

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “Prof. Jacy de Assis”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO PÚBLICO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

JORGE LUIZ MORALES ALBERNAZ

jorge@albernazeoliveira.adv.br

DEVIDO PROCESSO LEGAL:

**ESTADO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO**

Uberlândia
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “Prof. Jacy de Assis”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO PÚBLICO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

JORGE LUIZ MORALES ALBERNAZ

jorge@albernazeoliveira.adv.br

DEVIDO PROCESSO LEGAL:

ESTADO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL NO PROCESSO

ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Público, na linha de pesquisa *Direitos e Garantias Fundamentais da Cidadania*, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, sob a orientação da Prof. Dr^a. Shirlei Silmara de Freitas Mello.

Uberlândia
2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

A331d

2013

Albernaz, Jorge Luiz Morales, 1981-

Devido processo legal [recurso eletrônico] : estado de inocência como garantia fundamental no processo administrativo sancionador brasileiro / Jorge Luiz Morales Albernaz. - 2013.

Orientadora: Shirlei Silmara de Freitas Mello.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito Público.

Modo de acesso: Internet.

Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14393/ufu.di.2019.603>

Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Devido processo legal. 3. Presunção de inocência. 4. Direitos e garantias individuais. I. Mello, Shirlei Silmara de Freitas, 1974- (Orient.) II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito Público. III. Título.

CDU: 340

Gerlaine Araújo Silva - CRB-6/1408

SUMÁRIO

RESUMO.....	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUÇÃO	6
I – DEVIDO PROCESSO LEGAL E OS ATRIBUTOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: PRINCÍPIOS PROCESSUAIS ADMINISTRATIVOS E A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS	9
1 PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO ADMINISTRATIVO	9
2 A PROCESSUALIDADE COMO GARANTIA FUNDAMENTAL	10
3 APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE ABERTURA MATERIAL DO CATÁLOGO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO	13
4 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS ADMINISTRATIVOS	17
4.1 Princípios Processuais Formais	17
4.1.1 <i>Princípio da legalidade</i>	17
4.1.2 <i>Princípio da Motivação dos Atos Administrativos</i>	20
4.1.3 <i>Garantia de defesa técnica no processo administrativo</i>	21
4.1.4 <i>Princípio do Informalismo</i>	22
4.1.5 <i>Princípio da Oficialidade</i>	23
4.1.6 <i>Princípio da verdade material</i>	26
4.1.7 <i>Outros princípios processuais formais</i>	28
4.2 Princípios Processuais Materiais	30
4.2.1 <i>Princípio da Impessoalidade</i>	30
4.2.2 <i>Princípio da Individualização da Sanção</i>	31
4.2.3 <i>Princípio da Razoabilidade</i>	33
5 OS ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO – A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE.....	34
5.1 Definição de <i>presunção de legitimidade</i>	34
5.2 Presunção de legitimidade e ônus probatório	36
II – CIÊNCIA DO DIREITO, INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA DO CIDADÃO.....	42
1 O DIREITO ENQUANTO CIÊNCIA.....	42
2 IDENTIFICAÇÃO DAS FUNÇÕES DA CIÊNCIA DO DIREITO.....	48
2.1 Função Hermêutica	49
2.1.1 <i>As diversas técnicas de hermenêutica jurídica e a ductilidade constitucional</i>	51
2.2 Função Sistêmica	58
2.3 Função CriptonORMATIVA	61
3 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	66
3.1 Limites à ponderação dos direitos e garantias fundamentais	69
4 O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA DO CIDADÃO	73
4.1 Antecedentes históricos	76
4.2 O princípio do estado de inocência no ordenamento brasileiro	81
4.3 O <i>status jurídico</i> do Pacto de São José da Costa Rica	85
4.4 A questão terminológica	92

III – O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL APLICÁVEL AO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO	96
1 DEVIDO PROCESSO LEGAL, HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL E A NECESSIDADE DE RELEITURA DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA ..	96
2 INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, O MÉTODO DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E A LIMITAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS FRENTE AOS ATRIBUTOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	112
3 A EVOLUÇÃO DA APLICAÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA AO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO	121
3.1 Pareceres da Advocacia Geral da União sobre o tema.....	122
3.2 A evolução da produção jurisprudencial brasileira	124
CONCLUSÃO	132
REFERÊNCIAS.....	134

RESUMO

Para a efetividade do rol de direitos e fundamentais, é necessário o estabelecimento de *instrumentos* que permitam sua concreta verificação. Na busca deste mister, a eleição da via processual como a única capaz de legitimar o exercício das prerrogativas públicas foi um marco da consolidação dos Estados Modernos. Por sua vez, numa relação cíclica, este só se valida se, ele mesmo, é executado com o respeito a um conjunto bastante próprio de requisitos, que consubstanciam o chamado *devido processo legal*. Por expresso comando constitucional, a limitação forçada das liberdades individuais só se pode realizar através deste princípio. Um componente especial deste conjunto de garantias é o necessário reconhecimento de um inato estado de inocência do cidadão imputado da prática infracional, ao menos até que, exatamente pela via do processo, reste demonstrada sua culpabilidade. Doutro lado, a fim de permitir a efetividade da exercício da atividade administrativa estatal, há de se reconhecer que seus atos são legítimos, ou seja, conforme a lei e o direito. Chamado de *presunção de legitimidade dos atos administrativos*, ainda que relativo, este atributo garante a autoexecutoriedade das práticas do administrador. Ocorre que, em diversos momentos, estes dois institutos serão percebidos em situação de confronto: de um lado, a necessidade de se atestar a conformidade do ato administrativo; de outro, o fundamental direito do cidadão de ser, até o regular fim do processo, tido como inocente da prática que lhe é imputada. Utilizando-nos de pesquisa bibliográfica e documental, buscar-se-á analisar estas situações e extrair, a partir de uma nova perspectiva dos preceitos constitucionais atinentes ao tema, solução que estabeleça o devido equilíbrio entre estes dois institutos componentes do Estado Democrático de Direito Constitucional, privilegiando, necessariamente, a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Palavras-chave: Devido Processo Legal. Processo Administrativo Sancionador. Direitos e Garantias Fundamentais. Presunção de Legitimidade dos Atos Administrativos. Estado de Inocência. Situação Jurídica de Inocência. Funções da Ciência do Direito. Hermenêutica Constitucional.

ABSTRACT

Aiming the effectiveness of the fundamental rights and guarantees, it is necessary to establish instruments that allow their concrete verification. To achieve this goal, the election of the processual via as the only one capable to legitimate the exercise of public prerogatives was a mark on the consolidation of the Modern Estates. On its hand, in a cyclic relation, this last one only validates itself if executed respecting a group of very particular requisites that consubstantiate the so-called *due process of law*. By an express command, the forced limitation of individual liberties can only be implemented throughout this principle. A special component of this conjunct of guarantees is the necessary recognition of an innate state of innocence of the citizen to whom is imputed the practice of a felony, at least until his culpability results verified through the due process. On the other hand, to allow the effectiveness of the Estate administrative exercise, it has to be recognize that its acts are legitimated, i.e., confirmed by law. Known as *presumption of legitimacy of the administrative acts*, this attributed sustain the auto execution of the administrators practices. Nevertheless, in many moments, these two institutes are acknowledge in confront: at on side, the necessity to attest the conformance of the administrative act; at the other, the citizen fundamental right to be, until the end of the regular process, to be known as innocent of the imputed practice. Through a bibliographical and documental research, we aim to analyze this situation and extract, by a new perspective of the constitutional precepts applied to the theme, a solution that establishes the due balance between these two institutes, as they are components of the Democratic Estate of Constitutional Law, privileging, necessarily, the maximization of individuals' rights and guarantees efficacy.

Key words: Due Process of Law. Punitive Administrative Process. Fundamental Rights and Guarantees. Presumption Legitimacy of Administrative Acts. State of Innocence. Juridical Situation of Innocence. Function of the Law Science. Constitutional Hermeneutics.

INTRODUÇÃO

Este estudo tem como finalidade a investigação dos direitos e garantias fundamentais que devem permear o processo administrativo sancionador brasileiro, em suas mais diversas modalidades, procurando realizar a leitura destas máximas a partir de uma leitura constitucional contextualizada. A pesquisa tem como núcleo de debate teórico a análise do *devido processo legal*, perquirindo o verdadeiro significado e alcance de um de seus primordiais componentes – *o estado de inocência do cidadão*. Logo, afirmando a necessidade de efetivação desta proteção ao cidadão administrado para a legitimação da pretensão punitiva estatal, realizaremos confrontação teórica deste postulado com o atributo da *presunção de legitimidade dos atos administrativos*, corolário da eficiência e da celeridade, decorrente da pedra fundamental do Direito Administrativo, qual seja a *supremacia do interesse público*.

O que se quer, então, é estabelecer o necessário equilíbrio entre estes institutos. Neste intento, primeiramente, apresentamos o conteúdo principiológico que sustenta o processo administrativo sancionador brasileiro. Dentre estes, destacaremos a própria *processualidade* como garantia fundamental do cidadão, pois que é a característica que demonstra a própria evolução do Estado Democrático de Direito Constitucional. Faremos, outrossim, a análise do atributo em questão dos atos administrativos – a *presunção de legitimidade* – buscando sua definição e perscrutando os efeitos que gera frente ao processo, mormente no que se refere ao ônus da prova.

Feita esta primeira abordagem, passaremos ao estudo das funções da Ciência do Direito, correlacionando-as aos modernos debates sobre interpretação e eficácia das normas constitucionais. Aprofundar-se-á, destarte, no estudo do tema, pois que seremos capazes de nos debruçar, em seguida, na apreciação do *princípio do estado de inocência*, com a finalidade de delimitar seu real teor e aplicabilidade. Investigaremos seus antecedentes históricos no mundo e no Brasil, evoluindo até a apreciação de seu atual *status*. Inquiriremos a previsão deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro e na ordem internacional, principalmente no que se refere às legislações instituidoras dos chamados Direitos Humanos, buscando determinar se o mesmo deve ser efetivado também no processo administrativo

Finalmente, na terceira parte deste excerto, enfrentaremos o ponto chave do debate, na busca da consolidação da máxima eficácia do princípio da *situação jurídica de inocência do cidadão* no processo administrativo sancionador no Brasil. Para tanto, apoiados nas análises precedentes, afirmaremos a necessidade de uma nova leitura desta previsão garantista, confirmando a vigência atual de um princípio amplo e irrestrito. Informaremos, ainda, a impossibilidade de relativização da garantia, eis que, em sendo de direito fundamental, é indisponível e irrenunciável, somente podendo sofrer limitações quando, em situações bastante específicas, encontrar-se em choque com outras máximas de mesma natureza. Por derradeiro, a fim de suportar nossas críticas e conclusões, realizaremos estudo crítico das produções normativas e jurisprudenciais brasileiras, que, ainda que incipientemente, analisaram a garantia e sobre sua eficácia e, principalmente, seu âmbito de vigência, emitiram juízo de valor.

A atualidade do tema demonstra-se pela análise da cultura jurídico-administrativa brasileira, que insiste em minimizar o valor do preceito em franco privilégio à arbitrariedade estatal. Esta relevância do tema é demonstrada, sobretudo, quando analisamos os mais recentes acórdãos, sobretudo de nosso Pretório Excelso que, contrariando até mesmo tendência amplamente consolidada em outras decisões, afirmou que o *princípio da estado de inocência*, basicamente, só tem aplicabilidade aos processos penais. Na mesma linha, a inovação do trabalho reside no fato de que, apesar de haver produção doutrina sobre o tema, esta se limita a investigação da garantia em relação ao processo penal ou, em nossa senda, somente no que respeita ao processo administrativo. A proposta, portanto, é realizar debate mais abrangente, no sentido de declarar que *toda e qualquer* atuação da Administração Pública só se legitima pelo respeito absoluta deste princípio.

A título de conclusão, dessa arte, com base nesta profunda investigação do verdadeiro teor destas clássicas *presunções* instituídas pelo ordenamento jurídico brasileiro às atuações da Administração Pública, e, de outro lado, numa nova hermenêutica dos direitos e garantias fundamentais do cidadão administrado que leve, invariavelmente, à máxima eficácia destes últimos, esta dissertação pretende asseverar que qualquer sanção só pode ser perpetrada pelo Estado mediante a observância estrita e absoluta ao *devido processo legal*, que, por sua vez, inclui o respeito a esta inata situação de absoluta inocência do indivíduo, até que sua

culpabilidade neste demonstrada pela via do processo. Impossível seria, dessarte, sofrer este mesmo qualquer tipo de restrição em suas liberdades constitucionais enquanto não declarada, justa e definitivamente, que determinada infração existiu e que esta foi, verdadeiramente, cometida pelo mesmo, o que só acontece com a decisão que não possa mais ser atacada por qualquer ferramenta processual e, portanto, esteja marcada pela definitibilidade,

I – DEVIDO PROCESSO LEGAL E OS ATRIBUTOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: PRINCÍPIOS PROCESSUAIS ADMINISTRATIVOS E A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

1 Princípios Basilares do Direito Administrativo

Chama-se de *regime jurídico* o conjunto de princípios que são peculiares a um ramo do Direito, e que guardam entre si uma relação lógica de coerência e unidade, formando um verdadeiro sistema autônomo, ou, em outras palavras, um *regime*.

Regime jurídico administrativo é, portanto, exatamente este conjunto de regras especiais e específicas da Ciência Administrativa, correlacionadas entre si, capazes de dar unidade e especialidade ao Direito Administrativo.

É consenso entre os estudiosos, neste sentido, que esta unidade e coerência da Ciência Administrativa pode ser identificada quando percebemos que sua sistematização é oriunda de um conjunto normativo que, direta ou indiretamente, visa à atenção a determinados interesses comuns à toda a sociedade.

Assim, pode-se afirmar que, em sua essência, o regime jurídico administrativo se fundamenta na existência e na integração necessária de dois princípios basilares, quais sejam o *Princípio da Supremacia do Interesse Público* e o *Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público*.

A Supremacia do Interesse Público, como a própria denominação nos faz supor, preleciona a superioridade do interesse da coletividade frente ao interesse particular. Sua existência acarreta, portanto, a atribuição de prerrogativas à Administração Pública que lhe de condições concretas de atingir e proteger as finalidades primordiais do Estado. Assim, nasce para o Administrador um conjunto de poderes típicos de Direito Público, capazes de estabelecer verdadeira relação horizontal entre a Administração e o particular, que deverá se submeter à vontade daquela primeira, exatamente porque ela atua na busca do interesse público.

Em relação ao Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, sendo os interesses próprios da coletividade, o Administrador não os detém, como dono.

Não têm, portanto, *disponibilidade* sobre os mesmos, não podendo administrá-los de qualquer maneira. A administração dos bens e interesses coletivos não está entregue a livre vontade do administrador, devendo este geri-los na busca dos objetivos especificamente traçados pela vontade geral, estampada na lei. Diz-se, assim, que a existência deste princípio origina uma série de *limitações* à atuação da própria Administração, impondo que a mesma exerça suas atribuições nos limites da persecução do interesse público. Advém, deste princípio, a construção de diversos outros que determinam e orientam, obrigatoriamente, a atuação do Administrador Público.

Relacionando-os ao *processo*, instrumento legitimador de toda e qualquer atuação estatal e, portanto, requisito de validade e eficácia do atuar administrativo, temos que ambos constroem a trama básica do exercício estatal pela via processual; o primeiro determinando o conjunto de prerrogativas necessárias à fiel realização do procedimento, como o princípio da *oficialidade* e a presunção de legitimidade dos atos administrativos; o segundo, por sua vez, delimitando o uso destas prerrogativas pela obrigatoriedade observância dos procedimentos e das fases estabelecidas pela lei, com fito no estabelecimento de garantias aos envolvidos no processo, como a busca da verdade real e a necessidade da preservação da moralidade e da impensoalidade do atuar administrativo.

2 A Processualidade como garantia fundamental

Como afirmado anteriormente, temos na obrigatoriedade da via processual uma garantia em si mesmo. Isto porque, em sendo o processo a via de legitimação de toda e qualquer atuação estatal, tem o indivíduo a certeza de que, para atingir determinado fim ou utilizar-se de determinada prerrogativa, deve o Estado seguir o caminho prévia e especificadamente estabelecido na lei, o que, por si só, já estabelece uma relação regulada e que homenageia a segurança jurídica.

Desta feita, eis que se percebe o estabelecimento do que se convencionou chamar de *direito fundamental à organização e ao processo*, como fundamento basilar do Estado Democrático de Direito Constitucional.

À expressão *direito à organização*, primeiramente, busca-se atribuir a referência àquelas normas instituidoras de direitos que, para sua efetiva fruição, pressupõem uma atuação estatal que sistematize e organize o seu próprio corpo institucional, dividindo-o em setores, repartições ou órgãos detentores de competência específica para oferecer ao cidadão os bens ou serviços necessários a efetivação de seus direitos e garantias,

Em sentido conexo, anota-se que outros direitos fundamentais tencionam a ordenação do exercício de prerrogativas ou faculdades, seja por parte do Estado, seja por parte do próprio cidadão, que possam, ao menos potencialmente, afetar outros direitos fundamentais do indivíduo. Tem-se, aqui, o chamado *direito ao procedimento*, um conjunto de valores normativos voltados a garantir ou proteger a fruição de outros direitos fundamentais, na medida em que vinculam qualquer atuação a certo procedimento previamente determinado. É o que acontece, por exemplo, quando “*se impõe que determinadas medidas estatais que afetem direitos fundamentais devam observar um determinado procedimento, sob pena de nulidade*” (grifo nosso), ou “*quando se impõe que determinados atos processuais só poderão ser praticados com a presença do advogado do acusado*” (MENDES, 2002).

Apesar de distintas quanto a sua natureza e sua destinação, o conjunto de normas acima descrito são interdependentes, no sentido em que o *direito fundamental ao procedimento* só há de se efetivar na medida em que o Estado *organize e sistematize* sua operação, proporcionando ao indivíduo a possibilidade de exigí-los ou protegê-los por meio de um procedimento previamente estabelecido que, para sua validade e eficácia, deva respeitar preceitos garantidores mínimos traçados pelo ordenamento jurídico.

Destarte, a *processualidade* – material e formalmente entendida, como se verá adiante – é a máxima conquista dos administrados contra a arbitrariedade estatal. Esta garantia consolida-se no ordenamento jurídico brasileiro a partir da instituição do *princípio do devido processo legal*.

Num breve e preciso conceito, GRINOVER (1973) define que o preceito é “*a cláusula e requisito de constitucionalidade no tocante a qualquer procedimento*

(mesmo administrativo, tributário ou arbitral) pelo qual possa ocorrer a perda de direitos individuais constitucionalmente garantidos”.

Na verdade, a construção histórica deste valor normativo trazia consigo este exato comando. Isto porque quando os nobres britânicos, pioneiros nesta previsão, entraram a Carta Magna ao Rei João-sem-terra, assim estabeleceram o teor desta garantia, ao prever, na redação original do art. 39 da Magna Carta de 1.215, o seguinte comando (art. 48): “*No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will be proceed with force against him, or send other to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land.*”¹

Notemos, já neste excerto histórico, a preocupação dos cidadãos em relação à atuação arbitrária do Estado, mormente naquelas situações em que a vontade estatal direciona-se à privação de direitos ou à aplicação de sanções.

Guardada as proporções e as circunstâncias históricas, o regime jurídico brasileiro abraçou o mesmo comando, ao determinar, em sua Constituição, que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

Nas palavras de CASTRO (1989):

Do campo processual penal e civil a garantia do devido processo legal alastrou-se aos procedimentos travados na Administração Pública, impondo a esses rigorosa observância dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Por sua crescente e prestigiosa aplicação, acabou por transformar-se essa garantia constitucional em princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o Poder Público, de um lado, e a Sociedade e os indivíduos de outro.

Estabelecemos, assim, como o requisito da *processualidade* determina, verdadeiramente, uma garantia de perfeição do atuar Estatal em sua relação com os direitos e garantias individuais

¹ Numa tradução livre: “*nenhum homem deve ser detido ou preso, ou despojado de seus direitos ou posses, declarado fora da lei ou exilado, ou privado de sua posição de qualquer outra forma, nem será usará a força contra ele, exceto pelo julgamento legal de seus iguais ou pela lei da terra.*”

3 Aplicação da Cláusula de Abertura Material do Catálogo ao processo administrativo sancionador brasileiro

Na mesma esteira, antes de alcançar os princípios especificamente previstos a fim de regular a relação jurídico-administrativa, é possível anotar a presença de outras garantias tendentes a estabelecer, no curso dessa relação, os valores e preceitos pelos quais devem-se desenvolvê-la.

Dentre tantas, merece extremo relevo, *tendo em vista a proposta desta investigação*, mormente quando se propõe a evolução e atualização do regime jurídico administrativo brasileiro, a garantia da *Cláusula de Abertura Material do Catálogo*. O comando, construído pelos patrícios portugueses, volta-se à recepção e eficácia imediata dos direitos fundamentais do cidadão.

Naquelas terras, a previsão se deu pela determinação estampada no artigo 8º da Constituição Portuguesa², que estabelece a *recepção automática* das normas de direito internacional pelo ordenamento jurídico indígena, numa clara tendência de proteção e universalização dos direitos humanos, fazendo com que os valores e princípios estabelecidos pela ordem internacional integrem, imediatamente, o ordenamento jurídico-constitucional daquele país.

Em complemento a este preceito, o direito português, ao estabelecer o alcance e o teor dos Direitos e Garantias Fundamentais resguardados pela Carta Política, fez constar, em seu artigo 16, a observação de que não se pretende esgotar, num breve texto normativo, a totalidade do reconhecimento do amplo rol de características essenciais do ser humano.

Assim, *abrindo*, literalmente, o rol de suas disposições, previu:

Artigo 16.º Âmbito e sentido dos direitos fundamentais

² Constituição Portuguesa. Artigo 8.º : “*Direito internacional 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos. 4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.*” Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> . Consulta realizada em 12/06/2012.

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.
2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Chamado também de *cláusula da não-tipicidade*, ressalte-se, destarte, que a leitura do referido excerto denota a multiplicidade e a complexidade da essência humana, e constata a impossibilidade de se estabelecer, exaustivamente e num único contexto, toda a extensão da sua natureza. Revela, assim, o espaço aberto que deve ser a Constituição, pronta a receber e inspirar-se da evolução do próprio homem, e dos valores e princípios que neste caminho surgirem.

Nosso texto Constitucional, numa clara homenagem a precisa previsão dos patrícios, adotou a mesma cláusula, estabelecendo um dos mais importantes preceitos atinentes aos direitos e garantias individuais: “*Art. 5º, §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*”

Com precisão ímpar, ao incluir esta previsão no elemento normativo de maior hierarquia em nosso ordenamento jurídico, rígido que é, vislumbrou o legislador a possibilidade da Lei Maior absorver as inevitáveis e imprevisíveis transformações sociais que implicam, a cada momento, na criação ou extinção de valores e princípios relevantes ao convívio em comunidade.

Pelo demasiado brilhantismo e precisão das palavras de SARLET (2009), utilizaremos-nos de suas palavras, ao discorrer exatamente sobre o tema em questão. Vejamos, senão, sua precisa lição:

Esta aparente distinção (entre direitos implícitos decorrentes) nos revela parte das indagações que suscita a exegese do art. 5º, §2º, da nossa Carta. Ao contrário da Constituição portuguesa (art. 16/1), que, no âmbito da abertura material do catálogo, se limita a mencionar a possibilidade de outros direitos fundamentais constantes das leis e regras de direito internacional, a nossa Constituição foi mais além, uma vez que, ao referir os direitos ‘decorrentes do regime e dos princípios’, evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não-escritos, que podem ser deduzidos, por via de ato interpretativo, com base nos direitos constantes do ‘catálogo’, bem

como no regime e nos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema. Assim, sob pena de ficar desvirtuado o sentido da norma, cumpre reconhecer – a despeito de todas as dificuldades que a questão suscita – que, paralelamente aos direitos fundamentais fora do ‘catálogo’ (com ou sem sede na Constituição formal) o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais abrange direitos não expressamente positivados.

Inserido, como está, no título "Dos direitos e garantias fundamentais" e, ainda, no Capítulo "Dos direitos e deveres individuais e coletivos", a cláusula de abertura do catálogo configura também, e por si só, um importante direito fundamental do cidadão.

Consagra-se, portanto, com o comando do parágrafo segundo do artigo quinto de nossa Constituição da República que, em matéria de direitos fundamentais, não deve o intérprete se limitar ao catálogo formalmente apresentado na Carta Política, devendo parear-se com as aspirações principiológicas contemporâneas, adequando o teor dos mandamentos legais e constitucionais às exigências fundamentais dos cidadãos.

A existência desta previsão em nosso ordenamento possibilitou que o rol de direitos fundamentais não seja estático, mas dinâmico, como as próprias relações humanas. JELLINEK (1970), ainda no alvorecer do século passado, já afirmava que *"las garantías del Derecho Público son tan distintas como el Derecho mismo en cada época de la cultura y en cada Estado particular. Por esto, cada organización jurídica tiene en cada época sua garantía particular."*

Constatemos, pois, relacionando as elucubrações aqui realizadas com a proposta do presente trabalho, como a previsão constitucional da abertura material do catálogo de direitos e garantias fundamentais deve também ser encarada sob o prisma processual-administrativo, vez que não se liga, ou se limita, a esta ou aquela seara do Direito.

Se temos na própria *processualidade* um direito fundamental, enquanto *direito ao processo*, devemos ter no *princípio da não-tipicidade dos direitos e garantias fundamentais* outra garantia que àquela é complementar. O alcance e o teor dos princípios processuais devem ser ditados, sempre, pelas mais modernas acepções dos valores indígenas e alienígenas que se ligarem à matéria.

Uma das mais importantes decorrências da referida abertura principiológica pode ser constatada na consolidação, na doutrina e na jurisprudência, do princípio da *razoabilidade*. Como se sabe, não se trata de princípio expresso, ao menos não na Constituição, e que há tempos vem se demonstrando como forte e intransponível norte ao atuar administrativo, anunciando, desta feita, a necessidade da adequação do instrumento processual àqueles preceitos mais fundamentais e mais modernos na relação indivíduo-Estado.

Em sede de garantias, vale destacar ainda a vigência, como preleciona MENDES (2002), do que se convencionou de chamar de *direitos fundamentais enquanto direitos de defesa*. Recebem tal denominação em virtude de atuarem atuam no sentido de resguardar o indivíduo das ingerências do Estado o que, segundo o mister aqui realizado, se liga diretamente à necessidade e à observância do próprio *processo*.

Com a atuação de normas limitadoras da capacidade de império estatal, busca-se garantir uma esfera intocável de liberdade do indivíduo, atribuindo ao mesmo um rol de direitos subjetivos a protegê-lo da opressão estatal. Logo, segundo o autor, “*enquanto direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público*”. E, na esteira da mesma lição, observa que, ocorrendo a violação desta expectativa, constata-se, na esfera subjetiva do indivíduo e conforme a própria violação, o nascimento da pretensão de: abstenção (*unterlassungsanspruch*); b) revogação (*aufhebungsanspruch*); ou, ainda, uma pretensão de *anulação* (*beseitigungsanspruch*) (cf. MENDES, 2002).

A lição acima não poderia estar mais conectada com nossas investigações. É verdade que o Estado, no uso de suas prerrogativas e, precipuamente, no uso de seus *poderes administrativos* deve pautar-se pela supremacia do interesse público e os demais valores jurídico-normativos que integram o regime que lhe é próprio. Não é menos verdade, no entanto, que no uso destes poderes por vezes a Administração se afasta dos ditames da moralidade administrativa e da razoabilidade, devendo decorrer, destas situações, para o indivíduo, as pretensões a que nos referimos acima.

Anotemos, portanto, que a prerrogativa da *autotutela* e o instituto do *controle judicial dos atos administrativos* vem estabelecer o necessário resguardo destas posições jurídicas, ao concretizar a proscrição destas situações de ingerência e arbítrio estatal, decorrendo, diretamente, do *direito fundamental à defesa*.

4 Princípios Processuais Administrativos

Tendo estabelecido os preceitos fundamentais que suportarão nossa argumentação seguinte, e, outrossim, anotado as garantias que regem a atuação estatal, propomos agora a análise dos princípios processuais administrativos que, na espécie, devem reger a atuação sancionadora do Estado brasileiro.

No entanto, a título didático e ainda com o fito de demonstrar o teor de cada um dos valores normativos a serem explorados, o já anotado preceito da *processualidade* e do *devido processo legal* deve ser encarado agora sob dois aspectos.

No primeiro, *formal*, sobressaem aqueles princípios que se ligam ao próprio instrumento, destacando-se, dentre estes, os princípios constitucionais explícitos do direito ao *contraditório* e à *ampla defesa*, além da observância da *legalidade* e da *tipicidade*; no segundo, *material*, o *due process of law* dá fundamento a uma série de *valores* no plano da atividade sancionadora do Estado, que se expressam como um elenco de *direitos fundamentais* para a proteção dos acusados, dentre eles destacando-se a *razoabilidade* e a *proporcionalidade*.

4.1 Princípios Processuais Formais

Passando à análise proposta, listaremos a seguir aqueles princípios que decorrem do aspecto *formal* da processualidade, detendo-nos em breves comentários sobre o teor de cada um.

4.1.1 Princípio da *legalidade*

Inauguremos a proposta anotando a estrita observância do *princípio da legalidade*, previsto em sede constitucional no art. 37, caput, da Constituição da

República de 1988 e, ainda, no art. 2º, caput e parágrafo único, inciso I, da Lei 9.784/99. Tragamos à baila a exata redação deste último:

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;

Sem a pretensão de esgotar o tema e olvidando de atestar o óbvio, observemos que o comando exara um dos maiores fundamentos de todo Estado Democrático de Direito Constitucional. No que se liga ao processo administrativo, institui que o administrador público deve se sujeitar, obrigatoriamente, aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, não devendo nunca destes se desviar. Agindo de outra forma, estaria a praticar o nulo e o inválido, expondo-se à responsabilização por tais atos.

Nas palavras de MELLO (2002):

É o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo. (...) Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é a essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. (...) É, em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseqüente, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares* à lei.

A eficácia do preceito repousa na atuação do Estado sempre *secundum legem* e a proscrição absoluta de uma atuação administrativa *contra legem*. No que respeita ao nosso tema, determina a perfeita e humilde submissão do *processo administrativo* e portanto das autoridades processantes aos ditames da lei, voltando-se o princípio, primordialmente, ao voto da arbitrariedade e excessos do administrador público.

Noutra esteira, mas com mesmo teor, o princípio é *conditio sine qua non* do bom e escorreito exercício da *função administrativa*. O Estado, neste sentido, é

tão somente o *executor do direito*, devendo perpetrar sua atividade em estrito respeito à finalidade imposta pela lei. Na Administração Pública e, destarte, no processo administrativo, só é lícito realizar-se o que a lei autoriza, sem qualquer possibilidade de disposição ou autonomia sobre aquilo que a lei olvida.

Deste ensinamento decorrem, inevitavelmente, outros valores, precípua mente quando observamos a aplicação do princípio da legalidade na regência do processo administrativo sancionador. Dentre estes corolários, merece enfoque o *princípio da tipicidade*, pela presença de uma errônea leitura de sua *não-aplicação* ao processo administrativo.

Muito desta problemática repousa já na própria previsão constitucional do instituto, que, *ipsis verbis*, assim o definiu: “*art. 5º, XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.*”. Numa hermenêutica meramente textual, muitos intérpretes são categóricos em afirmar que a máxima só tem aplicação ao Direito Penal.

Ora, uma breve elucubração é capaz de afastar tal conclusão: se a) o processo administrativo sancionar é o único instrumento possível de legitimar a sanção Estatal; b) se a realização do processo deve estar *estritamente* em conformidade com o regramento legal; c) toda atuação Estatal deve resguardar o *interesse público*, mas mantendo, outrossim, os *direitos e garantias individuais*; a conclusão a que se deve chegar é que d) a sanção só é *cabível, e necessária, nos casos expressa e precisamente previstos na legislação como condutas infracionais*.

Num exercício de lógica jurídica, necessário a presença da conduta do indíviduo (A) que, por subsumir-se perfeitamente à descrição hipotético-abstrata da lei (B), permite e obriga a atuação estatal no sentido de proscrevê-la, sempre pela via do processo (C). Consequentemente, A+B=C, sem qualquer outro resultado possível.

Isto porque, para que se possa falar em processo administrativo *sancionador*, necessário que a conduta do indivíduo, seja ele o particular ou o agente público, revista-se da *tipicidade e antijuridicidade* próprias daquelas condutas que autorizam o Estado lançar mão de seu poder de *pólicia ou disciplinar*.

É neste exato sentido que a Lei 8.112/90, ao estabelecer os requisitos de validade do ato de imposição de pena ao servidor na conclusão do processo administrativo, determina: “*O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.*”. A homenagem ao princípio da *tipicidade*, sob a égide da segurança jurídica, não poderia ser mais clara.

Ademais, se nos recordamos das lições de MENDES (2002), já anotadas anteriormente, os *direitos fundamentais enquanto direitos de defesa* permitiriam ao cidadão, caso a sanção fosse implementada sem a necessária observância da tipicidade, a busca da tutela da pretensão de anulação (*beseitigungsanspruch*), dado ao disparate do arbítrio estatal.

4.1.2 Princípio da Motivação dos Atos Administrativos

Liga-se a todas as conclusões até aqui construídas a adoção do *princípio da motivação* dos atos administrativos. Furtando-nos de adentrar ao debate da necessidade ou não de motivação de *todo e qualquer ato administrativo*, atestemos uma verdade absoluta: que, também em homenagem à segurança jurídica e, mais ainda, à indisponibilidade do interesse público e à impessoalidade, todo o processo administrativo e, sobretudo, em seu bojo, o ato que institua a aplicação de sanção administrativa deve ser, necessariamente, *motivado*.

A afirmação é categórica por tratar-se de um pressuposto fundamental de um Estado Democrático Constitucional, que tem no degrado do arbítrio e do absolutismo seu suporte universal. Outrossim, há de se imaginar que, no uso da prerrogativa de *punir* o cidadão administrativo, deva a administração pública, subjugada pelo princípio da *legalidade* e da *transparéncia*, anotar precisamente os preceitos normativos que ensejaram a realização daquele ato.

É nesta senda que a Lei 9.784/99, ao disciplinar os atos do processo administrativo federal, insuperavelmente determina a motivação daqueles tendentes a afetar direitos ou interesses do particular ou aplicar sanções. Vejamos, pela propriedade da previsão, seu exato teor:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;*
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;*

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

4.1.3 Garantia de defesa técnica no processo administrativo

Em sede de garantias que se ligam à própria forma do processo, outro que merece destaque é o da *defesa técnica no processo administrativo*. No entanto, diferentemente das demais searas processuais, nosso Supremo Tribunal Federal prestou, ao nosso ver, tremendo desserviço ao processo administrativo enquanto vereda autônoma e eficaz para a heterocomposição de conflitos.

Isto porque, colocando sob os holofotes o art. 133 da Constituição da República, numa tendência que vem se confirmado por outras decisões, a Corte Suprema relegou o processo administrativo ao que vulgar e impropriamente se denomina de “*mero procedimento*”. Conclui, assim, não ser o processo administrativo mecanismo de *administração da justiça*, afirmando, de conseqüente, que a presença do advogado é uma mera *faculdade*, e não requisito de validade do instrumento processual.

Desta forma, restou confirmada a constitucionalidade do comando exarado no art. 3º, IV, da Lei 9.784/99, que assim estabelece: “*O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: (...) fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.*”

A partir do entendimento e, novamente, *data maxima venia*, infelizmente, o Tribunal compôs a seguinte redação para a Súmula Vinculante nº 5, STF: “*A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição*”.

4.1.4 Princípio do Informalismo

Diretamente relacionado com o prisma formal do *devido processo legal*, o princípio do *informalismo* revela-se como importante preceito no regular do processo administrativo sancionador.

No entanto, devemos destacar seu exato efeito. O *formalismo*, em sentido amplo, deve iluminar a totalidade do processo, abrangendo não só as formalidades, mas em especial a limitação dos poderes do administrador, no uso de suas prerrogativas e na observância de seus deveres, momente no que se relaciona com a regulação das atividades e coordenação dos procedimento e organização do processo.

A exigência de uma forma rígida e antevista é corolário da segurança jurídica e da legalidade, com fito de restringir o arbítrio judicial e efetivar a isonomia entre os sujeitos processuais, denotando a validade e maior eficácia ao processo. Logo, por óbvio, no geral, o desenvolvimento do processo administrativo e todos os atos que o compõem deve obdecer ao que foi previamente estabelecido pela lei.

Conjutamente ao formalismo mínimo necessário à garantia da *organização e do procedimento*, o processo administrativo sancionador, enxergando no cidadão-administrado, muitas vezes, o pólo hipossuficiente da relação, no intuito de possibilitar seu acesso ao processo da maneira mais ampla e plena possível, estabelece a liberdade de forma como base fundamental de sua organização.

Na orientação do artigo 2º, inciso IX da Lei 9.784/99, deve a Administração pública adotar “*formas simples, suficientes para propiciar adequado graus de certeza e respeito aos direitos dos administrados*”. É o que a doutrina encara como a informalidade moderada, muito mais afeita a autotutela da legalidade administrativa e mais inclinada à busca da *verdade material*.

MEIRELLES (2002), sobre o assunto, ensina:

O princípio do informalismo dispensa ritos sacramentais e formas rígidas para o processo administrativo, principalmente para os atos a cargos do particular. Bastam formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza jurídica e à segurança procedural. (...) Este princípio é de ser aplicado com espírito de benignidade e sempre em benefício do administrado, para que, por defeito de forma, não se

rejeitem atos de defesa e recursos mal qualificados. (...) O processo administrativo deve ser simples, desrido de exigências formais excessivas, tanto mais que a defesa pode ficar a cargo do próprio administrado, nem sempre familiarizado com os meandros processuais.

Ressalte-se, todavia, como já anotado anteriormente, a necessidade da efetivação plena de todos os direitos e garantias fundamentais do administrado. Não se pode abraçar, desta maneira, uma informalidade absoluta, vez que os ritos e formas inerentes a todos procedimentos que se proponha válido deve ser observado. Conclui-se que, se por uma via o formalismo exacerbado acarreta, por vezes, dificuldade no manejo do interesse público e a defesa do cidadão administrado, na outra mão o informalismo desmedido importaria na impossibilidade da previsibilidade do procedimento, estabelecendo instrumento eivado de sobressaltos e de arbitrariedades. Ademais, a possibilidade de atos inócuos e meramente protelatórios faria com que, tanto a Administração Pública quanto o cidadão administrado restassem numa posição de incerteza, numa zona cinzenta de não proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Daí a afirmação que, no processar administrativo, a observação da forma e dos requisitos mínimos à regular constituição e segurança jurídica dos atos administrativos são imprescindíveis para a validação do processo (BONILHA, 1997).

4.1.5 Princípio da Oficialidade

Continuando nesta averiguação, para que o processo administrativo possa atingir sua finalidade e sabendo que está o Administrador Público sob a égide da *supremacia do interesse público*, nasce ainda, no aspecto formal da processualidade, a prerrogativa identificada no *princípio da oficialidade*. Também conhecido como princípio do *impulso oficial do processo*, o brorcado estabelece a prerrogativa da instauração, *ex officio*, do processo administrativo pelas mãos do Administrador, sem sequer a necessidade da provação pelo particular.

Tal prerrogativa ressalta a *executoriedade* dos atos administrativos; o interesse público faz com que a implementação e o processamento do feito independam da provação ou participação efetiva do cidadão administrado, em virtude de sua inércia. Nas lições de DI PIETRO (2006):

Essa executoriedade, sendo inerente à atuação administrativa, existe mesmo que não haja previsão legal; como a Administração Pública está obrigada a satisfazer ao interesse público, cumprindo a vontade da lei, ela não pode ficar dependente da iniciativa particular para atingir os seus fins.[...] O princípio da oficialidade autoriza a Administração a requerer diligências, investigar fatos de que toma conhecimento no curso do processo, solicitar pareceres, laudos, informações, rever os próprios atos e praticar tudo o que for necessário à consecução do interesse público.

Além da possibilidade de *instauração ex officio*, o princípio permeia toda a execução do processo, vez que se trata de verdadeiro *poder-dever* da autoridade administrativa competente *impulsioná-lo*, com vistas a se obter resultado final conclusivo e definitivo, pelo menos no âmbito da Administração Pública. Diante deste fato, pela necessidade de atendimento do interesse público e a impossibilidade de sua disposição, não seria lógico que sua atuação ficasse à mercê da provocação do cidadão. Logo, para a elucidação do fato, tem o administrador o dever de dar prosseguimento ao processo, podendo, para tanto, buscar a produção de provas, realizar diligências das mais diversas, ouvir testemunhas, analisar documentos, solicitar laudos e pareceres; enfim, fazer o necessário para a produção de uma decisão final que atenda as máximas da moralidade e da eficiência.

Outro corolário desta máxima é, ainda, a possibilidade de *revisão* de suas próprias decisões, demonstrando, assim, uma das facetas do exercício da prerrogativa ou do princípio da *autotutela*. Nesta esteira, a previsão do art. 64 da Lei 9.784/99, numa amálga dos valores de ambos os comandos (i.e., oficialidade e autotutela), assim determina:

Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

A permissão em análise nada mais é do que a conclusão lógica a que deve chegar o legislador ao perceber que o administrador tem o poder-dever de implementar o processo administrativo e, neste mister, a possibilidade de rever, alterar ou cancelar o resultado deste oriundo, sempre na busca da *verdade real*.

O que nos remete, imediatamente, a uma outra questão: no emprego da analogia principiológica aqui proposta, dever-se-ia implementar, no processo administrativo, a máxima do *non reformatio in pejus*? Poderia a autoridade

administrativa, nesta reanálise da decisão exarada no processo, agravar a situação do administrado? A resposta, felizmente, foi devidamente apresentada pelo legislador, novamente num ateste do lógico, dada a base principiológica aqui apresentada.

Isto porque, nas legislações mais pertinentes ao tema, ao referir-se ao *direito de petição*, aos *recursos* ou ao princípio da *autotutela*, em nenhum momento houve restrição da possibilidade do agravamento da decisão revista. Basta anotar, como fundamento desta conclusão, que na busca da *verdade real* o administrador pode deparar-se com uma situação muito mais grave que aquela apurada no primeiro grau do processo administrativo, e, sob o jugo da *legalidade*, outra possibilidade não há senão a revisão, *para pior*, da sanção anteriormente aplicada ao cidadão administrado.

A ressalva existente condiz, por óbvio, com a necessidade do respeito ao *contraditório* e *ampla defesa*, que, no entanto, são requisitos de validade para a aplicação de *qualquer sanção* (vide, e.g., o comando do art. 64, parágrafo único, Lei 9.784/99: “*Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.*”)

Verdade é, no entanto, que se consolidou no direito administrativo brasileiro a figura da *revisão* do processo administrativo. Numa comparação, com fins meramente didáticos, o instrumento se aproxima do instituto da *ação rescisória* do Processo Civil, porquanto voltada à reanálise de decisão já proferida, e não mais atacável por recursos.

No Processo Administrativo o instituto da revisão ganha, por sua vez, um contorno bastante distinto, com feições muito mais *protetivas* ao cidadão administrado. A afirmação repousa em duas constatações. A primeira no fato de que, para a propositura da revisão, o cidadão administrado não tem prazo determina, ou seja, a reanálise pode ser requerida a qualquer tempo (desde que, no entanto, sejam suscitados fatos novos não enfrentados no curso normal do processo administrativo). A segunda, mais relevante aos debates aqui realizados, está na *proibição* de que, desta reanálise, advenha situação *mais grave* ao cidadão.

Exemplos do abraço desta normativa pelo legislador estão no art. 65, *caput* e parágrafo único da Lei 9.784/99 (“*Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.*”), no art. 174 e 182, parágrafo único da lei 8.112/90 (*O processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada. (...) Da revisão do processo não poderá resultar agravamento de penalidade.*).).

4.1.6 Princípio da verdade material

Referimo-nos, por diversas vezes, ao princípio da *verdade material* como valor normativo a regular o processo administrativo. Por definição, bastemo-nos da lição de MEDAUAR (2008):

O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las.

Sendo suficientemente exaustivas as palavras da autora, como base conceitual a suportar os comentários seguintes, nos aterremos a constatação de importantes consequências *formais* da adoção deste pressuposto.

A primeira delas se liga, diretamente, à defesa do cidadão interessado. Conjugando-se com a *autotutela*, a *oficialidade* e ao princípio da *finalidade*, dita a verdade material que, mesmo não apresentando suas alegações ou participando ativamente do processo sancionador, não se tome o ato imputado ao administrado como verdade pressuposta e absoluta. Orienta o princípio, portanto, o afastamento do clássico efeito da *revelia*, originária do processo civil, devendo o administrador, muito mais, investigar, privilegiar e socorrer-se, sobremaneira, dos *fatos* assim como se implementaram.

Vale aqui uma ressalva, que permita a clarificação da assertiva constante do parágrafo anterior. *Revelia*, na sua etimologia, significa *contumácia*, *teimosia*, e, no sentido técnico-jurídico identifica, tão somente, uma situação ou um efeito: o estado de quedar-se inerte frente a uma determinação ou a um chamamento processual. O fato, por si só, não demonstra qualquer efeito, além da simples *inércia* ou *teimosia*; é o legislador quem determinará sua consequencia.

Esclaressa-se, de conseguinte, que *revel* não é o *réu confesso*, mas tão somente o *réu inerte*. É o critério da investigação da verdade adotado neste ou naquele processo que determinará os efeitos desta contumácia. E no processo administrativo este efeito é, via de regra, *nenhum*, vez que o critério adotado na vereda administrativo é o critério da verdade *real*, tão como os fatos se implementaram, devendo a autoridade processante realizar todos os esforços para dessas circunstâncias conhecer.

Assumir, no processo administrativo, por verdadeiros os fatos alegados contra o cidadão administrado pelo simple fato de que restaram incontestados no curso do procedimento é afastar a indisponibilidade do interesse público e olvidar o exato e completo teor do comando da *oficialidade*, que deve ser encarado muito mais do que a prerrogativa de instaurar e desdobrar, *ex officio*, o processo, como se trata-se, tão somente, de um simples conjunto de atos mecânicos e acríticos.

A ausência de efeitos da revelia ao administrado pode ser constatada, por exemplo, na fase do inquérito administrativo do processo administrativo disciplinar federal. Segundo a lei, da situação de ausência da apresentação da defesa escrita pelo acusado, no prazos estipulado, decorrerá, tão somente, a obrigatoriedade da Comissão Processante de indicar outro servidor que o faça em seu nome (servidor este, inclusive, que está obrigado a aceitar o encargo). A mesma determinação surge no art. 226 do Estatuto dos Servidores Públicos de Minas Gerais – Lei Estadual 869/1952.

É certo que outro conjunto normativo oriundo da adoção do princípio da verdade material pode ser constatado na regra geral da *não preclusividade* dos prazos nos processos administrativos sancionadores. A legislação administrado, de maneira quase total, é uníssona em definir que, antes do julgamento final, o

administrado tem sempre a chance, ainda que intempestivamente, de apresentar suas alegações ou produzir as provas que julgar imprescindíveis ao esclarecimento dos fatos.

O comando é por duas vezes repetido, e.g., na lei 9.784/99, dois dos quais destacamos nos grifos abaixo:

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

(...)

*III - formular alegações e apresentar documentos **antes da decisão**, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;*

*Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e **antes da tomada da decisão**, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.*

Notemos que, para que dúvidas não restassem, o legislador, além de garantir o direito da apresentação das alegações a qualquer tempo antes da decisão, instituiu, destarte, a *não preclusividade* dos prazos da defesa, determinou, ainda, a *obrigatoriedade* da consideração da manifestação pela autoridade processante, ainda que tardia.

4.1.7 Outros princípios processuais formais

Ainda que sem a pretensão de exaustão do tema, a proposta desta primeira abordagem é analisar, numa visão macroscópica, os princípios aplicáveis ao processo administrativo sancionador brasileiro. Os comentários tecidos neste subitem abordaram, destes, os mais relevantes, destacando, neste interim, as problemáticas que porventura podem ser suscitadas acerca deste ou daquele. Não obstante, nos parece apropriado anotar a presença, em nosso ordenamento, de outros princípios que se relacionam com o aspecto formal do processo administrativo.

Dentre eles, lembrêmo-nos, primeiramente, do da *publicidade*, máxima a iluminar todo o atuar administrativo e, por conseguinte, presente também no processo administrativo. Destaque-se, no entanto, que a *sigilosidade* possível nos processos que possam submeter o cidadão administrado, no seu curso, à ofensa à

honra, privacidade ou a imagem. Regra geral, dessa maneira, é que o processo, no seu curso, seja sigiloso, reclamando a publicação, tão somente, do seu ato decisório como pressuposto de sua validade. (vide, sobre o tema, disposição do art. 37, da Constituição da República e art. 2º, parágrafo único, V, da Lei 9.784/99).

Complementando esta disposição (ou dela decorrendo), sendo verdadeira regra geral do processo brasileiro, o princípio da *comunicação dos atos*, como outro requisito de validade, é também recepcionado no processo administrativo sancionador. Constitui tanto um princípio a iluminar todo o processo como um *direito* do sujeito processual, sob a ótica da segurança jurídica e da isonomia processual. É nesta esteira que a Lei 9.784/99 o disciplina em dois momentos distintos, além de dedicar todo um capítulo em homenagem aos procedimentos a serem observados nesta comunicação (grifos abaixo não constantes do original):

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:

(...)

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

(...)

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

A inafastabilidade da jurisdição, preceito constitucional que se liga à fundação do próprio Estado de Direito Constitucional, deve ser também anotado na regência do processo administrativo. Diferentemente de outras *jurisdições*, as decisões emanadas do processo administrativo sempre estarão à mercê da possibilidade de *controle judicial*, sobremaneira nos casos de ofensa à razoabilidade ou à proporcionalidade, como se discutirá adiante.

4.2 Princípios Processuais Materiais

Revelando seu teor garantista, o *devido processo legal*, para a implementação de sua verdadeira essência, deve ser ainda encarado sob um enfoque *material*, determinando sua função estruturante e legitimadora da atuação estatal. Neste aspecto, anotar-se-á àqueles valores normativos que desta feição decorrem, com o fito de demonstrar a real abrangência da máxima processual.

4.2.1 Princípio da Impessoalidade

Um dos primeiros que merecem destaque é a normativa do princípio da *impessoalidade*. Como uma das consequências imediatamente instauradas pela *indisponibilidade do interesse público*, a impessoalidade é também imprescindível para a correição de procedimento no autar estatal, mormente na sua intenção sancionadora.

A *imparcialidade* do julgador é pressuposto oriundo da própria ética política, e permeia o *jus puniendi* estatal desde a superação do Estado Inquisidor. Trata-se, na realidade, de um pressuposto lógico a constatação de que a pena só se legitima se implementada intocada de qualquer pretensão vingativa pessoal.

Neste intuito, diversos requisitos são estabelecidos com o objetivo de resguardar a neutralidade da autoridade julgadora. Dentre eles, num paralelo direto com as demais searas processuais, o legislador suscita a regência dos institutos do *impedimento* e da *suspeição* no processamento da prerrogativa sancionadora administrativa. Sua adoção pode ser encontrada nos seguintes comandos:

Lei 8.112/90:

Art. 149, §2º Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.

Lei 9.784/99:

Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar.

Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Art. 21. O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo.

Os comandos visam o estabelecimento de um procedimento que prese pela imparcialidade, na busca por uma decisão que promova o escol da justiça, afastando-se da produção de decisões que revelem, tão somente, uma vontade contaminada da autoridade julgadora. Essência de todo o justo e o resguardo da imparcialidade.

4.2.2 Princípio da Individualização da Sanção

Em uníssono com o preceito acima, o princípio da *individualização da sanção* é, doutra forma mas na mesma esteira, demonstração de que a atuação Estatal punitiva não tem outra finalidade senão o estabelecimento da resposta justa e proporcional.

Por pertinente, as palavras de FREITAS MELLO (2010):

Apesar de a gradação das sanções aplicadas basear-se em escolhas administrativas, não se trata de arbitrariedade e, por isso, a punição deve ser razoável e proporcional à infração apurada no respectivo processo, além de estar tipificada em norma, pois não cabe à Administração aplicar penalidade não disciplinada no ordenamento jurídico.

No processo administrativo disciplinar federal vemos a adoção, na íntegra, do preceito em comento. Vejamos:

Lei 8.112/90;

Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que

dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.

Em complemento, prezando ainda a segurança jurídica através da obrigatoriedade da *motivação* destes atos administrativos, a Lei 9.784/99 acaba por estabelecer um preceito geral de proporcionalidade e individualização ao determinar (grifos nossos):

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;*
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;*

Um dos elementos a ser necessariamente analisados na individualização das sanções é, inofismavelmente, a responsabilidade do cidadão administrativo que se pretende punir. Assim, a regra geral no nosso ordenamento, por óbvio, é que a punição só deve decorrer de conduta (comissiva ou omissiva) que, culposamente, viole o ordenamento jurídico. Em outras palavras, no ordenamento jurídico brasileiro e, outrossim, no direito administrativo, a responsabilidade do agente deve se dar, regra geral, pela modalidade *subjetiva*.

No entanto, merece destaque a previsão da Lei 8.884/92 que, ainda que de maneira excepcional e claramente homenageando a prevalência do interesse público, determina:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;*
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;*
- III - aumentar arbitrariamente os lucros;*
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.*

Nota-se, portanto, que de maneira inovadora, implementou a Lei a *teoria da responsabilidade sem culpa* no processo administrativo sancionador, o que não tem o condão de afastar, como desatentamente poderia se pressupor, a necessária *individualização e proporcionalidade* no estabelecimento da sanção, *in concretu*.

O encerramento destes fundamentos materiais, que se ligam à essência do instrumento, e estão diretamente conectados, ainda, a toda a *finalidade* do processo, pode ser subsumida do moderno e candente princípio da *razoabilidade*.

4.2.3 Princípio da Razoabilidade

Outra máxima do Estado Democrático de Direito Constitucional, a razoabilidade é pressuposto da consonância entre da pretensão punitiva estatal como o senso coletivo sobre aquilo que se tem por adequado e imprescindível. Logo, *razoável* é conclusão extraída da resposta positiva ao binômio *necessidade-adequação*, inferindo-se, verdadeiramente, daquilo que *deve* e *pressupõe-se* ser. Tudo aqui que exorbita a esfera limitadora estabelecida pelo binômio supera a razão, demonstrando o atuar exacerbado e arbitrário, contrário à legalidade e à moralidade.

Desta maneira, como se nota da própria explanação, a razoabilidade é instituto jurídico *indeterminado*, muito mais tendente à concretude do que à abstração. Na sua definição é comum empregar-se expressões ainda mais brancas, mais inevitáveis, como *bom senso*, *prudência*, *moderação*, *proporção*, *equidade*, *coerência*, etc.. Sumarizando, determina uma insuperável congruência lógica entre o fato perpetrado e o ato estatal voltado à sua composição.

Observemos, no entanto, que muito mais que um valor normativo voltado à composição da essência material do processo administrativo, a teorização e a aplicação do preceito da razoabilidade vem se demonstrando, na prática, argumento para controle do *mérito administrativo*.

Numa de suas mais importantes vertentes para o processo administrativo encontramos o princípio da proporcionalidade, estabelecendo a observância de uma relação coerente entre os *meios empregados* e os *fins buscados* pela autoridade administrativa. Nesta linha, estabelece a Lei 9.784/99:

Art. 2º, parágrafo único, 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;*”

Dentre os mais diversos preceitos processuais materiais, são estes aqueles que mereceram enfoque no trabalho. Lembremos, no entanto, que a atuação das *garantias* no processo administrativo brasileiro, por si mesmas, já se referem ao cerne substantivo do mecanismo de legitimação da atuação estatal. Por isso mesmo, complementados pelas disposições aqui analisadas, compõem a verdadeira base material para a validade do exercício do *jus puniedi* pelo Estado.

5 Os atributos do ato administrativo – a presunção de legitimidade

Feita a apresentação desta apanhado principiológico, necessário agora investigar os atributos aplicáveis aos atos administrativos, a fim de se estabelecer o primeiro núcleo da confrontação almejada a final do trabalho.

Isto porque, se se pretende investigar a aplicação do Estado de Inocência no Processo Administrativo Sancionador Brasileiro, inevitável enfrentar o debate acerca das *presunções* aplicáveis aos atos administrativos, mormente aos processuais.

Desta feita, tendo em vista a proposta da presente monografia, conheçamos os atributos qualificadores dos referidos atos, a fim de que se possa perscrutar sua natureza própria.

No entanto, primando pelo objetividade e pelo apego ao mapeamento teórico, será dado enfoque ao atributo da *presunção de legitimidade*, pois que é aquele que se apresenta, ordinariamente, como o contraponto fundamental à aplicação do Estado de Inocência no Processo Administrativo Brasileiro, como se verá na terceira parte deste trabalho.

Sendo assim, passemos a este estudo.

5.1 Definição de *presunção de legitimidade*

Primeiramente, numa simples definição gramatical, apesar de palavra plurívoca, tomando apenas o enfoque pertinente, tem-se por legítimo aquilo que é *conforme a lei ou fundado no direito*. Apesar de simples, esta definição já nos adianta o teor da presunção estabelecida para os atos administrativos.

Sendo assim, em sua acepção técnica, eis que a *presunção de legitimidade* se apresenta como um dos caracteres definidores do atuar administrativo, indicando os contornos dos atos estatais.

Nas palavras de COVELLO (1983, p. 411), “*presumir é ter por acontecido alguma coisa antes de provada.*”

Isto porque, tendo em vista toda a principiologia anotada anteriormente, mormente a dicotomia *supremacia e indisponibilidade do interesse público*, eis que se espera (e por isso há de se *pressupor*) que a realização da administração pública seja sempre *legitima*, ou seja, *pautada e justificada* no direito e pelo próprio direito.

Este raciocínio conclusivo é claramente estampado em CARVALHO FILHO (2005, p. 104), quanto atesta:

Vários são os fundamentos dados a essa característica. O fundamento precípuo, no entanto, reside na circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcela do Poder Público, imbuídos, como é natural, do objetivo de alcançar o interesse público que lhes compete proteger. Desse modo, inconcebível seria admitir que não tivessem a aura de legitimidade, permitindo-se que a todo momento sofressem algum entrave oposto por pessoas de interesses contrários. Por esse motivo é que se há de supor que presumivelmente estão em conformidade com a lei.

Além de esclarecedoras, as palavras acima nos apresentam a suma do teor deste atributo, e também já denotam as ressalvas necessárias.

A primeira delas, apesar de singela, mas muito técnica, é que modernamente se demonstra mais preciso afirmar que tal legitimidade decorre da conformidade com o *direito*, muito além da própria lei. Ademais, na investigação aqui proposta, tal legitimidade só pode ser encarada neste prisma mais moderno, uma vez que o que se pretende é a aplicação de princípios e garantias que, muitas das vezes, não estão estampados, *ipsis verbis*, na letra estática da legislação.

Em segundo lugar, devemos destacar o emprego da expressão *presunção*, a acompanhar o atributo da legitimidade. Isto porque há de se lembrar que, como se deve pressupor em um Estado Democrático de Direito Constitucional, tal atributo não é incontestável e, portanto, estabelece uma característica *juris tantum*.

No uso de seu *direito de petição*, erigido ao nível de garantia fundamental em nossa República Constitucional, o cidadão, por óbvio, pode combater a referida conformidade com o direito, enfrentando o próprio administrator quando este, ao contrário do que se pressupôs, afastar-se da legalidade.

Sendo assim, não se fala em ato administrativo *absolutamente legítimo*, mas, como supõe o devido processo legal, referir-se-á a ato *pressuposto por legítimo*, até que, pela via do processo, se demonstre sua desconformidade.

De tudo isso há de se concluir que existe uma força obrigacional, de vigência e de obrigatoriedade do Direito. E, com relação à *autoridade* administrativa, verifica-se que esta advém do Direito, e não simplesmente do Poder. Assim é que o Estado Constitucionalmente Democrático busca a legitimidade do poder público, não através de manipulações intelectuais, mas através da racionalidade material, que conduz ao reconhecimento genérico das competências do Direito, na legitimidade e no reconhecimento do Poder Público e da força obrigacional do Direito (KRIELE, 2009, p. 67-68)

Esta referida força obrigacional só pode ocorrer quando o poder é justificado aos olhos de seus cidadãos administrados; em outras palavras, quando puder ser fundamentada através de considerações materiais racionais. E, para esta justificação, o essencial é o elemento normativo, o objeto da descrição e o sujeito da justificação.

Tal legitimidade é aplicável a *todo e qualquer ato administrativo* e relaciona-se, precípuamente, com os motivos sobre os quais se apoiaram a decisão administrativa.

Entretanto, considerando o enfoque desta dissertação, o principal efeito desta presunção está no estabelecimento do *ônus probatório*, o que passamos a investigar a seguir.

5.2 Presunção de legitimidade e ônus probatório

Como referido, em último corte, a presunção de legitimidade dos atos administrativo está diretamente ligada ao ônus da prova no processo administrativo brasileiro.

Isto porque tal máxima estabelece, no polo do cidadão, a necessidade de, em querendo combater a adequação do ato administrativo, *provar* a alegada ilegitimidade, utilizando-se dos diversos meios admitidos pelo direito.

Ora, se tomado previamente por legítimo, adequado, legal, para que se afaste do ato administrativo tal presunção necessário é que o interessado traga ao processo *provas* que permitam ao julgador convencer-se da veracidade de suas alegações (*in casu*, averigar a ilegitimidade do ato administrativo).

De acordo com os estudos de GODINHO (2008, p. 195), citando TARUFFO (2002, p. 525):

A prova é o instrumento de que dispõem as partes e o juiz para determinar no processo se podem ou não ser considerados como verdadeiros os enunciados relativos aos fatos principais do caso, a partir da premissa de que no processo é possível, com critérios racionais, obter uma aproximação adequada à realidade empírica desses fatos.

Nas palavras acima, *prova* é um *instrumento*, mecanismo através do qual se busca demonstrar a ocorrência de um fato.

Na escolha destes instrumentos, acrescente-se, há de se respeitar o estabelecido pelo *Direito*, mormente no que se refere àqueles considerados lícitos e, portanto, capazes de compor o processo.

No entanto, mantendo o enfoque do tema escolhido para a dissertação e para esta seção, outro componente importante do conjunto probatório e dele indissociável é a obrigação de fazê-la, ou seja, o chamado *ônus probatório*.

De regra geral, como sabido, este ônus recai sobre aquele que apresenta o enunciado. Comumente, cabe àquele que alega *provar* o alegado.

Entretanto, furtando-nos a digredir sobre o óbvio, em sede de *processo administrativo*, tal ônus é ainda mais relevante. Isto porque, mesmo antes do estabelecimento da relação processual, o ato a que se pretenda contestar é, de antemão, tomado por *legítimo*.

Veja assim, que, além do conhecido teor do ônus da prova, no processo administrativo brasileiro, esta obrigação é reforçada por uma verdade pré-

estabelecida, ou, se se permite, por uma *prova pré-constituída*, qual seja, a de que o ato administrativo é *legítimo*.

Lembro, em tempo, que a proposta desta seção é, tão somente, formar o arcabouço teórico necessário à evolução da discussão; nossa intenção é simplesmente constatar estas características, sem, ainda, confrontá-las.

A afirmação anterior é feita com base nas seguintes premissas: se o ato é *presumido legítimo*, não há outra forma senão a clara demonstração de sua desconformidade com a lei para combater esta característica. De outro lado, mas na mesma esteira, caso não seja possível *provar* sua ilegitimidade, é, desde sempre, legal e válido.

Não resta espaço, desta forma, para *dúvida*: ou o cidadão demonstra, claramente, que o ato administrativo é ilegítimo ou, de outra mão, ele é válido. A *dúvida razoável*, nestes casos, funciona a favor da Administração Pública, em detrimento do cidadão, alegadamente em razão da supremacia do interesse público.

Segundo CARNEIRO NETO (2008, p. 109), “*muito além de orientar as partes sobre o papel de cada uma no esforço da diliação probatória*”, o estabelecimento do ônus da prova serve ao aplicador do direito como “*critério de julgamento em caso de não haverem sido produzidas provas necessárias à formação de certeza, persistindo o estado de dúvida*”.

Notemos que a lição acima, além de preclara, é precisa, corroborando o até aqui afirmado: o instituto da *presunção de inocência* estabelece, na realidade, um critério de solução que, ainda que relativo, aduz a supremacia do interesse público. Isto porque, restando dúvida sobre a conformidade do ato administrativo, que se tome-o por *válido e legítimo*.

A consequência imediata desta presunção é a *autoexecutoriedade* do ato administrativo. Em corte simples, trata-se da característica que determina que todo e qualquer ato administrativo pode produzir os seus efeitos imediatamente, sem a necessidade de autorização ou confirmação de outro poder, mormente do judiciário.

Ora, a conclusão é óbvia: se todo ato administrativo é pressuposto conforme a lei, não há, de antemão, nada que impeça sua eficácia; daí decorrendo sua *autoexecutoriedade*.

A título de sumarização vejamos o que até aqui anotamos: a) o ato administrativo é pressuposto legítimo, ou seja, conforme a lei; b) esta presunção, em última linha, liga-se ao *ônus da prova* no processo administrativo, fazendo com que recaia sobre o interessado a obrigação de demonstrar sua ilegitimidade, caso a suscite; c) finalmente, desta presunção decorre, principalmente, a autoexecutoriedade do ato administrativo, permitindo sua imediata eficácia.

Feita toda argumentação, devemos apresentar ponderação relevante. Não pretendemos afirmar, como não poderíamos, que a presença da presunção de legitimidade dos atos administrativos provoque *inversão* do ônus probatório da Administração Pública para o cidadão administrativo, no que toca à veracidade do ato, ou seja, quanto aos fundamentos de fato e de direito que motivaram o ato administrativo.

Como previamente destacado, eis que o processo administrativo é iluminado pelo princípio da *motivação*, mormente no que se refere aos atos que imponham ou agravem deveres ou que restrinjam direitos dos cidadãos administrados (v., e.g., artigo 50, II, Lei nº 9.784/99)

Logo, cabe a Administração Pública, em decorrência do referido princípio, como também em atenção à *transparência administrativa*, corolário da publicidade, e ainda em atendimento ao *formalismo* e à *tipicidade*, apresentar, inofismavelmente, os fundamentos de fato e de direito que motivaram a realização do referido ato administrativo.

Lembremo-nos que nossa pesquisa repousa no processo administrativo; destarte, a afirmação acima é cabível, eis que não há, no processo sancionador, a possibilidade da realização de atos *ad nutum*, por simples e expressa exigência legal da motivação, como supra citado. Por suposto, a teoria dos motivos determinantes é extremamente pertinente aos processo administrativo sancionador.

Nas palavras de MELLO (2002, p. 94), explicitando a teoria, afirma que a mesma impõe:

O dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último aclaramento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.

Na mesma linha, a explanação de DI PIETRO (2006, p. 204):

Ainda relacionada com o motivo, há a teoria dos motivos determinantes, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes, ou falsos, implicam a sua nulidade. Por outras palavras, quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros.

Notemos que, com base nestes últimos argumentos e na breve lição acima apontada, não se pode concluir que o princípio da motivação, ou mesmo a teoria dos motivos determinantes, obriga a Administração Publicar a *provar*, no sentido jurisdicional, os fundamentos de fato e de direito que levaram a realização do ato administrativo.

Verdadeiramente, à Administração não cabe provar os fundamentos do ato, tomando o vocábulo no sentido de *formação do convencimento*. Basta lembrar, suscitando tudo até aqui exposto, que em sede de processo *administrativo*, há de se pressupor que o ato, tal como realizado, está em conformidade com a lei e com o Direito e, ademais, que os fatos que o motivaram são verídicos (*presunção de veracidade*).

Outrossim, a motivação, como requisito de validade dos atos do processo administrativo sancionador, não importa em estabelecer o ônus probatório, no teor aqui estudado, a cargo da Administração Pública. A motivação exige, isso sim, a clara exposição dos fundamentos que levaram à prática do ato administrativo, estabelecendo paralelo típico com as exigências da lei, sem, no entanto, a necessidade de o Administrador munir o processo administrativo de ampla carga probatória voltada a formação do convencimento.

Em linhas mais simples, ao Administrador não incumbe provar, cabalmente, no sentido de *convencimento jurisdicional*, os fatos e o direito alegado. Basta, em atendimento à legalidade e à tipicidade, estabelecer o devido paralelo entre o alegadamente ocorrido e o direito e a legislação, *repousando no polo do cidadão administrado*, polo do processo administrativo, demonstrar a inadequação do ato.

Esta afirmação encerra firmemente a argumentação aqui realizada, onde buscou-se apresentar os fundamentos principiológicos do processo administrativo, bem como anotar as características mais relevantes do ato administrativo para o debate aqui suscitado.

II – CIÊNCIA DO DIREITO, INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA DO CIDADÃO

1 O Direito enquanto ciência

Identificar no Direito uma verdadeira *ciência* é pressuposto fundamental para os debates que serão realizados principalmente ao derradeiro desta investigação.

Entretanto, a afirmação não é das mais seguras, mas, para o mister aqui realizado, partiremos deste pressuposto. Olvidando os debates mais candentes sobre o tema, passaremos a identificar, a seguir, os elementos que suportam a identificação do Direito como Ciência, tomada esta expressão na sua mais técnica acepção.

Sendo assim, devemos afirmar que resta incontestável, a partir deste pressuposto, que os caracteres mínimos para a identificação daquilo que se tem por *conhecimento científico* estão presentes nesta seara do conhecimento. Segundo o escol da doutrina, estes caracteres são, ainda que não exaustivamente, a *sistemacidade*, a *metodologia*, a *coerência* e a *finalidade*. Esta última, segundo a proposta deste excerto, merecerá especial atenção.

Como vimos, e senão propositalmente, o primeiro destes elementos é a *sistemática*. É comum afirmar-se que este, dentre todos, é o principal argumento para se afirmar a científicidade de um saber. DINIZ (2011) assevera que este é aquele que confirma que o Direito é, verdadeiramente, uma Ciência.

Diz-se *sistêmico* o conhecimento que se obtém através da realização de uma atividade investigativa precisamente ordenada por critérios, regras e princípios peculiares. Tal característica identifica, ligando-se às demais, a *estrutura própria* deste ramo do conhecimento. Independentemente da proposição ou finalidade do estudo, ou ainda, da seara do Direito investigada, este arranjo lógico, que empresta ao conhecimento jurídico um caráter orgânico e completo, é a condição para a validade das asseverações buscadas.

Para o atingimento desta ordenação, o jurista comumente acaba por buscar nas ciências naturais os critérios para a realização de seus estudos. Isto fez com que, numa primeira tentativa, a investigação acabasse detida, unicamente, aos aspectos lógico-formais dos fenômenos jurídicos, o que, por certo, não é a correta ou completa abordagem a que se deve fitar (cf. FERRAZ JR, 1980).

Quando NADER (2011, p. 10) buscou definir o conceito de *Ciência do Direito*, fez constar, inevitavelmente, a *sistematicidade* como critério de sua definição. Vejamos:

A Ciência do Direito, classificada entre as disciplinas jurídicas fundamentais, constitui um conjunto ordenado e **sistemático** de princípios e regras que tem por tarefa definir e **sistematizar** o ordenamento jurídico (Direito positivo ou direito posto, vale dizer, produzido pelo Estado) que o Estado impõe à sociedade e apontar solução para os problemas ligados à sua interpretação e aplicação. (grifos nossos)

É verdade, na mesma proporção, que a *sistematicidade* denota, ou convoca, a presença das demais características. Todo conhecimento *sistemático* pressupõe uma *metodologia* para sua construção, e, inexoravelmente, deve apresentar assertivas *lógicas* e *harmônicas* entre si.

Assim, a *metodologia* se apresenta como outro elemento a permitir a identificação do conhecimento jurídico como científico, fazendo alusão aos métodos de investigação que permitem perseguir certos objetivos numa ciência.

A *metodologia* é parte do processo de investigação que vem na sequência da propedêutica e que possibilita a sistematização dos métodos e das técnicas necessárias para a permitir o conhecer científico. Convém esclarecer que a propedêutica é o conjunto de saberes e disciplinas que são necessários para preparar o estudo de uma matéria. O termo provém do grego *pró* ("antes") e *paideutikós* ("referente ao ensino").

Constatam os *metodólogos* que não é o cientista que define o *método*, aprioristicamente, escolhendo este ou aquele por lhe agradar. É, na verdade, o *objeto* investigado que mostrará ao cientista o método mais adequado de análise e verificação. Destarte, repousa neste fato a dificuldade para as Ciências Jurídicas,

haja vista a *indeterminação* ou, ao menos, a dificuldade de identificação do seu preciso objeto.

Esta dificuldade se demonstra desde a própria definição do conceito de *Direito*. A imprecisão do vocábulo, por se tratar de uma palavra polissêmica, faz com que os seus muitos significados nos remeta, a cada nova tese, a um *objeto* diferente. Nesse sentido semântico, portanto, é inútil buscar um único significado denotativo que defina *direito*, e seu objeto. Em um sentido *próprio*, a palavra pode ter acepções diversas e, por sua vez, demonstrando a problemática de identificar-se um objeto único ou um conjunto de objetos precisos.

Tomando o objeto como referência, o conhecer científico é, em sua essência, transferir as propriedades do objeto ao sujeito, através de um método cognitivo próprio e organizado, estando nesta a função primordial do sujeito enquanto cientista. Aliás, a função do sujeito está em apreender o objeto e a deste ser apreendido por aquele.

A Ciência do Direito, largamente posicionada pela doutrina dentre as disciplinas jurídicas mais fundamentais, identifica-se, segundo nossos estudos, como um conjunto ordenado e sistemático de princípios e regras que tem por tarefa definir e sistematizar o ordenamento jurídico.

Seu *objeto*, neste prisma, pode ser identificado no *Direito Positivo*, atribuindo a expressão, para esta afirmação, uma acepção mais precisa, referindo-nos ao Direito Posto de um Estado determinado, num dado momento histórico-cultural, ou como direito em certo ponto do espaço-tempo, com suas peculiaridades histórico-sócio-culturais.

Desta sorte, como objeto imediato da ciência do direito temos a norma jurídica.

Porém, não é apenas a norma jurídica que é objeto da ciência do direito. Os fatos sociais, econômicos, políticos, religiosos, presentes antes da formação da regra (direcionando a criação do direito) ou então no momento de aplicação da regra, também devem ser considerados e estudados pelo cientista do direito. Assim

é que chamamos todos os aspectos sociais que circundam o direito de objeto mediato da ciência jurídica.

Esta última constatação, por sinal, será crucial para os debates que hão de ser propostos do derradeiro capítulo, eis que o cientista jurídico, no estudo e na interpretação da norma, não deve ater-se tão somente ao objeto isolado (qual seja, a norma jurídico), mas, e primordialmente, considerando-o parte de um todo sistêmico, coerente e harmonizado.

Portanto, todos os fatores sociais devem ser objeto da ciência do direito. Objeto mediato, uma vez que não é possível ao cientista do direito ignorar a norma jurídica e colocá-la em segundo lugar

Procura-se, assim, suportar a afirmação que o Direito, enquanto objeto de investigação, demonstram-se, após estudado e descrito pela ciência, como um apanhado de *asssertivas normativas*. A ciência que o estuda e descreve, no entanto, não é normativa, e sim descriptiva. Nas palavras de REALE (1990):

Ciência do Direito é sempre ciência de um Direito positivo, isto é, positivado no espaço e no tempo, como experiência efetiva, passada ou atual. Assim é que o Direito dos gregos antigos pode ser objeto de ciência, tanto como o da Grécia de nossos dias.

Logo, é seguro afirmar que a *Ciência do Direito* está voltada para o estudo da *norma jurídica positiva*. Contudo, este estudo se perfaz em duas sendas distintas, pois que o estudo da regra jurídica não pode ser somente objeto de conhecimento teórico, mas também, e como afirmaremos mais adiante, do saber essencialmente *prático* ou *técnico*, do qual emergem os problemas relativos à sua aplicação e do qual poderá extrair-se uma função bastante própria desta ciência; uma função *tecnológica*.

O estudo teórico da norma jurídica pode ser definido como *sistemática jurídica*; à aproximação prática chama-se de *técnica jurídica*. A primeira tem caráter dogmático, denotando o suporte daqueles que a chamam de *dogmática jurídica*, uma vez que supõem que a atividade investigativa científica empreendida pelo jurista consiste, primeiramente, na aceitação da regra jurídica como *dogma*, fazendo com que seu estudo parta de sua aceitação e, só então, à sua interpretação. Desta feita, o cientista do Direito deve *aceitar* o ordenamento jurídico como um fenômeno,

um dado incontestável, e, a partir de então, elaborá-lo e investigá-lo, com vistas à sistematização, sem poder nunca alterar e ou discutir sua existência ou imperatividade (BATALHA, 1986).

Este ideal de objetividade faz pressupor que toda teoria jurídico científico, analisada enquanto modelo teórico representativo da realidade, seja uma construção conceitual que representa com fidelidade o ordenamento, que contenha imagens dessa realidade que sejam verdadeiras, evidentes, impecáveis, passíveis de serem submetidas a testes experimentais e aceitas pela comunidade científica como provadas em sua veracidade.

Essa aceitação, no entanto, não significa que o jurista não possa empreender esforços com vistas a alcançar uma visão crítica e valorativa do objeto desta ciência. Classicamente, no entanto, a *metodologia* condenava este propósito, afirmando que a toda atividade científica deve ser neutra, de mera sensibilidade, voltada para o real, e não há de ser afetada por *juízos críticos* a comprometer ou macular a pureza ascética da ação investigativa.

Noutro prisma, outros teóricos vão afirmar que a verdadeira função do cientista do direito é, verdadeiramente, *valorar* a norma, criticando o dogma recebido, e apreende-lo sob os mais diversos pontos de vista, assinalando suas injustiças, suas imperfeições técnicas, sua inadequação às necessidades sociais, sua falta de vinculação aos antecedentes históricos, sempre com o escopo de aprimorá-la e adequá-la aos mais puros anseios da sociedade.

Neste trabalho, quando da oportunidade, teceremos exatamente este último modelo de investigação, ao tomar a norma como objeto, mas analisando-a numa visão valorativa crítica, tendo em vista o próprio escopo da análise proposta. Ao analisarmos a garantia do Estado de Inocência, a fim de confrontá-la com a presunção de legitimidade dos atos estatais, inevitável analisar o conjunto normativo integrado, como já dito, com todos os demais fatores jurídicos e sociológicos nos quais a norma está inserida.

Na esteira do dogmatismo, vale lembrar, outrossim, a lição de FERRAZ JUNIOR (1980):

Os juristas, em termos de um estudo estrito do direito, procuram sempre compreendê-lo e torná-lo aplicável dentro dos marcos da ordem vigente. Esta ordem que lhes parece como um dado, que eles aceitam e não negam, é o ponto de partida inelutável de qualquer investigação. Ela constitui uma espécie de limitação, dentro da qual eles podem explorar as diferentes combinações para a determinação operacional de comportamentos juridicamente possíveis.

Outra constatação inevitável é que, nesta amálgama de conhecimentos humanos, as mais variadas ciências acabam por propor e estabelecer, em cada uma de suas peculiares propostas, *métodos científicos* que lhe são próprios e, por diversas vezes, exclusivos. Tal fenômeno, no entanto, dificilmente pode ocorrer com o Direito, haja vista a peculiaridade ou, como já visto, a dificuldade da identificação de seu *objeto*.

Por fim, neste raciocínio, a *coerência* é *conditio sine qua non* para o estabelecimento completo de qualquer ciência. As assertivas oriundas de qualquer estudo que se proponha *científico* deve, inevitavelmente, suportar, na sua confrontação, um raciocínio insofismável.

Esta coerência pode ser identificada por um conceito negativo. *Coerente* é, desta maneira, o conhecimento que não apresenta contradições recíprocas em sua estrutura. Segundo DINIZ (2011):

A ciência é, portanto, uma ordem de constatações verdadeiras, logicamente relacionadas entre si, apresentando a coerência interna do pensamento consegue mesmo, com seu objeto e com as diversas operações implicadas na tarefa cognoscitiva. O conhecimento científico pretende ser um saber coe-rente. O fato de que cada noção que o integra possa encontrar seu lugar no sistema e se adequar logicamente às demais é a prova de que seus enunciados são verdadeiros.

Realmente, por qualquer que seja o ramo do conhecimento, mesmo o leigo suspeitaria daquele apanhado de asseverações que, compondo um sistema, fossem incoerentes entre si. A busca pela *racionalidade* permite o atingimento de uma sistematização harmônica do conhecimento, em todas as suas assertivas e proposições. Uma ciência, no momento em que sistematiza as diferentes teorias, procura uni-las estabelecendo relações entre um e outro enunciado, entre uma e outra lei, entre uma e outra teoria, entre um e outro campo da ciência, de forma tal que se possa, através dessa visão global, perceber as possíveis inconsistências e corrigi-las.

É a partir da constatação de uma *coerência lógica* entre os enunciados científicos, ou entre as teorias e leis de um dado ramo do conhecimento, que se pode alcançar o estabelecimento de padrões ou acordos de aceitação, ou de rejeição, de uma teoria pela comunidade científica. Em outras palavras, as proposições científicas devem ser isentas de ambigüidade e de contradição lógica, permitindo, só assim, que se lhes tome como *verdadeiras*.

Para o *pensar coerente* é imprescindível um conjunto de conceitos articulados entre si, que permitam a formação de um *ssistema* de conhecimentos lógicos e verdadeiros.

Por fim e por óbvio, todo estudo propõe o atingimento de um objetivo, numa finalidade. O conhecimento científico, neste raciocínio, identifica-se como tal por ser um instrumento voltado a apresentar uma explicação satisfatória da realidade, fundamentada em rigorosas comprovações ou demonstrações, apoiando-se, para tanto, num método próprio de análise e investigação. Noutros ramos da Ciência, no entanto, o objetivo é o atingimento de um propósito que, sem a profunda investigação da verdade por traz dos elementos fundamentais, permita a conclusão de um mecanismo ou uma teorização que proponha um apanhado de saberes diretamente aplicáveis à produção ou melhoria da vida e do convívio humano.

Esta última assertiva será imprescindível para nossas conclusões finais.

2 Identificação das funções da Ciência do Direito

Neste patamar, conseguimos estabelecer os conceitos mínimos necessários para o desenvolvimento desta segunda abordagem, quando identificaremos na Ciência Jurídica suas funções primordiais.

A boa doutrina, nesta investigação, afirma que a Ciência Jurídica cumpre três funções que, apesar de distintas, são intrinsecamente dependentes uma da outra. Sendo assim, estas seriam as *funções* da Ciência do Direito: a) Função *Hermenêutica*: pois que este ramo do conhecimento permite a transmissão de informações precisas, não contraditórias e passíveis de comprovação; b) Função *Sistêmica*: ao possibilitar a compreensão do direito como ordenamento jurídico, através de uma linguagem científica depurada e técnica; e, finalmente, c) Função

Criptonormativa ou Função Decisória: pois permite auxiliar os seres humanos nas constantes opções que precisam fazer em uma sociedade marcada pela complexidade.

Passeremos, a seguir, a analisar, minuciosamente, cada uma destas funções.

2.1 Função Hermêutica

Para que possamos conhecer esta que é a mais comumente apontada dentre as funções da Ciência Jurídica, iniciemos pela apresentação de um conceito.

De maneira bastante didática, VAZ (2012) afirma:

Hermenêutica, em uma palavra, seria um sistema principiológico que possibilita a revelação de um conhecimento que, de plano, não se apresenta de forma clara. (...) Se não é revelação é [...] atribuição de sentido às coisas que estão no mundo

Por este raciocínio, podemos seguramente afirmar que a hermenêutica, enquanto uma função do conhecimento científico, é a realização de uma investigação voltada a: ou *descobrir* o verdadeiro sentido, significado ou valor por traz de uma fenômeno ou um objeto; ou, se isto não for possível ou se o fenômeno ou objeto for impreciso, *atribuir valor* ao investigado, para que dele se possa extrair um juízo válido.

Hermenêutica, destarte, é a tarefa de *interpretar*, pois que se pressupõe a necessidade de traduzir, tornar compreensível o sentido de uma informação até então obscura. Em sua essência, o vocábulo origina-se do radical *interpres*, significando *agente* ou *tradutor*, e, segundo alguns, contando ainda com o radical *prath*, do sânscrito *espalhar*. O Hermeneuta é o *agente tradutor* da realidade cognoscível que tem por função *espalhar* o conhecimento de sua verdadeira feição.

Nesta linha, podemos agora afirmar que a *hermenêutica jurídica* seria, por sua vez, um mecanismo de observação que permite o esclarecimento ou a construção (ou reconstrução) da verdade e dos significados contidos nos instrumentos normativos.

É justamente desse importante processo de interpretação, ligado a concretização do conhecimento humano, que alguns estudiosos passaram a caracterizar o estudo desta atividade denominando-a de Hermenêutica. Surge, assim, um ramo específico do conhecimento destinado a tratar da forma pela qual os indivíduos orientam o conhecer e o compreender dos eventos - naturais ou humanos -, e os múltiplos entes que os rodeiam, tentando-se analisar os critérios, métodos e técnicas disponíveis e os que poderão vir a se desenvolver.

Com a organização dos homens em termos sociais e econômicos tornou-se imperioso o estabelecimento de regras de relacionamento entre os mesmos, como medida necessária à construção, senão eficaz e plena, próxima do razoável pela paz e harmonia. E a partir do momento em que normas foram sendo elaboradas, ainda que por via da oralidade, a interpretação tornou-se um instrumento fundamental para a identificação do seu verdadeiro teor ou sentido.

A hermenêutica, portanto, nesse universo chamado jurídico, é de crucial relevância, pois tem papel fundamental no desvendar dos corpos normativos. Não há como na contemporaneidade relevar em segundo plano a importância da hermenêutica para o conhecimento jurídico, como também para a aplicação de todo e qualquer instrumento vinculado às ciências, especialmente, a Ciência do Direito.

E o processo de interpretação, vinculado ao mundo jurídico, não é uma arte qualquer; consiste em elemento de extrema importância, pois que ligada às fontes jurídicas. Portanto, o homem na construção do ato interpretativo deve abster-se do subjetivismo e ascender às entrelinhas do seio da sociedade para que o direito possa tornar referencial mediador dos conflitos e alcançar o ponto mais próximo do que, para a sociedade, seja justo.

Esta função da Ciência do Direito denota, por sua vez, a busca pelo cumprimento de dois precisos objetivos: o primeiro o de determinação do *conteúdo* ou do *significado* exato de uma assertiva, seja ela composta por uma única palavra ou mesmo pela mais complexas das proposições. Por consequência, em se tratando a assertiva investigada de um verdadeiro *excerto normativo*, a segunda função da *hermenêutica jurídica* é a de descobrir, dentre as diversas possíveis, as *instruções* ou *valores* contido na essência deste conjunto de formas simbólicas.

Em nossa primeira abordagem das características mínimas que identificam o estudo do Direito como verdadeira ciência afirmamos que o cientista, e para nós agora o intérprete, deve, idealmente, cumprir ou exercer sua função *hermenêutica* de modo primordial e absolutamente passivo.

No entanto, como já foi também anteriormente destacado, é impossível negar que o hermeneuta acaba influenciado por toda sua experiência e subjetividade, construindo uma perspectiva histórico-subjetiva da realidade e, ousadiamente, do objeto investigado. Na Ciência do Direito esta influência demonstra-se mais latente, vez que o instrumento ou o excerto normativo, objeto interpretado, acaba por trazer consigo, na maioria das vezes, vocábulos ou expressões que, para serem compreendidos ou traduzidos, precisam, inofismavelmente, de uma *valoração*.

São exemplos destas situações os tipos normativos *abertos* que, invariavelmente, lança mão o legislador, muito no intuito de combater a estaticidade da norma e permite sua adequação ao momento de sua interpretação e aplicação. Palavras como *boa-fé*, *probidade* e *moralidade*, tantas vezes empregadas na seara administrativa, exigem do intérprete a valoração ativa (e não tão somente passiva), do núcleo normativo, a fim de extrair dele seu sentido e alcance.

Lembrando da proposta do trabalho, o emprego de uma hermenêutica ativa, crítica e contemporânea é crucial para o desenvolvimento do aqui proposto. Isto porque, em sede de direitos e garantias fundamentais, há de se propor uma interpretação mais abrangente e adequada de algumas assertivas constitucionais, mormente no que se refere à definição constitucional do princípio do *estado de inocêncio*. No entanto, deixaremos esta abordagem para momento posterior e oportuno.

2.1.1 As diversas técnicas de hermenêutica jurídica e a *ductilidade constitucional*

No exercício do mister hermenêutico, o jurista deve lançar mão das técnicas de hermenêutica já sistematizadas pela doutrina, a fim de que essa possa exercitar-se como um método científico, afastando de uma simples opinião pessoal ou demasiada subjetiva.

Neste caminho, diversos são os métodos do qual pode o cientista lançar mão, cada um num propósito bastante específico. A escolha destes métodos, destarte, muito dependerá da norma a ser interpretada e, primordialmente, do objetivo perseguido pelo intérprete.

Esta última asseveração, entretanto, abre espaço para um emprego muitas vezes cruel e tendencioso destas técnicas. Isto porque, na utilização de uma ou de outra, juntamente com um profundo emprego de *argumentação jurídica*, os atores responsáveis (ou competentes) pela interpretação e aplicação das normas podem, como não deveriam, buscar atingir interesses além da simples análise da norma.

Em outras palavras, a partir do emprego das diversas técnicas de hermenêutica, pode-se alcançar significados bastante precisos, a depender dos interesses em jogo.

Isto, no entanto, não é sempre negativo. Por bastante pertinentes com a proposta do presente trabalho, tragamos à baila as lições de ZAGREBELSKY (2009, *passim*), precipuamente no que se refere à hermenêutica constitucional, núcleo do debate enfrentado nesta seção.

Analizando as transformações sociais ocorridas no pós-guerra, principalmente o afloramento de uma sociedade multifacetada e plural, assevera o autor que as Constituições não podem ser mais encaradas como um arquétipo de vida comunitária determinado aprioristicamente; deve-se encará-las, agora, como o alicerce para a realização das condições necessárias para a vida em sociedade, legitimando e garantindo a coexistência dos diferentes interesses dos múltiplos grupos sociais.

Ademais, o próprio autor afirma que a coexistência de valores e princípios é o fator fundamental sobre o qual deve construir-se, necessariamente, uma Constituição, para que a mesma não se afasta do seu objetivo de unicidade e integração, na busca de uma base material pluralista.

É a partir desta asseveração que o autor vai concluir que estes valores e princípios constitucionais não devem assumir um caráter absoluto, mas sim *dúctil* –

do que constrói a expressão “*ductilidade constitucional*” – maleável, ponderável, para que possa ser compatível com todos os demais que deve conviver, exatamente por esta constatação da diversidade cultural e social, que exige das Constituições a necessidade e a possibilidade da realização de uma vida em comum.

As respostas às exigências sociais não estão prontas nas leis e nem mesmo na própria Constituição. O direito não pode se demonstrar como a expressão de interesses parciais, nem tampouco como a determinação de conceitos universais e imutáveis impostos por uns sobre outros que, invariavelmente, devem a estes submeter. A adesão ao arquétipo de valores constitucionais absolutos e inexoráveis não pode realizar as aspirações de uma sociedade plural e mista; estes valores necessariamente terão que ser relativizados, para que se possa realizar o projeto de compreensão e integração social.

Estes argumentos corroborarão, mais tarde, nossa defesa da necessidade de um nova interpretação dos direitos e garantias fundamentais aplicáveis ao processo administrativo, primordialmente, de um lado, o instituto do *estado de não culpabilidade* do cidadão administrativo e, de outro, a *supremacia do interesse público*, consubstanciada na *presunção de legitimidade do ato administrativo*.

Este princípio integra um sistema povoado por diversas outras normas fundamentais, coexistindo com estas, e cada vez mais frequentemente é percebido em situação de conflito com outras expressões constitucionais. Logo, a referida *maleabilidade*, apresenta-se imprescindível para que a convivência social harmônica seja possível. Nesta visão, a *ductilidade constitucional* deve se apoiar na *coexistência* e no *compromisso*, exercida pela integração através da rede de valores e procedimentos comunicativos políticos contemporâneos.

Por consequência deste constitucionalismo que se baseia em uma multiplicidade de valores e princípios coexistentes, assevera ZAGREBELSKY (2009) a necessidade da construção de uma nova dogmática, que seja mais *fluída* ou *líquida*, e não se baseie em um modelo que, perante um confronto, leve à aniquilação necessária de um ou outro valor ou princípio.

A hermenêutica constitucional deve ser o instrumento pelo qual estes valores e princípios mantêm sua individualidade e coexistem sem choques

destrutivos, ainda que com movimentos de oscilação, mas sem que um componente possa impor-se sobre os demais ou aniquila-los. De acordo com o autor, o único componente sólido desta dogmática só pode ser o do *compromisso e coexistência* destes valores e princípios.

Muito conectado com o aqui proposto, constata ainda que o Estado Liberal de Direito, historicamente, apresenta os seguintes caracteres fundamentais: a) a *supremacia da lei sobre a Administração*; b) a subordinação dos direitos dos cidadãos unicamente ao direito; e c) a presença de juízes independentes com competência exclusiva para aplicar a lei, frente às controvérsias surgidas entre a Administração do Estado e os cidadãos.

O sentido geral do Estado Liberal de direito consiste no subjugo das autoridades do Estado à liberdade da sociedade, no marco de equilíbrio recíproco estabelecido pela lei. Eis que, portanto, o princípio da legalidade é o fundamento relevante da construção deste modelo estatal, ponto de equilíbrio e sustentação do Direito e do Estado.

É característico do Estado de Direito Constitucional estabelecer o laime entre o Estado e o cidadão. Segundo tal modelo, a posição da Administração frente à lei se diferencia, essencialmente, da dos particulares.

Num Estado Constitucional, a lei deve estabelecer uma relação de *adequação e subordinação* a um estrato mais alto de direito estabelecido pela Constituição. Este é, senão, a grande inovação dos modelos de Estado contemporâneos, mas que na realidade é uma evolução ou simples continuação dos princípios do Estado de Direito Constitucional.

A lei deve, assim, identificar a liberdade individual a fins coletivos. Em diversos aspectos, se nega o princípio da liberdade geral para estabelecerem-se proibições gerais como forma de se buscar um interesse maior e coletivo. Supera-se a concepção da lei como um modelo abstrato absoluto, estabelecendo-se as Constituições como o referencial de sustentação e equilíbrio entre lei e direitos, entre legislador e juiz.

Finalmente, com grande relevância para o debate aqui exposto, ZAGREBELSKY (2009) identifica, ainda, uma das mais relevantes tarefas das Constituições modernas.

Assim, assevera que o Estado, antes à margem e acima da lei, deve ser encarado, agora, *dentro e submetido a esta*, configurando-se como mais um dos múltiplos sujeitos disciplinados pelo Direito. Assim, entre o sujeito-Estado e os cidadãos, as relações surgidas devem ser regulados pelo direito e controladas por juízes independentes.

O Direito Constitucional contemporâneo deve, destarte, estabelecer-se a partir de uma concepção que permita um equilíbrio entre as exigências dos direitos e da lei, ou, em outras palavras, entre o poder dos julgadores e o poder do legislador.

Logo, na escola e no emprego das técnicas de hermenêutica, o intérprete, esquivando-se de escolhas pessoais e tendenciosas, deve lançar mão daquelas que permitam o alcance do teor da norma mais adequado a este equilíbrio, permitindo a coexistência dos diversos direitos e garantias fundamentais, sem, necessariamente, levar a aniquilação de um ou de outro.

Isto porque, ao se deparar com uma situação que, para que se alcance a solução adequada, é necessário profundo exercício hermenêutico, apresenta-se diante do julgador diversas escolhas. Lançando mão, por exemplo, de uma técnica de interpretação *literal*, método pelo qual buscará o jurista ater-se, tão somente, ao significado linguísticos-gramaticais da norma, conforme as regras do vernáculo, o resultado será um. De outra mão, se se emprega o método *sistemático*, volta-se interpretação da norma considerando-a parte de um sistema jurídico multifacetado e multinormativo, correlacionando-a com todas as outras que do mesmo assunto tratam, direta ou indiretamente e, por óbvio, o resultado será outro.

Não se deve, aprioristicamente, refutar a escolha deste ou daquele método. No exemplo assim, certamente muitos se levantariam contra a técnica *literal*, afirmando-a crua e desconectada da realidade. Entretanto, como já afirmado anteriormente, quando estudávamos os fundamentos da Ciência do Direito, é o objeto que determina o método, e não o inverso.

O método literal é por vezes o único a ser adequado, muito mais do que o mais adequado. É o caso, por exemplo, trazendo para nossa senda de investigação, das regras que definem o *quantum* de algumas sanções administrativas, por exemplo, no processo administrativo *fiscal* ou nas infrações de trânsito.

Entretanto, em sede de direitos e garantias fundamentais, quase em sua totalidade estabelecidos na forma de *princípios*, este método não é o mais adequado, dado a alta carga valorativa (e a baixa carga normativa) que trazem consigo estas normas. Ter-se-ia por mais adequado técnica que prezasse pela harmonização, e.g., a *sistemática*.

Perpetrando esta mesma análise, ZAGREBELSKY (2009, *passim*) destaca alguns pontos relevantes quanto aos métodos de interpretação: a) a interpretação não depende da vontade do legislador; b) a existência da pluralidade de métodos, cada um podendo ser utilizado alternativamente e o ecletismo das doutrinas interpretativas, são um indício da natureza do direito legislativo; como já anteriormente também concluímos, c) a pluralidade de métodos e sua equivalência não são um defeito, mas sim uma possibilidade de êxito quando se interpreta a lei buscando a regra adequada; d) a discricionariedade do aplicador para reconduzir as leis às exigências de regulação do caso não só depende dos métodos de interpretação, como também da própria estrutura das leis.

A propósito, vale uma breve inserção conceitual, para tratarmos da diferença entre *princípios* e *regras*, hodiernamente tão debatidas.

Nesta problemática os princípios desempenham uma função *fundadora* ou *constitutiva* da ordem jurídica; enquanto as regras, quando constantes do próprio texto constitucional, nada mais são que “*leis reforçadas*”, uma vez que esgotam-se em si mesmas, e não têm nenhuma força constitutiva além daquilo que significam em si mesmas (ZAGRABELSKY, 2009, *passim*).

Ambas são normas – modelos de comportamento – mas as regras devem ser encaradas, tão somente, sob o aspecto *linguístico* (daí nossa afirmação anterior, quando ao emprego do método *literal* de interpretação), enquanto os princípios devem ser interpretados na sua essência, no seu *ethos*. Por conseguinte, as regras demandam unicamente a obediência pelo operador, enquanto os princípios exigem

uma pré-compreensão no seu mundo de valores. Ainda, as regras estabelecem-se como comandos de ação ou omissão; já os princípios apresentam-se como critérios para tomada de posição – adesão – perante situações concretas.

Ademais, em sendo as regras operadas pelo mecanismo da *subsunção*, se ordenamento fosse composto só por este tipo de norma, estaríamos perante um sistema mecânico, perfeitamente operável por robôs pensantes, que fossem capazes simplesmente de, por um método *literal*, encontrar a descrição hipotético-normativa ao fato jurídico ocorrido, desencadeando os efeitos propostos, num simples exercício de *silogismo puro* (ZAGREBELSKY, 2009, *passim*).

Finalmente, para valorizarmos o núcleo do enfrentamento final desta dissertação, talvez a mais importante constatação é que, no conflito entre regras, a solução se extrai pelos clássicos critérios de solução das antinomias – hierárquico, temporal e da especialidade. Já os princípios, quando colidem, devem ser harmonizados pelo critério da *ponderação*, em homenagem à já citada e necessária *ductilidade* do ordenamento, não levando (lembremos) à total aniquilação do princípio relativizado.

Esta última característica é, no enfoque do debate aqui proposto, a principal diferença entre as regras e os princípios, qual seja a capacidade destes últimos em relativizar-se, o que permite a efetivação do compromisso de *coexistência* entre eles, adequando-se às exigências da moderna sociedade, complexa e plural por si só.

Logo, vejamos, até mesmo a *regra* mais objetiva carece de exercício interpretativo. O brocardo *in claris cessat interpretatio* (hoje indistintamente utilizado como prova da desnecessidade de interpretação de certas normas, mas que na realidade só era convocado no direito romano para a leitura de testamentos, a fim de se resguardar ao máximo a exatidão da última vontade do *de cuius*) deve ser superado, uma vez que até mesmo a mais clara das *regras* deve estar sob o jugo da hermenêutica para que dela se extraia seu conteúdo e seu alcance.

Era, inclusive, o que já afirmava Ulpiano, de quem aprendemos que “*quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda*

*interpretativo ejus*³; ou, na lição de Celso “*scire leges non hoc este, verba aerum tenere, sed vim ac potestatem*”⁴.

Eis que, em referência ao estudo nessa seção, esta primeira função da Ciência do Direito, qual seja a *hermenêutica*, em relação a proposta deste excerto científico, é delas a mais relevantes.

Ademais, em se tratando de direitos e garantias fundamentais e, por conseguinte, da hermenêutica constitucional, é imperioso que o jurista, na busca da significação da norma, prese, primeiramente, pelo equilíbrio e coexistência destas normas e, ainda, pelo estabelecimento do conteúdo mais adequado aos anseios dos indivíduos e às aspirações sociais mais contemporâneas.

2.2 Função Sistêmica

Na continuidade do que anteriormente afirmamos, podemos perceber ainda que o cientista do Direito, ao implementar as atividades que propõe, acaba, também, por contribuir para a verificação de *falhas* ou *contradições* no ordenamento, podendo, então, indicar mecanismos de integração que possibilitem o escol das soluções.

Ora, se pressupomos que o objeto investigado pelo jurista e, a partir desta investigação, o conjunto de conhecimentos e enunciados construídos compõe verdadeiro *conhecimento científico*, estas *falhas* ou *contradições* não podem permanecer. É, desta maneira, que a Ciência do Direito acaba por cumprir também uma função *sistêmica*.

Por *sistema*, nesta proposta, queremos entender um conjunto de conhecimentos organizados segundo princípios próprios, organizados a partir de estruturas e valores unitários. Segundo DINIZ (2011), “sistema é o ‘*nexus veritatum*’, isto é, agregado ordenado de verdades, que pressupõe a correção e a perfeição formal da dedução”.

³ Numa tradução livre: “embora claríssimo o edito do pretor, contudo não se deve descurar da interpretação respectiva”;

⁴ Da mesma forma: “saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, porém sua força e poder”.

Por sua vez, o *sistema jurídico* deve ser encarado como um conjunto de valores ou instrumentos normativos, mais ou menos complexos, que, em agrupado, perfazem um todo uno, harmônico e exaustivo de assertivas voltadas a disciplinar o convívio social e permitir a paz e a ordem.

São exatamente neste sentido as constatações de BOBBIO (2009, *passim*, p. 19-114) sobre a sistematicidade do Direito. De acordo com o autor, as normas jurídicas, por sua natureza, nunca existem isoladamente, mas sempre num contexto de correlações particulares entre si.

Este conjunto de normas forma um *sistema jurídico* quando ali se enxergue uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. E, para se falar em ordem, deve-se verificar, outrossim, a existência de um relacionamento de *coerência* mútua destes objetos.

Assim, só se pode falar em unidade quando se pressupõe a existência, na base do ordenamento, de uma norma fundamental (não no conceito estritamente kelseniano), com a qual se possa, direta ou indiretamente, relacioná-la com todo o ordenamento jurídico. É, em certa medida, a construção coerente da escala de justificação hierárquica das normas jurídicas (das contribuições de Kelsen, uma daquelas que se pode aproveitar, com ressalvas).

Por suposto, como já citado anteriormente, a hermenêutica *sistemática*, é outra prova de que o ordenamento forma um verdadeiro sistema, pois que é possível extrair seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou mais exatamente, de uma parte do ordenamento, constituam uma totalidade ordenada e, portanto, seja ilícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado espírito do sistema, mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal.

Entretanto, enxergar no direito um sistema é talvez uma das propostas mais hercúreas do jurista. Isto porque muitos teóricos, com uma boa dose de firmes argumentações, vão enxergar no apanhado de conhecimentos ou proposições jurídicas um caráter de *assistematicidade*. FERRAZ (1988, *passim*) chega a afirmar que, numa dada sociedade, o direito identifica-se e, por isso, se torna peculiar

enquanto objeto do conhecimento, por um conjunto de símbolos ou de ideais não coerentes entre si.

Para o atingimento desta função de sistematização, o cientista do Direito e, portanto, a Ciência do Direito, deve partir dos seguintes pressupostos: a) de que o direito é, verdadeiramente, desorganizado; b) que somente o cientista do direito pode, através de sua análise e integração, e pelo emprego de métodos, princípios e regras próprios, organizá-lo; e, sobretudo, c) que seria efetivamente *possível* organizá-lo.

Esta, seria, portanto, a segunda tarefa da Ciência do Direito, cabendo ao jurista, portanto, sistematizar este conhecimento, dando unicidade ao objeto investigado. Nesta importante constatação, fassemos uso das lições de DINIZ (2011)

A solução a esses problemas levou a ciência jurídica a ser uma espécie de analítica das figuras jurídicas, que teria por escopo último encadeá-las num sistema, constituindo um saber sistemático capaz de dar um quadro coerente do direito como conexão de normas e dos elementos típicos que o compõem.

Esta *sistematização* é a tarefa que permite, depois de implementada, uma visão ampla e completa do conjunto normativo que permite o jurista a construção de suas assertivas ou a realização de uma opção técnica.

Trazendo, então, a importância desta função da Ciência Jurídica para a investigação proposta, eis que a sistematização das normas jurídicas, mormente dos direitos e garantias fundamentais, é *conditio sine qua non* para o estabelecimento do verdadeiro teor destes mandamentos.

Ao implementar a proteção prevista no texto normativo, o operador deve lembrar não se tratar de um comando isolado, senão integrado a um conjunto normativo próprio que, em sua base, deve ter a norma fundamental como escopo balizador de seus efeitos.

Em sede de processo, incluso o administrativo, a validade do procedimento está diretamente ligada a efetivação sistêmica destas garantias. Se lembarmos, ainda, das argumentações anteriores, a implementação destes requisitos validadores não pode levar à aniquilação total de outros. Mais especificamente, o *impulso oficial* e a *presunção de legitimidade do ato*

administrativo, primordiais para a efetividade do processo, devem ser harmonizados com as garantias do sujeito cidadão administrado. Em nosso proposta, o estado de inocência não pode, então, ser subjugado pelos demais institutos processuais, eis que, primordialmente em se de processo, estamos diante de um conjunto coerente e harmônico de regulações, ou seja, de um *sistema* normativo próprio, voltado à validade e ao equilíbrio da relação processual.

2.3 Função CriptonORMATIVA

Para que possamos entender a última função proposta neste ensaio, começaremos por uma investigação da morfologia da própria expressão.

Sendo assim, percebemos e destaquemos o emprego do radical *cripto* na construção do vocábulo. De origem grega, *kriptos* significa *oculto*, *escondido*, sendo esta a origem de outras palavras como *criptografia* ou *criptonímia*.

Tendo estabelecido seu exato significado, empregado juntamente com o vocábulo *normativo*, o radical *cripto*, neste contexto, voltar-se-ia a significar a *ocultação de uma norma*, ou, segundo nossa proposta, a *escolha* de uma norma em *detrimento* das demais.

Neste contexto é que se afirma que as construções da ciência jurídica, cumprem ainda uma função *criptonORMATIVA*, identificando, por esta afirmação, que deles decorrem consequências práticas, perceptíveis na vida dos seres humanos em sociedade, cumprindo uma função *técnica* ou, mais precisamente, *tecnológica*.

Para clarificar nossas afirmações, utilizemo-nos, mais uma vez, das lições de VAZ (2012):

Como se percebe, a função criptonORMATIVA é uma exaltação da faceta dogmático-jurídica, que é um processo de interpretação normativa na qual o jurista escolhe opções melhores em detimentos de outras possibilidades.

Percebemos, em suas palavras, uma característica própria da Ciência Jurídica, que a individualiza das demais. Demonstra-se, o Direito, como um verdadeiro instrumento de *escolha*, que permite, a partir da *ocultação* das diversas

opções possíveis, uma ou mais dentre esta amálgama que, por ventura, se demonstre mais viável ou mais coerente, sem com isso fazer com que as demais se invalidem ou se tornem falsas.

Dessa arte é que se afirma que os postulados da Ciência do Direito têm natureza *criptonORMATIVA*, pois que deles decorrem e neles se suportam a tomada de decisões que visem, num contexto social, a solução de um determinado embate sem que se gere consequências, repercussões ou sacrifícios sociais de grande vulto.

Esta é das características aquele que mereceu especial atenção de DINIZ (2011). Em sua obra, faz profunda investigação sobre o tema, assim concluindo:

Sendo a ciência jurídica um pensamento tecnológico, por estar ligada ao fazer e à realização de uma proposta, não diz o que é o direito em tal circunstância, época ou lugar, mas que, assumindo-se que o direito em certas situações se proponha a resolver tais conflitos, então deve ser compreendido desta e não daquela maneira. Assim sendo, o dever ser das proposições da ciência jurídica dá-lhe o caráter criptonORMATIVO, isto é, faz dela uma teoria com a função de solucionar uma perturbação social

Pode-se verificar, nesta esteira, algumas características próprias nos enunciados que carregam consigo esta natureza *criptonORMATIVO*. Primeiramente, estes enunciados *não são verificáveis* e, tampouco, *refutáveis*, vez que não se propõe ao estabelecimento de asseverações na base do *verdadeiro* ou *falso*, e sim por um critério mais *pragmático* do *plausível* ou do *aplicável*. Em segundo lugar, e por conseguinte, sua *validade* é dependente, tão somente, da sua *aplicação prática*, o que os afasta dos enunciados estritamente científicos que, em abstratos, pode ser perfeitamente validados ou refutados.

Sendo assim, ao afirmarmos que a Ciência do Direito cumpre uma função *criptonORMATIVA*, queremos asseverar que este ramo do conhecimento se propõe a *esconder, reduzir ou ocultar* as diversas possibilidades de aplicação da norma jurídica para a construção da solução, orientando o aplicador na escolha da opção decisória que se demonstra ou sobressai como a mais *plausível* ou a mais *aplicável*, com o mínimo de perturbação social possível.

A linguagem do enfoque dogmático é caracterizada pelo uso prescritivo, já que sua função é diretiva, orientando a ação; ela diz que o que “*deve ser*”. É na

linguagem, que reside um dos grandes elementos da inconscientização e da manipulação possível, como já anteriormente destacado. Quando a doutrina dogmática diz que está *descrevendo* um objeto (o que “é” algo), na verdade está *prescrevendo* determinada ordem (estabelecendo o “*dever ser*” do objeto).

Esse fenômeno de ocultação é uma característica importante da ciência dogmática do direito: aquilo que se apresenta como um saber é, na realidade, a partir desta ocultação, um comando, uma ordem, voltada à imposição de um comportamento, e não à verificação científica do *verdadeiro-falso*.

Fazendo um resgate do que mais cedo constatamos, segundo as lições de FERRAZ (1980), a função social da Dogmática Jurídica ganha destaque neste contexto. Isto porque, tendo em vista que esta acepção *instrumental* ou *pragmática*, esta técnica revela-se como um veículo de *alta abstração* que permite uma coerência estável e desejável entre os mecanismos de controle social ainda quando, consideradas as circunstâncias, pareçam antagônicos.

Logo, o problema da Ciência do Direito não é propriamente uma questão de *verdade* ou *validade*, mas, sobretudo, de *decidibilidade*. Os enunciados da Ciência do Direito que compõem as teorias jurídicas têm, por assim dizer, natureza *criptonORMATIVA*, deles decorrendo consequências programáticas de decisões, pois devem prever, em todo caso, que, com sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem exceções perturbadoras.

A Ciência do Direito, considerada a partir desta peculiar função, estabelece, destarte, um conjunto de conhecimentos verdadeiramente *tecnológico*, vez que se demonstra como verdadeiro *instrumento de decidibilidade*.

A afirmação supera toda a *cientificidade*, encarada num aspecto clássico, pois que o Conhecimento Jurídico não se volta ao estabelecimento de verdades universais, na base do *verdadeiro* ou *falso*, e sim numa proposta de possibilitar, pragmaticamente, a tomada de decisões que, finalmente, se demonstrem cabíveis ou aplicáveis, não denotando, no entanto, o falseamento das demais opções olvidadas.

A boa doutrina, quase em uníssono, suporta esta consideração ao afirmar que é necessário e imprescindível reconhecer na Ciência do Direito esse compromisso com a decisão, e não com a *verdade*. É por isso que o binômio *verdadeiro-falso*, nas sendas do conhecimento jurídico é tão difícil de se encontrar. Muito antes, especializando-se, o objeto da Ciência do Direito deve ser encarado na dicotomia do *possibilita a decisão/não possibilita a decisão*.

Na esteira das mais modernas lições, esta decisão se validaria, ainda, se, para que esta solução jurídica se revele razoável, prudente e justa, na medida em que o intérprete e aplicador do Direito resguarde, sempre, o núcleo de proteção que reveste e caracteriza o bem jurídico em conflito.

DINIZ (2011) especifica o assunto com precisão:

O discurso normativo, o direito positivo, objeto positivo, objeto da reflexão científico-jurídica, constitui-se pela linguagem-objeto. Os enunciados científicos, apesar de conterem informação sobre o campo temático a que se referem, evitando contradições, têm natureza criptonORMATIVA, por conterem critérios para as decisões jurídicas, possibilitando a aplicação do direito.

Concluímos, então, que, ao envolver uma questão de *decidibilidade*, a Ciência do Direito manifesta-se como pensamento *tecnológico*. Este possui algumas características do pensamento científico *stricto sensu*, à medida que parte das mesmas premissas que este. Os seus problemas, porém, têm uma relevância prática (possibilitar decisões: legislativas, judiciárias, administrativas, contratuais, etc.) que exige uma interrupção na possibilidade de indagação das ciências em geral, no sentido de que a tecnologia dogmatiza os seus pontos de partida e problematiza apenas a sua aplicabilidade na solução de conflitos.

Na seara administrativa, esta *escolha* da opção decisória, ou, na mesma linha, a ocultação das solução *não plausíveis*, é a todo momento realizada pelo Administrador, em sede de processo administrativo sancionador.

Tal exercício se destaca quando estamos diante do ato administrativo discricionário, que tem, no seio do mérito administrativo, exatamente esta necessidade (qual seja, a da escolha da opção ou da decisão mais adequada, sem, no entanto, falsear as demais).

Entretanto, no conduzir do processo administrativo sancionador, quase que totalmente formulado por atos administrativos vinculados, haja vista a vigência do princípio da legalidade, ainda sim esta função da Ciência Jurídica é primordial.

Assim concluímos pois, em sede de infrações administrativas, sabemos que o legislador não está vinculado a uma *tipicidade restrita*. Na verdade, muito ao contrário, a maior parte das descrições hipotético-normativas destas infrações é aberta, imprecisa e, não raramente, ambíguas.

Tomemos, a mero título de exemplo, a descrição da falta disciplinar pela prática de “*demonstração de apreço ou desapreço no recinto da repartição*” ou, ainda pelo “*proceder de forma desidiosa*”, descritas, respectivamente, no art. 117, incisos V e XV, da Lei 8.112/90 (Estatuto do Servidor Público Federal).

No exercício do poder hierárquico, o administrador, inevitavelmente, deverá utilizar-se desta citada função *criptonORMATIVA* para ser capaz de realizar a subsunção (tomada aqui também num aspecto formal e material) das diversas condutas que lhe sejam apresentadas à norma, e extrair da norma aquela solução desejável, *ocultando* as demais.

Além disso, entenda-se que, juntamente com as demais funções da Ciência do Direito, a função *criptonORMATIVA* será capaz de subtrair da incidência da norma aquelas condutas que a ela não se adequem, não apenas formal mas, e principalmente, materialmente, permitindo ao julgador selecionar somente os fatos que careçam da intervenção sancionatória do Administrador para coibição ou correção.

Outrossim, em sede de garantias fundamentais que, como já anotado, são formadas em sua maioria por normas principiológicas, esta função *criptonORMATIVA* ganha extremo relevo. Como já apontamos, tratam-se de preceitos que possuem baixa carga normativa, daí porque o exercício *decisório* é primordial. Além disso, também como já apontado, os princípios não se efetivam pelo método do *tudo ou nada*, do *válido* ou *inválido*, como as regras. E, novamente e sobretudo, eis que, diferentemente das regras, os princípios não se apresentam, via de regra, por comandos comportamentais objetivo, e sim muito mais como critérios de decisão ou adequação.

Veja, destarte, que este é um dos momentos cruciais do emprego desta estudada função da Ciência Jurídica; qual seja, em sede de efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Ademais, lembrando daquele que foi aqui convocado, o princípio do *estado de inocência do cidadão*, pela escolhas legislativas constitucionais e infraconstitucionais brasileiras, merecerá especial emprego de todas as três funções aqui estudadas, para sua interpretação, sistematização e, outrossim, decidibilidade.

3 Interpretação das normas constitucionais

No topo da estrutura jurídica de um Estado que se declara democrático e de Direito está, inexoravelmente, a Carta Constitucional. Desde a teorização elaborada por Kelsen, têm-se como máxima jurídica a constatação de que as normas extraídas do suporte constitucional devem iluminar e determinar todos os demais comandos instituídos no ordenamento jurídico, a determinar que a existência e validade dos regras hierarquicamente inferiores só se estabeleçam a partir do atendimento necessários aos preceitos constitucionais.

Pretende-se, hodiernamente, somar-se a esta lógica a necessidade de que, muito além de iluminarem-se dos comandos constitucionais, as normas decorrentes desta estrutura jurídica façam cumprir e efetivar todos os direitos e garantias estabelecidos pela Carta Política, denotando-se, assim, que esta última, muito além de caráter indicativo, possui força verdadeiramente vinculativa e filtradora das demais regras estabelecidas no ordenamento jurídico, devendo o teor destas últimas ser interpretado como consequência direta e imediata do teor apontado por aquela.

A esta nova teoria jurídica, que parte de uma releitura do ordenamento jurídico constitucional, a partir de uma reinterpretação da função, finalidade e natureza das normas e princípios constitucionais, vêm sendo atribuído o nome de Neoconstitucionalismo, ao qual, como sumariza SARMENTO (2009, p. 1-2), pode atribuir-se as seguintes características: : a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do

Direito ; b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc.; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento ; d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos ; e e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Esta nova enfrentamento do ordenamento jurídico tem como premissa a definição axiológica dos comandos constitucionais. Tal mecanismo de teorização, mormente no que se refere à *força vinculante* das normas constitucionais, a bem da verdade, não é recente. A muito busca-se definir o verdadeiro teor de cada uma das modalidades normativas que um texto constitucional lança mão, na tentativa, principalmente, de se afirmar, ou afastar, a possibilidade de aplicação direta desta ou daquela norma pelo judiciário.

Nesta esteira, rompendo com o pensamento mais clássico, afirmando a desnecessidade desta precisa distinção entre normas de eficácia plena e normas programáticas ou de princípios para a proteção e efetivação das mesmas, GUASTINI (2005, p. 60) constata que, independentemente desta classificação, há sempre, em alguma medida, *força vinculante* nas normas constitucionais, uma vez que “*una ley es inconstitucional no sólo cuando contradice directamente una norma preceptiva, sino también cuando entra en conflicto con un principio o con una norma programática.*”.

Atribui-se, dessa sorte, máximo valor à qualquer das diversas normas constitucionais e, por conseguinte, determinando-se sua aplicação direta, independentemente na natureza jurídica que se possa atribuir a tais normas, simplesmente por serem *constitucionais*. Assim conclui GUASTINI (2005, p.53), apontando objetivamente este novo teor das normas constitucionais a ser adotado pelo operador:

Pues bien, uno dos elementos esenciales del proceso de constitucionalización és precisamente la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de la idea opuesta, es decir, de la ideia de que toda norma constitucional – independientemente de su estructura o de su

contenido normativo – es una norma jurídica genuína, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.

Todavia, como já anotamos anteriormente, a efetivação dos efeitos das normas constitucionais provoca inevitável confronto entre duas ou mais delas. Este fenômeno, inclusive, é intensificado pelo próprio movimento neoconstitucionalista, haja vista que as normas constitucionais, até então tomadas como simples valores ou promessas abstratas, passam a ter verdadeiro conteúdo normativo.

Desta forma, eis que se apresenta ao julgador a possibilidade de, frente a uma situação concreta, analisá-la de forma *sistêmica* e *qualitativa*, no emprego das já estudadas funções da ciência jurídica, e decidir, a partir destas ponderações, pela maior eficácia deste ou daquele valor, sem, contudo, aniquilá-los.

Em outras palavras, frente a multiplicidade de valores e interesses abarcados pelas Cartas Políticas modernas, haverá, invariavelmente, momentos em que estes interesses entrarão em choque, quando deverá o jurista, portanto, através da análise do caso concreto, utilizando de critérios próprios, muito além daqueles classicamente convocados para solucionar antinomias infraconstitucionais, fazer verdadeira *opção* pela prevalência de um ou de outro. Ainda, como já estudamos, é o que demonstra a *ductilidade* das normas fundamentais constitucionais e que anota a função *criptonormativa* da Ciência do Direito.

Tal exercício, no entanto, não é dos mais simples, bastando lembrar do princípio da unidade da constituição, que classicamente nos demonstra a inexistência de hierarquia entre valores e princípios constitucionais. Na lição de BARROSO (2005, p. 333), a controvérsia não consegue ser resolvida pela simples aplicação da técnica da subsunção, uma vez que, nestes casos, “*há varias premissas maiores e apenas uma premissa menor*” (...) “*o que importaria na eleição de uma única, não seria constitucionalmente adequado.*”

Portanto, para o sucesso desta empreitada jurídica, urgiu se desenvolver técnica capaz de solucionar este aparente conflito, pautado, obviamente, em lógica racional e que permitisse o controle desta escolha, que se configurasse verdadeiramente como um método, e não simplesmente como uma escolha aleatória e subjetiva.

Ainda segundo BARROSO (2005, p.334), este método é denominado de *ponderação*, que consiste “*em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difícieis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas*”.

Toda esta decisão, muito antes de configurar uma escolha ideológica ou filosófica, se demonstra como uma necessidade, frente, precisamente, àquela multiplicidade de valores constitucionalmente instituídos. Todo este processo racional deve ser pautado, portanto, pelo princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade.

Anote-se, por oportuno, que tal método, como qualquer outro, não está blindado contra falhas, principalmente porque abre perigosa margem a escolhas políticas e tendenciosas, mormente pelo emprego da *argumentação jurídica*. Neste ponto, a doutrina vem tentando sistematizar a técnica, estabelecendo alguns requisitos objetivos para sua aplicação, dos quais destacamos a utilização de suporte constitucional ou legal *majoritário* que sirva de fundamento à conclusão extraída e a convocação de parâmetros que possam ser *generalizados em casos semelhantes*, denotando a característica de *universalidade* da decisão.

Ora, em se tratando de *direitos e garantias fundamentais*, esta exercício interpretativo é ainda mais crucial, vez que o estabelecimento do *decisum* afeta, diretamente, o cidadão em diversos aspectos de sua vida. Nas palavras de MORAES (2003, p. 39), direitos fundamentais são:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua **dignidade**, por meio de sua proteção contra o **arbítrio do poder estatal** e o estabelecimento de **condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana**. (grifos nossos)

3.1 Limites à ponderação dos direitos e garantias fundamentais

Importante, neste momento, assinalarmos posicionamento a ser tomado no que se refere à possibilidade de relativização ou ponderação das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Como sabido, o conjunto formado pelas máximas fundamentais do ordenamento jurídico, por sua própria natureza, são *imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, universais e invioláveis*.

Assim tomados, é defeso ao Estado, destarte, ainda que sob o pretexto duma mais efetiva harmonização do convívio social, estabelecer atividade de *ponderação irrestrita* destes valores estabelecidos como pedras de toque do ordenamento jurídico, no que se refere aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Mais precisamente, é mister assentar que tal método só pode ser cogitado na hipótese em que duas ou mais normas desta mesma natureza (duas ou mais normas *fundamentais*) entrem em colisão entre si, e, ainda assim, esta atividade de relativização deste ou daquele valor só poderia ser realizada se, no fim, chegasse-se a afirmação da *maior e mais efetiva* eficácia do preceito fundamental prevalecente.

Esta *imponderabilidade*, portanto, decorre diretamente da *natureza⁵* dos comandos instituidores de direitos e garantias fundamentais. Por serem consideradas elementares, a estas normas deve ser dada a máxima cogênciа possível, não se podendo cogitar a mitigação destes valores quando confrontados com preceitos ordinários. Como apontamos, a atividade estatal que pretenda esta relativização deve ser declarada *ilegítima* desde sempre.

A simples *existência* destas normas fundamentais já é suficiente para vincular a atividade do Estado, impedindo sua atuação que se distancie deste comando. SARLET (2006, p. 368), a propósito, relembrando os ensinamentos de CANOTILHO, discorre acerca desta necessária vinculação, prescrevendo a

⁵ Assim afirmamos uma vez que só se pode cogitar *fundamentais* aqueles valores que se apresentam como os pilares sobre os quais a sociedade e o próprio ordenamento jurídico se apoiam, indistintamente garantidos a todos aqueles que se insiram neste contexto, constituindo verdadeiras máximas determinadoras da natureza do próprio Estado. Direitos *fundamentais* são, segundo lição de FERRAJOLI (2006, p. 113-116), com base na *teoría del derecho*, “*los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables.*” (grifo nosso).

obrigatoriedade do seguimento invariável pelo Estado dos preceitos estabelecidos por estas normas fundamentais. Faz exata diferenciação entre vinculação *positiva* e vinculação *negativa*, como ocorrência direta da própria *existência* destes preceitos. Abaixo, *ipsis verbis*, suas palavras:

Há que reconhecer a pertinência da lição de Gomes Canotilho, ao ressaltar a dupla dimensão da vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Assim, num sentido negativo (ou proibitivo), já se referiu a proibição da edição de atos legislativos contrários às normas de direitos fundamentais, que, sob este ângulo, atuam como normas de competências negativas. Na sua acepção positiva, a vinculação do legislador implica um dever de conformação de acordo com os parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais e, neste sentido, também um dever de realização destes, salientando-se, ademais, que, no âmbito de sua faceta jurídico-objetiva, os direitos fundamentais também assumem a função de princípios informadores de toda a ordem jurídica.

Notemos que a lição apresentada corrobora, precisamente, toda a argumentação feita até este momento nesta dissertação. Para que se possa afirmar a atuação legítima do Estado, a atividade administrativa não pode confrontar o núcleo de direitos fundamentais do indivíduo, ainda que indiretamente, pois que estes, por si mesmos, são instrumentos de limitação desta atividade.

No mesmo sentido, a só existência destes valores fundamentais estabelece verdadeiro comando ao Estado, no sentido de que deve atuar, sempre, com o intento de adequar e garantir a concreta eficácia destas normas.

Neste sentido, o Poder Público deve atuar, além de mero *administrador*, como verdadeiro *guardião* destes direitos fundamentais, nunca podendo cogitar a invasão da esfera de indisponibilidade destes mesmos. Basta lembrar, para sustentar esta posição, que nosso ordenamento constitucional, em sede de Administração Pública, erigiu a *Moralidade Administrativa* como corolário do Estado Democrática de Direito; encontra-se, dessarte, vinculado e determinado por estes preceitos, devendo tudo fazer para dar-lhes plena e absoluta concretude.

É exatamente por esta constatação que afastamos a possibilidade da ponderação destes princípios em quaisquer outras circunstâncias que não a confrontação recíproca. Como afirmaremos em nossos debates conclusivos, permitir esta relativização é autorizar o Estado a dispor do indisponível.

No que tange ao atuar administrativo sancionatório, esta imponderabilidade deve ser, nada mais, que o pilar justificador do próprio poder hierárquico ou de polícia. Estes poderes só se legitimam, e, consequentemente, os atos administrativos deles decorrentes só podem ser assim pressupostos, enquanto se mantiverem afastados das esferas de *liberdades individuais* das quais o cidadão não quis abrir mão.

Na senda administrativa, o argumento pronto a ser utilizado para justificar esta relativização é a *supremacia do interesse público*. Sabemos que esta *supremacia* não significa *soberania* e, ademais, afrontar direitos e garantias individuais sob o pretexto de proteger o coletivo ou permitir o desentraive da máquina burocrático-administrativa não passa de um malicioso sofisma.

A vigência destes direitos fundamentais, que constituem o cerne duro do ordenamento jurídico, é anterior ao surgimento da própria ordem constitucional. A positivação destas garantias do texto da Carta Política cumpre função formal e instrumental, servindo de meio para esculpir um rol escrito voltado, expressa e objetivamente, a determinar a atuação do Estado, mormente no que se refere a resguardar esta esfera intransponível de individualidade dos súditos. A materialidade destes valores, portanto, não é instituída a partir desta positivação. A atividade constituinte realiza função constatadora, organizando estas garantias em rol sistematizado, mas não as criando.

Se a existência destas máximas é anterior até mesmo ao pacto constitucional que institui o ordenamento jurídico, impossível cogitar-se, portanto, que estes valores fundamentais possam ser limitados pelo legislador ordinário ou pelo poder constituinte e, quiçá, pelo Administrador Público. Duma ou doutra forma, o valor destes preceitos é tal que sua natureza é inflexível, pois que realizam a função de sustentáculo lógico do ordenamento, este existindo simplesmente porque corrobora a eficácia daqueles outros.

A atividade estatal que confronte esta inflexibilidade é, de fato, arbitrária, pois ofende as bases sobre as quais se apoiam a ordem constitucional. Permitir a relativização destas máximas é permitir a existência de instrumentos de exceção que corroborarão o abuso de poder da autoridade administrativa sancionadora.

4 O princípio do Estado de Inocência do Cidadão

A história da humanidade e, consequintemente, a história do Direito, desenvolveu-se numa constante renovação da relação cidadão/Estado. Com efeito, esta relação é, dentre diversos outros fatos, um dos mais importantes.

Tal fenômeno foi marcado por constantes alterações, desde a mais primitiva figura Estatal até sua moderna configuração. Nesta amálgama de situações, merece destaque a eterna tentativa de estabelecer equilíbrio entre as prerrogativas estatais e os direitos do cidadão.

Não por acaso, na Revolução Francesa, apogeu das ideias Iluministas, estes valores são exaustivamente tratados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, marco histórico da evolução das garantias fundamentais do cidadão. Seu texto consolidou todas as conquistas advindas deste período, dando origem aos mais diversos princípios modernos do Estado de Direito Constitucional. *Verbi gratia*, os artigos 1º (“os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.”), 5º (“a lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene”. [sic]), 8º (“a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”) e, com o devido destaque, 9º (“**todo acusado é considerado inocente** até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”).

Num corte sumarizante, anotemos que o reconhecimento de um rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão sempre foi realizado como forma de *limitar* os poderes e, primordialmente, os abusos praticados pelo Administrador Público. Sem embargos, a evolução do núcleo de proteção do cidadão sempre se deu como reação a períodos de extremo arbítrio.

Entretanto, a simples declaração destas máximas não é suficiente para sua efetividade. Explanando acerca da finalidade das garantias fundamentais, exaltando a motivação da existência destas mesmas, JELLINEK (1970, p. 51), partindo do pressuposto de que todo direito é Direito Positivo, tece a seguinte argumentação:

La validez o positividad de un derecho necesita ser garantida de algún modo; esto és: és preciso que haya poderes cuya existencia haga esperar a los ciudadanos que las normas jurídicas han de transformarse, de exigencias abstractas dirigidas a la voluntad humana, en acciones concretas.

Exprime, assim, o valor teleológico destas emanações principiológicas. Estas detêm, portanto, segundo o doutrinador, natureza garantista, à medida que fundamentam o ordenamento jurídico e trazem a certeza ao cidadão da concretude de seus direitos.

O autor notou, então, que cada uma das garantias analisadas possui uma natureza específica. Discorre, portanto, sobre a classe destas garantias, conforme sua finalidade específica, agrupando-as em garantias *sociais*, *políticas* ou puramente *jurídicas* (1970, p. 591).

Para que se observe esta distinta finalidade dos direitos fundamentais, propõe o autor que, antecipadamente, notemos a *situação* em que se encontra o *cidadão* frente ao Estado, em relação a seus direitos fundamentais.

Partindo desta proposta, determinou existir, portanto, de acordo com as diversas relações que o indivíduo pode estabelecer com o Estado, *quatro status* em que se notariam uma condição juridicamente relevante, classificando-as, como dissemos, conforme a função que este ou aquele direito fundamental se destina a cumprir no ordenamento jurídico.

Entendidos os critérios e a sistemática adotados pelo doutrinador, e lembrando do objetivo de nossa investigação, ater-nos-emos àqueles direitos que estabelecem exatamente as referidas *proteções* contra as ingerências estatais, conhecidos, de forma genérica, como direitos de liberdade.

A sistematização de uma ciência é necessária para seu próprio desenvolvimento, permitindo, também, a solução de possíveis conflitos em sua

construção doutrinária. Esta é a proposta de Jellinek na feitura desta teoria, pois que “una teoría particular del Derecho Público puede, y necesita, para completar su problema, ordenar y exponer em categorías generales los distintos medios que existen para garantir al Derecho Público.” (1970, idem).

Considerando a multiplicidade de situações em que, no convívio social, o indivíduo se relaciona diretamente com o Estado, JELLINEK observou este, por ser detentor de personalidade jurídica própria, que lhe origina prerrogativas capazes de limitar a personalidade do cidadão, sofre, ele mesmo, limitações ao exercício pleno desta capacidade.

Em construção mais direta, afirma o autor que o cidadão detém, em razão do ordenamento jurídico-positivo existente, a capacidade de exigir, por parte do Estado, o respeito à sua personalidade individual, impedindo que o mesmo invada determinada esfera de seus direitos, ao negar a prerrogativa de império do Estado em dadas circunstâncias.

O Estado, neste novo esforço mundial de reconhecimento de direitos intrínsecos à natureza humana, *limita-se* em suas prerrogativas, ficando impedido de atuar livremente em determinados momentos. Diz-se, portanto, que a entidade política reconhece o *status negativo* do indivíduo, respeitando o espaço de liberdade necessário à autodeterminação do ser humano.

Reconhece-se, assim, o *status libertatis* do cidadão.

A herança recebida das revoluções iluministas trouxe-nos a consolidação de esferas de liberdades individuais intangíveis pela atuação estatal. Estas liberdades, constantes na esmagadora maioria das legislações nacionais e internacionais, declaradas como intrínsecas à própria natureza do homem, devem ser observadas, invariavelmente, pelo Leviatã, mantendo-se, ele, numa posição *negativa, inerte*, em que não atue no sentido de desrespeitá-las ou invadi-las, mas, muito ao contrário, no intuito de assegurá-las.

Diz-se, assim, que estas liberdades configuram *direitos fundamentais como direitos de defesa*, classificação esta realizada pela análise da função destas

salvaguardas, haja vista terem sido estabelecidas no sentido de resguardar o cidadão contra a arbitrariedade do poder público.

Trata-se, no que se refere ao *jus puniendi* estatal, de aforismos como *nullum crimen, nulla poena sine lege, nullum crimen sine culpa* (e todos os seus desdobramentos: *lex praevia, lex scripta, lex stricta, lex certa*) ou princípios como o da *taxatividade*, princípio da *lesividade* e princípio da *proporcionalidade*, entre tantos outros, positivados ou extraídos do regime-jurídico posto.

Outros componentes deste *status* são todas aqueles direitos e garantias que buscam resguardar a liberdade primeira do cidadão, limitando os poderes estatais, dos quais podemos citar o princípio da *legalidade*, o princípio da *isonomia*, o *sigilo das comunicações*, a *inviolabilidade do domicílio*, dentre outros.

Entretanto, dentre todos estes, nosso enfoque recairá sobre o reconhecimento de um natural *estado de inocência do cidadão*, que passamos a investigar adiante.

4.1 Antecedentes históricos

Perscrutando a história da humanidade, muitos autores afirmarão que o princípio em análise teve suas origens na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1.789.

Data maxima venia, permitir-nos-emos discordar, vez que enxergamos suas origens em outros antecedentes históricos. Isto porque, como é notoriamente sabido, o princípio da presunção de inocência é um dos diversos integrantes do que se convencionou chamar de *devido processo legal*. Desta feita, ainda que em traços mais ou menos rudimentares, onde há uma centelha de devido processo, já enxergamos as origens do reconhecimento do *status* de não-culpabilidade do cidadão (a propósito, discutiremos sua própria nomenclatura em momento oportuno).

Se estamos a nos referir às normas que surgem como meio de regular e, primordialmente, limitar o exercício da atividade estatal, devemos remontar, como marco histórico inicial, ao abandono da vindicta privada para a adoção de um código que tinha como principal objetivo a limitação do exercício desta prerrogativa.

Sendo assim, remontamo-nos ao *Código de Hamurabi* como um dos primórdios da efetivação deste princípio. Vulgarmente conhecido como um Código cruel e desumano, foi uma das primeiras *legislações* a estabelecer uma necessária *procedimentalidade* para a acusação de um indivíduo.

Assim, em linhas específicas, afirmava, logo em seu introito, que “*se alguém acusa um outro, lhe imputa um sortilégio, mas não pode dar a prova disso, aquele que acusou, deverá ser morto.*” (art. 1º) ou, ainda, “*se alguém em um processo se apresenta como testemunha de acusação e, não prova o que disse, se o processo importa perda de vida, ele deverá ser morto.*” (art. 3º).

Apesar de suas linhas frias, notemos que, muito conectado com o já discutimos anteriormente, há uma tremenda valorização da prova e, consequentemente, de seus ônus. Isto faz com que, não havendo *provas* capazes de suportar as acusações, há de se considerar o acusado *inocente* e, segundo o referido Código, suportar o acusador as consequências (gravíssimas, como se nota).

Vejamos, portanto, que já há o reconhecimento de um *status* de inocência, um breve indício de que o cidadão, frente ao processo, deve ser considerado, antes de mais nada, *não culpado*.

Primeiramente, pelo Talião, a ideia era suplantar os excessos por vezes cometidos no exercício da vingança defensiva do ofendido, quando a lide se estabelecia entre indivíduos da mesma tribo. A proporcionalidade aparecia, então, como a solução ideal.

Em seguida, pela solução da *composição*, a resposta patrimonial substitui o direito da *vindicta*; o ofensor resgata-se da ofensa, evitando-a, pelo pagamento de determinado valor. No direito germânico aparece até mesmo o *wergild*, instituto que representa o preço da vida de um homem, devendo ser pago pelo homicida à sua família. O *wergild* aparece retratado até mesmo na literatura inglesa, influência trazida pelas invasões Saxônicas àquele país.

Esclarecedoras, neste sentido, são as palavras de FERRI (1999, p. 53):

O talião, que atualmente nos povos civilizados é símbolo de ferocidade bárbara, foi na humanidade primitiva um grande

progresso moral e jurídico, justamente porque impôs um limite, uma medida à reação pela vindicta defensiva (olho por olho, dente por dente). [...] E também a composição, pela qual o ofensor com o pagamento de gados, armas, utensílios ou dinheiro, se resgatava da vingança do ofendido – o que agora entre os povos civilizados não pode impedir o exercício da justiça penal, pertencente somente ao Estado e aos seus representantes – foi, no início da civilização, um importante instituto de progresso moral e jurídico, tendente a atenuar e a regular os excessos e as consequências da vingança pessoal e familiar

Sem embargos, há de se reconhecer a vigência de um Estado *processualizado*, ainda que de maneira rudimentar, no qual a validade da resposta punitiva só se dava por meio do processo. Ademais, havia inclusive punição para o próprio magistrado, se sua sentença se demonstrasse, mais tarde, equivocada, o que nos faz invejar a referida legislação⁶.

Uma das garantias deste processo era, assim, que o cidadão acusado fosse tratado como inocente, devendo o acusador munir o julgamento de carga probatória suficiente para demonstrar o contrário, o que demonstra uma das origens primordiais do princípio em commento.

Num salto histórico, para mantermos a objetividade, no ano de 1.215, na Inglaterra, é redigido o que ficou conhecido como *Carta Magna*, outorgada pelo Rei Outorgada pelo Rei João Sem Terra, em Runnymede, nas proximidades de Windsor.

O texto, considerado de vanguarda e originário dos primeiros movimentos constitucionalistas, consolidava o reconhecimento do *status libertatis* dos cidadãos, trazendo amplo rol de direitos e garantias ao indivíduo, paralelamente à diversas obrigações ao governantes.

Naquilo que nos interessa, estabelecia: a) em seu artigo 47: “*Nenhum bailio ou outro funcionário poderá obrigar a quem quer que seja a defender-se por meio de juramento ante sua simples acusação ou testemunho, se não for confirmado por pessoas dignas de crédito.*”; b) como já citado, art. 48: “*Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado dos seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude*

⁶ A mero título de curiosidade: art. 5º “*Se um juiz dirige um processo e profere uma decisão e redige por escrito a sentença, se mais tarde o seu processo se demonstra errado e aquele juiz, no processo que dirigi, é convencido de ser causa do erro, ele deverá então pagar doze vezes a pena que era estabelecida naquele processo, e se deverá publicamente expulsá-lo de sua cadeira de juiz. Nem deverá ele voltar a funcionar de novo como juiz em um processo.*”.

de julgamento de seus Pares segundo as leis do país.”; e c) ainda, demonstrando a garantia da imparcialidade, artigo 49: “Não venderemos, nem recusaremos, nem dilataremos a quem quer que seja, a administração da justiça.”.

Claramente, a referida Carta foi estabelecida no sentido de limitar os poderes do Soberano, novamente pela via do *processo*. Assim, a única maneira de se validar a limitação das liberdades individuais era garantindo que o indivíduo pudesse responder às acusações contra ele feitas cercado por direitos previamente estabelecidos. Atingia-se, desta maneira, o reconhecimento nítido do *devido processo legal*.

Dentre estes, novamente aquele que reconhece a posição de *não-culpado* do cidadão, pois que o contrário só deve advir se “*confirmado por pessoas dignas de crédito*”. Assim, antes mesmo do processo, já se deve saber que o cidadão é inocente, e não o contrário.

Entretanto, e nesse ponto concordamos com a doutrina, é somente na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1.789, que o *estado de inocência* é declarado em letras claras, não mais apenas como um componente tácito do *devido processo*.

Em seu art. 9º, a declaração estabelecia que “*todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.*”. Não há, a partir de então, dúvidas de que este é um dos componentes precípuos do rol de direitos e garantias processuais do cidadão.

Confirmado o exposto, TOURINHO FILHO (2009, p. 29-30) explica:

O princípio remonta o art. 9º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico-humanitário chamado Iluminismo”, ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marques de Beccaria, Voltaire e Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido como objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. Dizia Beccaria que “a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige”

Tal decreto foi consolidado, mais tarde, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, elaborada no seio da Organização das Nações Unidas, no pós-guerra, como resposta às atrocidades que atingiram, perplexamente, toda a humanidade.

Estatuía-se, *ipsis verbis*, em seu art. XI: “*1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida 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.*”.

A redação é bastante precisa, pois que estabelece o nítido paralelo entre o *estado de inocência* e o *devido processo legal*, denotando a relação de pertinência entre um e outro.

Avançando, já na modernidade, temos a elaboração da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, vulgarmente conhecida como *Pacto de São José da Costa Rica*, que assevera em seu artigo 8º, I: “*Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*”.

A título de antecedentes históricos, a redação acima não carece de profundos comentários, a não ser a afirmação de que o texto consolida, inexoravelmente, as declarações de 1.789 e 1.948. Ademais, no terceiro capítulo, trataremos robustamente dos efeitos jurídicos desta Convenção no tratamento do *estado de inocência* do cidadão no Brasil.

A fim de corroborar nossa análise, as palavras LOPES JR. (2012, p. 717)

A presunção de inocência é, ainda, decorrência do princípio da jurisdicionalidade, como explica FERRAJOLI, pois, se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza, mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena.

Ressalte-se, em tempo, que o Brasil, através do Decreto Legislativo n.º 27, de 26 de maio de 1992 e do Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992, aderiu e determinou total cumprimento às determinações da referida convenção.

Em síntese apertada, estes são os antecedentes históricos mundiais que se pode suscitar em referência ao *princípio do estado de inocência*.

4.2 O princípio do estado de inocência no ordenamento brasileiro.

Trazendo a análise para o ordenamento pátrio, perceberemos que a legislação brasileira, no que tange ao referido princípio, é ainda muito precoce.

Quando investigamos a origem do princípio na legislação pátria, novamente a doutrina se apressa em afirmar que a máxima surge, tão somente, com a Constituição da República de 1988, o que, novamente, nos permitiremos discordar, haja vista nossa proposta de perscrutar os primeiros indícios, ainda que remotos, do aparecimento da garantia da legislação.

Segundo este mister, portanto, há de se constatar que, eis que em 22 de novembro de 1.973, o então general-presidente Emílio Médici elabora sanciona a Lei 5.941, a fim de promover alterações no Código Penal brasileiro.

A referida legislação ficou amplamente conhecida como *Lei Fleury*, isto porque, como amplamente noticiado pela literatura especializada, tal legislação tinha como nítido intuito beneficiar o delegado dos porões da ditadura Sérgio Paranhos Fleury, supostamente ligado a grupo de extermínio (“Esquadrão da Morte”) e ao tráfico de drogas.

Furtando-nos aos debates político-ideológicos, a lei promovia uma profunda alteração no tratamento do acusado, rompendo com a figura da *prisão cautelar obrigatória*, constante do original do Código de Processo Penal Brasileiro de 1.941.

Neste intento, o Código passava a trazer a seguinte previsão, no parágrafo primeiro de seu art. 408: “*Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, já se encontre preso.*”

Note-se que, desta forma, a *prisão cautelar* deixava de ser obrigatória, passando a ser um instrumento facultativo ao juiz, segundo a casuística do processo.

Há, aqui, portanto, o primeiro relevo de um *estado de inocência* do cidadão, que passava a ter tratamento individualizado e proporcional à sua culpabilidade. Apesar de tendenciosa, a legislação inaugurava um tímida proteção ao *status libertatis* do indivíduo contra o qual não pesasse severas acusações e demonstrasse histórico positivo.

No entanto, enquanto garantia *fundamental*, a máxima só é erigida ao patamar constitucional com a Carta Política de 1988.

Isto porque, a par de ter sido signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, por questões histórico-políticas internas, nosso país só fez constar o *princípio do estado de inocência* em nossa Constituição com a redemocratização. Sabe-se que, durante todo este período (ou seja, de 1945 a 1988), vivemos situações jurídicas extremas, de Estado de exceção e ditatorial.

É assim que a Constituinte fez constar em sua Carta a seguinte declaração: art. 5º, LVII: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”.

Todo nosso estudo atinge aqui um de seus pontos chaves, pois que a própria redação desta declaração é de suma importância para nosso enfrentamento. Como veremos, é seguro afirmar que a Assembleia Constituinte não poderia ter antevisto as consequências da escolha política que fizeram, ao consolidar o comando da forma que se apresenta.

Para corroborar essa afirmação, faremos análise dos anais do Senado, que reproduz na íntegra o debate acerca do texto em comento. Pela importância dos argumentos utilizados, faremos a reprodução integral de alguns trechos, pois que de suma eloquência.

Preocupado com o casuísmo da Lei Fleury, e com a escancarada impunidade que se vivenciava, o Constituinte José Viana interpela o Sr. Márcio Thomaz Bastos sobre sua concordância com a permanência desta garantia, agora em sede constitucional.

Muito adequado aos argumentos aqui aduzidos, assim comenta Márcio Thomaz Bastos:

Acredito – e isto já foi dito muitas vezes que as únicas coisas de ruim que a Lei Fleury tem são o nome e a origem. Ela surgiu casuisticamente, para permitir que um delegado extremamente ligado à tortura, e que, em função disto, respondia a vários processos de júri, em São Paulo, permanecesse em liberdade depois de pronunciado. Fora a origem e o nome, ela, na verdade, representa um avanço em termos de processo penal. A Lei Fleury introduziu, na legislação processual penal brasileira, o ***princípio universal de que todo o mundo é inocente*** até que tenha a sua culpa provada. O que vigorava no Brasil, em certas áreas penais e processuais penais, antes da Lei Fleury, era o princípio inverso: Todo mundo é culpado até que prove a sua inocência. Com a Lei Fleury, que diminuiu os casos de prisão provisória e a deixou apenas para as especificidades da prisão preventiva, o Brasil entrou no século XX em matéria de processo penal e de dogmática de processo penal.

Didaticamente, corroborando nossas afirmações, o congressista reconhece que a origem do *estado de inocência* se deu com a Lei Fleury, apesar de todo o pano de fundo. O Brasil, nas próprias palavras do constituinte, dava um salto em termos de processo (omitiremos a adjetivação *penal*), a reconhecer o que, desde 1.945, já havia se comprometido a fazer: o *status negativo* do Estado frente às liberdades individuais.

Assim, os diversos constituintes da Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais passaram a apresentar propostas de redação do rol. Naquilo que é objeto de nossa investigação, houvera, basicamente, duas proposições:

- a) “*Todo e qualquer cidadão acusado de um ato delituoso é considerado inocente até que sua culpabilidade resulte cabalmente demonstrada, através de processo regular, no qual se lhe tenha assegurada plena e ampla defesa.*” – proposta do Sr. Antônio de Jesus, apresentada à Assembleia pela relatora, Sra. Lúcia Braga;
- b) “*Considera-se inocente todo cidadão, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.*” – anteprojeto apresentado pelo Sr. Relator Darcy Possa;

Destaque-se, pois que é o que fundamentalmente ganhará relevo, que a distinção de uma e outra reside na abrangência do comando proferido: a primeira proposta, mais abrangente, refere-se à “*ato delituoso*” e a “*processo regular*”, num claro intento de larga aplicação; a segunda, mais restrita, traz a palavra “*penal*” como meio de restrição da eficácia do princípio.

O segundo anteprojeto é vitorioso, e segue para deliberação da Casa constituinte. Entretanto, preocupado exatamente com a efetividade do comando, o Sr. Délio Braz, apresenta a Emenda de nº 10, que, dentre tantas outras, propunha a seguinte modificação: “*Suprima se, no § 10 do anteprojeto a palavra "penal", passando, em consequência, o parágrafo a ter a seguinte redação: "§ 10 – Considera-se inocente todo cidadão, até o trânsito em julgado de sentença condenatória.*”. Como declaração de motivos, explicita:

A emenda proposta visa a **tornar mais genérico o princípio consagrado** no citado parágrafo, **permitindo sua aplicação em todos os ramos do Direito, sem limitá-lo tão somente ao Direito Penal**. A redação era a seguinte: "Considera-se inocente todo cidadão até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." (grifos nossos)

Na mesma esteira, a emenda propunha a substituição da palavra “réu” por “*infrator*”, na consubstanciação do *princípio da retroatividade benéfica da lei*; ainda, a supressão da expressão “*criminais e cíveis*” na garantia do contraditório, tudo no intuito de tornar estas máximas, integrantes do *devido processo legal*, aplicáveis a todos os ramos do Direito, indistintamente.

A proposta de Emenda receber apoio aberto do Sr. Costa Ferreira, que assinalou: é “*uma medida de extrema importância, porque abre oportunidades para a proteção da pessoa em todos os segmentos da sociedade, não ficando restrita ao campo do Direito. Ela passa a ser genérica.*”.

Entretanto, presentes 13 constituintes, o foram contrários às alterações propostas, mormente no que se referia ao princípio do *estado de inocência*, e o comando ganhou nosso texto constitucional e foi promulgada em 5 de outubro de 1988 com a redação que conhecemos: não se pode considerar culpado o cidadão, até que transite em julgado a sentença *penal* condenatória.

Avançando, como já anotamos anteriormente, o Brasil havia participado, em 1.969, em São José da Costa Rica, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim, em 1.992, nosso país ratifica integralmente o texto da referida Carta, tornando-a aplicável em nosso país.

Importante lembrar dos nossos estudos realizados no capítulo introdutório, quando ressaltamos a vigência, em nosso ordenamento, da *Cláusula da*

Não-taxatividade ou Cláusula da Abertura Material do Catálogo, inspirada na Constituição de nossos patrícios portugueses.

Assim, conforme o Art. 5º, parágrafo segundo de nossa Carta Política, os direitos e garantias fundamentais não se esgotam no rol dos seus 78 incisos, devendo ser extraídos ainda do regime por ela adotado e dos tratados internacionais dos quais faça parte o Brasil.

Nesta esteira, eis que o princípio do *estado de inocência*, na redação constante do Pacto de São José da Costa Rica, é também integrante de nosso ordenamento.

Entretanto, como ocorreu em outras situações, há um nítido choque, ainda que singelo, entre ambos – qual seja, nossa Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica – o que enseja acalorado debate na doutrina acerca do *status* deste último e sua vigência do Brasil.

Isto porque, enquanto o Art. 5:, LVII de nossa Carta Magna fez a escolha pela vertente restritiva do princípio do *estado de inocência* (ao empregar a palavra “*penal*”), a legislação internacional claramente adotou redação mais abrangente, ao se referir a “*delito*” e a prova “*legal*” de culpa.

Pela pertinência destes debates ao nosso tema, façamos exposição minuciosa do assunto em seção própria, a seguir.

4.3 O *status jurídico* do Pacto de São José da Costa Rica

Em sua forma original, a Constituição da República Federativa Brasileira, em seu art. 5º, trazia tão somente dois parágrafos. Desta arte, em sede de tratados internacionais, havia unicamente a eficácia ampla dos *princípios* oriundos dos tratados internacionais.

Em seguida, com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 (frise-se a data, pois que relevante para a análise a ser aqui realizada), é incluído no referido artigo o parágrafo terceiro, que assim determina: “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso*

Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”.

Inaugura-se, assim, duas situações: a primeira refere-se aos tratados internacionais em matéria geral dos quais faça parte o Brasil, dos quais sempre se pôde extrair princípios fundamentais a viger no ordenamento brasileiro; noutra via, os tratados internacionais *sobre direitos humanos*, que forem aprovados segundo o procedimento previsto (qual seja, o mesmo das propostas de reforma constitucional), passam a ter status de Emendas Constitucionais, i.e., são *Constituição*.

Pois bem, feitas estas constatações puramente teóricas, enfrentemos o tema proposto. Logo de pronto, lembremos que a Convenção Americana de Direitos Humanos, elaborada em 1.969, foi ratificada pelo Brasil em 1.992, portanto, anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 45.

Desta forma, muito se questionou sobre o *status* do referido Pacto. Em linhas mais claras, naquilo que confronta o texto constitucional, não foi recepcionado ou provocou verdadeira alteração no ordenamento jurídico?

Todo a doutrina especializada passou a investigar o fenômeno, após o advento do parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição. Em apertada suma, podemos apresentar alguns dos mais relevantes pontos de vista, utilizando-nos da análise realizada pelo Ministro Gilmar Mendes, no voto proferido no Recurso Extraordinário de nº 466.343.

Segundo o Ministro, há quatro correntes sobre o tema, quais sejam: a) aqueles que concluem pela natureza *supraconstitucional* das referidas normas; b) em outra via, aqueles que creem serem constitucionais tais diplomas; c) numa terceira vertente, reconhecem estes tratados, ratificados antes de 2004 ou sem o procedimento especial previsto, como lei ordinária; finalmente, d) a teoria que atribui *status supralegal* a estes excertos normativos. (BRASIL, 2009)

A primeira corrente, adepta da teoria monista, vai assentar a prevalência do direito internacional sobre o interno, na visão de que a validade do direito interno é extraída do direito internacional (MAGALHAES, 2007). Felizmente, tal corrente não

foi corroborado pela nossa Corte, dada a vigência do princípio da supremacia da Constitucional.

A segunda visão, que defende o *status* constitucional destes tratados, é esposada precípua mente por TRINDADE (1997, p. 167-177), e se apoia, fundamentalmente, na redação dos parágrafos primeiro e segundo do art. 5º da Constituição da República Federativa. Na busca da universalização dos direitos fundamentais, afirmam a plena e imediata eficácia dos direitos fundamentais, independentemente de seu suporte normativo.

Seguindo, ressalte-se que até o citado julgado, nossa Corte Constitucional sempre adotou a terceira visão, numa mera aplicação do brocado *lex posterior derogat priori* (REZEK, 2008, p. 106-107). Assim, quando ratificados pelo Congresso, anteriormente à Emenda Constitucional nº 45 ou sem o procedimento especial, passam a integrar o ordenamento com natureza de lei ordinária e, portanto, com *status* infraconstitucional.

Tal entendimento olha para o procedimento de ratificação, que se assemelha em muito à aprovação de uma lei ordinária, e conclui assim por esta natureza jurídica. Nas palavras de REZEK (2008, p. 102), sobre esta natureza:

(...) No Supremo Tribunal Federal, (...) a maioria era, entretanto, pouco receptiva à idéia de que a norma asseguratória de algum outro direito, quando expressa em tratado, tivesse nível constitucional. Isso resultava provavelmente da consideração de que, assim postas as coisas, a carta estaria dando ao Executivo e ao Congresso, este no quórum simples da aprovação de tratados, o poder de aditar à lei fundamental; quem sabe mesmo o de mais tarde expurgá-la mediante a denúncia do tratado, já então — o que parece impalatável — até pela vontade singular do governo, habilitado que se encontra, em princípio, à denúncia de compromissos internacionais. As perspectivas da jurisprudência, nesse domínio, pareciam sombrias quando se levavam em conta algumas decisões majoritárias que o Supremo tomou na época a propósito da prisão do depositário infiel (ou daqueles devedores que o legislador ordinário brasileiro entendeu de assimilar ao depositário infiel), frente ao texto da Convenção de São José da Costa Rica.

Vejamos, então, que esta era a posição dominante em nossa Corte Constitucional até o advento da Emenda 45/2004, que inaugurou um sistema dúplice desta natureza. À época, REZEK (2008, p. 103) já demonstrava preocupação com o futuro desta situação. Demonstrava uma inclinação a aderir à tese do *status*

constitucional destes tratados, após o vigor do art. 5º, parágrafo terceiro. Em suas palavras:

Uma última dúvida diz respeito ao passado, a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte — e que já não se encontre no rol do art. 5º?. Qual o seu nível? Isso há de gerar controvérsia entre os constitucionalistas, mas é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o **Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional**. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura. (grifo nosso)

Entretanto, às avessas da prospecção do Min. Rezek, nossa Corte adotou a quarta corrente, importando, pela influência da extrema formação jurídica alemã do Min. Gilmar Mendes, a corrente da *supralegalidade*.

Inaugurando uma nova figura jurídica que até então o Direito Brasileiro não conhecia, o voto do Min. Gilmar Mendes defendeu que tais tratados, que não foram aprovando pelo procedimento especial, não poderiam ser equiparados à Constituição (pelos argumentos anteriormente apresentados na lição de REZEK). Noutra via, também não poderiam ser equiparados a simples normas infraconstitucionais, dada a vigência da Cláusula de Abertura Material do Catálogo.

Assim, em nosso ver, posicionou-se estes diplomas numa verdadeira *zona cinzenta*: não são Constituição, mas também não são leis ordinárias. Importou-se teoria até então nunca utilizada pelos juristas brasileiros, num “inovador” uso da argumentação jurídica.

Como o debate do referido julgado assentava-se na possibilidade da prisão do depositário infiel, a conclusão foi bastante astuta: o Pacto de São José da Costa Rica, por não ter status de Emenda Constitucional, não alterou o texto do art. 5º, LXVII. No entanto, por ser *supralegal*, qualquer legislação infraconstitucional que com ele confrontasse invalidava-se automaticamente, não existindo, portanto, apesar da redação constitucional, suporte *legal* para a efetivação da referida prisão.

Tal posição consolidou-se na confecção da Súmula Vinculante nº 25, pelo Supremo Tribunal Federal. Sua redação não poderia ser mais direta: “*É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.*”. Importante, entretanto, é conhecer o *precedente representativo* utilizado pela Corte a fim de corroborar o *decisum* sumulado, que confirma o que expusemos no parágrafo anterior. Vejamos (BRASIL, 2009):

Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matérias de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente. O art. 7º (n.º 7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, dispõe desta forma: 'Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.' Com a adesão do Brasil a essa convenção, assim como ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sem qualquer reserva, ambos no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão 'depositário infiel', e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto. (...) Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (...) deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o **caráter supralegal** desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...). Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art.5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.". RE 466.343 (DJe 5.6.2009) - Voto do Ministro Gilmar Mendes - Tribunal Pleno.

DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A matéria em julgamento neste

habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo suprallegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, §2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, consequentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. Habeas corpus concedido. (HC 95.967. DJe 28.11.2008. Relatora Ministra Ellen Gracie - Segunda Turma.

Veja, desta arte, que, em se tratando de uma Súmula Vinculante, não há mais o que discutir, pelo menos em sede processual. Entretanto, permitimo-nos discordar da visão do Pretório Excelso, e posicionar-nos pelo status *constitucionais* dos tratados de direitos humanos, independentemente do procedimento seguido para sua ratificação.

Nessa seara, primeiramente, refutamos o argumento de que tal conclusão autorizaria o Chefe do Executivo, ou mesmo o Legislativo, emendar a Carta Política sem o seguimento do rígido procedimento das Emendas Constitucionais. Esta autorização já consta do texto constitucional, e não decorre de hermenêutica mais complexa que a literal.

Mais objetivamente, ao inserir o princípio da *não-taxatividade* no artigo 5º, claramente o constituinte originário permitiu ao Executivo e ao Legislativo integrar o texto constitucional à constante evolução das proteções aos direitos individuais, sem a necessidade de procedimento burocrático e morosa. É clara homenagem à universalização dos direitos humanos e atendimento ao fundamento da dignidade da pessoa humana e ao compromisso da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II,

da Carta Política) sobre quaisquer outros aspectos, mormente os nitidamente burocráticos e procedimentais.

Em segundo lugar, convocamos a *teoria da proibição do retrocesso* a fim de constatar que tal autorização (ou seja, de que o Executivo e o Legislativo, individualmente, promova a integração e atualização do texto constitucional) só pode se efetivar para o *progresso* dos direitos humanos, nunca para o retrocesso. Assim, não há risco em se permitir a atualização do texto constitucional por meio de tratados internacionais, mesmo sem procedimento especial, pois que tal prerrogativa só poderia implementar para o *avanço* no rol destas garantias.

Aderimos à opinião de MAZZUOLI (2009), que assevera:

A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada (defendida, v.g., pelo Min. Gilmar Mendes, no RE. 466.343-SP) peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma "duplicidade de regimes jurídicos" imprópria para o atual sistema (interno e internacional) de proteção de direitos, uma vez que estabelece "categorias" de tratados que têm o mesmo fundamento ético. E este fundamento ético lhes é atribuído não pelo direito interno ou por qualquer poder do âmbito interno (v.g., o Poder Legislativo), mas pela própria ordem internacional de onde tais tratados provêm. Ao criar as "categorias" dos tratados de nível constitucional e supralegal (caso sejam ou não aprovados pela dita maioria qualificada), a tese da supralegalidade acabou por regular assuntos iguais de maneira totalmente diferente (ou seja, desigualou os "iguais"). Daí ser equivocado alocar certos tratados de direitos humanos abaixo da Constituição e outros (também de direitos humanos) no mesmo nível dela, sob pena de se subverter toda a lógica convencional de proteção de tais direitos, a exemplo daquela situação onde um instrumento acessório teria equivalência de uma emenda constitucional, enquanto que o principal estaria em nível hierárquico inferior.

Concluindo, somos adeptos do fim desta *categorização* de direitos fundamentais oriundos de tratados internacionais; são direitos fundamentais, nada mais. Mesma visão é adotada por SARLET in GAUER (Org., 2010, p. 248):

(...) os direitos assegurados nos tratados seguem não sendo equiparados aos direitos fundamentais consagrados em nível constitucional, o que, por si só, legitima a objeção de que o STF (ressalvados os votos divergentes em prol da paridade entre direitos fundamentais constitucionais e direitos assegurados nos tratados de direitos humanos) ainda consagra um regime jurídico diferenciado e qualitativamente inferior para os direitos humanos contidos nos

documentos internacionais, que, ao fim e ao cabo, seguem não sendo “verdadeiros” direitos fundamentais, visto que a fundamentalidade pressupõe (pelo menos seguimos, a exemplo de Alexy, Canotilho e tantos outros, convictos disso) hierarquia constitucional e não mera suprlegalidade, ainda que reforçada.

Vale uma análise mais pormenorizada ao excerto citado, pois que em muito fundamenta a visão por nós adotada. Lembrando que o citado autor é adepto da visão de que toda e qualquer norma constitucional tem *eficácia*, ainda que em maior ou menor grau (2009, *passim*), faz importante correlação com esta posição ao lembrar, tratando do tema da *suprlegalidade*:

Outro aspecto a considerar, para efeitos de um aprofundamento da discussão, prende-se ao fato de que a afirmação de que se o legislador não pode, mediante recurso a uma justificativa racional e razoável (v.g., a salvaguarda de outro bem fundamental), desde que atendidos os pressupostos da proporcionalidade, concretizar o permissivo constitucional expresso, estar-se-á, em verdade, admitindo a ausência de aplicabilidade e mesmo de eficácia jurídica do respectivo preceito da Constituição, o que, mais uma vez, poderá não ser a melhor tese, ainda mais considerando os riscos de sua utilização em outras hipóteses.

São argumentos, em nossa visão, bastante fortes para refutar a tese da *suprlegalidade* dos direitos fundamentais. Consequentemente, adotando o posicionamento da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, em se tratando do Pacto de São José da Costa Rica, naquilo que se diferencia da Constituição, reconhecendo seu *status constitucional*, por força da Cláusula de Abertura Material do Catálogo (art. 5º, parágrafo segundo), o confronto deve ser solucionado pela simples aplicação do princípio da cronologia, prevalecendo a Convenção no que discorde do texto de 1.988.

4.4 A questão terminológica

Em tempo, ainda merece confrontação a própria denominação da garantia em estudo. Muito mais que uma simples questão semântica, a escolha desta ou daquela denominação acarreta efeitos diametralmente oposto, como se verá adiante.

A denominação mais frequentemente utilizada é a da presunção de inocência. Como suscitamos mais cedo, *presumir* é tomar por verdadeiro aquilo que

não se sabe, ou que não se prova. Em outras palavras, parte-se de um fato *conhecido* e, por uma operação lógico-dedutiva, chega-se a uma conclusão não conhecida, porém, pressuposta.

Sobre esta denominação, a doutrina tece, quase em uníssono, severas críticas, apoiadas em diversos argumentos. O primeiro, e mais objetivo, é aquele que atesta que nossa Constituição, na tendência mundial, em nenhum momento usa a expressão *presunção*. Houve, sim, uma *declaração* de inocência, na negativa da culpa (“*ninguém será considerado culpado*”, logo, todos **são** inocentes); não deve o intérprete, destarte, concluir por natureza jurídica diversa desta.

De se aproveitar as lições de AROCA apud BONFIM (2012, p. 138):

Pese sua denominação pela jurisprudência como ‘presunção’ *juris tantum*, ‘verdade interna de inculpabilidade’, trata-se de maneira pouco adequada de afirmar que o acusado é inocente enquanto não se demonstre o contrário. A presunção exige um fato base ou indício, do que se desprende a existência do segundo, o fato presumido, com o nexo lógico entre eles que é a presunção. O denominado ‘direito à presunção de inocência’, escreve Andrés Oliva Santos, “muito duvidosamente pode se entender, a nosso juízo, como um verdadeiro direito subjetivo e, sem gênero de dúvida, não se refere a nenhuma verdadeira presunção (...) não é uma verdadeira presunção porque esta supõe dois fatos (o indício ou base e o presumido) que na presunção de inocência não se dão”.

A lição acima ataca, ainda, outro ponto: a operação lógica-dedutiva necessária ao estabelecimento de uma *presunção*, conforme expusemos anteriormente, não pode ser realizada nestas circunstâncias, vez que não se conhece, ou então não há prova, da inocência do cidadão. Assim, partir-se-ia de um fato *não conhecido*, a fim de derivar-se um fato *também não conhecido*, o que, pelas regras da lógica, é impossível.

Outro importante argumento é aquele que atesta que, escolhida esta denominação, promove-se verdadeiro *estado de dúvida*: toma-se o cidadão por inocente, sem saber se o é. Dessarte, antes do início do processo, não se conhece da inocência dos indivíduos, apenas se pressupõe. Nesta linha, assim como se presume a *inocência*, poder-se-ia presumir a culpa, vez que tal dúvida possibilita escolher qualquer uma destas posições.

A expressão é imprecisa, incoerente, incorreta; não deve mais ser admitida, mas continua perpetuando-se nas academias, na jurisprudência e, sobretudo, na literatura.

Outra corrente, perquirindo os efeitos jurídicos do comando, vão afirmar, como forte apoio na teoria *processual*, mormente nas consequências quanto ao ônus da prova, que o princípio deve ser denominado, simplesmente, de *princípio da não-culpabilidade*.

Os argumentos acima utilizados para refutar a escolha da expressão *presunção* foram elaborados por estes adeptos. A fim de afirmar sua opção, atestam, primeiramente, que esta seria a nomenclatura mais adequado a própria redação constitucional (“*ninguém será considerado culpado...*”). Num outro argumento, que a expressão lembra, na negativa, não ser possível tratar o réu como culpado, até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Data maxima venia, o embate aqui é puramente semântico, dois lados de uma mesma moeda que, sem embargos, produzem, na prática, o mesmo efeito. E no terceiro posicionamento que encontramos maior fundamento jurídico-axiológico, conforme passamos a expor.

Desde já declarando nossa aderência a esta visão, finalmente há aqueles que afirmam, sob diversos e robustos argumentos, estarmos sob a vigência de um *Estado de Inocência* ou da *Situação Jurídica de Inocência*.

Primeiramente, num argumento puramente formal, como já anotamos, não há, em nenhum momento, o estabelecimento de *presunção* alguma. Nossa Carta Política preferiu (felizmente) atribuir caráter *afirmativo* a esta proteção. Desta arte, o cidadão não é *presumido* inocente; muito antes, o cidadão é inocente, não recaindo, sob seu *status*, qualquer dúvida que suporte o estabelecimento de uma *presunção*.

No magistério de PACELLI (2011, p. 497):

O princípio da inocência, ou da não-culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa

Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita. (...) A Constituição da República, portanto, promoveu (...) a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal.

Em segunda instância, trata-se do reconhecimento do *status libertatis* do indivíduo, como já abordamos anteriormente, ao se declarar (na expressão *estado de inocência* ou *situação jurídica de inocência*) que o cidadão é inocente, afastando qualquer tipo de dúvida até que termine o processo e seja formada a convicção de sua culpabilidade, pois que a posição jurídica da inocência, como a da liberdade ou a da vida digna, é intrínseca a própria natureza do cidadão.

Terceiro, muito mais adequada a moderna tendência de máxima eficácia dos direitos fundamentais, que determina válida a interpretação constitucional que mais promova seu reconhecimento e efetividade.

Logo, como fizemos durante toda a exposição, preferiremos esta denominação, por todos os argumentos aqui esposados.

Findando-se mais essa seção, na qual foram analisados todos os aspectos da proteção do indivíduo quanto a sua inocência, suportando nossas argumentações nas mais fundamentais lições da teoria do direito e da hermenêutica constitucional, finalmente construímos todo o arcabouço teórico-doutrinário necessário ao enfrentamento do ponto nevrálgico de nosso debate, qual seja a aplicação do referido princípio no processo administrativo sancionador brasileiro.

III – O PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL APLICÁVEL AO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO

1 Devido processo legal, hermenêutica constitucional e a necessidade de releitura do princípio do estado de inocência

Como previamente anotado, no que se refere ao reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, o Estado Moderno assim se desenvolveu a partir das concepções estabelecidas, primordialmente, nos séculos XVIII e XIX, consolidando suas previsões ao longo de todo o século XX.

A instituição de *direitos* e *garantias* essenciais ao indivíduo sempre tiveram, como primeiro fundamento, limitar as prerrogativas estatais e combater os abusos praticados pelo Estado. Esta intenção culmina, na prática, em diversos brocados normativos, insculpidos, principalmente, no texto constitucional.

Ao nosso ver, o principal destes, pois que é aquele que estabelece a via de efetivação de todos os demais, é o *devido processo legal* ou, mais genericamente, o *direito fundamental ao processo*.

Desde os primórdios da história do Direito, com o Código de Hamurabi, passando pelo Direito Romano e consolidando-se nos movimentos constitucionalistas, a via processual sempre foi a escolhida para validar a intervenção estatal na esfera de liberdades do indivíduo. Na defesa do cidadão, desenharam-se limites constitucionais e legais à atuação do Estado, sobretudo no que concerne ao exercício do *jus puniendi*, o que qualifica este *Estado* como *Estado de Direito Constitucional*.

Nas palavras de MENDES (2002), corroborando o aqui exposto:

Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas.

Logo, há a necessidade de positivação e observação de determinados preceitos normativos fundamentadores de uma *obrigação* estatal, voltados a garantir

a existência e, mormente, a *efetividade* dos já citados institutos jurídicos, os direitos de *liberdades* constitucionalmente estabelecidos. Essa obrigação estatal tem, portanto, a finalidade de *proteger* aqueles outros valores, num ciclo normativo que lhe atribui a natureza de *garantidor da garantia*.

Sem estes instrumentos, estes direitos fundamentais não passariam de meros “*bons conselhos*”, não contando com qualquer *aplicabilidade* prática. Visam, pois, proteger esses direitos na medida em que *garantem sua eficácia*.

Tais prerrogativas são apresentadas por meio de formas *instrumentais* ou *processuais*, estabelecendo meios *procedimentais* para a defesa do cidadão, a fim de regular, limitar e, dessa forma, *validar* a atuação do Estado, mormente no exercício do *jus puniendi*, com o propósito de atribuir verdadeira efetividade ao núcleo de direitos e garantias fundamentais do indivíduo⁷.

Estes instrumentos plasmaram-se nas máximas do *contraditório*, da *ampla defesa*, do *juiz natural*, da *isonomia*; em suma, no estabelecimento da garantia do *devido processo legal*. São chamados, a luz desta sua específica natureza, de *direitos de proteção*, e precisam integrar, necessariamente, o núcleo de garantias fundamentais do cidadão.

Com a atuação dessas normas limitadoras da capacidade de império estatal, busca-se garantir uma esfera intocável de liberdade do indivíduo, atribuindo-lhe um rol de direitos subjetivos que podem se concretizar mediante pretensões de abstenção, revogação ou anulação dos atos do Estado que invadem esta seara de liberdade individual.

Dentre estes, todo nosso enfoque recai na garantia do reconhecimento de um natural *estado de inocência* do cidadão. Vimos que, na evolução do Direito, este valor desempenhou fundamental papel na validação da atuação estatal; é dizer que só se pode falar em *evolução* do processo à medida em que esta garantia era efetivada.

⁷ A propósito, vale novamente lembrar da lição de JELLINEK (1970, p. 591) anteriormente aduzida: a efetividade de um direito só pode ser garantida se o mesmo ordenamento que as previu estabelecer mecanismos para sua defesa.

Nossos apontamentos anteriores destacaram, ainda, que este rol de direitos e garantias fundamentais são intrínsecos à própria natureza humana. Isto faz com que, independente da declaração pela legislação interna ou internacional, estes direitos sempre são *positivos*, no significado originário da palavra, ou seja, *vigentes*.

Neste intuito é que nossa Carta Política, através da já comentada *cláusula da não-taxatividade dos direitos fundamentais*, constantes em nosso art. 5º, parágrafo segundo, positiva aqueles direitos não expressamente descritos, ao permitir sua integração tácita ao ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Outrossim, a Ciência do Direito cumpre papel fundamental neste intento. Na persecução de suas funções primeiras (i.e., *sistêmica, hermenêutica e criptonORMATIVA*), permitindo a compreensão dos fenômenos jurídicos, contribui para atualização do direito e a adequação dos valores normativos ao momento histórico de sua aplicação e aos anseios sociais contemporâneos.

Entretanto, no exercício deste mister, muitos propugnam por um *isolamento científico*; é dizer, defendem a implementação da Ciência do Direito de forma *acrítica*, puramente dogmática, isolada dos fenômenos sociais contemporâneos.

Esta visão tem origem no emprego dos métodos das ciências naturais à ciência jurídica, o que, ao nosso ver, é impossível, pois que tem, cada uma, objetos absolutamente distintos. Enquanto aquelas ocupam-se dos fenômenos naturais – primordialmente imutáveis, com regras absolutamente rígidas e preestabelecidas – este se ocupa dos fenômenos sociais, mutantes por natureza.

Sem embargos, com a vénia dos posicionamentos distintos, o equívoco repousa em tentar aplicar ao Direito o método das ciências *exatas*, não dadas a concepções ambíguas ou imprecisas. Posicionamo-nos anteriormente no sentido de que o *método* deve ser estabelecido pelo objeto, sendo impossível, desta feita, estabelece-lo previamente, tentando aplica-lo indistintamente a um e outro.

Lecionado neste sentido, FERRAJOLI (2004) assevera:

La idea de que los discursos científicos tienen una inescindible dimensión pragmática es, ciertamente, uno de los rasgos

característicos de la epistemología post-empirista actual. Como há mostrado Vittorio Villa, la reflexión epistemológica ha reconocido desde hace muchos años que no sólo las ciencias sociales y jurídicas, cuyo objeto incluye normas y valores, sino también las ciencias naturales no son nunca pura y completamente asertivas, uncluyendo siempre una inevitable dimensión valorativa y normativa tanto em la construcción de los conceptos y de las teorias como en las estratéгias de la investigación empírica.[...]

La tesis de la neutralidad de la ciencia jurídica, de la que se discutió ampliamente em los años cincuenta y sesenta del siglo pasado si era uma ciencia empírico-descriptiva o uma ciencia normativa, parece, pues, después de la crisis de la propia epistemología del primer neo-empirismo lógico, insostenible.

Este isolamento científico é inatingível. As Ciências, como toda produção cultural ou intelectual humana, será inevitavelmente influenciada pelas experiências de seu idealizador. O sujeito é transformado pelo objeto, assim como o objeto se apreende pelo sujeito, numa relação infinita e cíclica.

Ademais, como aduzido pelo autor, a Ciência do Direito tem por objeto normas e valores, uma ciéncia *social* e *jurídica*, portanto. Desta feita, este *isolamento científico*, como chamamos, se torna absolutamente impossível; a análise destes especialíssimos objetos depende, insofismavelmente, que o cientista os conheça em sua esséncia, viva-os e, conseguintemente, seja por eles influenciados. No ministério de JHERING, citado por FERRI (1999, p. 88):

Esse completo culto pela lógica que pensa fazer elevar a jurisprudênciа a uma matemática do direito é um erro e baseia-se sobre um desconhecimento da natureza do direito. A vida não é para os teoremas, mas estes é que são para aquela... O Romanos não se espantaram com os oportunos desvios do rigor lógico dos princípios abstratos.

Proscrevemos, destarte, o exercício da Ciéncia do Direito, mormente em sua função hermenéutica, simplesmente como forma de justificação da própria norma. A Ciéncia do Direito, muito mais, deve ser o mecanismo que permita o conhecimento de seu objeto, não apenas no aspecto normativo ou dogmático, mais sobretudo em seu aspecto filosófico, axiológico e social.

Assim, a hermenéutica jurídica, bem como as demais funções da ciéncia jurídica, deve ser implementada no sentido de buscar o significado e o alcance da norma, levando em conta os aspectos culturais, históricos e sociais no seio dos quais se desenvolve a interpretação da norma. Ademais, no Brasil, o legislador fez

uma clara opção interpretativa, conversando diretamente com o operador, ao estatuir, no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro o que chamamos de *regra de ouro* do hermeneuta brasileiro: “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*”.

Conectando ambos os temas discutidos até aqui, a única conclusão possível é que a hermenêutica jurídica, em sede de direitos e garantias fundamentais, ou, quanto ao nosso tema, mais especificamente, da amalgama de princípios que dão forma ao *devido processo legal*, só pode ser realizada no intuito de atender os fins sociais e, primordialmente, de promover ao máximo o bem comum.

O intérprete constitucional não pode se dissociar do meio social em que vive; ao contrário, deve dele extrair os fundamentos de sua análise, corroborando suas construções com apoio na máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Podemos nos utilizar, inclusive, das palavras da Suprema Corte Americana, quando do julgamento do precedente *Trop vs. Dulles*, aos idos da década de 50, demonstrando que esta preocupação é há muito não é olvidada: “*the provisions of the Constitution are not time-worn adages or hollow shibboleths. They are vital, living principles that authorize and limit governmental powers in our Nation.*”⁸.

Pois bem, dentre estes princípios, propusemo-nos a perscrutar o *estado de inocência do indivíduo*. Como estudamos em seção própria, percebemos que o constituinte originário brasileiro fez uma opção bastante particular, qual seja a de prever a proteção com referência expressa à sua aplicação ao direito penal.

Apesar da preocupação dos membros componentes da Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, demonstrada na proposta de emenda ao projeto originário, a alteração acabou prejudicada, como vimos. Destarte, a intenção de uma redação mais abrangente que, com efeito, evitaria todo este debate, foi rejeitada, tendo a Assembleia Constituinte aprovado o texto que conhecemos.

⁸ Numa tradução livre: “*as provisões da Constituição não são adágios gastos pelo tempo ou lemas vazios. Elas são vitais, princípios vivos que autorizam e limitam poderes governamentais na nossa Nação.*”. O julgado pode ser encontrado, na íntegra, em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0356_0086_ZO.html>

No entanto, merece relevo um dos argumentos utilizados para essa rejeição. Os nobres constituintes, à época, ao contrário do que tentou alertar o Sr. Délio Braz, afirmaram que a palavra *penal*, constando ou não, seria irrelevante, pois que a própria expressão *condenatória* já trazia intrínseca a referência ao processo penal.

Nas literais palavras do Sr. Márcio Pozza, Presidente da Subcomissão (BRASIL, 1988, p. 277)

Pela terminologia, realmente, seria sentença penal. Portanto, parece, não digo [ir]relevante, mas que fica inteiramente a critério de cada um. Porque com ou sem a palavra ‘penal’, será sempre matéria de processo penal. Estamos tratando de processo penal.

Sua conclusão, a propósito, foi apresentada logo após a intervenção do Relator, Sr. Darcy Possa, questionado dos motivos proposta de supressão da referida expressão. Neste sentido, apresentou o constituinte a seguinte resposta:

Pois não. No Processo Cível as sentenças não são somente condenatórias. Há sentenças condenatórias, constitutivas, homologatórias e declaratórias. Nisso, salvo melhor juízo, o texto tem uma redação pertinente.

No que então, a conclusão anteriormente apresentada ganha sentido. Ao imaginarmos que os processos se dividem, unicamente, em cíveis e penais, como explanou o Sr. Darcy Possa, a diferenciação é pertinente.

Como sabido, o processo civil, na ampla maioria dos casos, refere-se a direitos disponíveis, patrimoniais. Soma-se a isto o fato de que, nesta relação, as partes estão em pleno pé de igualdade, pois que se trata de uma relação privada.

Doutra via é o processo penal, que *sempre* atingirá, ao menos potencialmente, o direito indisponível da liberdade. Além disso, trata-se de uma relação de direito público, onde o Estado, como parte, não se apresenta na defesa de interesses particulares, mas sim da própria coletividade.

Tomando como verdadeira ser esta a única distinção, ou seja, que os processos só podem ser cíveis ou penais, a rejeição da Emenda é inevitável. Isto porque, ao nosso ver, seu emprego acarretaria verdadeiro *pleonasmo*: só há de se falar em *inocência*, antes da *condenação*, em se tratando de processo *penal*.

Além disso, se tomarmos as lições da doutrina e da jurisprudência há época, ou mesmo utilizarmo-nos do direito comparado, o *estado de inocência* sempre esteve umbilicalmente ligado ao Direito Penal. Isto explica, inclusive, o porquê durante todo nosso trabalho nos socorremos das lições dos processualistas penais, apesar da nossa lavra ser na senda do direito administrativo: se se quer encontrar estudos sobre o tema, eles praticamente só aparecem na seara processual penal, dada a esta origem.

Nada mais lógico, no entanto, que ao se analisar o *estado de inocência*, imagine-se, primordialmente, sua conexão com o processo penal. O *jus puniendi* estatal, desde os Estados primitivos até a primeira metade do século XIX, sempre fora exercido por este ramo do poder de Estado. Assim, a dicotomia *processo penal-processo civil* não é recente e, portanto, corrobora a visão apresentada.

Outro argumento, fundamental para nossa análise, é que o Direito Administrativo, até muito recentemente, não era encarado como uma ciência autônoma. Posicionava-se, na visão da ampla maioria, como ramo do Direito Constitucional e, portanto, não possuía princípios e regras próprios.

No mundo, seu surgimento é identificado a partir das Revoluções burguesas, como consequência inevitável do Estado de Direito Constitucional, que tinha em seu núcleo, fundamentalmente, o princípio da *legalidade*. A *processualidade* (e, portanto, o direito administrativo, processual por natureza) era a grande revolução da relação do indivíduo com o Estado.

Analizando o tema, DI PIETRO (2006, p. 2) expõe:

Pode-se afirmar que o direito administrativo teve origem na França, em decorrência da criação da jurisdição administrativa (o sistema do contencioso administrativo), ao lado da jurisdição comum. Foi pela elaboração pretoriana dos órgãos de jurisdição administrativa, em especial de seu órgão de cúpula, o Conselho de Estado, que se desenvolveram inúmeros princípios informativos do direito administrativo, incorporados ao regime jurídico de inúmeros outros países.

No Brasil, como ramo autônomo, suas origens se identificam, efetivamente, no período republicano, apesar de ser possível identificar, segundo DI

PIETRO (2006) indícios deste ramo desde o período colonial⁹. Furtando-nos de uma prolixo análise da evolução histórica da ciência administrativa, salutares as palavras da autora, quando leciona (2006, p. 16-17):

A partir da Constituição de 1934, o Direito Administrativo experimentou grande evolução, em decorrência da própria previsão constitucional de extensão da atividade do Estado nos âmbitos social e econômico. (...)O Estado deixa a sua posição de guardião da ordem pública e passa a atuar no campo da saúde, higiene, educação, economia, assistência e previdência social.

O direito administrativo, então, já estava bastante definido, à esta altura, enquanto ramo autônomo, sendo possível identificar preceitos, normativas, princípios e regime jurídico próprios. Entretanto, como anota a professora, toda este avanço se deu no campo *não contencioso*, referindo-se, destarte, ao que podemos chamar de direito administrativo *material*.

O matéria contenciosa, destarte, concentrava-se, quase que absolutamente, no poder judiciário, dada a herança do período colonial, com a absorção por este das prerrogativas do antigo *Conselho de Estado* e do *Poder Moderador*.

Desta arte, a configuração do direito administrativo como seara processual contenciosa é muitíssimo recente. Mesmo na era colonial, quando havia órgão especializado (o Conselho de Estado, de nítida inspiração francesa), este hábito não se desenvolveu. Na verdade, segundo DI PIETRO (2006, p. 9):

A função do Conselho de Estado era meramente consultiva e, mesmo quando apreciava questões contenciosas, a sua manifestação ficava sujeita à decisão do Imperador. (...)o Conselho de Estado não exercia função jurisdicional propriamente dita, como a exerce hoje o órgão semelhante existente na França e em outros países que adotaram o mesmo modelo. Não se pode esquecer, contudo, que também no país de origem, o órgão, inicialmente, não decidia em definitivo, porque suas decisões ficavam também dependendo do aval do imperador, correspondendo ao período da chamada "justiça retida". Só em fase posterior é que o Conselho de

⁹ Para maior aprofundamento, o estudo em referência faz profunda análise desta evolução histórica, no que vale a consulta.

Estado francês ganhou maior independência, passando a exercer atividade jurisdicional propriamente dita.

Não houve assim, historicamente, campo lavrado para o desenvolvimento de uma ciência processual administrativo contenciosa própria, autônoma e com verdadeira jurisdição. Além de corroborar o que concluiremos a seguir, isto em muito explica a cultura brasileira de se atribuir, nas palavras da maioria esmagadora da jurisprudência, caráter de “*mero procedimento*”.

Toda esta argumentação tem o intuito de demonstrar como a conclusão dos Senhores constituintes (aduzidas anteriormente) não poderia ser diferente. Não havia de se imaginar a aplicação do princípio do *estado de inocência* a outro ramo que não o direito processual *penal* porque, com exceção do civil, *simplesmente não existiam outros ramos processuais contenciosos*.

No que nos interessa, o processo administrativo contencioso desenvolveu-se, efetivamente, somente a partir da Constituição de 1988, com a consolidação de instrumentos administrativos próprios, como é o caso do *direito de petição*.

O que buscamos afirmar, todavia, é que romper com este paradigma é inevitável. Era impossível que o constituinte originário, em 88, previsse a aplicação do *estado de inocência* a outros ramos; entretanto, isso não pode servir de argumento para impedir sua evolução, numa leitura mais abrangente.

A hermenêutica constitucional moderna não deve pautar-se no resgate histórico dos *pais da constituição*, ou dos *fundadores da pátria*. A nosso ver, interpretar a Constituição pelo método *fundamentalista* (v. SUNSTEIN, 2005), na busca da *vontade do legislador originário*, é buscar pelo *Santo Graal*.

Na lição de BARROSO (1999):

Uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto o possível com o antigo.

Defendemos uma hermenêutica constitucional mais audaciosa, que se funde na máxima efetividade dos direitos fundamentais, e atribuímos ao poder

judiciário a função, no emprego das típicas regras da Ciência do Direito, a função de contribuir para a evolução e da adaptação das normas jurídicas.

Ora, sabemos que o *texto* da lei não se pode confundir com a *norma*. Cabe ao hermeneuta extrair daquele o valor normativo que se pretende efetivar, empreitada para a qual conta com diversos instrumentos, todos esquematizados pela ciência jurídica.

A título de exemplo, se o argumento da aplicabilidade do princípio em comento é tão somente a presença literal da expressão “*penal*”, haveríamos de afirmar que aos estrangeiros não residentes no Brasil não há a garantia dos direitos fundamentais individuais. Para esclarecer a estranheza do argumento, façamos a leitura *literal* do caput do art. 5º da Constituição da República: “*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 (...)*”.

O exemplo é absurdo, mas rechaça o também absurdo argumento de que as *palavras* escolhidas pelo legislador devem ser respeitadas inofismavelmente, como muitos argumentos quanto a aplicação do *estado de inocência*, a fim de limitar sua aplicação ao campo processual penal (estes exemplos serão apresentados em momento oportuno).

Poderíamos suscitar, ainda, a recente leitura do texto constitucional, quanto a definição de família e do casamento, quando nossa Suprema Corte foi convocada para posicionar-se acerca da união homoafetiva. Neste momento, curiosamente, pois que diferente do que faz no caso do *princípio do estado de inocência*, promoveu uma interpretação *abrangente*, claramente *atualizando* a norma constitucional, *apesar de seu texto ter se mantido o mesmo*.

Ademais, a comentada tese da *supralegalidade* é outro argumento para permitir a atualização do ordenamento, sem alteração do texto legal, ainda que no emprego, *data venia*, de um ardil.

O que nos espanta, nesta senda, é que quando nossa Corte Constitucional foi recentemente convocada, ainda que incidentalmente, para analisar

o tema da aplicação do estado de inocência a outros ramos do Direito, a *contrario sensu* dos exemplos anteriores, constrói toda sua argumentação sobre uma interpretação estritamente *literal* do preceito, negando sua vigência em outras áreas que não a processual penal. Este acontecimento, entretanto, será analisado em momento oportuno, não só no aspecto puramente jurídico, mas a fim de perquirir os fundamentos políticos e sociológicos que porventura embasaram tal posicionamento.

Tal leitura não pode mais permanecer. O cidadão é inocente, independentemente da via processual escolhida pelo Estado para invadir, quando necessário, seu *status libertatis*, no emprego do *jus puniendi*. Se o *devido processo legal* é requisito de validade de *toda espécie de processo*, o princípio da *situação jurídica de inocência* deve, invariavelmente, no contencioso, ser um de seus componentes.

A propósito, imprescindível lembrarmos da expressa redação do *due process of law* no texto constitucional brasileiro (*ipsis verbis*, “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”) e, primordialmente, dos seus componentes *contraditório e ampla defesa* (“*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*.”). Percebemos que nestas previsões, não há qualquer tipo de restrição, no que apoiamos nossos próximos argumentos.

Àqueles que defendem a restrição do princípio do *estado de inocência* à esfera penal, pertinente seria questionar se este não seria componente obrigatório do devido processo legal. A fim de corroborar tal visão restritiva, a única resposta possível seria a positiva, o que seria um absurdo contrassenso.

Num puro silogismo, como premissa maior, constatemos que o devido processo legal é requisito de validade de todo e qualquer processo, mormente o contencioso. Pois bem, como premissa menor, a constatação de que o *status de inocência* do cidadão, nos processos contenciosos, é um de seus componentes. Logo, como conclusão lógica, o *princípio do estado de inocência* é requisito de validade de todo e qualquer processo que tenha o intuito de privar o cidadão de suas liberdades ou de seus bens, na máxima expressão destes brocardos.

No ordenamento constitucional inaugurado pela Carta Política de 1988, e superada a clássica dicotomia entre interesse público e interesse individual, marcada pela supremacia quase absoluta daquele, a atuação estatal deve se pautar pelo respeito à participação democrática e na legitimação dos atos estatais pela fundamentação consistente de todos estes, precipuamente daqueles que invadam o rol de liberdades individuais do administrado. A título de exemplo, a Lei nº 9.784/99, que rege o processo administrativo no âmbito federal, mas que sem dúvida ilumina o estudo de todo este debate, já comanda em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso VII que a “*indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão*”.

Esta legitimação, na esfera Administrativa, se dá, inexoravelmente, pela via do *processo*. Na objetiva lição de GUEDES (2007, p. 41) “*do ato abstrato (legislativo) não decorrem automaticamente os atos concretos (administrativos)*” e, portanto, “*sempre existiu na Administração dos Estados modernos a idéia de processo*”. O mesmo autor ainda afirma que a *processualização* do Direito Administrativo, concretizado, primordialmente, na figura do ato administrativo, denota o papel de protagonista absoluto e incontestável do próprio Direito (2007, p. 42-43).

A evolução reside exatamente no fato de se reconhecer que o indivíduo, em sua relação com o Estado, estabelece verdadeira *relação jurídica*, da qual decorrem direitos subjetivos deste oponíveis aquele, e nítido núcleo de liberdades e garantias que, para serem invadido, necessita de justa motivação pelo Estado, que só legitimaria esta atuação, novamente, pela via do devido processo legal.

A Carta Constitucional brasileira de 1988 já denota a preocupação com a validade do atuar administrativo através da observação de garantias fundamentais do cidadão, mas preocupa-se, expressamente, apenas com as garantias do contraditório e da ampla defesa, e mesmo assim, somente quando menciona *processo administrativos sancionadores*. Mais ainda, somente no que se refere a processos administrativos sancionadores de natureza disciplinar (vide artigos 41, §1º, I e 247, parágrafo único, ambos da Constituição da República).

Como propusemos, a leitura do comando deve abstrair para muito além do texto: se todo atuar da Administração pressupõe um *processo*, por óbvio que este só se valida e, portanto, *legítima* esta empreitada com a observância do *devido*

processo legal. Tratando-se este atuar administrativo de instrumento efetivador de qualquer restrição às liberdades dos administrativos (sancionador, portanto), eis que no rol destes princípios que integram o devido processo deverá estar, sem sombra de dúvidas, o princípio da presunção de inocência.

Nosso primeiro argumento, em suma, para defender a aplicação ampla do princípio do estado de inocência a todo e qualquer tipo de processo administrativo sancionador embasa-se numa nova interpretação do art. 5º, LVII. Este mister pode ser alcançada, primeiramente, a partir de uma hermenêutica *sistemática*, extraíndo do comando seu significado a partir de sua conjugação com a redação dos incisos LIV (devido processo legal) e LV (contraditório e ampla defesa) do mesmo artigo, que em nenhum momento fazem qualquer tipo de restrição das searas de sua aplicação.

Em segundo lugar, essa nova interpretação deve ser extraída no atendimento ao bem comum e à função social a que se dirige à norma (art. 5º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), qual seja, a efetivação do *status negativus* e dos *direitos de proteção* do cidadão, protegendo-o das ingerências e da arbitrariedade do Estado, fundamento indissociável da cidadania. Ainda mais, se o *direito à organização e ao processo* é um direito fundamental, calcado no devido processo legal, o reconhecimento de uma inata situação jurídica de inocência é um de seus principais componentes, devendo ser fundamento validador da pretensão punitiva estatal, qualquer que seja a via escolhida para seu exercício.

Finalmente, nosso terceiro argumento dessa nova leitura é o emprego da função *criptonORMATIVA*, já explicitada anteriormente. Nesse intuito *tecnológico*, de nítido caráter decisório, ocultar-se-iam as decisões consideradas injustas ou inaplicáveis, homenageando-se aquelas que geram menor *sacrifício* ou *repercussão social*. No caso, seria desta natureza a decisão que promovesse o estado de inocência do cidadão em qualquer relação processual contenciosa com o Estado, reconhecendo seu *status libertatis*. O abalo provocado por esta opção decisória é, sem dúvida, o menor possível, pois é o único que promove a *segurança jurídica* do cidadão, em detrimento do arbítrio e do empoderamento desmedido do Estado.

BECCARIA (19--, p. 35) já afirmava, em seu tempo, essa *situação jurídica de inocente do cidadão* somente poderia ser dele retirada quando se restasse decidido ter efetivamente violado os requisitos que lhe garantiam essa proteção.

LOPES JR (2012, p. 720-21) nos ensina que a máxima atribuiu à autoridade uma dúplice obrigação: a primeira, *negativa*, de se abster de considerar o cidadão culpado; a segunda, *positiva*, em muito ligada ao *procedimento*, de trata-lo, efetivamente, como inocente. Reforça ainda que é a garantia do estado de inocência é que orienta o processo em *contraditório*, fomentando a estrutura dialético-acusatória, rechaçando o juiz-inquisidor, e consagrando o *juiz de garantias* ou *juiz garantidor*.

Ainda, pela pertinência aos argumentos nesta seção apresentados, LOPES JR (206, p. 187), utiliza-se das lições de VEGAS TORRES, que, analisando a Constituição Espanhola, assevera veementemente:

Na mesma linha, VEGAS TORRES, abordando o art. 24.2 da Constituição Espanhola, explica que tal garantia estende sua eficácia além do processo penal, incluindo os demais ramos da jurisdição e, mais além inclusive, do campo propriamente jurisdicional, pois alcança até a **atividade administrativa sancionadora**. (grifo nosso)

Importantíssimo, ainda, a seguinte conclusão. Se lembrarmos que, em nossa visão, é exatamente o *estado de inocência* que dá origem ao *contraditório* e a *ampla defesa*, onde estes estão, estará aquele também. Logo, quando nossa Constituição afirma que *qualquer tipo de processo*, incluindo o *administrativo sancionador*, deve desenvolver-se em contraditório (art. 5º, LV), qualquer que seja o acusado, é porque este já foi considerado constitucionalmente inocente, ao menos até o limite da *dúvida razoável*, como dizem os norte-americanos. Ademais, o comando constitucional ainda reforça nossa conclusão quando, além do emprego literal da expressão *processo (...) administrativo*, utiliza-se, de forma mais abrangente, do complemento “... e aos acusados em geral.”.

FERRAJOLI (1995, p. 549 e ss.) brilhantemente rechaça o contra-argumento da impunidade que se poderia apresentar para refutar essa releitura ampliativa desta máxima. Na sua opinião, da qual comungamos, para a sociedade é suficiente que os culpados sejam *geralmente* punidos, mas é *inaceitável* que os

inocentes, alguma vez, sejam indevidamente punidos. Assim, não se trata de uma diminuição do poder jurisdicional, mormente em sede administrativa (onde vigora, como enfrentaremos mais tarde, a *presunção de legitimidade* do ato administrativo). Ao contrário, é o caminho pelo qual a atividade sancionadora do Estado pode legitimar-se, não apenas juridicamente, mas, e sobretudo, moral e socialmente (lembremos que a moralidade administrativa é, inclusive, princípio informador de toda a atividade administrativa, inclusive, e primordialmente, a sancionadora).

Como argumento adicional, ainda que não o julguemos o mais robusto, convocamos a teoria da *mutação constitucional*, muito utilizado por nosso Tribunal Constitucional em diversas situações, mas, curiosamente, não no caso da *situação jurídica de inocência do cidadão*, no que se refere a sua aplicação ao *processo administrativo sancionador*.

A tese reconhece a possibilidade de alteração da *norma constitucional*, sem que, no entanto, seja alterado o *texto* do comando. No conceito de MENDES (2008, p. 129), expoente da importação deste conceito do Direito alemão, “*são alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação*”. Trata-se da constatação de que as normas Constitucionais, na busca de sua real efetividade, devem fundar-se na realidade social presente, sob o risco de não passar de meros “bons conselhos”, como já aduzimos.

Há, então, a possibilidade de que, ainda que rígida, uma Constituição seja *mutável*, ou seja, um conjunto de normas e princípios que, para que passem de comandos abstratos a regulações concretas, precisam ser adaptadas à realidade social posta.

Nossa Corte Suprema já produziu diversos julgados calcados na aplicação desta tese¹⁰. Entretanto, ao nosso ver, a teoria, na realidade, nada mais é que a tentativa de denominar uma específica técnica de hermenêutica teleológica ou sociológica, na esteira do que o legislador originário pretendeu homenagear (art. 5º, LINDB, que chamamos de *regra de ouro do hermeneuta brasileiro*).

¹⁰ Vide HC-QO 86009/DF Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 29/08/2006, CC 7204/MG Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 29/06/2005, dentre outros.

Logo, perseguindo a *maior efetividade dos direitos e garantias fundamentais*, a aplicação desta técnica permitiria a leitura do comando insculpido no art. 5º, LVII, numa nova redação, olvidando a expressão *penal*, ainda que não textualmente suprimida, determinando sua aplicação a toda área em que o Estado implemente persecução punitiva.

Por derradeiro, e ao nosso ver o mais vigoroso argumento, convocamos à plena vigência o Pacto de São José da Costa Rica, fundante de direitos e garantias individuais no plano internacional, e com plena vigência no direito interno brasileiro.

Isto porque, como anotado, quando declarou o direito fundamental ao *estado de inocência*, a Convenção Americana de Direitos Humanos estabeleceu redação claramente prospectiva, sem qualquer referência a restrição material de sua aplicação.

Havendo manifestado sua ratificação ao tratado em novembro de 1.992, eis que o princípio passa a vigorar, nesta nova forma, no Brasil, por força da Cláusula de Abertura Material do Catálogo, i.e., art. 5º, parágrafo segundo, da Constituição da República. Logo, ainda que o texto não tenha sido suprimido, não vigora mais no Brasil a expressão “*penal*” na redação do comando que institui o *status de inocência*, pela simples aplicação do princípio da cronologia.

Não propugnamos, repita-se, pela tese da *supralegalidade*. Como defendido, cremos na plena vigência, com status de norma constitucional, do Pacto de São José da Costa Rica, por expressa autorização do constituinte originário.

Destarte, ainda que bastem os argumentos pela implementação de uma nova hermenêutica do preceito ou pelo emprego da teoria da mutação constitucional, some-se a eles essa argumento fundamentalmente legalista, pois que se convoca legislação positiva (vigente) que expressa a máxima irradiação do reconhecimento de um genético *estado de inocência* do cidadão diante das imputações que contra ele são realizadas.

2 Indisponibilidade dos direitos fundamentais, o método da ponderação de princípios e a limitação da possibilidade de mitigação dos direitos e garantias individuais frente aos atributos dos atos administrativos

Das características dos direitos e garantias fundamentais, sua *inalienabilidade*, *indisponibilidade* e *irrenunciabilidade* ganham relevo. Num fundamento *jusnaturalista*, por serem inatos à natureza humana, os Estados não os criam ou estabelecem, e sim os *reconhecem*, mormente através das declarações constitucionais.

Na seção anterior, afirmamos que este conjunto normativo forma verdadeiro núcleo *intangível*, uma vez que este reconhecimento é a única forma de *legitimar* a própria existência do Estado e, por conseguinte, toda sua atividade. Como expusemos, só há de se cogitar sua relativização quando encontrarem-se em choque uns com os outros.

Deste posicionamento não arredamos. Entretanto, como também já apontamos anteriormente, existe tendência atual a uma inobservância da cogênciia destes princípios. Apesar de terem sido literalmente incorporados a Carta Magna brasileira, estes vínculos primordiais acabam sendo relativizados pelas próprias leis infraconstitucionais, na busca por uma resposta social aparentemente mais efetiva ou, mais ardilosamente, no prestígio a exercício fiscalizatório ou punitivo mais simplificado.

O paradigma, que não pode então ser superado, é a *intangibilidade* destas normas que exprimem valores componentes do *núcleo de direitos e garantias fundamentais*. Esta proteção é necessária e indispensável, pois que tais normas são elaboradas a partir do reflexo das características inerentes à própria natureza do homem, constituindo, assim, os alicerces de toda sociedade moderna, democrática e de direito.

Enquanto a *intangibilidade* é característica que deriva do *valor* destes princípios, estes, por sua vez, *fundamentam e legitimam* o próprio Estado, vez que delimitam sua própria existência, a fim de que seja este o *veículo garantidor* daqueles. Esta deve ser uma verdade *absoluta*, inofismável. A atuação

sancionatória do Estado, portanto, só deve ser considerada *justificada* quando enquadrada dentro destes rígidos limites estabelecidos.

Na nossa lavra, impende ressaltar, como fizemos ao longo de toda nossa exposição, que não interessa a via elegida pelo Estado para o exercício do *jus puniendi*; é dizer que o respeito ao *núcleo fundamental de direitos* deve existir em qualquer ocasião, seja na esfera legislativa, quando da elaboração das regulações punitivas; na vereda *judicial*, no exercício da *jurisdição*; ou, precipuamente, na esfera administrativa, no exercício do poder de polícia, poder hierárquico ou disciplinar.

Convocamos, assim, mais uma lição de FERRAJOLI (1995, p. 25-48) para corroborar o exposto. Apesar de o autor referir-se verbalmente ao direito processual penal, lembramos que nossa proposta é abstrair, *mutatis mutandis*, essas observações para toda e qualquer atuação punitiva do Estado. Assim, quando o autor referir-se ao sistema penal, entendamos *punitivo*; quando referir-se ao processo *penal*, leiamos *sancionador*, e daí por diante. Sem mais ressalvas, conheçamos seu magistério:

Um sistema penal está justificado si y únicamente se minimiza la violencia arbitraria en la sociedad. Este fin es alcanzado en la medida en la cual él satisfaga las garantías penales y procesales del derecho penal mínimo. Estas garantías, por lo tanto, pueden ser concebidas como otras tantas condiciones de justificación del derecho penal, en el sentido que sólo su realización es válida para satisfacer los fines justificantes.

Destarte, a validação da pretensão punitiva estatal (frise-se, novamente, em qualquer campo) só se dá a partir da máxima efetivação do núcleo inalienável de direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Entretanto, em razão da multiplicidade das relações humanas, muitas vezes se constatará os componentes deste núcleo em situação de confronto. Resgatando o que já expusemos, apresenta-se ao julgador situação bastante complexa, se lembrarmos que, dada a unicidade da constituição, não há, entre suas disposições, hierarquia capaz de solucionar este embate. Como também anotamos, a aplicação dos princípios, nestas situações, não se resolve pelo método do *tudo ou nada*; é dizer, a validade e a efetividade de um princípio não é capaz de levar a aniquilação de outro.

Assim, o método hodiernamente convocado para a solução destas situações é o da *ponderação*. Furtando-nos à redundância, o método levaria, nos *hard cases*, na denominação comumente utilizada pela doutrina, da lavra de Ronald Dworkin, à efetivação de um dos direitos fundamentais em análise, pela relativização da aplicabilidade do outro, sem, no entanto, afirmar-se a invalidade deste último (SARMENTO, 2019, *passim*). Assim, garante-se a unicidade do ordenamento constitucional e a harmonização dos preceitos fundamentais.

No entanto, sem nos aprofundar neste estudo, para evitar a fuga do mapeamento teórico, no desenvolvimento do referido método, a análise se fundamenta na confrontação entre *princípios constitucionais*, ou seja, na antinomia aparente de normas de mesmo grau hierárquico. Não há de se imaginar, portanto, a aplicação da técnica para a solução do choque entre normas de graus hierárquicos distintos; neste caso, basta a aplicação dos clássicos métodos de solução das antinomias, neste caso, o da *escala hierárquica de justificação* ou da *interpretação conforme a constituição*.

Dito isso, não há que se cogitar, destarte, que a inaplicabilidade (ou a relativização) do *princípio da estado de inocência* seja concluída do seu confronto com a presunção de legitimidade dos atos administrativos. Seria afirmar que um preceito infraconstitucional deve prevalecer a um direito fundamental intrínseco a cidadania.

Haverá aqueles que advogarão que o referido atributo do ato administrativo decorre da *supremacia do interesse público*, pedra de toque do direito administrativo, de natureza constitucional. Opomos a esta visão os seguintes argumentos.

Primeiramente, esta justificativa é daquelas *genéricas* e de pouca objetividade, pois, no direito administrativo, este é o argumento pronto para qualquer contestação dos poderes estatais. Em outras palavras, quando a questão é complexa, o administrador já tem este argumento como recurso último de resposta, muito próximo com o que ocorre com a *dignidade da pessoa humana (data venia*, na visão de muito, se não se sabe o fundamento de qualquer, eis que a dignidade humana é a resposta pronta.).

Esse argumento não se sustenta. Não há, com efeito, em nenhuma das disposições constitucionais, ainda que tacitamente, remissão a uma supremacia da presunção de legitimidade dos atos administrativos em detrimento a *situação jurídica de inocência do cidadão*. Ao contrário, no título da administração pública, há muito mais disposições que homenageiam a *indisponibilidade do interesse público*; todo o artigo 37 da Constituição, como os subsequentes, foi construído no sentido de garantir ao cidadão-administrados rol de direitos e garantias que suportem seu *status libertatis*. São exemplos, a começar do *caput*, a legalidade, impessoalidade e a moralidade administrativa; em sequência, a isonomia, a finalidade, o direito de petição, dentre tantos outros.

Em suma, o arcabouço constitucional, no que se refere ao ato administrativo, não desce às minúcias dos atributos do ato administrativo. Sem embargos, então, seus atributos decorrem da legislação infraconstitucional; ousaríamos dizer mais, da própria *prática administrativa*, numa estranha inversão em que o objeto justifica a norma, e não o inverso.

Desta forma, na garantia do já suscitado *núcleo de direitos e garantias fundamentais*, o princípio do *estado de inocência* não deve se curvar a estes atributos. Mas, na via diametralmente oposta a toda defesa realizada nesta investigação, convivemos, diuturnamente, com situações que demonstra o inverso, muitas das quais *legalmente* corroboradas, como se verá a seguir.

Primeiramente, podemos aduzir a legislação de trânsito brasileira, consubstanciada no Código de Trânsito Brasileiro, de natureza eminentemente administrativa. Pois bem, em sede de infrações de trânsito, em sua absoluta maioria, quando acusado de sua prática, o cidadão é posto em situação de *presunção de culpabilidade*.

Isto porque, sem descer às minúcias procedimentais, para a configuração do cometimento da infração, à autoridade cabe, simplesmente, o apontamento do suporte normativo no qual se subsumiria a conduta do cidadão imputado. Assim sendo, o cidadão, efetivamente, vem ao processo administrativo com o sobrenatural encargo de provar sua *inocência*, no inverso de tudo aquilo que aqui se tenta estabelecer.

Em algumas situações, não há sequer a necessidade de se identificar (ou abordar) o condutor; basta a apresentação do auto de infração suportado pela legislação, e nada mais.

Citemos um caso concreto: de modo geral, o Código de Trânsito exige a citada identificação na confecção dos autos de infração; no entanto, no caso concreto, duas situações fulminam esta exigência.

Primeiramente, a possibilidade de, sempre, atribuir a infração ao *proprietário* do veículo, numa nítida ofensa ao princípio da *culpabilidade*. Logo, novamente, este deveria vir ao processo para demonstrar sua *não-culpabilidade*, que deveria ser *inata*, mais que aqui é invertida.

Some-se a este primeiro argumento, um outro ardil. Especificamente quanto à infração “*deixar o condutor ou passageiro de usar o cinto de segurança*” (art. 167, Código de Trânsito Brasileiro), considerada de natureza grave, para ser efetivada, requer seja aplicada a medida administrativa “*retenção do veículo até a colocação do cinto pelo infrator*”. Nesta oportunidade, a autoridade deveria então, como há de se pressupor, identificar o cidadão e confeccionar auto de infração. Não sendo possível, o auto deveria aduzir todas as tentativas de identificação e o porquê de sua frustração.

Na prática, todavia, isto não ocorre. A indústria das multas de trânsito, dentre as quais as desta natureza são a sua maioria, estabelecem a prática de distribuí-las indistintamente, sem respeito a esta *procedimentalidade*. Simplesmente não se cumpre esta obrigação, fazendo-se constar do auto expressões absolutamente genéricas como “*o condutor evadiu-se*” ou “*impossível identificar o condutor*”, o que é risível.

Quando questionados desta atitude, como já dizemos, a resposta pronta se funda na *presunção de legitimidade*, que estabelece o “santo graal” da *fé pública* do agente administrativo. Segundo boa parte dos defensores desta justificação, exigir a identificação obrigatória do condutor seria estabelecer entrave que impossibilitaria a eficácia da fiscalização, argumento que, ao nosso ver, só atesta a *ineficiência* do poder público. Reforçamos que o efeito desta prática é *subjugar* o

estado de inocência do cidadão; inicia o processo como *culpado* e só se pode defender da acusação se conseguir afastar, cabalmente, o que não ocorreu.

Ressalte-se, em tempo, que de maneira geral existem diversos mecanismos para provar a *ocorrência* de um fato (segundo o Código Civil, por exemplo, os documentos, reproduções em áudio ou vídeo, testemunhos, etc.), enquanto provar a *não ocorrência*, o *nada*, é esforço hercúleo, e é exatamente quando o direito, geralmente, estabelece uma *presunção* ou *afirma* um estado prévio (a inocência, neste caso).

Felizmente, o próprio DENATRAN, no parecer 044/2000/CGIF, rechaçou esta prática, ao atestar:

Face ao exposto, entendemos que há necessidade da abordagem do condutor do veículo para que seja constado pelo agente de trânsito a utilização do cinto de segurança, uma vez que se o mesmo não estiver usando este equipamento e também não estando em condições de funcionamento, lhe deverá ser aplicado, tanto a penalidade da multa, como a medida administrativa de retenção do veículo até a colocação do cinto em perfeito funcionamento, conforme prevê o artigo acima transscrito, tendo em vista que o objeto primordial dessa obrigatoriedade é a de proteger a integridade física dos ocupantes dos veículos.

Outra conclusão não seria possível, mesmo na opinião do mais leigo. Entretanto, a prática dos agentes não se coaduna com tal interpretação, numa flagrante ilegalidade. Se lembrarmos ainda que o poder de polícia, quanto ao trânsito, é muitas vezes atribuídas a órgãos municipais, estas práticas, pelo parco conhecimento que a maioria destes agentes possuem, estas ocorrências se potencializam.

Surpreendentemente, a jurisprudência frequentemente corrobora estas práticas, corroborando a validade da sanção ainda que sem a observância do *estado de inocência*¹¹. Ainda mais espantoso, como dissemos, é que o argumento principal,

¹¹ A título de exemplo, as seguintes ementas “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MULTA DE TRÂNSITO. NÃO UTILIZAÇÃO DO CINTO DE SEGURANÇA. **NÃO ABORDAGEM PELO AGENTE AUTUADOR. DESNECESSIDADE.** LEGALIDADE DO AUTO INFRACIONAL. EMBARGOS INFRINGENTES. DESPROVIMENTO. A INFRAÇÃO DE TRÂNSITO REFERENTE À NÃO UTILIZAÇÃO DO CINTO DE SEGURANÇA NÃO EXIGE PARA A SUA VALIDADE A ABORDAGEM DO INFRATOR. (TJ-DF - EIC: 20040110116387 DF , Relator: NATANAEL CAETANO, Data de Julgamento: 23/04/2007, 1^a Câmara Cível, Data de Publicação: DJU 24/05/2007 Pág. : 62” e “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MULTA DE TRÂNSITO. NÃO UTILIZAÇÃO DO CINTO DE SEGURANÇA. **NÃO ABORDAGEM PELO AGENTE AUTUADOR. DESNECESSIDADE.**

frise-se, é a presunção de legitimidade do ato administrativo, em absurdo detimento à situação jurídica de inocência do cidadão.

É um primeiro exemplo de como nossas autoridades administrativas e, espantosamente, também o poder judiciário muitas vezes encaram o direito citado com de uma categoria inferior, fomentando a burocracia e a arbitrariedade. Anote-se, inclusive, que nos citados julgados, como muitas vezes ocorre, refere-se ao processo administrativo com a adjetivação “*mero*” (*in casu*, a expressão “*mera medida administrativa*”, o que corrobora a visão de que o processo administrativo compõe uma *subclasse* ou um “*mero*” procedimento, onde não vigorariam diversas das garantias processuais.

Como estes há muitos outros, sempre atestando a minimização do direito ao *estado de inocência*, em contrapartida da exacerbação desta famigerada presunção de legitimidade dos atos administrativos, consubstanciadas na tal “fé pública” dos agentes administrativos. Essas situações levam ao arbítrio administrativo, fomentam o excesso de poder e o desvio de finalidade, esmagam o cidadão frente ao poderio estatal; enfim, afrontam os fundamentos primeiros da cidadania e do Estado Democrático de Direito Constitucional.

A título de ilustração, lembremos ainda do processo administrativo tributário, fundamentalmente marcado por uma superioridade do ente tributante em relação ao contribuinte, onde a simples apresentação de dados é tomada como suficiente para fundamentar a aplicação de pesadas sanções ao contribuinte. Nestes casos, outrossim, queda-se o cidadão novamente numa posição de *culpado*, levando-o à amarga necessidade de ter de provar, a *contrario sensu*, sua inocência.

LEGALIDADE DO AUTO INFRACIONAL. EMBARGOS INFRINGENTES. DESPROVIMENTO. A INFRAÇÃO DE TRÂNSITO REFERENTE À NÃO UTILIZAÇÃO DO CINTO DE SEGURANÇA NÃO EXIGE PARA A SUA VALIDADE A ABORDAGEM DO INFRATOR. ISSO PORQUE, SEGUNDO DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (ART. 280, § 3º), É DESNECESSÁRIA A PRESENÇA DA AUTORIDADE DE TRÂNSITO OU DO AGENTE AUTUADOR NO MOMENTO DO REGISTRO DA INFRAÇÃO. AINDA QUE SEJA IMPOSSÍVEL A ABORDAGEM DO VEÍCULO E A IDENTIFICAÇÃO DO CONDUTOR DO VEÍCULO TRANSGRESSOR, O AUTO DE INFRAÇÃO É VÁLIDO, MÁXIME PORQUE PRESUMEM-SE LEGÍTIMOS OS ATOS PRATICADOS POR AGENTES INVESTIDOS DE FUNÇÃO PÚBLICA, COMO É O CASO DO AGENTE DE TRÂNSITO. A RETENÇÃO DO VEÍCULO ATÉ A COLOCAÇÃO DO CINTO PELO INFRATOR DE QUE FALA O ART. 167 DO CTB É MEDIDA MERAMENTE ADMINISTRATIVA USUALMENTE APLICADA NOS CASOS EM QUE O TRANSGRESSOR É ABORDADO EM BLITZ DE TRÂNSITO, E NÃO QUANDO FLAGRADO DE LONGE, COM O VEÍCULO EM MOVIMENTO. (TJ-DF - EIC: 116382220048070001 DF 0011638-22.2004.807.0001, Relator: NATANAEL CAETANO, Data de Julgamento: 23/04/2007, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 24/05/2007, DJU Pág. 62 Seção: 3) (grifos nossos).

Em nossa investigação fomos questionados sobre a solução do problema aqui planteado. Mais especificamente, indaga-se como balancear, na prática, a necessária *presunção de legitimidade* dos atos administrativos, em homenagem a eficácia e a celeridade, com a garantia do *estado de inocência* do indivíduo. Questão, para qual temos a resposta, que se coloca a seguir.

Pois bem, eis que, em sede de processo administrativo, estamos sob a égide de diversos princípios informadores, dentre os quais já destacamos a legalidade, a motivação, o informalismo, etc.. Na persecução do devido contrabalanceamento entre os dois institutos em comento, merecem enfoque a princípio da oficialidade, como *instrumento*, e o princípio da *verdade material*, como objetivo.

Esclarecendo, o primeiro argumento para a sobrevalência inequívoca do estado de inocência no processo administrativo sancionador, é que nesta relação jurídica, muito diferentemente daquela estabelecida em juízo, os atores do processo não estão em *disputa*. Isto porque a administração pública deve desempenhar suas funções processuais na busca da *verdade material*, e não com intuito eminentemente acusatório ou condenatório.

Veja bem, seria incoerente que, estando em plena disputa, confiasse-se, a mesma pessoa, a função acusatória e a função decisória. Inevitavelmente, o *decisum* só faria confirmar a intenção *punitiva* do julgador. Sem nos alongar, lembramos que a história do *processo penal* nos ensina que a figura do *juiz inquisidor* é esdrúxula, tendo levado a diversas atrocidades.

O processo administrativo, mesmo que contencioso, ao menos no que supõe a teoria, é realizado com objetivo distinto. Na salvaguarda do interesse público e dos direitos e garantias individuais, o administrador e o cidadão devem estabelecer relação de *colaboração*, a fim de contribuírem para a busca da verdade material.

Neste intento, estabelecem-se diversos mecanismos que confirmam a natureza desta relação. Como exemplo, no âmbito federal, a inexistência de efeitos da revelia no processo administrativo disciplinar, a regra (com suas exceções) da não-preclusividade dos prazos administrativos até a decisão, a obrigatoriedade da

administração pública em juntar ao processo documentos e outras provas que o cidadão administrado alegue estar em seu poder, dentre outros.

O objetivo do processo administrativo sancionador não é, então, a *punição*, e sim a averiguação da *verdade*. Caso esta, por conseguinte, não possa ser verificada além da *dúvida razoável*, há de prevalecer a *inocência* do imputado, em detrimento da legitimidade do ato administrativo, e nunca, absolutamente nunca, o inverso.

Este é o *objetivo* do processo, a *verdade material*. Para atingi-lo, no entanto, necessitamos do *instrumento*, que é consubstanciado no princípio do *impulso oficial*.

Esta relação *colaborativa* se calca, fundamentalmente, na possibilidade da própria administração pública, enquanto guardiã do processo, em produzir, ela mesma, todas as provas necessárias para a instrução da buscada verdade. Diferentemente do processo judicial, mesmo o penal, não estamos sob a égide do princípio da *inércia*; ao contrário, compete à própria autoridade administrativa, de ofício, impulsionar o processo, trazendo à análise todos os meios de prova legalmente aceitos (documentais, periciais, testemunhais, etc.).

Logo, muito mais que simplesmente *instaurar* o processo (no sancionador, muito mais que imputar a prática da infração ao administrado), deve zelar para que a *verdade* seja efetivamente demonstrada em todo seu desenvolvimento.

Ademais, devemos lembrar que o administrador conta com toda um estrutura (física, tecnológica, jurídica e de pessoal) para o exercício deste mister. Se comparada ao cidadão, individualmente, está sempre e absolutamente em melhores e maiores condições de produzir os meios de prova suficiente para a averiguação da veracidade das imputações. Se tomamos o processo administrativo sancionador num prisma *colaborativo*, o esforço probatório do administrador deve ser muito maior, proporcional à sua capacidade instrutória.

Ainda, sabemos que a *motivação* é requisito de validade dos atos administrativos que importem na imposição ou no agravamento de deveres dos cidadãos administrados. Ora, não se pode ter como *motivados* atos que se justificam

em linhas genéricas, evasivas, ambíguas ou inócuas. Certamente, o legislador ao determinar esta exigência, queria garantir a demonstração da citada *verdade material*, e não estabelecer mero requisito burocrático.

Veja, portanto, que não há de se inventar todo um novo conjunto de mecanismos para a plena efetivação do *princípio do estado de inocência do cidadão* no processo administrativo sancionador, uma vez que estes já estão postos, mormente na figura da *busca da verdade material*, suportada pelo *princípio da oficialidade*.

O paradigma que precisa ser rompido, entretanto, é que frente à presunção de legitimidade dos atos administrativos o direito à *situação jurídica de inocência do cidadão* deve ceder. Mais, e muito antes, há de se romper ainda com a leitura deste direito fundamental somente com eficácia na esfera penal, pois que, sendo componente indissociável do devido processo legal, deve ser resguardado a todo momento em que o Estado pretenda lançar mão de seu *jus puniendi*, independe da via escolhida.

3 A evolução da aplicação do estado de inocência ao processo administrativo sancionador brasileiro

Por derradeiro, julgamos primordial reproduzir as produções normativas e jurisprudenciais que dedicaram-se ao tema, muito no intuito de robustecer toda nossa investigação e demonstrar, sobremaneira, o *status atual* do princípio em comento.

Em primeira análise, conhiceremos de pareceres da Advocacia Geral da União que, em sua função consultiva e de orientação, analisaram a aplicação do referido princípio da esfera administrativa.

De outro lado, consultaremos os documento jurisprudenciais que perscrutaram o mesmo tema, assentando importantes entendimentos, muitas vezes em sentidos bastante divergentes.

A fim de manter a objetividade e a clareza do texto, faremos análise somente do ementário destes editos, suficientes para a argumentação proposta.

Passemos, assim, a esse estudo.

3.1 Pareceres da Advocacia Geral da União sobre o tema

Inauguramos a análise pelo Parecer AGU/GQ nº. 136, de 19 de janeiro de 1998, que teve como tema nuclear a correlação entre a aplicação do *estado de inocência* e o ônus da prova no processo administrativo.

Tratava o caso de imputação a um servidor de faltas graves quanto a apropriação de verbas remuneratórias indevidas. No decorrer de todo o processo, a demonstração da culpabilidade do servidor baseava-se, apenas, num alegação de que, por mais que não houvesse concorrido ativamente para os pagamentos indevidos, haveria o servidor, livre e conscientemente, apropriado-se do resultado obtido, o que segundo a autoridade responsável pela instrução processual, caracterizaria, note-se, dolo genérico.

Confirmando nossa visão, a *motivação* do ato de imputação, para sua validade, não pode ser genérica, havendo de demonstrar, efetivamente, não só os fundamentos de fato e de direito que suportam a decisão, mas, primordialmente, demonstrar a *efetiva culpabilidade do imputado*, única forma capaz de afastar sua *situação jurídica de inocência*.

Foi exatamente este o entendimento do Órgão consultivo, que asseverou a título de ementa: “*A penalidade do servidor deve adstringir-se às faltas sobre as quais existam, nos autos, elementos de convicção capazes de imprimir a certeza quanto à materialidade da infração e à autoria. No processo disciplinar, o ônus da prova incumbe à Administração.*” (grifos nossos).

Homenageando o *status libertatis* do servidor, a ementa cristaliza a *convicção de certeza* como única forma capaz de transpor o *estado de inocência*, levando a inculpação do cidadão administrado. Confirmando a correlação que previamente destacamos, atesta que isto acarreta uma clara consequência: a de que a asseguração deste direito estabelece o ônus da prova àquele que suscita a culpa,

e não o inverso, fazendo com que, restando a *dúvida razoável*, a única conclusão possível é pela manutenção do inato *estado de inocência* do indivíduo.

Sem necessidade de aprofundamento, confirma esta nossa última conclusão, *ipsis literis*, o Parecer nº GQ-173, de 19 de outubro de 1998, quando afirma que “*A Administração pode editar o ato punitivo apenas na hipótese em que esteja convencida quanto à responsabilidade administrativa do servidor a quem se imputa a autoria da infração. A dúvida deve resultar em benefício do indiciado.*” e o parecer nº GQ-182, de 04 de dezembro de 1988, atestando, no mesmíssimo sentido “*A Administração deve editar o ato punitivo apenas na hipótese em que esteja convencida a respeito da responsabilidade administrativa do indiciado. A dúvida induz à exculpação.*” (grifos nossos). Mais cristalinos não poderiam ser, pois que determinam a absoluta sobrevalência do *estado de inocência* sobre a legitimidade do ato administrativo, como por nós defendido.

Finalmente, temos o Parecer de nº GM-3, de 31 de março de 2000. Possuindo uma ementa mais dissertativa, estabelece:

O Direito Disciplinar rege-se por normas específicas e independentes (...). Incumbe à Administração apurar as irregularidades verificadas no Serviço Público e **demonstrar a culpabilidade do servidor**, proporcionando **seguro juízo de valor sobre a verdade dos fatos**. **Na dúvida** sobre a existência de falta disciplinar ou da autoria, **não se aplica penalidade**, por ser a solução mais benigna. Apuradas a materialidade da infração e a autoria, por intermédio de processo disciplinar em que se assegurou o **exercício do direito de defesa**, e se o servidor tinha capacidade de entendimento do caráter ilícito de sua atuação funcional, a irrogação da penalidade torna-se compulsória, sem margem à discricionariedade da autoridade julgadora e à constatação do dolo.

Absolutamente pertinentes as lições daqui extraídas, capazes, inclusive, de encerrar todos os estudos por nós realizados. O direito fundamental ao *processo*, com sua garantia do *contraditório e da ampla defesa*, decorrentes do estado de inocência, são o único meio validador da inculpação do cidadão administrado.

Feitas estas breves considerações, o que nos espanta é que estas decisões, que beiram ao óbvio, se lembarmos de todos os fundamentos principiológicos e hermenêuticos que analisamos por todo o trabalho, só são prolixos no específico campo do processo administrativo sancionador *disciplinar*. Se saímos

dessa vereda, toda a leitura do *estado de inocência* se altera, o que é, no mínimo, curioso.

Isto porque, seja *disciplinar* ou seja *ordinário* (decorrente do poder de polícia), a verdade é que se trata, em qualquer dos casos, de processo administrativo *sancionador*. No entanto, quando os mesmos argumentos são convocados em sede administrativa ordinário, é dizer, numa relação não-funcional entre Administração Pública e cidadão administrado, as decisões são completamente distintas. Numa inversão absoluta, a legitimidade dos atos administrativos ganha relevo, rebaixa-se o *estado de inocência do cidadão* e se instaura processo em que, na dúvida, permanece o *estado de culpa*, o que, como a esta altura já sabemos, é absolutamente *inconstitucional*.

Como justificativa da existência destes dois “regimes” de efetividade do direito fundamental da inocência, só conseguimos enxergar o que chamamos de *corporativismo jurídico*: quando se trata de aplicar as máximas protecionistas ao *servidores públicos*, eleva-se o estado de inocência por tomar-se a *punição* como circunstância extrema (mormente no caso das *demissões*); de outra via, quando a pretensão punitiva se dirige ao cidadão comum, que se prestigie a legitimidade e o empoderamento estatal e que se relegue o cidadão a um estado de culpa pré-estabelecido, com fundamento na efetividade da execução das prerrogativas públicas, da fiscalização e da manutenção do totem da “fé pública”.

3.2 A evolução da produção jurisprudencial brasileira

Começamos esta empreitada pela análise de um dos mais icônicos julgados de nossa Casa Constitucional que, em pleno período ditatorial, declarou inconstitucional artigo da Lei de Segurança Nacional.

Sem atentarmos às minúcias do caso, pois que não é nosso intento, havia a possibilidade de suspensão de certos direitos civis e sociais do cidadão pelo simples fato de ter sido recebida denúncia pela prática de um delito.

Veja, desta arte, que a legislação pretendia a antecipação dos efeitos de uma possível condenação já na imputação do cometimento da prática infracional, fazendo com que houvesse verdadeira *presunção de culpa* do acusado.

Confirmando a *positividade* de direitos e garantias fundamentais mesmo sem expressa previsão no direito escrito, o que, na década de 1968, ainda era bastante insípido, o Relator, Min. Themistocles Cavalcanti, corajosamente lecionou:

Não é preciso que esteja expressa a garantia, basta que ela decorra do sistema político e do conjunto dos princípios expressos. Não tenho dúvida que isto ocorre na espécie porque o rigor das medidas previstas na lei que estamos examinando grita contra a essência dos princípios humanos que se resumem no direito de sobrevivência, que somente a condenação pode limitar o direito ao trabalho, bem com a normas expressas que assegurem o exercício profissional e as relações de trabalho no âmbito da empresa privada.

Numa clara homenagem aos direitos fundamentais, asseverou-se que, ainda que tácitos, deveriam ser efetivados; disse mais, que a antecipação dos efeitos de uma condenação, num estado prévio de culpa, afrontava toda a principiologia constitucional vigente.

Na vanguarda destes entendimentos, constatou-se ainda que há inconstitucionalidade de uma norma mesmo quando ela não confronte com disposição *literal* da Carta Constitucional, mas que ofenda os direitos *decorrentes* do sistema jurídico-político por ela estabelecido.

Já agora nos idos de 1985, assenta-se entendimento que com esta visão se coaduna. Na condição de Relator do Recurso Extraordinário de n° 99.069/BA, o Min. Oscar Corrêa, analisou questões atinentes ao direito eleitoral, mais especificamente sobre inelegibilidade. Entretanto, todo o arcabouço teórico para fundamentação de seus argumentos referia-se ao devido processo legal, especificamente, no que aproveitamentos, à garantia da situação jurídica de inocência até o trânsito em julgada da decisão que constata a culpa.

Assim, à época, nossa Suprema Corte estabeleceu posicionamento de que, *independentemente da especialidade meritória da acusação* (em outras palavras, da senda processual – comum ou eleitoral), havia de se considerar o cidadão inocente até a verificação irrefutável de sua culpabilidade.

Ipsis verbis, neste aspecto, entendeu que:

Não há como querer distinguir entre efeitos da sentença condenatória para fins comuns e para fins especiais (...). Não preserva a moralidade interpretação que considera condenado quem o não foi, em decisão final irrecorrível. Pelo contrário: a ela se opõe, porque põe em risco a reputação de alguém, que se não pode dizer sujeito a punição, pela prática de qualquer ilícito, senão depois de devida, regular e legalmente condenado, por sentença de que não possa, legalmente, recorrer.

Confirma-se, então, que a garantia da *situação jurídica do cidadão* não era privilégio exclusivo do imputado da prática de um *crime* (ou seja, vigente apenas no processo penal), mas que era máxima a ser efetivada em qualquer *espécie processual*, a fim de lhe assegurar validade.

Tal assentamento é de tamanha pertinência que, contemporaneamente, continua sendo convocado para embasar diversos julgados. Nessa esteira, a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 144/DF, de 2008, sob relatoria do Min. Celso de Mello, que exarou voto condutor da decisão, suscitava o julgado anterior como um de seus argumentos.

No calor dos recentes debates sobre as alterações do processo eleitoral, mormente no que respeita às condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade, nosso Supremo Tribunal Federal foi incessantemente convocado a manifestar-se acerca de diversas questões constitucionais atinentes ao tema.

No referido acórdão, de ementa vasta, um dos pontos debatidos foi exatamente a amplitude de eficácia do princípio do estado de inocência para além do processo penal. Extraíndo aquilo que interessa à nossa discussão, o *decisum* exarado afirma o que se segue:

PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA – EVOLUÇÃO HISTÓRICA E REGIME JURÍDICO DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA – O TRATAMENTO DISPENSADO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS, TANTO AS DE CARÁTER REGIONAL QUANTO AS DE NATUREZA GLOBAL – O PROCESSO PENAL COMO DOMÍNIO MAIS EXPRESSIVO DE INCIDÊNCIA DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA – EFICÁCIA IRRADIANTE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DESSE PRINCÍPIO AO ÂMBITO DO PROCESSO ELEITORAL

Note que na ocasião, apesar de confirmar que é o direito processual penal o campo de substancial aplicação do princípio, afirmou-se uma *eficácia irradiante* do preceito, asseverando a possibilidade de sua aplicação em outras sendas processuais, *in casu*, no processo eleitoral.

Ora, se se confirma esta *irradiância* da máxima da inocência para além do processo penal, afirmando, como se fez ainda no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral no mesmo ano, na arquetípica consulta 1.621/PB, a necessidade de uma interpretação contextual dos preceitos constitucionais, sua aplicação a todos os processos que tenham como objetivo restringir o *status libertatis* dos indivíduos, nos quais se incluem o processo administrativo sancionar, é consequência lógica, fundada nas mesmas bases.

De maior pertinente ao nosso discurso é o acórdão relatado pelo Min. Ricardo Lewandowski, em 2007, quando a Corte Constitucional fora convocada para julgar a constitucionalidade de artigo de lei estadual mineira, que autorizava a redução de vencimentos de servidores pelo simples fato de estarem sendo alvos de processo criminal.

Trata-se de Recurso Extraordinário registrado sob o número 482.006/MG, em 07 de julho de 2007, que, naquilo que nos interessa, teve a seguinte ementa:

EMENTA: ART. 2º DA LEI ESTADUAL 2.364/61 DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE DEU NOVA REDAÇÃO À LEI ESTADUAL 869/52, AUTORIZANDO A REDUÇÃO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS PROCESSADOS CRIMINALMENTE. DISPOSITIVO NÃO-RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. I - A redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, LVII, e 37, XV, da Constituição, que abrigam, respectivamente, os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos. II - Norma estadual não-recepçãoada pela atual Carta Magna, sendo irrelevante a previsão que nela se contém de devolução dos valores descontados em caso de absolvição.

Impossibilitando a subsistência de qualquer dúvida, o Tribunal afirmou, com todas as letras, a aplicação do princípio do estado de inocência ao processo administrativo sancionador, afastando, por conseguinte, a constitucionalidade da lei que com ele confrontava.

No entanto, novamente, estamos em sede de processo administrativo sancionador de natureza *disciplinar*, no qual, como vimos, é comum o reconhecimento da efetividade do princípio, o que não ocorre, como queremos, em sede de processo administrativo sancionador ordinário.

Por derradeiro, importante ainda trazer à baila extrato do julgamento conjunto da Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, que enfrentaram as diversas e cruciais questões suscitadas pela edição da Lei Complementar nº 135/2010, nacionalmente conhecida como Lei da Ficha Limpa.

O referido acórdão teve como ementa, da qual grifamos:

AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELEITIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO.

(…)

3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral.

Tal regramento, muito comemorado pela sociedade, em relação ao nosso debate, resgatou a análise da aplicação do *estado de inocência* para além do direito processual penal, oportunidade na qual, mudando radicalmente sua posição, como se nota, nosso Tribunal Constitucional concluiu por sua leitura restritiva.

Ressalte-se, desde já, que não se trata aqui de processo efetivamente *sancionador*, pelo que não se aplicam ao caso, irrestritamente, todos os argumentos que aduzimos até aqui. De qualquer forma, houve a conclusão por uma “*redução teleológica*” do princípio do *estado de inocência*, na busca de uma “*reaproximação ao sentido literal do comando*”. Em outras palavras, o abandono da *hermenêutica contextual ou sistemática*, e um resgate de uma hermenêutica *literal*.

Anote-se, de passagem, que todo o debate assentado nas seções parte do pressuposto da vigência de uma redação restritiva, olvidando as profundas alterações já sofridas pelo comando, como defendemos.

Em seu voto, efetivamente, a Min. Carmen Lúcia lembrou dos debates da Constituinte de 1988, que foram trazidos a este trabalho anteriormente, a fim de embasar suas conclusões quanto a inaplicabilidade do princípio a outros ramos do direito processual. Perpetrando uma hermenêutica histórica (por nós combatida), na busca da suposta *vontade do legislador*, asseverou que os parlamentares decidiram, à época, restringir a aplicação do princípio à esfera penal.

Assim, em suas palavras e citando também a lavra do Min. Hamilton Carvalhido, anota:

É a Constituição taxativa ao estatuir que ninguém será considerado culpado até a decisão **penal** condenatória. Estamos em sede de Direito Eleitoral, por isso quando a primeira consulta foi decidida sobre esta norma especificamente, no Tribunal Superior Eleitoral, a Consulta nº 1.120, há uma passagem que eu gostaria de lembrar, do Ministro Hamilton Carvalhido, que afirmou, então, o que me pareceu extremamente claro: “*A garantia da presunção de não culpabilidade protege, como direito fundamental, o universo de direitos do cidadão, e a norma do artigo 14, § 9º, da Constituição Federal restringe o direito fundamental à elegibilidade [rigorosamente nos termos da Constituição] em obséquio da probidade administrativa para o exercício do mandato, em função da vida pregressa do candidato. A regra (...) visa acima de tudo ao futuro, função eminentemente protetiva ou, em melhor termo, cautelar, alcançando restritivamente (...), por isso mesmo, a garantia da presunção da*

não culpabilidade penal, impõe-se a ponderação de valores para o estabelecimento dos limites resultantes à norma de inelegibilidade."

Ora, além de contrariar verbalmente a histórica posição de nossa Corte, que sempre propugnou, como vimos, pela irradiância do princípio, *data maxima venia*, rechaçamos já anteriormente este argumento de uma suposta "escolha constitucional" pela restrição do princípio por dois argumentos primordiais: primeiramente, como demonstram os registros nos Anais da Constituinte, o emprego da palavra "*penal*" pelos parlamentares foi realizado considerando a existência, além deste, simplesmente do processo civil, o que hoje não mais subsiste; em segundo lugar, pela necessidade de uma hermenêutica que vise a *promoção do bem comum* e busque os *fins comuns a que a norma se destina*, superando esta busca por uma "*constituição perdida*" (SUNSTEIN, *passim*), estanque e inexorável.

Poderia se argumentar que a decisão assim se embasou pois não se está diante do exercício do *jus puniendi* estatal, o que é bastante válido, e deve ser considerado. Verdadeiramente, no caso específico, urge o emprego do método da *ponderação*, pois que se encontram em choque dois valores constitucionais primordiais – a moralidade administrativa e o princípio do estado de inocência – devendo pender a balança, também ao nosso ver, para o lado do primeiro.

Entretanto, não nos referimos à *substância*, pois que o pano de fundo nos parece adequado, mas a técnica empregada para atingir a validação das restrições pretendidas. Queremos dar destaque ao *modo* pela qual se realizou a ponderação, nisto sim sendo importante para confirmar nosso discurso.

O que vem acontecendo, sobremaneira nos últimos anos, é que nosso Tribunal, a fim de alcançar determinado objetivo, tem promovido esforços interpretativos radicais para alcançar a meta pretendida. A título de exemplo, para afirmar a legalidade da *interrupção terapêutica da gestação do feto anencéfalo*, a Corte Constitucional enveredou-se por uma nova definição do conceito de vida, a fim de validar a referida prática.

Da mesma forma, ainda que o caso não se refira, efetivamente, ao *processo administrativo sancionador*, o Supremo Tribunal Federal, a fim de asseverar sua inaplicabilidade especificamente ao caso planteado, promove um radical esvaziamento de sua eficácia, fulminando, indiretamente, sua aplicação a

qualquer ramo do direito que não seja o processual penal. Anote-se, inclusive, que tal postura nos parece, no mínimo, bastante casuística.

Nosso entendimento é diametralmente oposto. Mesmo que, nos casos difíceis, seja necessária a relativização, pela técnica da ponderação, do princípio do estado de inocência, o que é possível, quanto a sua irradiância aos diversos ramos do direito a única hermenêutica possível é aquela que resulte em sua máxima efetividade, seu inadmissível sustentar uma postura que esvazie o princípio, restringindo-o tão somente, ao âmbito do direito processual penal.

Reforcemos, ainda, que diferentemente do que aduz o Pretório Excelso, defendemos atual vigência de uma nova redação do art. 5º, LVII, da Constituição da República, provocada pela ratificação e consequente vigência, no direito interno, do Pacto de São José da Costa Rica. Consequentemente, a redação que efetivamente vigora aduz, assim, o princípio da *situação jurídica de inocência*: “*Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*”, nitidamente, sem nenhum caráter de restrição a este ou aquele ramo do direito processual brasileiro.

CONCLUSÃO

No regime jurídico estabelecido pela ordenamento pátrio, o respeito ao núcleo inalienável de direitos e garantias fundamentais foi erigido como fundamento de nosso Estado. Na história do mundo, a limitação dos poderes do soberano sempre foi a estratégia utilizada para garantir o estabelecimento de uma relação digna e harmônica entre indivíduo e Estado. Consequentemente, esta mesma história demonstra que esta relação evolui à medida em que passa a se desenvolver com o respeito a regras e valores antecipadamente estabelecidos para o exercício das prerrogativas públicas, definindo em si mesmo uma garantia fundamental, a da *processualidade*.

Esta, por sua vez, exige que o cidadão imputado de uma prática ilícita, seja ela *civil*, *processual* ou *administrativa*, seja tratado como absolutamente inocente até que sua culpa reste efetivamente demonstrada exatamente pela via do processo. Trata-se do componente precípuo do *devido processo legal*, que dá origem a todas as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Trata-se de comando constitucional que, em assim sendo, deve ser sempre interpretado na busca da máxima efetividade dos direitos humanos. Uma Constituição não é um documento histórico, estático, mas sim um organismo vivo, mutável, que tem por objetivo assegurar a dignidade do cidadão no momento histórico em que se desenvolvem as relações sociais. Desta feita, sua interpretação deve ser *sistemática*, pois que seus comandos não são *tiras normativas* isoladas, mas componentes de um *regime jurídico constitucional*; além disso, deve ser *contextualizada*, adequada aos anseios sociais vigentes.

Logo, o *princípio do estado de inocência*, conforme previsto no art. 5º, LVII, da Constituição da República Brasileira tem aplicabilidade em todo momento em que o Estado pretenda exercer seu *jus puniendi*, independentemente da via processual escolhida. A despeito da literalidade do comando, afirmamos uma reforma tácita de seu texto, em virtude da *mutação* que sofre e, principalmente, por respeito ao atual *status* de proteção dos direitos humanos que o Brasil, no âmbito doméstico e internacional, expressamente declarou sua aderência.

A possibilidade de relativização destes preceitos garantidores só é possível na medida em que se escolha implementar, com maior eficácia, outro de mesma natureza. Tais mandamentos não podem, portanto, curvar-se perante outros atributos normativos de menor grau de valência. Assim, a presunção de *legitimidade* dos atos administrativos, no entendimento por nós esposado, não é suficiente para inverter a natureza intrínseca ao cidadão, tornando-o *culpado* antes do término do processo.

Esta cultura deve cessar, pois abre as portas ao arbítrio ao excesso. Num Estado Democrático de Direito Constitucional, que tem na cidadania e na dignidade seu alicerce, a Administração Pública deve ser *meio*, e não fim, para garantir o respeito absoluto a este núcleo intangível de liberdades individuais, que tem no *estado de inocência* do indivíduo um de seus pressupostos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo, Saraiva: 2009
_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 16/07/2010.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao Estudo do Direito: os Fundamentos e a visão histórica*. São Paulo: Forense, 1986.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo. M. Oliveira. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 19--.
- BIANCHINI, Alice *et al.* *Direito Penal. Introdução e Princípios Fundamentais*. São Paulo: RT, 2009.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo : Saraiva, 2012.
- BRASIL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*. Brasília: Senado Federal. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituinte>. Acesso em: 06/04/2008.
_____. *Parecer AGU N° GQ-136*, de 19 de janeiro de 1998. Disponível em <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:advocacia. geral.uniao:parecer:1998-01-19;gq-136>>. Acesso em 13/12/2012.
- _____. Supremo Tribunal Federal, *RE n° 466.343/SP*, Relator: Min. Cezar Peluso, 2009.
- _____. TJ-DF, *EIC n° 20040110116387*, Relator: NATANAEL CAETANO, 2007. Disponível em
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Cívi – vol. I*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.

CARNEIRO NETO, Durval. *Processo, jurisdição e ônus da prova no Direito Administrativo: um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade.* Salvador: Juspodivm, 2008.

CARNEIRO, Maria Francisca. *Reflexões sobre a epistemologia jurídica contemporânea no Brasil.* RIBD, Ano 2 (2013), nº 4, 2777-2790. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_04_02777_02790.pdf>. Acesso em 12/12/2013.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis da nova Constituição do Brasil.* Rio de Janeiro: Forense. 1989.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

COVELLO, Sérgio Carlos. *A presunção em matéria civil.* São Paulo: Saraiva, 1983.

COSTA, Nelson Nery. *Processo Administrativo e suas espécies.* Rio de Janeiro: Forentes, 2005.

DI PIETRO, Maria Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno.* São Paulo: Malheiros, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *El Derecho Penal mínimo*, VV.AA., “Prevención y Teoría de la Pena”. Editorial Jurídica Conosur: Santiago, Chile, 1995.

_____. *El garantismo y la filosofía del derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2000.

_____. *Epistemología jurídica y garantismo*. México, D.F.: Distribuciones Fontamara. 2004.

_____. *Sobre los derechos fundamentais*. Tradução de Miguel Carbonell. *Cuestiones Constitucionales*, Madrid, 15, 113-116, jul./dez, 2006.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1988.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Tradução por CAPITANIO, Paolo. Campinas: Bookseller, 1999.

FREITAS MELLO, Shirlei Silmara de. *Processo administrativo sancionador federal como instrumento de proteção de direitos individuais e difusos: Breves reflexões sobre garantismo e interesse público na efetivação da pretensão punitiva estatal*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun/2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigo_id=7573&revista_caderno=4>. Acesso em jun/2012.

GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2010.

GODINHO, Robson Renault. *A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais*. Revista Jurídica UNIJUS / Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Vol. 1, n.1. Uberaba: UNIUBE, 1998.

GOMES, Luiz Flávio [et al]. *Direito supraconstitucional*. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito. São Paulo: RT, 2010.

GUASTINI, Riccardo. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico*. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

GUEDES, Demian. *Processo Administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Tradução da segunda edição alemã por LOS RIOS, Fernando de. Buenos Aires: Albatros, 1970.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KRIELE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado*. Porto Alegre: Fabris, 2009.

LOPES Jr, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAGALHÃES, Leonardo Cardoso de. *O Pacto de São José da Costa Rica e o julgamento do RE-STF 466.343*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-pacto-de-s%C3%A3o-jos%C3%A3o-da-costa-rica-e-o-julgamento-do-re-stf-466343>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. Niterói: Impetus, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *A tese da Supralegalidade dos Tratados de Direitos Humanos*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 03 de agosto de 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIR, José Cerezo. *Derecho Penal Parte General*. São Paulo: RT, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Egnon Bockmann. *Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. São Paulo: Malheiros, 2013.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Forense, 2011.

OLIVEIRA, Allan Helber de. *Direito Processual na história*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2011.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1990

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil*: riscos e possibilidades. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, 2009.

SUNSTEIN, Cass. *Radical in Robes*: why extreme right-wing Courts are wrong for America. Basic Books: Estados Unidos da América, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI*. Rev. bras. polít. int. [online]. 1997, vol.40, n.1, pp. 167-177.

VAZ, Anderson Rosa. *Introdução ao Direito – Teoria do Direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

ZAGREBELZKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2009.