

DA PREMÊNÇA DE CONSCIENTIZAÇÃO DA NECESSIDADE DE CONJUGAR O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COM O DA CELERIDADE PROCESSUAL

JOSÉ DA SILVA PACHECO

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Na esfera penal: um caso concreto que provoca discussões. 3. Os atos da Administração Pública sujeitam-se ao princípio da motivação, ínsito no da legalidade e moralidade. 4. Dos princípios da legalidade ou da anterioridade da lei penal. 5. Do princípio da presunção de inocência até a sentença definitiva. 6. Do princípio do processo célere. 7. Considerações finais.

1. Introdução

Os direitos, garantias e princípios, inscritos e incorporados na constituição devem, de um modo geral, ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas obrigatórias e não como pomposas fórmulas para iludir o povo a que se destina.

Em se tratando dos colocados como fundamentais, quer sejam eles vistos como sinônimos de direitos do homem, válidos para todos os povos e em todos os tempos, quer como direitos do homem, restritos ao espaço-tempo de cada Estado, o certo é que, consagrados na Constituição, são direitos objetivamente vigentes e, por conseguinte, obrigatórios.

Nos precisos termos dos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da nossa Constituição Federal, resulta salutar compreender que os direitos e garantias expressos na Constituição, e os decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou derivados dos Tratados internacionais de que o Brasil seja parte, têm aplicação imediata e eficácia absoluta.

Tanto as garantias quanto os direitos e princípios, assim compreendidos como constitucionais, caracterizam-se como imposições, positivas ou negativas, entrosadas e harmônicas entre si, não havendo repelência entre umas e outras, em todos os âmbitos quer seja civil, administrativo ou penal.

2. Na esfera penal, um caso concreto, que provoca discussões

Num caso concreto, que passou pelos nossos olhos, ultimamente, um candidato a concurso público para ingresso nos quadros da Administração pública teve indeferida a sua inscrição sob o fundamento de estar sendo processado criminalmente.

No âmbito do judiciário, o tribunal do Estado decidiu que era lícito considerar moralmente inapto o candidato por responder ele a processo criminal, sob a denúncia de corrupção passiva.

O egrégio Supremo Tribunal Federal, todavia, deu provimento ao Recurso Extraordinário interposto, entendendo caracterizada a contrariedade ao art. 5º, inciso LVIII da Constituição Federal pelo ato que concluiu pela ausência de capacitação moral, baseado, exclusivamente, na acusação e, portanto, no envolvimento do candidato em ação penal.

3. Os atos da Administração Pública sujeitam-se ao princípio da motivação, ínsito no da legalidade e moralidade

Consoante os termos inequívocos do art. 37, inciso I, da Constituição, os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, o que está a evidenciar que se pode, tanto em normas gerais pela União, quanto em normas suplementares dos Estados, estabelecer os requisitos necessários para o ingresso no serviço público, ou participar dos concursos, aplicando-se, para esse efeito, o disposto nos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 24 da Constituição Federal.

É claro que se a investidura depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, este expediente moralizador, previsto pelo art. 37, II da Constituição, visa escolher os que preenchem os requisitos proclamados por lei.

Os atos da Administração Pública em geral, assim como, por exemplo, os de comissão de concurso de ingresso para o serviço público, devem obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Adstrito ao princípio da legalidade exsurge o princípio da motivação dos atos administrativos que, segundo acentuava Bilac Pinto, constitui moderna tendência do Direito Administrativo nos países democráticos.

Nos atos administrativos que afetam o interesse individual do administrado ou de terceiros, a motivação é não só conveniente, mas necessária e obrigatória para o exame de sua legalidade, finalidade e moralidade administrativa.

Não se confundem o motivo e motivação do ato administrativo. O motivo seria a situação de fato ou legal que leva o agente público a praticar o ato. A motivação é o raciocínio ou a explicação do motivo, geralmente apresentada sob a forma de considerando.

Como sustentou Hely Lopes Meirelles, “a teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido” (Direito Administrativo, 23ª ed., SP, 1998, pág. 177).

Francisco Campos, defendendo tal teoria, é contundente ao expor, apoiado em Jèze, que “a teoria dos motivos determinantes parece de irrecusável procedência quando estabelece que os atos do governo, se a lei os legitima mediante certos motivos (atos vinculados) ou quando o próprio Governo, podendo praticá-los, sem motivo declarado (atos discricionários), declara, entretanto, o motivo, não poderão, em um e outro caso, continuar a subsistir desde que o motivo, que de acordo com a lei é necessário para legitimá-los, ou o motivo invocado ou declarado pelo Governo não contem a realidade, ou se verifica improcedente por não coincidir com a situação de fato em que constituía seu pressuposto” (Direito administrativo, 1ª ed., Rio, pág. 122).

Consoante a teoria dos motivos determinantes, só é válido o ato se os motivos considerados efetivamente aconteceram. Desse modo, a menção de motivos falsos ou inexistentes vicia, irremediavelmente, o ato praticado, mesmo que não exigido por lei.

Celso Bandeira de Mello sustenta que, de acordo com essa teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato e que a invocação de motivos falsos, inexistentes ou incoerentes vicia o ato mesmo quando a lei não

haja estabelecido antecipadamente os motivos que ensejaram a prática do ato (Curso de Dir. Administrativo, 5ª ed., SP, 1994, pág. 184).

Como assinala Diógenes Gasparini, o motivo “é a circunstância de fato ou de direito que autoriza ou impõe ao agente público a prática do ato administrativo. Consubstancia fatos e situações do mundo real que devem ser levados em consideração para o agir da Administração Pública competente. São ações ou omissões dos agentes públicos ou dos administrados ou, ainda, necessidades do próprio poder público que impelem a Administração Pública a expedir o ato administrativo (“Direito administrativo”, 4ª ed., 1995, pág. 65).

Assim, se a comissão de concurso indeferiu a inscrição de uma pessoa, poderia fazê-lo pela falta de requisitos legais ou por outro motivo idôneo. Contudo, se apenas o faz pelo motivo de estar sendo processado, sem qualquer outra consideração, pode, efetivamente, estar violentando o princípio da inocência, inscrito na Constituição e na declaração Universal dos direitos Humanos.

4. Dos princípios da legalidade ou da anterioridade da lei penal

A Constituição federal, no Brasil, estabelece, sobre a matéria penal, diversos importantes princípios que, como os demais, inseridos no art. 5º, são inscritos e incorporados à lei fundamental, para serem cumpridos e respeitados por todos.

Dentre eles, vamos destacar os principais concernentes à questão prática, sobre a qual nos propusemos fazer ligeiros comentários.

O primeiro deles, por certo, é o princípio da legalidade e da anterioridade da lei penal, consagrado no art. 5º, inciso XXXIX, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A máxima “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, não obstante a sua forma latina, não provém do Direito Romano, mas sim de Feuerbach, que viveu entre 1775 e 1833, segundo o qual os mais elevados princípios de direito penal são: 1º) toda imposição de uma pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*); 2º) a imposição de uma pena está condicionada pela existência de uma ação cominada por ela (*nulla poena sine crimine*); 3º) o fato cominado por uma lei está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legal*).

Contudo, já na *Magna Carta* outorgada por João Sem-Terra, em 15 de junho de 1215 e confirmada seis vezes por Henrique III, três vezes por Eduardo I, catorze vezes por Eduardo III, seis vezes por Ricardo II, seis vezes por Henrique IV, uma vez por Henrique V e uma vez por Enrique VI, na Inglaterra,

havia sob o n. 39 a proclamação de que “nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com as leis do país”.

A Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789, em França é peremptória, em seu art. 8º, no sentido de que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

Becaria, com o seu magnífico opúsculo “Do delito e das penas”, de 1764, pregou, com veemência que “em todo delito, deve o juiz fazer um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei; a menor deve ser o ato, conforme ou não ao previsto pela lei; a conclusão é a liberdade ou a pena, pois não há crime sem lei que a preveja. Daí teve intenso desenvolvimento a teoria da legalidade.

Cesar Bonesana, marquês de Beccaria, ex-aluno do Colégio dos Jesuítas de Parma, absorvido pelas obras de Diderot, Helvetio, Voltaire, D’Alembert, Buffon, Hume e outros enciclopedistas, mas sobretudo pela obra de Rousseau e Montesquieu, escreveu e publicou, anonimamente, em Livorno, em 1764, o seu manual “Dos delitos e das Penas”, que teve, desde logo, o mais estrondoso êxito.

Nessa pequena Grande obra, escreveu verdades que permanecem até hoje e para sempre, que não podemos deixar de mencionar, com entusiasmo, algumas que nos vêm à memória, tais como as seguintes:

- 1) Só as leis podem cominar as penas contra os delitos, e não a vontade do juiz;
- 2) A atrocidade das penas é, pelo menos, inútil, quando não perniciosa;
- 3) Deve-se abolir a tortura, pois, amiúde, só serve para condenar o débil inocente e absorver o delinqüente poderoso;
- 4) A finalidade das penas não é atormentar nem afligir, mas impedir que o réu cometa novos crimes;
- 5) Tanto mais justa será a pena quanto mais rápida e mais próxima do delito cometido;
- 6) As penas devem ser proporcionais aos delitos;
- 7) A verdadeira medida dos delitos é o dano à sociedade;
- 8) As penas devem ser as mesmas para o primeiro e para o último dos cidadãos, para os nobres e os vassallos;

9) As leis devem favorecer menos às classes dos homens que aos próprios homens;

10) A pena de morte não é útil nem necessária;

11) O poder legislativo deve estar separado do poder judicial;

12) É necessário fixar prazos breves, porém suficientes, para as provas, a defesa do réu e para a aplicação da pena;

13) Não se pode chamar de justa ou necessária a pena de um delito quando o legislativo não procura, com diligência, o melhor meio possível de evitá-lo. Aperfeiçoar a educação constitui o meio mais seguro, embora o mais difícil, de evitar os delitos.

Em nosso país essa teoria e o princípio conseqüente da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) foram, tradicionalmente, seguidos. A Constituição de 1824 adotava tal princípio no art. 179, n. II, segundo o qual “ninguém será sentenciado senão por autoridade competente e em virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita”. A Constituição republicana, de 1891, no art. 72, § 15, reproduzia o mesmo dispositivo da anterior, como o faziam a Constituição de 1934, no art. 113, inciso 26 e a carta de 1946, no art. 141, § 27.

Atualmente, esse princípio está saliente no art. 5º, XXXIX da Constituição de 1988 e no art. 1º do Código Penal, que traz expresso que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

5. Do princípio da presunção de inocência até a sentença definitiva

O segundo princípio que destacamos é do art. 5º, LVII, do seguinte teor: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. É o princípio da presunção de inocência até a sentença definitiva de condenação.

Da Declaração Universal dos Direitos do homem, de 10 de dezembro de 1948, consta, em seu art. XI, que “Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso”.

A Convenção americana sobre direitos humanos (Pacto de São José de Costa Rica), ratificada pelo Brasil, pelo Decreto nº 678, de 06.11.1992, ademais, no art. 8º, item II, é expressa no sentido de que “toda pessoa acusada de

delito tem direito a que se presume sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa...”.

Vê-se, desde logo, que tanto a Constituição (art. 5º, LVII) quanto os textos internacionais, igualmente obrigatórios, consoante o disposto no parágrafo 2º do art. 5º da nossa Carta Magna, proclamam o princípio da presunção de inocência e o da legalidade de que cuidamos no item anterior, pois ambos se travejam na viga mestra da dignidade humana.

Pela presunção de inocência, todo homem é inocente enquanto não se demonstre, firmemente, o contrário.

Pela presunção de legalidade do ato administrativo, todos os atos administrativos, inclusive o da comissão de concurso público, são considerados, também, conforme ao Direito, enquanto não se demonstre o contrário, mas tem-se como demonstrada a contraditoriedade pela não obediência do princípio constitucional da inocência.

A integridade da Constituição e da ordem jurídica por ela estabelecida ficaria certamente menosprezada se qualquer de suas prescrições pudesse ser imposta à custa da unidade da norma fundamental, sobrepondo-se ao disposto, pela própria Constituição, em outro de seus preceitos. Por esse motivo, impõe-se o entrosamento e não repelência de suas normas, garantias e princípios.

Nenhum ato poderá ser punido pelo juiz se a lei não o tiver, antes, considerado, objetivamente, como infração e cominado a respectiva pena. É o princípio da legalidade que, hoje, impera, com aplausos gerais, no mundo civilizado.

Ninguém poderá ser tido como culpado, sem, antes haver sentença condenatória definitiva. É o princípio da presunção da inocência ou da eficácia da condenação, que se opera após tornar-se imodificável com o trânsito em julgado.

Assim, embora não se queira que o esclarecimento sobre esses princípios seja tomado como incentivo para os criminosos inveterados que se esmeram em perversidades, enquanto os processos dormem nos escaninhos cartorários do judiciário, não se pode deixar de proclamá-los e de exigir-lhes o respeito por todos, pois se eles existem são para serem cumpridos e obedecidos.

6. Do princípio do processo célere

Dá a inolvidável conveniência de invocar, também, outro princípio de igual importância e imperatividade: o princípio da celeridade processual, do processo rápido, para ser efetivo, ou do processo em prazo razoável, como dimana da Convenção Americana sobre direitos humanos, em seu art. 8º, item

I, *in verbis*; toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal...”.

Embora a nossa Constituição não traga em seu seio dispositivo expresso como o faz a Carta da Espanha, de 1978, em seu art. 24.2, segundo o qual todos têm direito a um processo público sem dilações indevidas, e a Lei fundamental do Canadá, de 1982, em seu art. 11, letra *b*, por força do disposto no parágrafo 2º do art. 5º, da nossa Carta Magna, impõe-se-nos um processo civil ou penal, rápido, em prazo razoável, a fim de que seja efetiva a impostergável prestação da justiça.

De um modo geral, no sistema jurídico anglo-americano, o procedimento prévio (pretrial) destina-se à procura dos fatos, à descoberta de novas provas e à determinação dos fatos litigiosos, que serão tratados no *trial*; no sistema germânico, concebe-se o procedimento prévio à preparação de uma audiência oral com inquirição; nos sistemas francês e italiano distinguem-se as fases de instrução dos fatos da audiência final em que sobreleva a apreciação propriamente jurídica.

Em todos os sistemas, e também no âmbito internacional, têm-se procurado fórmulas de abreviar os processos, o que, aliás, também tem ocorrido em nosso país.

Para esse efeito, tem-se de levar em conta, porém, não só a estrutura procedimental, mas, principalmente, o comportamento: a) das partes; b) dos seus advogados; c) dos juízes; e d) do pessoal cartorário. No fundo, implica em mudança de mentalidade, que só pode advir por meio da educação gradativa, inclusive nas academias de direito. Os recursos são instrumentos para acelerar a prestação da justiça e não meio de retardá-la, motivo por que devem ser limitados aos estritamente necessários para aquela finalidade.

7. Considerações finais

Em face do exposto, parece-nos que:

1º) a ordem jurídica, estruturada sob a constituição, ficaria, certamente, contrariada se qualquer de suas prescrições pudesse ser imposta à custa da unidade da norma fundamental, sobrepondo-se ao disposto pela própria constituição, ou em outro de seus preceitos;

2º) por esse motivo, impõe-se o entrosamento e a não repelência de suas normas, preceitos, direitos, garantias e princípios, que são todos obrigatórios,

exigindo obediência, até mesmo em situações que possam parecer pouco confortáveis;

3º) o princípio da motivação da decisão ou do ato de autoridade pública, expresso, quanto aos órgãos do Poder Judiciário no art. 93, IX e X da CF, e insito nos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade dos atos administrativos em geral, explícitos no art. 37 da CF, exige que o motivo invocado e declarado, para a prática do ato, seja: a) veraz e conforme à realidade; b) harmônico e não contrário às normas ou princípios do ordenamento jurídico;

4º) se o único motivo invocado para a prática de determinado ato ou decisão administrativa contraria qualquer norma legal do ordenamento, constitucionalmente estabelecido, é justo tê-lo como improcedente, ainda que, eventualmente, possa ferir certas suscetibilidades de leitores melindrosos;

5º) os princípios da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória e da anterioridade da cominação legal estão expressos no art. 5º, LVII e XXXIX da CF, e desse modo, são impositivos;

6º) Assim, se determinado ato administrativo expressa como seu único motivo alegação que contrarie os princípios constitucionais acima apontados, ou outros, eventualmente, considera-se inapto a produzir efeitos;

7º) no caso concreto, exposto sob o n. 2 retro, porque não se almeja que a aplicação do referido princípio da presunção de inocência seja vista como incentivo para criminosos inveterados e profissionais inescrupulosos, que se esmeram em contumácias e recalcitrâncias indefensáveis, enquanto os processos permanecem dormentes nas gavetas, bradamos pela necessidade de também fazer prevalecer o princípio da celeridade processual, para que os processos saiam dos escaninhos e alcancem, em prazo razoável, a decisão justa;

8º) se a presunção da inocência se estende até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, é lógico que, para esse efeito, o processo se desenvolva em prazo razoável, célere e rápido, sem dilações indevidas ou procrastinações injustificáveis.

9º) para chegar a este objetivo justo, razoável, indeclinável, insta não só adequação estrutural do procedimento, mas principalmente mudança de mentalidade, com profícua e gradativa conscientização, nas escolas e nos órgãos judiciários, com vista a acomodar o comportamento das partes, dos seus representantes, dos magistrados, do pessoal cartorário e de todos os órgãos auxiliares.