

"FISHING EXPEDITION": A BUSCA INDISCRIMINATÓRIA POR PROVAS E A EROÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS ACUSADOS NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES

"FISHING EXPEDITION": THE INDISCRIMINATORY SEARCH FOR EVIDENCE AND THE EROSION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES OF THE ACCUSED IN DISCIPLINARY ADMINISTRATIVE PROCEDURES

"FISHING EXPEDITION": LA BÚSQUEDA INDISCRIMINATORIA DE PRUEBAS Y LA EROSIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES DEL ACUSADO EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS

Naayobe Hasabna do Carmo Marinho¹
Daniel Cardoso Gerhard²

RESUMO: Esse artigo buscou realizar um estudo acerca dos limites constitucionais conferidos ao poder sancionador do Estado no tocante a instauração de procedimentos administrativos disciplinares, bem como analisar se a prática de colheita indiscriminada de provas, denominada como "fishing expedition", pode ser realizada no âmbito dos processos administrativos disciplinares. Para isso, foram realizadas pesquisas bibliográficas em doutrinas, jurisprudências e legislação pátria por meio de método dedutivo de pesquisa.

1205

Palavras-chave: Limites constitucionais. Poder sancionador do Estado. Fishing Expedition.

ABSTRACT: This article sought to carry out a study on the constitutional limits conferred on the State's sanctioning power with regard to the establishment of administrative disciplinary procedures, as well as to analyze whether the practice of indiscriminate collection of evidence, known as "fishing expedition" can be carried out within the scope of the processes disciplinary administrative. To this end, bibliographical research was carried out on doctrines, jurisprudence and national legislation using a deductive research method.

Keywords: Constitutional limits. State sanctioning power. Fishing Expedition.

RESUMEN: Este artículo buscó realizar un estudio sobre los límites constitucionales que confiere la facultad sancionadora del Estado respecto del establecimiento de procedimientos administrativos disciplinarios, así como analizar si la práctica de recolección indiscriminada de pruebas, conocida como "fishing expedition" puede ser realizadas en el ámbito de los procesos administrativos disciplinarios. Para ello se realizó una investigación bibliográfica sobre doctrinas, jurisprudencia y legislación nacional mediante un método de investigación deductivo.

Palabras clave: Límites constitucionales. Facultad sancionadora del Estado. fishing expedition.

¹Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Amazonas – UFAM.

²Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC MINAS, Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Amazonas – UFAM.

INTRODUÇÃO

O exercício do poder sancionador do Estado representa desafio complexo que envolve a aplicação de medidas disciplinares a fim de garantir conformidade entre as leis e normas estabelecidas. Este equilíbrio delicado exige cuidadosa ponderação entre a autoridade do Estado e os direitos individuais dos acusados.

Em se tratando do poder hierárquico e disciplinar, o Estado possui competência para realizar procedimentos investigativos com o objetivo de apurar possíveis irregularidades cometidas por servidores públicos estatais no exercício de suas funções ou em decorrência delas por meio de procedimentos administrativos próprios.

Desta forma, o órgão público, mediante exercício do poder de discricionariedade investigará irregularidades, por meio de sindicâncias ou diretamente com a instauração de procedimento administrativo disciplinar. Entretanto, ressalta-se que a instauração de PAD somente deverá ser realizada havendo comprovação de indícios de autoria, materialidade e nexo causal da conduta do acusado com as funções exercidas por ele.

A fim de se obter melhor elucidação do objeto de estudo, em primeiro momento será apresentado o conceito de processo administrativo disciplinar para fins de compreensão do funcionamento do regime jurídico administrativo disciplinar, após será realizada breve passagem aos princípios reguladores do processo administrativo, bem como dos limites constitucionais impostos ao poder sancionador do Estado como forma de evitar abusos de poder e desvio de finalidade pública.

Em ato contínuo, serão apresentados a origem e o conceito de “fishing expedition”, momento pelo qual serão analisados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais necessários para identificação do poder corrosivo que esta colheita indiscriminada de provas ocasiona aos direitos fundamentais do acusado nos processos administrativos disciplinares.

Ao abordar as nulidades processuais relacionadas ao "Fishing Expedition" no contexto do processo administrativo disciplinar, este artigo visa promover uma reflexão sobre as práticas investigativas e a proteção dos direitos dos investigados. A discussão sobre as implicações éticas e jurídicas deste expediente é essencial para aprimorar a transparência, a justiça e a equidade nos processos disciplinares, assegurando que os princípios fundamentais do Estado de Direito sejam preservados em todas as instâncias administrativas.

DISCURSÕES E RESULTADOS

I. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Ab initio, tem-se que o conceito de Procedimento Administrativo Disciplinar consiste na investigação de possíveis infrações disciplinares supostamente realizadas pelos servidores públicos no exercício de suas funções ou em decorrência delas. Desta feita, cada órgão público dispõe de poder hierárquico e disciplinar para fiscalizar e executar sanções administrativas aos agentes públicos vinculados ao poder estatal.

De acordo com o doutrinador Celso Spitzcovky o poder hierárquico configura-se como:

O poder hierárquico representa aquele conferido ao administrador para organizar toda a estrutura da administração pública e fiscalizar a atuação daqueles que ali estejam.

Diante deste conceito, observa-se que o poder administrativo sancionador é exercido por órgãos governamentais que têm a autoridade para impor sanções administrativas, tais como multas, suspensão e outras medidas punitivas, com o objetivo de garantir o cumprimento de normas e regulamentos estabelecidos pelo Estado.

Ocorre que o procedimento administrativo disciplinar deve obedecer aos princípios e direitos abarcados pela Constituição Federal no seio do poder sancionador do Estado. Conforme visto, a instauração do procedimento deve possuir como pré-requisito a existência concreta de possíveis irregularidades praticadas, as quais deverão ser investigadas por meio de procedimentos investigativos (sindicância), realizados preliminarmente ao procedimento administrativo disciplinar ou diretamente por meio da instauração de procedimento administrativo *ex-officio* pelo órgão.

O doutrinador Mauro Roberto Gomes de Mattos entende que tais irregularidades seriam:

Indícios ou evidências de que houve uma transgressão disciplinar por parte do agente público. Demonstrada por meio de uma possível autoria demonstrada por meio de uma robusta fundamentação que revele uma possível autoria e materialidade, em tese, de ilícito funcional, administrativo ou criminal.

A instauração de procedimento administrativo somente deve existir se precedida de motivação e demonstração de autoria e materialidade da infração disciplinar cometida pelo servidor público, para tanto, necessário analisar minuciosamente a motivação administrativa utilizada como fundamento para execução do poder punitivo estatal.

Sobre o tema, a doutrina brasileira tem pacificado o entendimento de que na fase inicial do processo de investigação - na maioria das vezes realizados durante a sindicância, deve-se primeiro comprovar a existência dos pré-requisitos acima elencados para iniciar-se uma investigação mais aprofundada do ato ilícito cometido.

O doutrinador José Armando da Costa sinaliza que diante da ausência de *fumus boni iuris* o processo administrativo sequer deverá ser instaurado, isto porque:

A garantia do devido processo legal não só assegura ao funcionário a feitura do procedimento administrativo disciplinar previsto na lei (em sindicância ou processo ordinário sumário), como exige, por via de consequência, a exigência de elementos prévios que legitimem tal iniciativa. Não fosse a exigência desses pré-requisitos, os procedimentos disciplinares – estribando-se aos meros caprichos do administrador e podendo-se ser instaurados sem mais nem menos, isto é, sem a existência de indícios ou outros adinículos legais idôneos – a vida funcional do servidor público seria um constante transtorno recheado por uma insegurança jurídica.

De acordo com o doutrinador, a comprovação do *fumus boni iuris* é realizada por meio da produção de provas que estejam estritamente ligadas ao dever funcional do servidor público, revelando a existência de indícios de materialidade, autoria e nexo causal.

Portanto, a pescaria indiscriminatória por provas, demonstrada a seguir por meio do termo em inglês “*fishing expedition*”, utilizado para conceituar a busca de informações confidenciais de forma desenfreada, sem qualquer indício de autoria, materialidade e nexo causal, não devem ser praticadas nos procedimentos administrativos disciplinares, isto porque fere veementemente os princípios constitucionais, limitadores do processo administrativo disciplinar, conforme será demonstrado a seguir.

2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BASILARES AO PROCESSO ADMINISTRATIVO E O DEVER DE MANUTENÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1208

Para entendermos melhor o papel garantista do processo administrativo, deve-se considerá-lo como instrumento de proteção aos princípios e direitos fundamentais do acusado, devidamente resguardados pela Constituição Federal, conforme elucida Vanessa de Souza Farias

O processo também pode ser visualizado sob o aspecto da tutela dos direitos fundamentais, ou seja, uma garantia do indivíduo de que não será submetido a uma pena sem a observância dos direitos fundamentais previstos na constituição”. da

Assim, é dever do Estado atuar como garantidor de direitos. Isto porque o poder punitivo estatal possui dois vieses, a aplicação de sanções e o dever de garantir que esta aplicação garanta aos investigados total respeito aos seus direitos fundamentais preconizados na Constituição Federal.

Por esta razão, faz-se necessário elucidar os princípios explícitos e implícitos preconizados na Constituição Federal. Veremos a seguir, os princípios da motivação nos atos administrativos, o devido processo legal, razoabilidade e proporcionalidade essenciais para identificação do poder corrosivo que a colheita indiscriminada de provas, denominada de *fishing*

expedition, ocasiona aos direitos fundamentais do acusado nos processos administrativos disciplinares.

2. DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO NOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O princípio da motivação nos atos administrativos é um dos pilares fundamentais do direito público e está intrinsecamente ligado à manutenção do Estado democrático de Direito. Ele estabelece que toda decisão ou ato praticado pela administração pública deve ser devidamente fundamentado, ou seja, é necessário que haja justificativa plausível e coerente para a sua adoção.

Essa fundamentação não só permite que os destinatários compreendam os motivos que levaram à decisão, mas também possibilita o controle da legalidade e razoabilidade dos atos administrativos realizados pelos órgãos competentes para instaurar procedimento administrativo disciplinar.

Conforme dito, a instauração do procedimento administrativo disciplinar deve estar fundamentada em indícios que comprovem a existência de autoria e materialidade, de modo que a inexistência tais requisitos, tornam o processo nulo, por ausência de motivação e submissão do investigado ao devido processo legal.

1209

O Doutrinador Adilson Abreu Dallari ilustra que

Não é possível instaurar-se um processo administrativo disciplinar genérico para que, no seu curso apure se, eventualmente, alguém cometeu falta funcional. Não é dado à administração pública nem ao Ministério Público, simplesmente molestar gratuitamente e imotivadamente qualquer cidadão por alguma suposta eventual infração da qual ele, talvez, tenha participado. Vale também aqui o princípio da proporcionalidade inerente ao poder de polícia, segundo o qual só é legítimo o constrangimento absolutamente necessário, e na medida do necessário.

Assim, quando há ausência ou a insuficiência de motivação em determinado ato administrativo (instauração de PAD), o ato é considerado nulo por vício de iniciativa. Desse modo, a nulidade processual ocorre quando há vícios ou irregularidades no procedimento administrativo que comprometem sua validade e legalidade. A ausência de motivação torna a decisão administrativa carente de legitimidade, a qual poderá reconhecida judicialmente ou pelo próprio órgão responsável.

As nulidades processuais decorrentes da ausência de motivação refletem a violação de princípios basilares do direito administrativo, como o princípio da legalidade, da razoabilidade e da publicidade. Além disso, a falta de fundamentação adequada prejudica a segurança jurídica e a

confiança dos cidadãos nas instituições públicas, comprometendo a eficácia e a efetividade do ato administrativo.

Portanto, é imperativo que os atos administrativos sejam devidamente motivados, em decorrência da segurança jurídica e transparência que devem permear as relações entre o Estado e os seus administrados. A observância rigorosa do princípio da motivação não apenas fortalece o Estado de Direito, mas também contribui para a consolidação de gestão pública eficiente, responsável e garantidora do estado democrático de direito.

2. DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Elencado no art. 5, LIV da Constituição Federal, garante ao acusado ter direito a julgamento justo e fundamentado em preceitos legais (princípio da legalidade), independente da sua natureza, onde deverão ser resguardados o pleno exercício dos direitos e garantias individuais. Afastando-se a ideia precípua de que tal prerrogativa só deve ser aplicada no processo penal.

De modo simplificado, tanto o direito penal quanto o administrativo advém da mesma fonte: a Constituição Federal. Isto significa que embora a punição seja exercida de forma distinta e independente, ambos processos se sujeitam ao texto constitucional na finalidade de garantir o estado democrático de direito.

1210

Isto significa que no âmbito do processo administrativo disciplinar, o devido processo legal se manifesta através de garantias fundamentais. Entre as quais destaca-se descrição detalhada das acusações, o direito à ampla defesa, a imparcialidade na condução do processo, bem como de decisão baseada em provas lícitas e fundamentos legais.

Desta feita, a não observância às garantias constitucionais mina a legitimidade e a credibilidade dos procedimentos administrativos, ocasionando nulidades processuais. Observa-se, portanto, que os princípios constitucionais se interligam como uma grande rede de proteção aos direitos e garantias do acusado, de modo que a afronta a um princípio ocasiona reflexo nos demais, a seguir, será demonstrado as consequências deste impacto nos princípios da segurança jurídica, razoabilidade e proporcionalidade e da teoria da motivação dos atos administrativos.

2. DOS PRINCÍPIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. A PROIBIÇÃO DO EXCESSO E O EQUILÍBRIO ENTRE OS MEIOS E O FIM

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade atuam no processo administrativo disciplinar como limitadores e calibradores do exercício do poder estatal, isto porque embora a

finalidade principal do Estado seja atingir o interesse público, todavia deve haver proibição do excesso e equilíbrio entre os meios e o fim, conforme leciona Olympio Fraga Bisneto:

Buscando expressar de maneira simples e fácil compreensão, podemos compreender a razoabilidade como sendo a “proibição do excesso” (necessidade vs adequação) e a proporcionalidade no sentido da relação de “equilíbrio entre meios x fins” pela Administração Pública.

A razoabilidade exige que as decisões e ações da administração pública sejam equilibradas, coerentes e justas, considerando as circunstâncias específicas de cada situação, de modo que se evite arbitrariedades e excessos por parte dos órgãos públicos, principalmente no âmbito do processo administrativo disciplinar, que tem como objetivo a restrição de direitos do acusado.

Neste sentido, o princípio da proporcionalidade complementa a razoabilidade ao estabelecer que as medidas adotadas pelo Estado devem ser adequadas, necessárias e proporcionais aos objetivos que se pretende alcançar. Isso significa que as restrições de direitos ou a imposição de sanções devem guardar uma relação de equilíbrio com os fins legítimos perseguidos, evitando-se assim intervenções desproporcionais ou excessivas.

No contexto dos procedimentos administrativos disciplinares, a aplicação conjunta desses princípios é essencial para garantir a justiça, a equidade e a legalidade das decisões tomadas pela administração pública. A instauração de um procedimento disciplinar deve ser pautada em indícios razoáveis de irregularidades executadas no exercício de suas funções ou em decorrência delas, respeitando-se os direitos fundamentais dos acusados e evitando-se a aplicação de sanções desproporcionais ou injustas.

Assim, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade atuam como balizadores do exercício do poder estatal, assegurando que as decisões administrativas sejam tomadas de forma equilibrada, sensata e compatível com os valores democráticos e os direitos fundamentais dos cidadãos. Eles representam, portanto, garantias essenciais para a legitimidade e a efetividade da atuação do Estado na esfera administrativa.

3. "FISHING EXPEDITION": A BUSCA INDISCRIMINATÓRIA POR PROVAS E A EROSÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Conforme visto, a breve passagem pelos princípios constitucionais acima colacionados nos permite consolidar o entendimento de que o poder estatal não é absoluto, ou seja, está sujeito ao limite intransponível constituído de escudo protetor dos direitos e garantias individuais, de

modo que a necessidade de produzir provas ou de realizar investigações disciplinares não deve ultrapassá-los.

A expressão "fishing expedition" refere-se a uma prática na qual o Estado procura obter informações indiscriminadamente, na esperança de descobrir evidências de infrações sem uma base clara para a investigação, cuja definição dada pelos doutrinadores Viviani Silva, Alexandre Morais da Rosa e Philipe Benoni é a seguinte:

É possível, portanto, definir pescaria probatória (fishing expedition), como a apropriação de meios legais para, sem objetivo traçado, 'pescar' qualquer espécie de evidência, tendo ou não relação com o caso concreto. Trata-se de investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que, de forma ampla e genérica, 'lança' suas redes com a esperança de 'pescar' qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação ou para tentar justificar uma ação já iniciada. Por se tratar de meio (abusivo) de obtenção de prova, tem largo campo de ocorrência na cultura da prática penal, tais como nos mandados de busca e apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, interrogatório do acusado etc.

Esse conceito, embora originalmente associado a processos judiciais, tem sido cada vez mais aplicado a processos administrativos disciplinares pelo Estado, isto porque no âmbito dos processos administrativos disciplinares é possível observar a busca incessante de produção de provas em detrimento do resguardo aos direitos e garantias individuais do acusado sob a falsa justificativa de que "os fins justificam os meios".

Entretanto, o que se deve observar é que o "encontro fortuito" de provas gerado pela pescaria probatória não deve ser fundamentado pelo resultado, pelo contrário, a instauração de procedimento administrativo disciplinar prejudica diretamente o posterior ajuizamento de futura ação de improbidade administrativa, ante à teoria do fruto da árvore envenenada, face a violação dos direitos e garantias dos investigados.

Em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), sob relatoria de Carlos Roberto de Faria, em 08 de fevereiro de 2018, tratou-se de questões cruciais no âmbito do direito administrativo, especialmente no que concerne ao processo administrativo disciplinar (PAD). A sentença em questão, publicada em 26 de fevereiro de 2018, abordou a complexidade dos procedimentos administrativos que visam à apuração de responsabilidades e à aplicação de penalidades a servidores públicos, destacando a importância de se respeitar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

No cerne da discussão estava a demissão de um servidor público, decorrente de um processo administrativo disciplinar. O ponto de controvérsia residia no indeferimento de uma prova essencial solicitada pela defesa, o que foi interpretado como um cerceamento de defesa, violando direitos fundamentais do servidor. Este aspecto da decisão evidencia a necessidade de

que, no decorrer de um PAD, todas as solicitações razoáveis de provas que possam contribuir para o esclarecimento dos fatos sejam atendidas, a fim de garantir um julgamento justo.

Adicionalmente, a decisão do TJMG realçou a ausência de atribuição legal para a prática do ato questionado pela administração, alinhando-se à teoria dos motivos determinantes. Esta teoria, que desempenha um papel vital no direito administrativo, estabelece que a validade dos atos administrativos está intrinsecamente ligada à veracidade e à existência dos motivos que os justificam. Assim, qualquer desvio ou inverdade nesses motivos pode levar à nulidade do processo, como reconhecido pelo tribunal.

A manutenção da sentença que reconheceu a nulidade do PAD, portanto, reflete a adesão rigorosa aos princípios legais e constitucionais que regem a administração pública e seus procedimentos disciplinares. Este caso ilustra a vigilância constante do Judiciário sobre as ações da administração, assegurando que a atuação estatal esteja sempre em conformidade com as normas legais e os direitos fundamentais dos cidadãos.

A decisão do TJMG, portanto, serve como um importante precedente para casos futuros, reiterando a necessidade de um processo administrativo disciplinar justo, transparente e legalmente embasado. Destaca-se, assim, a importância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como da correta aplicação da teoria dos motivos determinantes, como pilares fundamentais na condução de processos administrativos disciplinares e na garantia dos direitos dos servidores públicos.

1213

Conforme elucidado o precedente, no âmbito do processo administrativo disciplinar o motivo ensejador que fundamenta sua abertura deve ser munido em indícios de irregularidade funcional decorrente do exercício da função pública ou em decorrência dela. Desta feita, o poder sancionador não deve ser exercido de maneira tirana e arbitrária, portanto, sem o *fumus boni iuris* não é plausível a instauração de procedimento administrativo.

Desse modo, o devido processo legal, somente é resguardado quando há existência de elementos prévios que legitimem tal iniciativa, pré-requisito indispensável ao procedimento administrativo, sem o qual o servidor público ficaria à mercê das trepidações emocionais dos superiores hierárquicos. Portanto, a existência de indícios devidamente justificados é condicionante para abertura de processo administrativo disciplinar, e entende-se como indício a “o fato conhecido e provado, relacionado a outro, que se deseja conhecer e tornar conhecido”.

O doutrinador Mauro Roberto Gomes de Mattos define como *lawfare* o uso da lei como arma de guerra e pretexto para alcançar determinado fim político jurídico:

A utilização de lawfare político, como se sabe, é o uso da lei como uma “arma de guerra” e demonstra uma busca por pescaria probatória, visando legitimar investigações abusivas e sem conteúdo, adotadas para justificar possíveis devassas funcionais de pessoas e instaurações de procedimentos administrativos disciplinares sem objeto e causa aparente.

Com intuito de evitar cenários germinadores de insegurança jurídica que transformem Procedimentos Administrativos em lawfare político, as entidades públicas devem assegurar que seus regulamentos internos estejam em consonância aos limites constitucionais basilares a qualquer procedimento acusatório, independentemente de sua natureza administrativa.

Observemos a seguir a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Amazonas, que em no art. 51, XVIII confere ao cargo de Corregedor Geral do órgão, a seguinte prerrogativa:

Art. 51 - Compete ao Corregedor-Geral:

XVIII - requisitar certidões, diligências, exames, pareceres técnicos e informações indispensáveis ao bom desempenho de suas funções, de qualquer autoridade, inclusive judicial;

Nota-se nesse exemplo prático que o cargo de Corregedor-Geral possui prerrogativa ilimitada para realizar pesquisas e diligências em toda e qualquer instância, independente de procedimento ou investigação, viabilizando que processos e sindicâncias no órgão sejam instaurados única e exclusivamente por meio de colheita indiscriminada de provas.

Essas prerrogativas ilimitadas são propulsoras de abertura de Procedimentos Administrativos Disciplinares que carecem de objetivos específicos, onde o objeto da investigação se altera para o que será encontrado, ocasionando assim insegurança jurídica e ausência de motivação, clara afronta aos direitos fundamentais do investigado, que sequer possui conhecimento do que está sendo acusado, fazendo-se jus à expressão “caiu na rede, é fishing expedition”.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DE SIGILO DE DADOS PESSOAIS SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

A quebra de sigilo de dados pessoais em qualquer procedimento deve seguir ritos específicos e dependendo da natureza da quebra, deve ser realizada somente se precedida de autorização judicial, como é o caso da quebra de sigilo bancário/fiscal, sendo estritamente proibida a investigação de agente público com viés meramente persecutório.

Utilizaremos como exemplo a sindicância patrimonial e Procedimentos Administrativos Disciplinares, ambos realizados pelo Ministério Público, órgão dotado de poder persecutório, mas que no seio de Procedimento Administrativo Disciplinar é proibido de utilizar de dados

fiscais de livre acesso para fins de apuração em procedimentos que não possuem natureza criminal sem autorização judicial.

Tal polêmica era bastante discutida na esfera criminal, onde era-se questionado se o parquet possuía prerrogativa para utilizar de informações fiscais disponibilizadas ao órgão na condição de fiscal da lei em processos criminais sem autorização judicial, contexto em que se criou o precedente de julgamento do tema repetitivo 990 do Supremo Tribunal Federal.

Conforme entendimento da suprema corte:

É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.

Logo, não há previsão legal, quiçá jurisprudencial que permita a quebra de sigilo fiscal por órgão persecutório, no caso, pelo Ministério Público para fins de procedimentos administrativos disciplinares. Ou seja, como ferramenta para pescaria probatória de provas em face do acusado.

Ocorre que a existência de normativos internos que permitem à Corregedoria do órgão (responsável pelos procedimentos disciplinares) tenha total permissão para “pescar” informações em todos os órgãos públicos sem a necessidade de autorização judicial ferem veementemente não só o devido processo legal, como também o sistema de freios do poder estatal, materializado pelos princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

Mauro Roberto Gomes de Mattos leciona que

Em um Estado de Direito não é admissível, em hipótese alguma, que procedimentos ou processos informais e não urgentes solicitem informações sigilosas sobre agentes públicos, indivíduos ou empresas à Receita Federal, ao argumento de que essas informações serão utilizadas pelo sistema correccional, apesar de essas informações estarem constitucionalmente protegidas, exceto por autorização judicial. (P. 185 fishing expedition)

O aludido doutrinador também cita “tal circunstância se agrava quando a requisição de informações é também estendida aos cônjuges do agente público.” Contexto em que a pescaria de informações não só fere os direitos fundamentais do acusado como também de um terceiro que sequer está sujeito ao regime estatal. Assim, lança-se o seguinte questionamento: o poder estatal é realmente absoluto quando se trata de quebra de sigilo pessoal”?

A Constituição Federal alude em seu Art. 5, X, o seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X — São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII — É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Por certo, vislumbra-se que os direitos à intimidade e ao sigilo de dados pessoais podem ser relativizados, entretanto, esta relativização se dará apenas em último caso, por ordem judicial.

Vejamos o entendimento do Supremo Tribunal Federal nos autos do julgamento do Recurso Extraordinário nº 219.780:

Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege no art. 5º, X, não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecidos em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade.

Desse modo, conclui-se que o poder disciplinar estatal não é absoluto, principalmente quando se trata de momentos procedimentais em que direitos fundamentais estejam em evidência, nesta hipótese, a sua relativização é possível, entretanto deve ser realizada em observância aos procedimentos previstos em lei, respeitando-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e principalmente o devido processo legal, sob pena de nulidade processual.

1216

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Utilizando-se da máxima “tudo é proibido, quando não for permitido”, este artigo buscou realizar a análise se a prática de “fishing expedition” pode ser aplicada nos processos administrativos disciplinares e para este fim, realizou-se pesquisas na legislação e em jurisprudenciais e doutrinas, as quais manifestam-se contrárias à sua aplicação no regime jurídico administrativos.

Em primeiro momento realizou-se uma breve apresentação dos princípios constitucionais que limitam o poder estatal no tocante à realização de procedimentos administrativos disciplinares, de modo que resta evidente a vedação às práticas processuais obtidas por meio de "fishing expedition".

Conforme elucidado, esse termo denota a prática de buscar evidências de maneira indiscriminada, sem justificativa sólida ou fundamentação legal adequada, isso porque quando o Estado se engaja nesse tipo de busca, põe em xeque a garantia dos direitos fundamentais do investigado, tais como inviolabilidade dos sigilos bancários e fiscais, conforme mencionado supra. Além disso, resultam em violações de normas de caráter processuais estabelecidas para garantir a equidade e a justiça no sistema legal.

A ausência de base sólida para a obtenção de provas as invalida de direito, pois prejudicam a integridade do processo. Isso porque, no âmbito jurídico, a admissibilidade de provas está estritamente ligada à sua obtenção dentro dos parâmetros legais e éticos. Provas obtidas por meio de "fishing expedition" carecem de legitimidade e deverão ser consideradas ilícitas no processo administrativo disciplinar.

Neste viés, percebe-se que a prática de "fishing expedition" não apenas compromete a justiça do processo, mas também gera insegurança jurídica, motivo pelo qual coloca-se em xeque a eficácia do sistema legal, minando a confiança pública na Administração da justiça.

Assim, diante dos estudos aqui realizados, percebe-se que o arcabouço jurídico criado pela Constituição Federal ocasionalmente deixa de surtir efeitos quando o poder público submete seus servidores a procedimentos administrativos disciplinares eivados de nulidade, na medida em que se utiliza como fundamento provas de procedências duvidosas e até mesmo ilícitas.

De modo que o ato administrativo (instauração de procedimento disciplinar) é nulo de direito, estando qualquer ação decorrente deste está eivada de nulidade. Assim, a pescaria de provas não deverá ser realizada no âmbito administrativo, assim como também em qualquer procedimento investigativo, independentemente de sua natureza. Isso porque a sua aplicabilidade gera ofensa ao devido processo legal e aos direitos e garantias do investigado, que estão protegidos sob a égide da presunção de inocência, devendo recair contra ele apenas provas lícitas.

Dessarte, o início de uma persecução disciplinar só é justificado quando há um motivo legítimo, conhecido como "justa causa". Esse motivo deve ser baseado na existência de indícios concretos que apontem para o descumprimento de deveres ou obrigações relacionadas ao exercício da função pública, ou que decorram dela. Em outras palavras, a investigação disciplinar deve ser iniciada somente quando houver evidências razoáveis de que a conduta do agente público está em desacordo com as normas e responsabilidades associadas ao seu cargo ou função.

Por esta razão, resta evidente a importância de definir um foco ou objeto específico em uma investigação disciplinar, em oposição à prática de "fishing expedition". Quando uma investigação disciplinar se torna uma "fishing expedition", pretende-se encontrar qualquer indício de comportamento impróprio, mesmo que esse comportamento ainda não tenha sido identificado ou conhecido anteriormente. Tal ato resulta na violação da garantia da inviolabilidade do agente público, pois os limites da investigação são ultrapassados, invadindo a privacidade e a dignidade do indivíduo investigado.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de outu. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20/02/2024.

BRASIL, Lei Complementar nº 011, de 17 de dezembro de 1993. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.mpam.mp.br/arquivos/Lei_Organica_do_Ministerio_Publico_LC_N_011_ATUALIZADA.pdf. Acesso em: 22/02/2024.

BISNETTO, Olympio Fraga. Nulidades no Processo Administrativo Disciplinar: comum e militar. Jundiaí, Paco Editorial, 2017. p. 100-102. p. 110. p. 118.

COSTA, José Armando da. Controle judicial do ato administrativo disciplinar. Brasília: Brasília jurídica, 2002. p. 202-203.

DALLARI, Adilson Abreu. Limitações à atuação do Ministério Público. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo (coord.). Improbidade administrativa: questões polêmicas. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 38.

FARIAS, Revista Jus Navigandi, ano 18, n. 3546, 17 de marc. 2013.

SILVA, Viviane Ghizoni da. SILVA Philipe Benoni De Melo e. ROSA, Alexandre Moraes da. Fishing Expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão. Santa Catarina: Emais Editora, 2022, p. 50.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Fishing Expedition no direito administrativo sancionador: inquérito civil público, processo administrativo disciplinar e ação de improbidade administrativa. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. p. 154-157. P. 162. p. 176. p.190.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Prova por indícios no processo penal. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 39.

SPTZZCOVSKY, Celso. Direito Administrativo: Série concursos públicos. São Paulo: Método, 2008, p. 89-90.

STF, EDcL. No AgRg nos EDcl no RHC n. 119.297/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Joel ilan Paciornik, DJ 27.06.2022.