

Ao analisar o presente artigo, Ireneu Cabral Barreto averbou:²⁴

“1. Este artigo tem como objectivo essencial prevenir o indivíduo contra as ingerências arbitrárias de poderes públicos. Ele exige do Estado não só um dever de abstenção, mas também um papel activo inerente ao efectivo respeito da vida privada e familiar [...]. 2. Contudo as medidas positivas exigidas aos Estados estão em geral sujeitas à margem de apreciação do próprio Estado e é preciso ressaltar um justo equilíbrio entre o interesse geral e o interesse do indivíduo.” – [Sublinhado nosso].

Mesmo sendo difícil definir **“vida privada”**, não resta dúvida que o direito ao seu respeito não se limitava a possibilitar ao indivíduo viver protegido da publicidade no desenvolvimento de sua personalidade, **mais ainda o de não ser vítima de ingerências arbitrárias dos poderes públicos.**

O direito à vida privada foi ainda reconhecido pela Convenção Americana dos Direitos do Homem, assinada em São José da Costa Rica, em 22.11.1969, assim explicitado em seus artigos 1/3:

“1) toda pessoa tem o direito de ter sua honra respeitada e sua dignidade reconhecida. 2) Ninguém pode ser objeto de interferência arbitrária ou abusiva em sua privada, sua família, seu lar ou sua correspondência, ou de ataques ilegais à sua honra ou reputação. –[Sublinhado nosso]. 3) Toda pessoa tem um direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.” –[Sublinhado nosso].

Sendo certo que **o direito à proteção da lei contra a violação de interferência arbitrária ou abusiva da vida privada e do indivíduo aí inclua-se**

²⁴ BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Editorial Notícias Aequitas, 1995, p. 126.

a sua atividade profissional, é cláusula fundamental direcionada contra o Estado também, que sempre foi, em um passado recente, o agressor de tais direitos.

Isso porque, as origens dos direitos da dignidade humana, entendidos como um conjunto de normas visam defender a pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado.

O Código de Hamurabi, escrito em cerca de 1780 a.C., havendo divergência nessa data entre os autores; Criado pelo Rei Ur-Namu que teria influenciado Hamurabi para fazê-lo; Esse preocupou-se em impor a justiça para o poderoso que fizesse mal ao fraco, devendo ser apontado como um dos primeiros passos existentes, ainda que de forma tímida, sobre os direitos do homem.

Toda luta contra a tirania e o poder descomunal e absoluto, seja a de Moisés, invocando perante o Faraó o direito dos povos a disporem de si próprios, de Antígona diante de Creonte, afirmando o direito de desobediência ao poder face a leis superiores e ao próprio Estado, ou de Espártaco, chamando diante dos escravos o direito à resistência à opressão, são exemplos da dificuldade de afirmação dos direitos do homem ao longo dos tempos.

Voltando ao nosso ciclo evolutivo da vida privada e da intimidade no cenário jurídico internacional, como forma de manifestação de um processo global de preocupação com as garantias fundamentais do ser humano, a Resolução n.º 428, de 23.01.1970, da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa (alíneas 2 e 3 do parágrafo “c”) assim definiu:

“O direito ao respeito à vida privada consiste essencialmente em levar sua vida como entender com um mínimo de interferências. Diz respeito à vida privada, familiar e comunitária, integridade física e moral, honra e reputação, ao fato de não ser apresentado sob um falso vislumbre, à não divulgação de fatos inúteis e embaraçosos, à publicação, sem autorização, de fotografias privadas, à proteção contra a divulgação de informações comunicadas ou recebidas confidencialmente por um particular. Não podem se prevalecer do direito à proteção de sua vida privada as pessoas que por suas próprias atitudes encorajam indiscrições dos quais elas venham a se queixar posteriormente. O respeito à vida privada de uma pessoa ligada à vida pública traz um problema específico. A fórmula a ‘vida privada termina onde começa a vida pública’ não é suficiente para resolver o problema. As pessoas que representam um papel na vida pública têm direito à proteção de sua vida privada, salvo nos casos em que esta possa ter incidência sobre a vida pública. O fato do indivíduo ocupar lugar na atualidade não o priva do direito ao respeito à sua vida privada.” – [Sublinhado nosso].

Apesar do Brasil ser signatário do Pacto de San Jose da Costa Rica, o que faz com que ele adote em seu ordenamento jurídico interno o que fora deliberado no respectivo tratado internacional, o artigo 5º, incs. X e XII, da CF corroboram o direito fundamental da inviolabilidade da intimidade, da honra, da vida privada, dos dados e informações fiscais e bancárias.

Nesse sentido, cumpre também indagar quais as possibilidades e limites estabelecidos pela ordem jurídica que autorizam a mitigação do referido direito fundamental para a adequada tutela de outros bens jurídicos também consagrados na Constituição Federal.

Não resta dúvida que uma das tarefas do Estado é tutelar os direitos fundamentais das pessoas, promulgando e aplicando normas de caráter

punitivo ou que premiam o indivíduo, além de atuar por meio de arrecadação em aplicação de receitas para o desenvolvimento das políticas públicas que ele elege como primordiais ao crescimento da sociedade.

Em sendo assim, havendo violação de direitos fundamentais entre indivíduos, faz-se necessário que o Estado disponha de meios para a averiguação da concreta violação dos bens jurídicos que lhe incumba tutelar para a promoção das responsabilidades tidas por pertinentes.

Esse poder persecutório do Estado **permite que combata de forma eficiente e permanente a corrupção e o malbaratamento dos bens e do patrimônio público, dentre outros ilícitos, através de atos concretos que apurem responsabilidades de agentes públicos e de terceiros, fazendo com que responda a pertinentes ações judiciais, ou seja, por intermédio de investigações na busca de elementos concretos e objetivos que demonstrem a autoria e materialidade, em tese, da prática do ilícito.**

A tarefa de **colheita de elementos probatórios para o cumprimento de seus deveres de proteção ao cidadão pode ser denominada de investigação e será sempre instaurada quando presente um justo motivo para tal, revelado inclusive através de prova indireta.**

Ao ser acionado o poder/dever investigatório do Estado esse é o requisito singular de sua própria validade, que é a existência de provas indiretas ou diretas que apontem a prática de um possível ato ilícito por parte do investigado. Tal fato, em tese, justificaria o aprofundamento da investigação, para apurar em seu trâmite a autoria e a materialidade de um possível ato vedado pelo ordenamento jurídico.

Existe poder amplo e irrestrito do Ministério Público ou da esfera correicional dos órgãos públicos, em seu direito de investigar a quem bem lhe aprouver?

Entendemos que não!

E o Supremo Tribunal Federal,²⁵ no julgamento do HC n° 93.930, 2ª T., deixou assente no voto de seu eminente Relator Min. Gilmar Mendes, que a atividade persecutória estatal desenvolvida pela Polícia ou pelo Ministério Público merece vigilância e controle externo pelo Poder Judiciário, *verbis*:

“Convém observar que o poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece por sua própria natureza, vigilância e controle.” –[Sublinhado nosso].

As orientações constitucionais que disciplinam a persecução estatal não admitem uma atuação do órgão público responsável de forma arbitrária. Daí a necessidade de regras garantidoras da participação do atingido, assim como aquelas que definem critérios para a atuação (investigação) do Ministério Público ou do poder disciplinar, sempre dentro da legalidade.

Os limites do Ministério Público estarão sempre inseridos na realidade jurídica do investigado, de não ser importunado, salvo por um junto e

²⁵ STF. Rel. Min. Gilmar Mendes, HC n.º 93.930, 2ª T., julgado em 7.12.2010 (DJ de 03.02.2011).

relevante motivo. Não é dado ao poder persecutório estatal um poder amplo, geral e irrestrito, que possa afrontar os direitos e as garantias fundamentais da parte acusada ou investigada.

Essas regras não são apenas para disciplinarem a participação da pessoa investigada, mas também funcionam como limites para a própria instauração da mesma.

Atente-se, a tanto, que o art. 129, da CF, princípio normativo das funções institucionais do Ministério Público, especifica o rol de funções acometidas à instituição, onde se destaca os seguintes tópicos:

“Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia; III - promover o inquérito civil público, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...) VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva. (...) VIII - requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos de suas manifestações processuais. IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

No citado artigo 129, o seu parágrafo 4º determina aplicar ao Ministério Público no que couber, o disposto no art. 93, também da Constituição Federal. Esse preceito constitucional impõe que todos os julgamentos dos órgãos

do Poder Judiciário sejam públicos e **fundamentadas** todas as decisões, sob pena de nulidade.

Dessa forma, pode-se afirmar que o ato que determina a promoção do inquérito civil público e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social **devem ser suficientemente fundamentados, fulcrando-se em uma causa legítima**, sob pena de faltar-lhe justa causa para iniciar uma de suas funções institucionais.

Esse dever de fundamentação, dos atos do Ministério Público é a garantia mínima de que seus posicionamentos serão respaldados pelos princípios mais lúdimos de direito e de justiça, pois como fiscal da lei, acima de tudo, o membro do *parquet* deverá pautar a sua atuação para a proteção de valores éticos e morais, respaldados pelo princípio da legalidade.

No mesmo sentido, veja-se que a Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, ao instituir a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, concretizou a disposição constitucional em apreço da obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões, sob pena de nulidade, dispondo que (art. 43, III): “indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal.”

Os pronunciamentos do Ministério Público dos Estados e da União devem ser motivados e reveladores da necessidade jurídica de suas intervenções, capazes de concretizar a relativização do direito de inviolabilidade da privacidade da pessoa investigada.

Mesmo que se louve as conquistas institucionais obtidas pelo **Ministério Público** ao longo do processo constituinte (dentre outros), de que resultou a promulgação da nova Constituição Federal, com a reconstrução da ordem constitucional, surgiu, o Ministério Público, sob o âmbito de legitimidade democrática, com o **dever de atuar dentro de padrões de legalidade e de ética.**

Essa nova e atual ampliação das atribuições, aumentando a competência, e conferindo-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional, exige uma atuação zelosa e conservadora do membro do Ministério Público, **pois ele é obrigado a respeitar os direitos e as garantias fundamentais de todos os cidadãos, inclusive dos acusados ou investigados.**

Portanto, mesmo quando instaurada a fase pré-processual (inquérito civil, inquérito penal e representação para fins disciplinares) o Ministério Público, no exercício de suas atribuições, deve respeitar todos os direitos e garantias que são direcionados às pessoas, em especial o da preservação de suas intimidades, de não serem molestadas sem um justo e razoável motivo.

A Constituição Federal conferiu, não resta dúvida, uma posição de inquestionável importância para o cidadão, incluindo nesse rol o agente público, destinatário também de todas as garantias constitucionais. Deferiu-lhe, em consequência, os meios necessários à plena realização de sua proteção, tais como a inviolabilidade de sua intimidade, vida privada, honra, imagem, do domicílio, do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, do livre exercício profissional, etc.

Da mesma forma, a Constituição Federal também outorgou grande importância ao Ministério Público, fornecendo instrumentos legais à concretização

de suas finalidades jurídico-institucionais, autorizando-o, no exercício de suas atribuições, dentre outras providências, a de “receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhe seja próprias e dar-lhes as soluções adequadas (...)” (Lei n.º 8.625/93, art. 27, parágrafo único, n.º 1), competindo-lhe, ainda, dentro desse mesmo contexto, “realizar (...) diligências investigatórias (...)” (LC n.º 75/93, art. 8º, V).

O poder de investigar, em sede penal, civil ou disciplinar, também compõe o complexo de funções institucionais do Ministério Público, sendo essa última situação jurídica inerente ao poder correicional dos órgãos públicos, levando-se em conta que esse poder se acha instrumentalmente capacitado a tornar efetivo o exercício, por sua instituição, das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas, em norma expressa, pelo próprio texto da Constituição Federal.

Esse poder investigatório, como por exemplo, do Ministério Público, vincula-se ao poder de direito e a supremacia da Lei Fundamental da República como ressaltado pelo Min. Celso de Mello em seu magistral voto no HC n.º 93.930/RJ, 2ª T., julgado em 7.12.2010, *litteris*:

“Mostra-se relevante enfatizar, de outro lado – consideradas as observações que venho de registrar neste voto quanto às limitações que incidem sobre o poder investigatório do Ministério Público, e que lhe são plenamente oponíveis por qualquer pessoa que por ele esteja sendo investigado – que a autoridade da Constituição e a força das leis não se detêm no limiar dos gabinetes dos Promotores de Justiça e dos Procuradores da República, como se tais agentes do Estado, subvertendo as concepções que dão significado democrático ao Estado de Direito, pudessem constituir um universo diferenciado,

paradoxalmente imune ao poder do Direito e infenso à supremacia da Lei Fundamental da República.” -[Sublinhado nosso].

Em seguida aduz o Min. Celso de Mello:

“Daí porque incidem, sobre o Ministério Público, as limitações de ordem jurídica que venho de referir, sob pena de desvalia dos elementos de informação coligidos e produzidos com desrespeito aos direitos e garantias da pessoa investigada.”-[Sublinhado nosso].

Portanto, é violado o princípio da intimidade, da honra, da vida privada e da imagem das pessoas (incluindo os agentes públicos) quando os fatos investigados são genéricos, sem um objetivo previamente definido e também sem um mínimo de prova que possa justificar a necessidade da persecução estatal. Não é, por outro lado, lícita a pífia justificativa de quem “não deve, não teme”, bem como, “quem é inocente demonstrará esta condição no curso da investigação.”

Para o homem de bem, a “simples” instauração de uma investigação se torna agressão aos seus valores morais, visto que não havendo plausibilidade jurídica, não há que se falar em poder investigatório do poder público.

Isso porque, também a intimidade como bem jurídico a ser protegido pelo Estado fortalece a própria dignidade humana.

Em sendo assim, “a intimidade, como direito fundamental, cumpre seu papel de impor limites também à atuação do Estado, dando proeminência à figura do cidadão.”²⁶

O direito à intimidade desvinculou-se do direito à honra para, em primeiro lugar, garantir ao indivíduo o direito de estar só, em sua própria companhia.

Dessa forma, o reconhecimento da intimidade e da vida privada como direito fundamental²⁷ **não é um mero princípio programático**, visto que dele deve haver aplicação imediata independentemente de outras normas regulamentadoras.

Em sendo assim, ao passo em que o princípio da intimidade não impede que haja a investigação estatal, ele funciona como fator qualificador, exigindo-se do poder público o seu respeito, onde a respectiva relativização desse direito, determina que hajam fundadas, pelo menos, provas indiretas que demonstrem o cometimento de um ato ilícito, capaz de justificar a intervenção do poder público.

O direito de investigação por parte dos órgãos estatais não é absoluto, pois submete-se às regras do ordenamento jurídico, como forma de condicionar a sua própria atuação. E uma dessas regras é o respeito aos

²⁶ RODRÍGUES, Victor Gabriel. *Tutela Penal da Intimidade. Perspectivas da Atuação Penal na Sociedade da Informação*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 36.

²⁷ “Los derechos fundamentales constituyen la esencia misma del régimen constitucional (STC num. 10/1986 de 24 enero), y aparecen como instrumentos que limitan la actuación del poder. El poder no puede transgredir estos derechos y su actuación tiene que estar presidida por ellos, ya que vinculan a los poderes públicos sin excepción. La concepción de los derechos fundamentales como obligaciones estatales, reposa em sua reconhecimiento constitucional, es decidir em su articulación jurídica através de um texto nascido com la vocación de imponerse a todos los órganos del Estado.” [Rodrigues, José Luiz. *Concepción. Intimidadd e imagen*. Barcelona: Bosch, 1996, p. 65].

direitos fundamentais dos investigados, de não sofrerem o “assédio processual”.

Sendo certo que um deles, e o mais relevante, é o de não ser instaurada a persecução estatal, salvo se precedida de uma causa justa e lícita, capaz de justificar a relativização do direito da intimidade que todas as pessoas gozam.

Assim, mesmo que cada um dos membros do Ministério Público seja destinatário da independência funcional (ser livre em sua consciência e atitudes), tal prerrogativa não é absoluta quando confrontada com os direitos e as garantias individuais dos cidadãos.

Da mesma forma o poder disciplinar, mesmo sendo livre, encontra barreiras para a sua livre instauração.

Deve haver a devida proporcionalidade em seus atos, tendo em vista que os membros do Ministério Público ou da esfera correicional possuem como missão institucional a defesa de interesses sociais, estando assim investidos das funções de acusadores e garantidores da cidadania.

Ao servir a sociedade e ao poder público, é vedado aniquilar-se ou subverter-se as garantias fundamentais da parte investigada para que ela não sofra transtornos em seu direito de manter-se inviolável em sua intimidade, salvo por uma justa causa.

A independência funcional dos membros do poder persecutório estatal deve se compatibilizar com uma atuação controlada pelos princípios

norteadores do direito e da justiça, não se desvinculando, de forma alguma aos direitos fundamentais dos agentes investigados, sob pena de assédio.

Por essa razão não concordamos com a seguinte afirmação do ilustre Emerson Garcia, quando aborda que a forma de atuação do membro do *parquet* “é insuscetível de qualquer controle, sendo ampla a liberdade de valoração.”²⁸

Nessa divergência ao ilustre mestre se cinge ao fato que o poder de atuação do membro do Ministério Público não é absoluto visto que se submete ao plasmado da Constituição Federal, as disposições constantes do ordenamento jurídico e ao direito, sem que com isso haja desnaturação da sua independência funcional, tão necessária à sua atuação livre e justa, em prol da coletividade.

O controle que defendemos é aquele que estabelece nos direitos fundamentais das partes à serem investigadas, a devida barreira a sua atuação injusta e açodada, capaz de beirar o próprio abuso e arbítrio do direito de investigar ou de acusar (assedio processual).

Nenhum poder é incontrolável ou destituído de limites, até o do membro do Ministério Público, que age justamente em nome da sociedade (de todos os cidadãos).

Pensar de modo diverso **é abrir a possibilidade de um poder ser absoluto e não possuir limites, podendo atuar, e devassar a vida de quem bem lhe aprouver de maneira arbitrária ou não.**

²⁸ GARCIA, Emerson. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 67.

Por essa razão é que afirmamos, que o poder de investigação do Ministério Público não é mais importante do que o direito da parte de não ser molestada se ela não praticar, ao menos em tese, um ato vedado pelo ordenamento jurídico, capaz de validar a própria atuação ministerial.

Do contrário, haverá abuso do direito de investigar/acionar do Ministério Público. Devendo tal situação ser **fiscalizada** pelo Poder Judiciário, último guardião dos direitos fundamentais das pessoas e que não está vinculado aos atos ilegais praticados por nenhum dos poderes da República.

Por isso haverá abuso do direito de investigação se ocorrer o manejo do inquérito civil, proposição da ação civil pública ou até mesmo a instauração da persecução disciplinar sem o mínimo de plausibilidade jurídica, respaldadas por provas lícitas, em decorrência de que a investigação genérica, sem um fato previamente determinado, afronta o princípio da intimidade, da honra, da vida privada e da imagem das pessoas, constituindo-se em “assédio processual”.

DA NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA CAPAZ DE DAR SUPORTE AO PODER PERSECUTÓRIO DO ESTADO

O poder investigatório do Estado, tal qual a instauração da jurisdição não pode ser ato irresponsável, de força, arbítrio ou de **“assédio processual”**, pois é matéria pacífica tanto na doutrina quanto na jurisprudência que nos casos de ilegalidade (**ausência de justa causa**), de desvio de finalidade ou de poder ou na falta de atribuições é que o Poder Judiciário deverá determinar o trancamento da investigação penal ou cível.

Tal posicionamento é endossado por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:²⁹

“(…) deve-se conceber tal possibilidade como algo excepcional, destinando-a a hipótese de manifesta ilegalidade e arbitrariedade. (...) Como já adiantado, patentes ilegalidade e dão ensejo à utilização do mandado de segurança. (...) Por último, deve-se ressaltar que o mandado de segurança é o instrumento adequado a alcançar o encerramento das investigações (trancamento) nas hipóteses evidentes de ilegalidade ou abuso de poder.”

Entendemos que a justa causa para a instauração do processo penal também deverá estar presente no âmbito do direito administrativo (disciplinar, inquérito civil, ação civil pública, etc.), pois a Constituição Federal garante o direito à inviolabilidade da honra e da vida privada do cidadão, sem distinguir, inclusive, se ele é ou não agente público.

Justa causa exprime, em sentido lato, toda razão que possa justificar a legitimidade ou a procedência de determinado ato perante o direito.³⁰

Ou, pelas palavras de De Plácido e Silva,³¹ significa:

“O motivo que possa ser alegado, porque está amparado em lei ou procede de fato justo. Mas a rigor, segundo o sentido de justo, que significa o que de direito, e causa, motivo, razão,

²⁹ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 647/649/650.

³⁰ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 179.

³¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. *Op. cit. ant.*, p. 810.

origem, é necessário que o que se alega ou se avoca, para mostrar a justa causa, seja realmente amparado na lei ou no direito, ou, não contrariando a este, se funde na razão e na equidade.”

No processo administrativo disciplinar, tal qual no inquérito civil ou no ajuizamento da ação civil pública, a justa causa identifica-se com o justo, revelado através de uma coerente acusação/investigação, onde existam provas indiretas ou provas diretas da prática de atos ilícitos, por parte dos agentes públicos, ligados ao exercício da função pública ou em virtude dela.

Justamente para manter esse equilíbrio, tanto no processo penal como no âmbito do direito administrativo devem buscar sempre o justo, que deriva do latim *justus*, e representa a justiça e o direito.

Pelo direito justo retira-se o abuso do poder do Estado, em razão de que a dignidade da pessoa é preservada pela norma jurídica.

Nesse contexto, o justo deve identificar-se com o direito, em decorrência de que ele está unido ao honesto (correto). Direito justo, para Karl Larenz, “es un peculiar modo de ser del Derecho positivo”³²

Em assim sendo, para evitar a temeridade do poder, o direito elegeu uma justa causa para contrapor a causa genérica ou inconsistente, como elemento essencial da instauração de processos penais ou administrativos.

³² LARENZ, Karl. *Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica*. Tradução de: DÍEZ-PICASSO, Luis. Madrid: Editorial Civitas, 1993, p. 21.

Essa é a medida fundamental de segurança jurídica, para que não haja um retrocesso do Poder Público com denunciamentos irresponsáveis, lembrando-se a época da ditadura militar, onde a existência de um fato punível era o mero juízo de valor negativo, desatrelado de provas diretas.

Bastava haver uma delação, uma suspeita, pouco importando a sua consistência e convicção política, que de um momento para outro, o cidadão cumpridor dos seus deveres civis passava a ser tido como um *subversivo*.

Esses tempos de ditadura contrários ao estado democrático de direito foram extintos de nosso sistema de governo, para não serem jamais revividos.

Dessa forma, como medida de segurança, para que alguém possa ser submetido a julgamento, deve estar presente a justa causa para a acusação, como aduzido por Maria Thereza Rocha de Assis Moura:³³

“Tomando-o como sustentáculo, segue-se que, para que alguém possa ser submetido a julgamento, deve existir justa causa para a acusação, sob pena de esta se transformar em instrumento de coação ilegal, contra a liberdade jurídica do acusado, passível de ser mediada por meio de *habeas corpus*.” - [Itálico no original]-

Nesse diapasão, justa causa é aquela “que é conforme o direito, (...) se o juiz recebe uma denúncia por fato atípico, cabível o remédio heroico, por falta de justa causa; se recebe uma denúncia sem lastro probatório, falta o interesse processual e, de conseguinte, justa causa. Aliás, a expressão ‘falta de justa causa’ é

³³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal*. São Paulo: RT, 2001, p. 18.

tão ampla que chega a abranger todas as outras hipóteses elencadas nos demais incisos do art. 648.”³⁴ –[Aspas no original]-

Novamente, registramos o elucidativo posicionamento de Maria Thereza Rocha de Assis Moura,³⁵ *verbis*:

“A justa causa para a ação penal de natureza condenatória, no direito penal brasileiro, não sobressai apenas dos elementos formais da acusação, mas, também e de modo principal, de sua fidelidade para com a prova que demonstre a legitimidade da acusação. 4.1. Desta conclusão emana que não basta que a peça acusatória impute ao acusado conduta típica, ilícita e culpável. A denúncia ou queixa deve guardar ressonância e estrita fidelidade aos elementos que lhe dão arrimo, sem o que não passará de ato arbitrário, autoritário, que a ordem jurídica não pode tolerar. 4.2. Segue, ainda, que a necessidade da existência de justa causa para a acusação serve como mecanismo para impedir, em hipótese, a ocorrência de imputação formal infundada, temerária, caluniosa e profundamente imoral.”

Em sendo assim, **a justa causa é a condição mínima exigida pela norma legal, pela jurisprudência e doutrinariamente para que não ocorra uma acusação sem fundamento (sem prova direta) e temerária, movida por interesses que não são jurídicos, totalmente desprovida de embasamentos sérios, que não configurem a legitimidade da acusação.**

Exige-se a justa causa como condição para a instauração do processo penal, processo administrativo disciplinar, inquérito civil e, por fim, para a ação de improbidade administrativa, entre outros tipos de

³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 123.

³⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa...; Op. cit. ant.*, p. 291.

investigação pois em todas essas situações jurídicas é atingido o *status dignitatis* do acusado.

Por essa razão, é necessário a comprovação indicativa suficiente em relação a autoria e a materialidade; observando-se a necessidade da existência de prova direta como condição da instauração dos processos acima referidos, para que eles correspondam a legalidade da acusação ou da própria investigação.

Só existe a obrigatoriedade da instauração de um dos processos legais declinados quando presente a justa causa, resultante do fundamento da acusação, com a descrição circunstanciada e detalhada dos fatos, acompanhados das provas diretas, que mesmo superficiais, reforçam a tese de que houve a prática de uma infração. A “*probable cause*” liga-se à existência de um juízo de probabilidade de condenação para justificar a instauração do processo. Sendo que esse juízo inicial de probabilidade indica, mesmo que superficialmente, que houve um ato ilícito cometido pelo acusado, merecedor de uma persecução investigatória, para se buscar a verdade real dos fatos.

Sem essa base de fundamentação, a acusação é insustentável, pois a subjetividade da *opinio delicti* não é algo efêmero, devendo ser justa, equilibrada, plausível e baseada no texto legal, sem que haja “assédio processual”.

Não se pode violar o direito de qualquer pessoa em decorrência de uma simples suspeita, sob pena de configurar constrangimento ilegal e distanciamento do direito. Por isso é que a justa causa se prende na fundamentação da acusação, cotejada aos seus elementos de base de sustentação, devendo o acusador possuir conduta ética, tendo em vista que a denúncia ou outra peça

processual acusatória não podem configurar-se como um abuso/excesso de poder para quem ostenta a condição de acusado.

O fundamento da acusação exige um mínimo de plausibilidade, com uma increpação em termos de justa causa.

A ausência de justa causa impede a válida e legítima instauração de processos ou procedimentos penais³⁶ e administrativos, pois nada pode justificar o abuso de poder, decorrente de uma acusação arbitrária ou injusta, capaz de acarretar um constrangimento ilegal para quem é injustamente colocado na condição de acusado.

Na atual fase do Direito Público não se admitem mais atos desatrelados da legalidade, pois o poder deve ser exercido de forma equilibrada e legal, trazendo para toda sociedade a devida paz e segurança jurídica, não podendo ser, via de consequência, um instrumento da opressão.

Ou, como aduz o jus-filósofo da era moderna Alf Ross:³⁷

“O poder não é conferido às autoridades públicas para ser exercido como elas queiram, mas para ser exercido de acordo com as regras estabelecidas ou princípios gerais *pressupostos*.”

Para se iniciar **qualquer tipo de investigação disciplinar, é necessário que haja a justa causa.**

³⁶ STF. Rel. Min. Celso de Mello, HC nº 79.844-6/RJ, 2ª T., julgado em 15 de fev. 2000, DJ de 17 mar. 2000, p. 003, JSTF – LEX 260/361.

³⁷ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003, p. 199.

A locução justa causa não tem emprego exclusivo no Direito Penal, ela se incorpora e se projeta para o domínio do direito sancionador estatal, aí incluída a esfera disciplinar.³⁸

A justa causa para a persecução disciplinar está vinculada ao exercício funcional irregular do servidor público.

Esse exercício irregular das funções públicas, explicitado pela prática de ato comissivo ou omissivo, deverá estar interligada direta ou indiretamente ao cargo/emprego do servidor ou decorrente do mesmo, evidenciando a autoria e a materialidade do que se pretende investigar.

A existência de justa causa é condução *sine qua non* para a instauração de sindicância ou de processo administrativo disciplinar, pois sem elementos materiais (objetivos) não pode o administrador público devassar a vida do servidor público sob o pálido argumento de tentar encontrar indícios de uma pseudo infração disciplinar.

Até mesmo na instauração de sindicância, segundo o parágrafo único do art. 27, da Lei nº 13.869/2019, deverá ter motivação suficiente capaz de justificar a sua instauração.

³⁸ “ A locução justa causa não tem emprego exclusivo no domínio jurídico científico do Direito Penal e Processual Penal – e nem mesmo apenas no domínio dos largos horizontes das amplas províncias do Direito Sancionador – porquanto utilizada, praticamente, na linguagem de todos os departamentos do direito contemporâneo. Essa locução constitui de critério pré-ordenador da justiça a se fazer no caso concreto, para mensurar a legitimidade – e não só apenas e legalidade – de quaisquer iniciativas administrativas ou judiciais de que resultem – efeitos prejudiciais ou danosos a direitos ou a interesses das pessoas.” (MAIA FILHO, Napoleão Nunes. “A Justa Causa e outros temas atuais de Improbidade. Ensaio de Crítica Jurídica”. Fortaleza-CE, Curumim, 2017, p. 64).

O processo administrativo disciplinar poderá ser instaurado sempre que a autoridade pública tiver ciência de qualquer irregularidade funcional perpetrada por servidor público. Mas essa ciência deverá vir composta por elementos (indícios) que comprovem, em tese, falta dos deveres ou as obrigações da função (autoria e materialidade), se não uma acusação genérica, desatrelada de substrato jurídico e fático.

Ou, como advertido por J. Guimarães Menegale:³⁹

“O uso do poder disciplinar não é arbitrário, não o faz a autoridade quando lhe aprouver, nem como preferir.”

Tal princípio vige também no escopo da ação de improbidade administrativa, onde o art. 17, § 6º, da Lei nº 8.429/92 estabelece que a demanda somente poderá ser iniciada se tiver justificação que contenham indícios suficientes da prática do ato de improbidade administrativa ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

Com a acuidade de sempre, o Min. Napoleão Nunes Maia Filho, em sede doutrinária, ratifica o que foi dito:⁴⁰

“Com efeito, a formulação de qualquer iniciativa judicial, máxime aquela que carrega pretensão sancionadora, é uma atividade jurídica complexa e de altíssima responsabilidade, que exige do seu autor a mais esmerada atenção, para que a formulação contenha a exata e completa descrição do fato imputado a determinada pessoa, justamente o fato que serve de suporte àquela iniciativa, acompanhado da demonstração

³⁹ MENEGALE, J. Guimarães; “O Estatuto dos Funcionários”. Volume II, Rio de Janeiro: Forense: 1962, p. 637.

⁴⁰ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. “Breves Estudos sobre a Ação de Improbidade Administrativa. a Justa cauã e outros temas relevantes de Direito Sancionador.” Fortaleza-CE: Curumim, 2014, p. 38.

prévia de sua concretude (existência material) e de indícios seguros de quem seja agente (autoria).

Sem essa perfeita e rigorosa delimitação das coisas, não se tem a presença da Justa causa para a promoção intentada, e a sua aceitação (da promoção) – se porventura ocorrer – significará apenas e só um ato manifestante de abuso ou tirania processual, ao qual o direito nega peremptoriamente abonos.” (g.n.)

Nesse ponto, bem destaca o eminente Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA⁴¹:

“Devo me referir que alguns autores entendem, mas sem razão, ao meu ver que a justa causa estaria encampada pela possibilidade jurídica, ou pelo interesse, de sorte que, mesmo respeitando essa posição (...) Pois essa exigência (a da justa causa) a esse cortejo de efeitos também se fazem presentes na análise da inicial da ação por ato de improbidade administrativa (e de todas as ações sancionadoras), que deverá trazer no seu contexto a demonstração da seriedade e da consistência da promoção, mostrando - não apenas com esforço narrativo, mas com elementos materiais seguros e confiáveis - a materialidade do ilícito que se aponta e indicando, também com dados suficientes, seguros e sérios, quem seja o seu praticante; pode-se afirmar que sem essa demonstração objetiva, não estará satisfeita a exigência da justa causa.”

No mesmo teor, no voto condutor do Ag. Int. em REsp nº 932810/ES, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T., SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ, DJ de 3.10.2018, é destaca:

“(…)

⁴¹ ROCHA, César Asfor. “Breves Reflexões Críticas sobre a Ação de Improbidade Administrativa. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 28.

5. A imprescindibilidade da comprovação da justa causa decorre da possível utilização do direito de ação de forma temerária, que, conforme sustenta o jurista MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, sem provas ou elementos de convicção para o julgador, deve ser rejeitada (O Limite da Improbidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429/92, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 552).
(...)”

Sob o prisma doutrinário, em laço de extrema felicidade, o Min. Napoleão Nunes Maia Filho,⁴² deixa **explícito** que **a justa causa funciona como um freio às acusações desatentas, sem a menor base de sustentação empírica.**

Essas **acusações natimortas, se transformam em meio de tormento na vida funcional do servidor público, trazendo-lhe dor e dano irreparável à sua moral e à sua saúde, em detrimento da busca do direito e da justiça.**

Segundo muito bem observa doutrinariamente a Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura⁴³, a prova induzidora da ocorrência de um fato delituoso, na hipótese, a prova ou indícios de autoria, apurados em inquérito policial ou nas peças de informação que acompanham a acusação, formam o

⁴² “A exigência da justa causa nas iniciativas sancionadoras representa, portanto **um freio às afoitezas acusatórias, criando um limite não ultrapassável ao exercício do poder de acusar, impondo ao acusador que antes de exercer a iniciativa punitiva, vale dizer, antes da inauguração do processo punitivo, recolha previamente, com seriedade e método, provas sérias da materialidade do ilícito dos indícios veementes e seguros de sua provável autoria, porquanto, sem o cumprimento dessas exigências, a promoção punitiva resvalará para o perigoso território do possível – e não do provável – e a ação sancionadora poderá se converter apenas em meio de tormento de sua feição de meio de justiça.**” (g.n.) (MAIA FILHO, Napoleão Nunes. Breves Estudos sobre a Ação de Improbidade Administrativa. a Justa Causa e outros relevantes de Direito Sancionador. Fortaleza – CE: Curumim, 2014, p. 41).

⁴³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa Causa para a Ação Penal. São Paulo: RP, 2011, p. 241.

binômio que dá consistência à iniciativa sancionadora, sem a qual inexistente justa causa para a instauração do processo penal.

Ausente a tipicidade da conduta, extinta a punibilidade (prescrição) ou verificada a ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade⁴⁴ da infração disciplinar, não haverá justa causa para dar início a uma investigação disciplinar.

Essa valoração é necessária com o objetivo que seja feita a devida filtragem legal, para não submeter o servidor público ao constrangimento de ser investigado e julgado na esfera disciplinar sem nenhum amparo legal, com todos os inconvenientes dela advindos.

Nesse sentido, apesar de constituir, em tese, um direito-dever da Administração Pública a abertura de sindicância ou instauração de processo administrativo disciplinar, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça,⁴⁵ estabeleceu que os princípios da boa-fé e da segurança jurídica e, “ainda a repercussão negativa na esfera funcional, familiar e pessoal do servidor público”, acarretam a necessidade de justa causa para o início da aludida jurisdição administrativa.

⁴⁴ “Habeas corpus. 2. Art. 334, § 1º, “c” e “d”, do Código Penal (contrabando de máquinas caça-níqueis). Absolvição durante a suspensão condicional do processo. 3. Pedido de trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Não ocorrência. 4. Satisfeitos os requisitos do art. 41, do CPP e não comprovada, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa extintiva de punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e materialidade, inviável trancar-se a ação penal. Precedentes. 5. Ordem denegada.” (STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, HC nº 115.730/ES, 2ª T., DJ de 1.08.2014).

⁴⁵ STJ. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Ms nº 10442/DF, 3ª S., DJ de 26 set. 2005, p. 172.

Em outro expressivo julgado, a 5ª Turma do STJ, no RMS nº 11.587/STJ⁴⁶ anulou uma punição levada a efeito contra o servidor público militar, exatamente por não ter ficado caracterizada a justa causa que embasou o processo disciplinar, *verbis*:

“(…) III – Descaracterizada a transgressão disciplinar pela inexistência de violação ao Estatuto e Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Santa Catarina, desaparece a justa causa que embasou o processo disciplinar, anulando-se em consequência a punição administrativa aplicada (…).”

Consagrado tal princípio para o Direito Administrativo disciplinar, o Superior Tribunal de Justiça pontificou:⁴⁷

STJ “Configura-se admissível o trancamento do processo administrativo disciplinar em face da manifesta e inequívoca ausência do elemento subjetivo da conduta”

Também prestigiam a necessidade de justa causa os demais Tribunais Regionais Federais.⁴⁸

Não é lícito e nem factível que ainda ocorram acusações genéricas contra agentes, ferindo sua intimidade, honra objetiva e subjetiva etc. O direito não permite processos de caráter aberto, sem que haja uma justa causa, inclusive contra

⁴⁶ STJ. Rel. Min. Gilson Dipp, RMS nº 11587/SC, 5ª T., DJ de 03 nov. 2004, p. 206.

⁴⁷ STJ, Rel. Paulo Medina, Ms nº 9004/DF, 3ª S., DJ de 2.02.04, p. 267.

⁴⁸ TRF-5ª Reg. Rel. Des. Francisco de Barros Dias, Ap. Cível nº 511140, DJ de 24 fev. 2011, p. 637; TRF-2ª Reg. Rel. Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. (TRF-2ª Reg., Rel. Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, AI nº 172077, DJ de 17 dez. 2010, p. 245.

servidores públicos, que renderão ou não espaço na imprensa escrita e falada contra seus nomes.⁴⁹

CONCLUSÃO

O “assédio processual” é uma forma nefasta de perseguição ao agente público, que mesmo que não pratique ato irregular em sua função, constantemente tem sido vitimado por instauração de processos disciplinares ou por infundadas ações de improbidade administrativa.

Em boa hora a nova Lei que criminaliza o abuso de autoridade, que entra em vigor em janeiro de 2020, **já combate o “assédio processual”** em seu art. 27 (Lei nº 13896/2019):

“Art. 27 – Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa.”

Em sendo assim, o “assédio processual” será crime, devendo o agente público tomar as medidas legais para trancar natimortas investigações contra si, quando ausentes indícios de prática de ilícito funcional ou infração administrativa.

⁴⁹ “O jornalista transforma, de bom grado, o inquérito judiciário num duelo simbólico entre o juiz de instrução e o acusado, no qual o árbitro não é mais o juiz, mas sim o jornalista” (GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia*. São Paulo: Revan, 1996, p. 80).

A responsabilidade do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas somente serão levadas a efeito em caso de dolo ou de erro grosseiro (art. 28, da LINDB).

Em sendo assim, tanto na esfera correicional, como na propositura de ação de improbidade administrativa, somente poderão ser instauradas se houver a justa causa.

Em sendo assim, a esfera correicional ou a propositura de ação de improbidade administrativa somente poderão ser instauradas se houve a justa causa.

Qualquer tipo de persecução estatal que não seja precedida de uma justa causa será tida como “assédio processual” contra o agente público investigado.

É chegado o momento de se colocar um ponto final nas denúncias e nas acusações açodadas, **fruto de picuinhas ou de pouca credibilidade**, que se caracteriza como “assédio processual”.

Não se pode mais conceber que ainda haja este tipo de constrangimento ilegal para o agente público probo e honesto.

O “assédio processual” **é algo nefasto que agride ao direito e ao princípio da dignidade humana, não sendo admitido perante o ordenamento jurídico.**

É necessário uma reflexão sobre o tema, em especial para que o Poder Público tenha todo o cuidado jurídico necessário quando exercer a sua persecução, quer no âmbito disciplinar, quer na esfera civil, com o ajuizamento das ações de improbidade administrativa.

Sem justa causa não há como se manter hígido o sistema acusatório.

Por fim, mesmo ainda não em vigor, a Lei Geral de Proteção de Dados já deu um sinal do que pretende proteger nas investigações, com a combinação dos seguintes artigos:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

...

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem

...

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

...

Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

...

III - realizado para fins exclusivos de:

...

d) atividades de investigação e repressão de infrações penais;

§ 1º O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido

processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.

A referida Lei além de prever os direitos humanos, os quais se inclui a dignidade, mesmo que seja afastada para a aplicação da Lei nº 8.429/92, não pode ser ignorada na má utilização da referida persecução, prevê medidas proporcionais como já bem destaca em todo seu texto.

O direito sancionador não pode ser instaurado sem que se respeite as garantias fundamentais da parte investigada para que não sofra transtornos em seu direito de manter inviolável em sua intimidade e honra, salvo se houver justa causa.

Rio de Janeiro, 28 de novembro de 2019.

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS