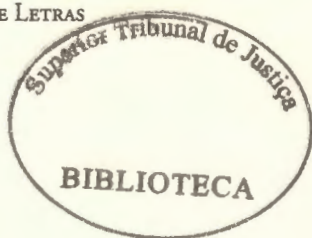


NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

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

APRESENTAÇÃO

Dizia Nietzsche que o prefácio é de quem escreve; mas, o posfácio, esse é de quem lê. E muitos outros autores, de Goethe a Mário de Andrade, já proclamaram a inutilidade de todos os prefácios.

O que dizer, então, das apresentações?

Se elas servem para que alguém, com a autoridade de sua expressão, introduza ao leitor um escritor menos afamado, não parece fazer muito sentido uma apresentação em que o apresentado é bem mais conspícuo que aquele que o apresenta.

É o caso desta.

O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que há mais de sete anos abrilhanta a bancada do Superior Tribunal de Justiça, em verdade dispensa apresentações. Jurista e literato, profundo conhecedor dos mais variados quadrantes do Direito, dono de um texto elegante e fluido, tão agradável quanto seguir o fluxo de suas penetrantes ideias.

O que fazer aqui, então?

Penso que me resta advertir ao leitor de que o que tem em mãos não é uma monografia de Direito Administrativo, como o título está a indicar, mas sim um profundo livro de

Filosofia do Direito. Eu o intitularia *Considerações Filosófico-jurídicas sobre a Repressão Judicial à Improbidade*.

E por que digo que se trata de doutrina não apenas jurídica, mas jusfilosófica? Porque o autor analisa e descreve não apenas a ordem jurídica existente, mas medita sobre ela, faz a sua crítica e propõe novas visões. Pensa o Direito. E ousa pensar, como hoje se diz, *fora da caixa*.

Mas o autor preferiu para este estudo um título mais analítico, *Garantismo Judicial na Ação de Improbidade Administrativa – Crítica ao Punitivismo e ao Eficientismo Legalista no Domínio do Direito Sancionador*.

Pois bem, falando em garantismo, é preciso, de logo, dar-lhe a palavra para registrar um esclarecimento inicial imprescindível:

Não se deve entender que a posição garantística seja uma espécie de vista grossa com a criminalidade ou tolerância com os atos criminosos, mas sim a adoção de uma metodologia repressiva e eficiente, porém calcada nas mais recentes aquisições da civilização, vertidas em formas jurídicas aptas a proteger as pessoas contra arbitrariedades, a maior inimiga da justiça.

E digo imprescindível porque, na quadra que a Nação atravessa, a corrupção, frequentemente exposta do modo mais escabroso em suas terríveis consequências, tem gerado uma natural e justificável indignação de tais proporções que qualquer ponderação, por razoável que seja, quanto aos mecanismos necessários a seu combate, finda gerando desconfiança, quando não resistência – para não dizer repúdio.

Ocorre que a Justiça não pode jamais ser confundida com vingança, e o justo e devido combate à corrupção não pode ganhar sanhas de vindita judicial, capaz de afrontar garantias constitucionais que o país lutou muito para alcançar, nem anular as mais elementares conquistas da civilização em termos de processo e julgamento.

Essa é a espinha dorsal da presente obra.

A problemática tocante à ação de improbidade e seu processo, nesse contexto, é dividida aqui em quatro temas. O primeiro é *A Absolvição Penal por Insuficiência de Prova e a Ação de Improbidade*.

Analisa-se a relação obviamente íntima entre as ações de improbidade e penal, quando relativas aos mesmos fatos, adentrando o trabalho em indagações muito pertinentes a essa temática.

Aqui o autor já diz a que veio, apresentando, sem rodeios, uma questão vital:

No contexto das ações penais a absolvição do réu é indevidamente sentida por alguns (na verdade por muitos) como se fosse um erro ou um desvio, como se fosse algo que se devesse evitar e combater, porque parece que subjaz no inconsciente coletivo a ideia equivocada de que, se há uma denúncia formalizada é porque há alguma conduta a ser punida; nessa visão das coisas, a absolvição do réu é apreciada como uma oposição do juiz ao grande esforço contra as maiores impunidades e ao sentimento geral de que é preciso punir os delinquentes, como se os magistrados fossem avessos a esses objetivos ou indiferentes a essas propostas.

Mas como fica, aí, a separação das instâncias, que, entre nós – diferentemente de outros ordenamentos, em que vale, em sentido contrário, a proibição da *double jeopardy*, isto é, a vedação ao risco de se ter uma dupla punição – tem valor dogmático?

A doutrina de Napoleão tem a coragem de pôr o dedo na ferida:

O dogma da separação das instâncias – ainda que se sustente, por amor à tradição, a sua permanência – não pode situar-se acima dos princípios que a Carta Magna acolheu, dentre eles, no campo do Direito Sancionador, o que assegura a presunção de inocência, de modo que o poder punitivo estatal, no domínio administrativo, não está imune à sua força; se o réu obtém absolvição criminal, qualquer que seja a razão da absolvição, sobre ele não há de incidir qualquer sanção decorrente do fato objeto do processo criminal, salvo se – repetindo-se o óbvio, mais uma vez – remanescer resíduo administrativo passível de punição (Súmula 18 do STF).

Eis o nível a que chegam as reflexões objeto deste trabalho.

O segundo tema, *O Bloqueio de Bens e a Suspensão Cautelar do Agente de suas Funções na Ação de Improbidade*, abre com uma defesa da Lei de Improbidade capaz de afastar qualquer impressão de que se busca, aqui, atacá-la, desmerecê-la ou lhe debilitar a eficácia.

Diz Napoleão:

A Lei 8.429/92 completou 23 anos no dia 2 de junho de 2015 – sendo, portanto, muito jovem – pelo menos

se contada a sua idade pelo calendário de duração da vida humana, mas no decorrer desse seu ainda curto tempo de aplicação, já provocou uma autêntica revolução francesa nos costumes administrativos do País, implantou nova mentalidade na gestão do Serviço Público, evitou graves danos ao Erário, promoveu a recuperação de muitos ativos patrimoniais públicos e continua desafiando as instâncias judiciárias, diariamente, com questões jurídicas de natureza material e processual, animando debates sempre férteis e revelando tendências jurídicas e ideológicas de altos significados.

Dessarte, o livro não é contrário à Lei de Improbidade. Antes, defende-a, porque, ao reconhecer seus imensos méritos e benéficos efeitos no panorama da administração pública brasileira, procura fazer reparos a determinados exageros na sua aplicação jurisdicional, a fim de que sua incidência se contenha nos lindes da constitucionalidade.

Por isso sustento – discordando num único ponto do doutrinador que tenho a honra de apresentar –, que o ataque que ele faz ao que chama de legalismo é, para mim, nada mais que uma pertinentíssima crítica não à legalidade, mas a uma interpretação mesquinha e tacaña dela.

Napoleão não aceita que o julgador fique preso à legalidade. Eu acho que ela é uma tábua de salvação: o que apequena o juiz é ser escravo, não da lei, mas de sua exegese literal, despida do necessário entorno sistemático, lógico, teleológico e histórico-evolutivo.

Após considerações importantes sobre o fenômeno da cautelaridade, que remetem ao que melhor se produziu na

matéria e à beleza da escritura de autores como os mestres italianos Calamandrei e Carnelutti, ingressa o autor na avaliação das medidas objeto dessa segunda epígrafe.

Para ele, a simples especulação – às vezes, de cariz puramente midiática – sobre a atividade do agente público em tema de improbidade não pode ser suficiente para justificar providências que lhe agridam a esfera jurídica em desacordo com os parâmetros da Lei Maior:

Na pertinente e segura observação do Ministro Teori Zavascki, a mera cogitação teórica de tal ocorrência, não é suficiente para justificar a adoção da constrição em apreço, sendo necessária, pelo contrário, a demonstração de um comportamento do agente público que importe efetiva ameaça à instrução do processo (RESP 550.135, DJU 08.03.04); para o Ministro Humberto Gomes de Barros (1938-1912), a gravidade dos ilícitos imputados ao agente e mesmo a existência de robustos indícios contra ele não autorizam o afastamento cautelar (SL 857, DJU 30.06.08), exatamente porque essa medida extrema tem por finalidade somente o resguardo da instrução processual. No entanto, não se pode ignorar que muitos julgadores se deixam impressionar pela celeuma que, não raras vezes, na mídia jornalística se levanta e, sob a sua pressão, adotam medidas de constrição de direitos das pessoas sem a atenção e o cuidado que essas mesmas providências exigem, o que contribui para a banalização das várias tutelas cautelares, quando frequentemente deferidas sem os seus fundamentos suficientemente comprovados.

Vêm, depois disso, ponderações originais e extremamente interessantes sobre a aplicação da Lei de Improbidade aos agentes políticos e uma discussão profunda sobre a questão da prerrogativa de foro, com um arremate impecável:

O exercício de uma função pública – como também o exercício de um cargo político eletivo executivo ou parlamentar – reveste imediatamente o indivíduo de grande dignidade e o destaca no convívio social, o que o pode tornar alvo de adversários e desafetos; bem por isso o seu afastamento cautelar dessas funções, sob a imputação de haver praticado ato de improbidade, deve ser objeto de ponderação demorada, para não se realizar a medida extrema como se fosse uma providência corriqueira, banal ou simplesmente decorrente da própria existência do procedimento sancionador, considerando-se verdadeira a imputação, antes da instrução, e culpado o réu, antes de devidamente processado.

De facto,

A adoção de tutelas cautelares positivas (para autorizar a prática de um ato ou assegurar certa consequência favorável a certa conduta) ou negativas (para proibir a prática de um ato ou retirar de uma conduta algum dos seus efeitos normais) só tem legitimidade jurídica se apoiada em elementos da maior segurança, capazes de inculcar no espírito do Julgador uma impressão próxima da certeza, para usar essa feliz expressão que o Professor Hélio Tornaghi (1915-2004) emprega para qualificar os elementos que podem justificar a prisão preventiva.

Não há muito o que acrescentar a juízo tão fundamentado.

Chega-se, então – para comprovar o que disse quando afirmei que o escritor apresenta um conteúdo único sob forma admirável, e que, tanto quanto as ideias que contém, o texto impressiona pela qualidade do estilo – ao terceiro tema, *A Duração Razoável do Processo e o Medo do Tempo na Ação Sancionadora.*

Esta é, sem dúvida, *la crème de la crème* do livro.

O capítulo abre com poesia, dos grandes poetas cearenses aos mais famosos do mundo, gregos e troianos, novos e antigos, e avança pela Filosofia, apreciando um dos maiores motes, tanto poéticos quanto filosóficos, da especulação humana: o tempo.

E vemos, neste ponto mais do que em qualquer outro da obra, a originalidade e a coragem do pensamento de Napoleão, quando analisa os desdobramentos da questão temporal nos quadrantes do Direito e do processo, com avanços provocativos na seara da duração razoável deste, objeto, hoje em dia, de tanta discussão.

Ainda mais quando se cuida de ação cujo objetivo é impor uma sanção jurídica a um ato ilícito.

Dou uma amostra apenas para despertar no leitor o apetite da leitura dessa terceira e magistral epígrafe do livro:

Os juristas têm medo de afirmar o insucesso das ações sancionadoras, porque parece que assim expressam o fracasso do poder estatal em reprimir a prática de infrações, de punir os infratores, sancionar os praticantes de ilícitos e mostrar à sociedade que a sua vigilância é eficaz, que as autoridades repressoras são eficientes e os delinquentes devem temer as suas iniciativas; é por isso que tantas técnicas são usadas para evitar a ocorrência de prescrições, inclusive a elevação artificial da pena para assim alargar o lapso prescricional ou talvez mesmo afastar a sua ocorrência. Quando se tem em mente a aplicação de lapsos prescricionais, trabalha-se com dados que fornecem

ampla segurança cognitiva, bastando, geralmente, que se conheça a quantidade da pena em abstrato – ou da pena concretizada – para que se descubra, com simples cálculo aritmético, qual o tempo da prescrição, de modo que é possível adotar, quanto a ele, táticas postergadoras do advento do seu termo ou de sua consumação, sendo uma delas (aliás amiudemente invocada) a alegação da complexidade da situação analisada, o que explica, facilmente, a postergação da data limite: essa tática produz, geralmente, o resultado previamente desejado.

Se mais não digo, é porque no caso se tem uma pequena obra-prima, que é preciso desbravar pelos próprios passos, com calma e sorvendo-lhe prazerosamente tanto a deliciosa forma como o atrevido conteúdo.

E me perdoem se não pareço estar falando de um livro de Direito, mas sim de um romance envolvente ou de um poema arrebatador. É que Napoleão atingiu a capacidade de dar essas qualidades a uma obra jurídica.

O compêndio se enfeixa no quarto e último ponto de seu temário, *Garantismo e Eficientismo na Aplicação da Sanção de Cassação de Aposentadoria por Improbidade*.

Há como que uma retomada do *leitmotiv* da segunda parte, agora com novas abordagens, referentes à possibilidade de cassar a aposentação do agente acusado de atividade ímproba, aplicando-se a ele pena prevista no Estatuto dos Servidores, mas não na própria Lei de Improbidade.

O derradeiro dos movimentos dessa sinfonia do bom combate à improbidade é o momento em que Napoleão mais adensa suas considerações jurídicas e filosóficas. Alguns dos

mais destacados nomes do Direito e da Filosofia dão base a suas meticolosas incursões, sempre proveitosas, por sendas inçadas de dificuldades, que ele vence uma a uma, admiravelmente, voltando ao final com a mais pura flor de seu pensamento na matéria:

Em resumo e conclusão, somente se poderá admitir a importação de penas e sanções de uma lei geral para uma lei particular, como se dá com a sanção de cassação de aposentadoria, prevista na lei 8.112/90, mas não prevista na Lei 8.429/92, quando também se acolhe a chamada ideologia do eficientismo, no domínio do Direito Sancionador, ideologia essa que gera a mitigação das garantias das pessoas submetidas a processo, em favor da eficiência do próprio sistema repressivo, e que se manifesta, concretamente, por meio de diversas formas tópicas, todas incluídas sob o amplo conceito da eficiência punitiva.

Afirmo sem a menor preocupação de estar sendo exagerado: este é um livro importante. Num tempo de manuais esquematizados, de resumos para concursos e compêndios em quadros sinópticos, o presente trabalho há de se destacar como montanha alcantilada afrontando a modorra das planícies.

Principalmente porque põe em xeque verdades tidas por assentes. Porque vai contra a corrente. Porque convida a pensar.

Este é um livro radical, no sentido de ser raiz – peço esta ideia emprestada a Umberto Eco –, que há de brotar em outros livros, porque aqui há sementes que foram lançadas por mão competente e segura. Ainda que algumas se percam, outras hão de germinar. Senão agora, no futuro.

E, para encerrar à altura, recorro a Vieira:

Oh! que grandes esperanças me dá esta sementeira! Oh! que grande exemplo me dá este sementeiro! Dá-me grandes esperanças a sementeira porque, ainda que se percam os primeiros trabalhos, lograr-se-ão os últimos. Dá-me grande exemplo o sementeiro, porque, depois de perder a primeira, a segunda e a terceira parte do trigo, aproveitou a quarta e última, e colheu dela muito fruto. Já que se perderam as três partes da vida, já que uma parte da idade a levaram os espinhos, já que outra parte a levaram as pedras, já que outra parte a levaram os caminhos, e tantos caminhos, esta quarta e última parte, este último quartel da vida, porque se perderá também? Porque não dará fruto? Porque não terão também os anos o que tem o ano? O ano tem tempo para as flores e tempo para os frutos. Porque não terá também o seu Outono a vida? As flores, umas caem, outras secam, outras murcham, outras leva o vento; aquelas poucas que se pegam ao tronco e se convertem em fruto, só essas são as venturosas, só essas são as que aproveitam, só essas são as que sustentam o Mundo.

Assim seja.

Pirangi, dezembro de 2015.

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas.