

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

LIVRE-DOCENTE EM DIREITO PÚBLICO PELA UNIVERSIDADE DO VALE DO ACARAÚ

MESTRE EM DIREITO PÚBLICO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

NOTÓRIO SABER JURÍDICO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA ACADEMIA CEARENSE DE LETRAS

GARANTISMO JUDICIAL
NA AÇÃO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA

CRÍTICA AO PUNITIVISMO
E AO EFICIENTISMO LEGALISTA
NO DOMÍNIO DO DIREITO
SANCIONADOR



EDITORA CURUMIM
FORTALEZA | CEARÁ

2015

PREFÁCIO

EFICIENTISMO E GARANTISMO NAS DECISÕES JUDICIAIS SANCIONADORAS

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se estas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluído, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição (Professor Konrad Hesse. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 19).

1

Os quatro temas que inseri neste livro têm um ponto de partida comum: a análise crítica da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) aos casos correntes que são apreciados nas instâncias judiciais e, em particular, na 1a. Turma e na 1a. Seção do STJ, que tenho a honra elevadíssima

de integrar, onde são frequentes os contrastes entre a concepção *punitivista (ou efficientista)* do Direito Sancionador e a sua rival concepção *garantista*, o que provoca debates prolongados, que geralmente terminam sem a *vitória* de qualquer dos modelos, se o conceito de *vitória* for tomado no sentido de imposição de *derrota* ao adversário, *porque não tem havido mais do que a prevalência numérica dos julgadores favoráveis ao efficientismo sobre os seus adversos garantistas.*

Outro liame que une este quarteto temático é a preocupação que tenho em assinalar que o sistema de garantias judiciais é algo que depende *exclusivamente dos julgadores e de suas formações intelectuais*, que funcionam como *categorias* de sua compreensão e de seu entendimento dos casos que examinam, de maneira que é ilusório esperar que qualquer julgador se afaste dos seus preconceitos, de suas visões, vivências, desilusões e medos; atrevo-me a repetir que a postura em favor das garantias das pessoas processadas *não é resultante de uma opção consciente, elaborada pelo Juiz, senão um reflexo de sua educação emocional.*

Expondo o seu pensamento sobre o legalismo, o Professor Winfried Hassemer (1940-2014) explicou que, *quando a consistência da situação fática se realiza a partir da norma legal, apresenta-se um novo problema, pois a norma não se encontra fora do procedimento interpretativo, como se fosse uma grandeza de cálculo à disposição, mas como fenômeno que, no processo de interpretação, deve ser desenvolvido de forma dinâmica* (Direito Penal Libertário. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: DelRey, 2007, p. 18); pode-se concluir que é

por isso que os julgadores – *todos eles* –, ao interpretar a regra positiva, veiculam nessa operação intelectual toda a carga de seus preconceitos e experiências, ora para um lado ou para um modelo (o eficientismo), ora para o outro (o garantismo).

De qualquer modo, em ambos os casos se reconhece a superação ou o esgotamento da teoria das decisões judiciais que *recusavam, aprioristicamente, a interpretação das leis escritas*, reconhecendo-se, também em ambos os casos, que *as regras positivas são incompletas, ambíguas e comportantes de vários (e às vezes numerosos) significados*, todos dependentes, afinal de contas, daquelas condições valorativas dos seus intérpretes: isso também foi assinalado pelo Professor Hassemer (op. cit., p. 10), como antes á o fora pelo Professor Luís Recaséns Siches (1903-1977), quando afirmou que *la función judicial es siempre y necesariamente creadora. (...)*; por verdade, como acrescenta o filósofo, *si la norma individual de la sentencia no contuviese algo nuevo, que no está determinado em la regla general, holgaría el fallo judicial, no sería necesario formular una norma individualizada* (Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. México: Porrúa, 1990, p. 211).

Em conclusão, se as decisões judiciais, por efeito da sua interpretação, trazem sempre *algo novo*, o conteúdo dessa adição ou desse acréscimo tenderá para um daqueles dois modelos que disputam a explicação dos conteúdos do Direito, das leis escritas e das sentenças; creio que é preciso desenvolver a tolerância quanto às variadas concepções dessas realidades, pois o sentimento do humanismo não pode ser imposto de fora para dentro do espírito das pessoas, por isso

se afirma que *ninguém será garantista por opção voluntária ou deliberação consciente.*

2

Uma das questões levantadas nestes estudos é a da repercussão, na instância civil administrativa sancionadora, da absolvição penal por falta de provas do agente imputado da prática de improbidade, quando o pronunciamento absolutório penal examinou os mesmos fatos que compõem o objeto do processo conduzido pela Administração (Tema I), *tendo em vista que o art. 126 da Lei 8.112/90 prevê essa repercussão apenas quando a absolvição negar a existência do fato ou a sua autoria.*

Os julgadores punitivistas – *e eles são a esmagadora maioria* – entendem que, diante de tal previsão escrita, não há o que pensar, nem o que refletir, nem o que ponderar: se a absolvição do réu seu deu por qualquer outro motivo que não a negativa da existência do fato ou da sua autoria, dentre os quais a falta de provas, *é nenhuma a sua repercussão no processo administrativo*; entretanto, se a decisão penal for condenatória, então a sua repercussão na esfera sancionadora administrativa será automática, direta e inquestionável: a quebra do paralelismo é manifesta, evidente e inegável e bem que poderia municiar *debates garantistas*, mas as mentes estão fechadas para essa discussão.

No Tema II, examina-se, criticamente, a imposição de medidas cautelares à pessoa processada por ato de improbidade administrativa, medidas estas que são o bloqueio de

seus bens e o seu afastamento do exercício de suas funções; não se há de fazer oposição cerrada a essas medidas de natureza provisória, mas apenas se deve frisar que, *por se tratar de medidas cautelares*, deveriam se submeter às exigências próprias deste tipo de tutela – a demonstração da aparência de bom direito e do perigo decorrente da demora – para assim se dar efetividade à garantia constitucional de que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo jurídico; também se deveria cogitar de limitar, no tempo, a duração dessa constrição, evitando-se que, uma vez obtida essa tutela cautelar, o processo fique ao deusdará, pois a urgência na sua conclusão é apenas da pessoa processada.

O Tema III põe em debate – *embora os julgadores não lhe atribuam maior importância processual* – o efetivo alcance da garantia constitucional da duração razoável do processo, em contaste com o prazo da prescrição da atividade estatal sancionadora; do ponto de vista do eficientismo punitivo, este problema *simplesmente não existe*, porquanto seria fora de dúvida que *duração razoável é o mesmo que lapso prescricional*, de modo que não se há de alimentar controvérsia seu respeito.

Talvez se possa dizer que *o garantismo é uma forma juridicamente qualificada de humanismo*, tomando-se a expressão no seu significado filosófico, ou seja, a concepção de que o ser humano – ou o Homem – é o único destinatário dos princípios e das regras de proteção contra as investidas dos poderes sociais e estatais, *devendo a eficiência das ações dos seus agentes (os agentes desses poderes) se submeter (e*

serem aprovadas) no teste de legitimidade, sem o que se confundem com o exercício da força pura e simples do Estado.

O mais relevante dos temas deste livro, o Tema IV, expõe claramente uma aguda controvérsia moral, instalada no âmago do Direito Sancionador, quando impulsionada a sua aplicação pela própria Administração: a sanção de cassação da aposentadoria do ex-Servidor contra quem se apurou, depois de tornado inativo, a prática de ato de improbidade; essa sanção sofre forte alegação de inconstitucionalidade, em primeiro lugar, por ter sido o benefício da aposentadoria no Serviço Público convertido ao *sistema contributivo*; mas parece que essa conversão é coisa para inglês ver, porquanto o entendimento judicial anterior a essa mudança continua tal qualmente dantes era.

A outra objeção à imposição dessa pena (perda da aposentadoria) deriva do fato (relevantíssimo, para os garantistas) de não estar prevista no texto legal que instituiu as sanções por ato ímprobo (Lei 8.429/92), embora conste do rol de sanções de outra lei (Lei 8.112/90); para os punitivistas, a previsão em outra lei é *suficiente* para viabilizar a sua incidência nas infrações por improbidade e, com fundamento na simplicidade desse argumento, recusam discutir a legitimidade dessa sanção.

3

Tudo faz crer que o Direito Sancionador do inimigo está de rédea solta nessa campina e parece que não há meio de atalhar o seu galope; a ideia de identificar no infrator das re-

gras positivas a figura de um *inimigo* tem o único préstimo – *se é que isso pode ser considerado préstimo* – de fornecer autorização às agências estatais da repressão de ilícitos a tratá-lo como tal, ou seja, como inimigo, *a quem se nega pão e água*, porque visto como *hostis*, não como *cives*, para usar a terminologia do Direito Penal Romano dos primeiros tempos, quando não admitia que os estrangeiros tivessem acesso aos benefícios da cidadania romana.

Se não se pode afirmar que o teorizador do Direito Penal do inimigo – o Professor Günther Jakobs – tenha tido a intenção de ministrar essa distinção entre as pessoas, pode-se, no entanto, assegurar que se deve à sua obra os mais importantes impulsos nesse rumo; de todo modo, os que aceitam um Direito Administrativo Sancionador, também aceitam o afastamento do controle judicial das demasias que aí se cometem, justamente porque o infrator, *inimigo da ordem jurídica*, é processado e julgado pela vítima de sua ação: qual o índice de neutralidade desse julgamento?

Devo encerrar este prefácio lembrando que o Professor Eugênio Raúl Zaffaroni já advertiu que o servilismo aos elementos pautadores do Direito Penal – e do Direito Sancionador, por extensão – leva a soluções que não consideram a verificação concreta das hipóteses infracionais, nem se esses ilícitos não, poderiam ser resolvidos fora das instâncias sancionadoras (Em Busca das Penas Perdidas. Tradução de Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1989, p. 184); essa mesma advertência é feita pelo Professor Luigi Ferrajoli, assinalando que a ponderação da legitimidade (das sanções) é

uma dimensão negligenciada pela reflexão epistemológica, que constitui, por sua vez, um componente essencial e iniludível de qualquer juízo (A Democracia Através dos Direitos. Tradução de Alexander Araújo de Souza e outros. São Paulo: RT, 2015, p. 133).

4

Estas são as ideias e este é o cenário em que desenvolvi estes breves, brevíssimos estudos, animado, exclusivamente, pelo interesse doutrinário em levantar a discussão sobre as diversas formas judiciais do garantismo jurídico, nas instâncias julgadoras; não sei se este intento foi alcançado, mas apenas digo que *da obra ousada é minha a parte feita: a por fazer é só com Deus*, como já disse o poeta português Fernando Pessoa (1888-1935), no poema *Padrão*, em *Mar Portuguez*, referindo-se, obviamente, a contexto diverso deste em que escrevo: *E a Cruz ao alto diz que o que me há na alma e faz a febre em mim de navegar só encontrará de Deus na eterna calma o porto sempre por achar*.

Louvado seja o Altíssimo, que me dá os sinais!

Fortaleza, Ceará, 30 dezembro de 2015.

Napoleão Nunes Maia Filho