

O LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL*

UADI LAMMÊGO BULOS
Professor de Direito Constitucional

*“Mais vale um juiz bom e prudente do que uma boa lei.
Com um juiz mau e injusto, uma lei boa de nada serve,
porque ele a verga e a torna injusta a seu modo”*
(Código Geral da Suécia de 1734).

1. COLOCAÇÃO DA MATÉRIA

Num sugestivo ensaio publicado na **Révue de Métaphysique et de Moral**, Winter propõe a aplicação da *álgebra lógica* às controvérsias judiciárias.

Se levássemos essa proposta às últimas conseqüências, acabaríamos abstraindo o vigor da experiência no desenvolvimento do raciocínio jurídico e o magistrado seria simplesmente a boca que pronuncia as palavras da lei, sem tentar moderar-lhes a força e o rigor.

Como o juiz não é um ser inanimado – um autômato de decisões – o seu mister não se assemelha a uma atividade mecânica ou puramente racional¹. Apesar de infinita a diversidade de casos submetidos ao seu diagnóstico, ele sempre terá que defender novas teses ou corroborar pensamentos dantes cristalizados.

Todas essas considerações vêm a propósito da Lei 9.807 de 13 de julho de 1999, que estabeleceu os programas de proteção e assistência às vítimas,

* Texto que serviu de roteiro para a conferência proferida na XIIª Semana de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em parceria com o Instituto de Processo Penal (Porto Alegre, 26.10.2000).

¹ Cf.: Antonie Garapon, **Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**, Lisboa, Instituto Piaget, 1997, p.310.

testemunhas ameaçadas, acusados e condenados que tenham colaborado voluntariamente com as investigações policiais.

Desse contexto, surgem indagações:

1ª) quais os parâmetros para se aferir a livre convicção judicial em face da referida lei?

2ª) declarações de pessoas encapuzadas podem servir de base para a formação da convicção incriminatória?

3ª) como fica o respeito ao princípio do contraditório perante o ato de delação do comparsa, previsto na Lei 9.807/99?

4ª) de que forma se deve conceber o princípio da confiabilidade ética quanto à delação de um crime?

5ª) preservar a identidade da testemunha oculta, seja qual for a forma do disfarce, não vai de encontro com a garantia constitucional da ampla defesa?

6ª) até que ponto as turbulências do sistema persecutório penal pátrio atingem a Constituição de 1988?

A resposta de todas essas perguntas exigem algumas considerações prévias acerca do princípio da livre convicção judicial.

2. LIVRE CONVICÇÃO JUDICIAL

Conquanto o ato de julgar seja sempre um encontro do espírito do julgador consigo próprio, cumpre reconhecer que, em regra, cada situação é única.

Por haver nas mãos do juiz uma infinidade de matérias, desde querelas insignificantes a questões portentosas e de valor sacramental, seu tirocínio convém ser executado com refinada sensibilidade.

Assim é de se esperar que a magistratura guarde a sociedade contra o arbítrio estatal, garantindo o respeito às liberdades públicas e preservando a dignidade da pessoa humana.

Nesse ínterim, esflora o princípio segundo qual o juiz pode apreciar livremente as provas, atribuindo-lhes a força e o valor que entender, guiado apenas pela prudência objetiva e pelo bom senso, de modo que indique, na decisão, os motivos que formaram o seu convencimento.

Eis a *livre convicção motivada dos juízes*, isto é, a técnica mediante a qual as provas são examinadas de acordo com a consciência judicial, à luz das impressões colhidas do processo e pela análise imparcial e independente dos fatos e circunstâncias constantes nos autos.

No Brasil, o princípio da livre convicção do juiz, além de encontrar-se previsto no Código de Processo Civil (art.131), também vem albergado no Código de Processo Penal, que considerou a liberdade de formação do convencimento do magistrado um *prius* do ato decisório (art.157).

Significa dizer: concluída a instrução criminal e ultrapassada a fase das alegações finais, resta ao juiz prolatar a sentença.

Para tanto, cumpra-lhe apreciar livremente a prova, valorando-a, num trabalho metucioso e delicado.

Por aí já se percebe que a livre convicção no direito brasileiro requer um exame crítico, inteiramente imparcial, que convém ser feito com o máximo de escrúpulo.

Para valer-se dessa técnica, a autoridade jurisdicional deve desarmar o seu espírito, pois com sentimento de antipatia ou de simpatia não se interpreta, simplesmente ataca-se.

Interpretar é eliminar idéias preconcebidas e rivalidades de toda monta; é pôr-se ao lado do que se interpreta, numa intimidade muito maior do que qualquer anteposição, qualquer contraste, por mais consentinte, mais simpático que seja. A própria simpatia não basta. É preciso compenetrar-se do pensamento que esponta das normas jurídicas, penetrando-se nelas, dando-lhes a expansão doutrinária e prática. Só assim se executa o programa do juiz, ainda que, de quando em vez, “se lhe juntem conceitos e correções *de lege ferenda*”².

Deve o magistrado, portanto, extirpar da sua mente prejulgamentos que possam conduzi-lo ao erro.

Não raro, quantas e quantas vezes boatos espalhados no meio social, somados à eventual influência da mídia, levam os juízes a analisarem provas com certo *parti pris*?

No bojo desse pensamento, explode uma problemática muito interessante: até que ponto a *intuição* do juiz afigura-se suficiente para a descoberta da verdade real, pois muito se tem discutido a respeito do grau de incidência da heurística na formação do livre juízo de convicção dos magistrados.

² Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*. Tomo I, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 5.

3. A INTUIÇÃO DO JUIZ É SUFICIENTE PARA TUDO?

Se é certo que o ordenamento jurídico consagra o princípio da livre convicção judicial, mais correto ainda é que a intuição do magistrado não basta para o exercício do *juris dicere*.

Daí François Rigaux combater severamente a idéia de que a intuição do juiz é suficiente para tudo³.

Se, por um lado, é indubitável a importância da heurística na formação da livre convicção motivada dos magistrados, por outro, inexistem dúvidas de que aplicar a norma aos casos intersubjetivos litigiosos é defrontar-se com parâmetros ético-jurídicos que *não podem e não devem* ser ultrapassados pelos agentes ou instituições do Estado.

Os órgãos do Poder Público, quando investigam, processam ou julgam, não estão exonerados do dever de respeitar os estritos limites da lei e da Constituição, por mais graves que sejam os fatos cuja prática motivou a instauração de processo criminal.

Quer dizer: a apreciação das provas sujeita-se a *critérios técnico-científicos*.

Quais seriam esses critérios?

Recorrendo ao escólio de Paulo Cláudio Tovo, pode-se dizer que o livre convencimento motivado no processo penal brasileiro sujeita-se a *critérios científicos e a fiel observância dos direitos fundamentais da pessoa humana*, projetados na Constituição⁴.

Entenda-se por *critérios científicos* as balizas doutrinárias e os esquemas de pensamento desenvolvidos pelos juízes. Trata-se daquele apelo eloqüente de Armínio Kantorowicz, quando, em linguagem precisa e vibrante, denunciou uma das falhas e estreitezas da prática judiciária contemporânea: a deficiência no preparo dos magistrados. O ilustre docente de Friburgo – que nos idos de 1906 apresentava-se à comunidade científica sob o pseudônimo “Gnaeus Flavius” – reprochava o hábito de muitos julgadores só se ocuparem com fórmulas e deduções silogísticas, sem estudarem a vida, nem as ciências que preparam para a arte de *compreender bem*. Condenava, por outro lado, aqueles que se limitavam a criticar as falhas e os erros dos

³ **A lei dos juízes**, Lisboa, Instituto Piaget, 1997, p. 73.

⁴ Democratização do inquérito policial, *in*: **Estudos de Direito Processual Penal**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999, v. 2, p. 204.

repositórios legislativos, comparando-os a vermes que vivem em paus podres e se afastam dos sãos; folgam, agitam-se, empregam toda a sua atividade nos troncos doentes, estragados e avariados.

Desse modo, a livre convicção do magistrado não é um princípio posto ao dispor daqueles que estão distantes da cultura, da doutrina, dos profundos conhecimentos de psicologia, sociologia e antropologia. Ao contrário, a ciência é a sacerdotisa na perquirição da verdade criminal, algo que muito nos faz lembrar dos ideais da Escola Criminal Positiva, que propugnava maior liberdade para o juiz ao punir os réus, conclamando a necessidade de os legisladores enfeixarem nos códigos preceitos pouco casuísticos, mas com margens largas, sobretudo quanto às dirimentes, agravantes e atenuantes. Então o magistrado teria um campo aberto para fazer a verdadeira justiça e graduar o afastamento do convívio social conforme o grau de temeridade do delinqüente.

Mas, se de um lado, o magistrado deve libertar-se das estreitezas de pensamento, por outro não pode descurar-se dos padrões normativos, ou melhor dizendo, da *idéia de direito* que inspira e corporifica os conteúdos plasmados no *dever ser* que as normas encerram.

Por isso, o princípio do livre convencimento motivado do juiz, na descoberta da verdade criminal, está adstrito à disciplina constitucional das liberdades.

É o Texto Magno, pois, que traça os lindes para o desenvolvimento da livre convicção.

Da mesma forma que a Constituição é a *tête de chapitre* de todas as disciplinas jurídicas (Pelegriano Rossi), cuja preeminência destaca-se na taxionomia das normas, evidente que ela projeta sua força hierárquica nos mais variados domínios da regulamentação jurídica.

Logo, não há princípio ou preceito imune à força endógena da Constituição.

Sua superioridade evidencia-se não apenas pelos traços que a caracterizam no plano das fontes formais do Direito. Nela se encontram valores políticos, imbuídos em núcleos de condensação ideológica.

O pensamento diretor da Constituição, portanto, além de revelar cânones de submissão do legislador ordinário, também vincula a ação dos órgãos executivo e judiciário.

Sem dúvida, do espírito das constituições deflui uma espécie de *causalidade constitucional*, que condiciona e limita a ação dos Poderes Públicos.

Desde a definição de escopos contida no preâmbulo, passando pelas normas programáticas e preceitos de variados graus de eficácia e aplicabilidade, está presente, de modo inequívoco, o fenômeno da *causalidade constitucional*, impedindo a formação de *instâncias hegemônicas de poder*.

É nesse contexto que o princípio do livre convencimento dos juízes deve ser exercido, ou seja, de acordo com o regime da Constituição.

E, ao consagrar as garantias constitucionais do Processo Penal, a *Lex Mater* traça verdadeiros limites à liberdade de convicção dos juízes.

Essas limitações, vedações ou proibições funcionam como barreiras impeditivas do arbítrio, da ilegalidade e do abuso de poder.

4. O QUE SÃO GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

Garantias constitucionais do Processo Penal são instrumentos para a concretização das prerrogativas afetas ao *jus libertatis*. Visam a efetivar os direitos que se lhes encontram conexos.

Quer dizer, a realização concreta dos benefícios estatuídos em normas definidoras de direitos fundamentais dependem da instrumentalização dessas garantias.

De nada vale um direito ser reconhecido ou declarado, caso não possa ser garantido, pois existirão momentos em que ele poderá ser alvo de discussão e até de violação⁵.

5. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL E LIVRE CONVICÇÃO JUDICIAL

Resta-nos saber como as garantias constitucionais do Processo Penal, tanto genéricas como específicas, funcionam em matéria de livre convicção judicial.

Certamente, atuam como freios que limitam a ação incontrolada da função jurisdicional.

Deveras, a administração da justiça em matéria penal regula-se por normas inspiradas numa *idéia de direito*.

Essas normas estão na Constituição e nas leis a ela compatíveis, permitindo que a tutela penal atenda os seus escopos e a jurisdição criminal realize o seu desiderato, qual seja distribuir a justiça, não deixando impunes as práticas delituosas e impedindo que os inocentes sejam condenados.

⁵ Maurice Hauriou, *Derecho Público y Constitucional*, Trad. de Carlos Ruiz del Castillo. 2. ed. Madrid, Reus, s/d., p. 98 e ss.

Sendo assim, é a Carta Maior que plasma os contornos das diretrizes gerais da Justiça Criminal.

As garantias constitucionais do Processo Penal, portanto, funcionam como escudos de proteção dos bens e dos valores, vertidos naquelas diretrizes.

Que diretrizes são essas?

À luz da Constituição brasileira de 1988 podemos exemplificar as seguintes: devido processo legal (art.5º, LIV); juiz e promotor naturais (art.5º, XXXVII e LIII); contraditório e ampla defesa (art.5º, LV); obtenção da prova ilícita (art.5º, LVI); motivação das decisões judiciais (art.93, IX); dignidade da pessoa humana (art.1º, III); legalidade (art.5º, II); isonomia (art.5º, *caput* e inc.I); inafastabilidade do controle jurisdicional (art.5º, XXXV); publicidade dos atos processuais (art.5º, LX e 93, IX); proibição à tortura (art.5º, III e XLIII) etc.

Vamos estudar, a seguir, a cláusula do devido processo, ressaltando, nessa oportunidade, alguns dos seus principais consectários, que mantêm uma vinculação direta com a temática da livre convicção judicial.

6. DEVIDO PROCESSO LEGAL E LIVRE CONVICÇÃO DOS JUÍZES

Vimos que a intuição do juiz não é suficiente para tudo e que existem princípios condicionadores da sua prática.

O primeiro deles é o devido processo legal.

No Brasil, a Constituição de 1988 abriu um leque de possibilidades para a aplicação do sistema da livre convicção motivada dos juízes, erigindo garantias constitucionais que servem de bússola para orientar a atividade jurisdicional.

Essas garantias constitucionais convergem-se para uma garantia maior, gênero da qual todas as demais são espécies.

Referimo-nos ao devido processo legal que já estava implícito na EC 1/69 (art.153, §§ 12 a 16). Esse reconhecimento, contudo, era difuso e assistemático, dependendo de pesquisa no texto supremo e de construção doutrinária para vir à tona.

Na atualidade democrática, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art.5º, LIV).

Trata-se de garantia protetora das liberdades contra o arbítrio dos Poderes Públicos.

No sentido proposto pelo constituinte de 1988, o devido processo serve para *explicar* e *expandir* os termos *vida*, *liberdade* e *propriedade*.

Por isso, ele é mais do que um princípio. É, na realidade, um *sobre-princípio*, porquanto constitui o fundamento sobre o qual todos os outros direitos fundamentais repousam.

Sem embargo, a cláusula do devido processo – reflexo das Emendas V e XIV da Constituição norte-americana de 1787 – projeta-se sob duas faces distintas: uma *material (substantive due process)* e outra *formal (procedural due process)*.

Ambas integram o coração do *due process* em sentido genérico.

Em sua dimensão *material* ou *substancial*, a cláusula manifesta-se em todos os quadrantes do direito.

Nesse terreno, ela atua como um inesgotável manancial de inspiração para se interpretarem direitos e garantias expressos na *Lex Fundamentalis*.

Mas a pujança do devido processo material pode ser sentida, com maior intensidade, no campo da jurisdição penal, onde se destaca:

- 1º a presunção de inocência (art.5º, LVII);
- 2º a não-identificação datiloscópica de quem já foi civilmente identificado (art.5º, LVIII);
- 3º a exigência de que a prisão do cidadão seja em flagrante delito (art.5º, LXI);
- 4º a comunicabilidade imediata ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada do fato em si da prisão e do local onde se encontra (art.5º, LXII);
- 5º o direito de o preso ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, garantindo-lhe, ainda, assistência familiar e jurídica (art.5º, LXIV);
- 6º o direito do preso à identificação dos responsáveis por sua prisão ou interrogatório policial (art.5º, LXIV);
- 7º a obrigação de o juiz relaxar, imediatamente, a prisão ilegal (art.5º, LXV);
- 8º o direito de o cidadão não ser levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art.5º, LXVI);
- 9º a impossibilidade de ocorrer prisão civil por dívida, exceto a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (art.5º, LXVII).

Tudo isso constitui assunto de observância cogente.

Na ótica formal, o *procedural due process* permite que os investigados em matéria criminal tenham livre *acesso à justiça*.

Acesso à justiça como expressão máxima de reivindicação do cidadão pelos seus direitos, numa ordem jurídica democrática de direito, onde todos têm o privilégio de reconhecer suas prerrogativas, podendo defendê-las adequadamente de possíveis lesões ou ameaças a lesões.

Destarte, não se pode obstaculizar o ato de alguém:

1º) ingressar em juízo para tomar conhecimento do teor de uma acusação;

2º) ver a controvérsia ser examinada por um magistrado imparcial;

3º) contratar advogados sem que o labor deles seja cerceado;

4º) ter a certeza do respeito aos princípios insculpidos na Carta Maior;

5º) alegar direito contra medidas abusivas e ilegais;

6º) reivindicar o privilégio contra a auto-incriminação;

7º) exercer todas as garantias que intrumentalizam direitos, a exemplo do *habeas corpus*.

Examinaremos, agora, as perguntas propostas no intróito desta exposição.

7. QUAIS OS PARÂMETROS PARA SE AFERIR A LIVRE CONVICÇÃO JUDICIAL EM FACE DA LEI Nº 9.807/99?

Esses parâmetros vêm prescritos na Constituição e decorrem da exegese do art.5º, inciso LIV, e seus respectivos desdobramentos.

Ao estabelecer normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, a referida lei deverá ser concebida à luz do *sobreprincípio* do devido processo, tanto no seu aspecto material, como na sua face processual.

Quaisquer medidas de proteção, requeridas pelas vítimas ou testemunhas de crimes, na forma da Lei 9.807/99, devem levar em conta a privacidade, a liberdade de expressão, a liberdade de locomoção, o pórtico da legalidade, a inviolabilidade do direito à vida dos investigados e testemunhas etc.

8. DECLARAÇÕES DE PESSOAS ENCAPUZADAS PODEM SERVIR DE BASE PARA A FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO INCRIMINATÓRIA?

Sim, desde quando se respeite o *privilégio contra a auto-incriminação*, decorrente do devido processo legal.

Esse privilégio – até o nome já diz – retrata o princípio de que ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo.

O privilégio contra a auto-incriminação – *nemo tenetur se detegere* – é uma manifestação eloqüente:

1º) da ampla defesa (CF, art.5º, LV);

2º) do direito de permanecer calado (CF, art.5º, LXIII); e

3º) da presunção de inocência (CF, art.5º, LVII).

Como projeção da *ampla defesa*, o *nemo tenetur se detegere* possibilita ao réu, ao indiciado e à testemunha recusar a produzir provas que lhes sejam desfavoráveis, sem que isso constitua crime de desobediência (CP, art.330)⁶.

Enquanto decorrência do *direito de permanecer calado*, o privilégio contra a auto-incriminação traduz um direito público subjetivo. Embora o inciso LXIII do art.5º fale em *preso*, a exegese do preceito constitucional deve ser no sentido de que a garantia alcança toda e qualquer pessoa, pois, diante da *presunção de inocência*, que também constitui garantia do cidadão, a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação⁷.

Finalmente, no posto de consectário da *presunção de inocência*, o privilégio contra a auto-incriminação irmana-se com o **favor libertatis**. Em situação de dúvida, todos são inocentes até existir prova em contrário⁸. Vigora aqui o *in dubio pro reo* e o *nulla poena sine culpa*.

9. COMO FICA O RESPEITO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO PERANTE O ATO DE DELAÇÃO DO COMPARSA, PREVISTO NA LEI 9.807/99?

Delação, do latim *delatione*, significa o ato de denunciar, delatar, revelar o crime ou acusar alguém da autoria de uma prática delituosa. Esse ato não pode renegar o contraditório.

Note-se que a Constituição proclama que “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” (art.5º, LV).

Foi notável a amplitude que esse princípio logrou do modo como foi redigido, pois tanto os litigantes como os *acusados em geral* têm direito ao contraditório.

⁶ STF - HC 77.135/SP - Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 8.9.1998, **Informativo STF**, nº 122; HC 75.527 - Rel. Min. Moreira Alves, j.17.6.1997; HC 68.929 - Rel. Min. Celso de Mello, j.22.10.1991.

⁷ STF - HC 75.244-8/DF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - j. 26.4.1999.

⁸ STF - HC 75.244-8/DF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - j. 26.4.1999.

Embora o art.5º, LV, fale em *acusados em geral*, não podemos entender a expressão restritivamente, de sorte que ela só abarque os *réus (imputados)*. A exegese do preceptivo deve abranger, também, os *indiciados* e as *testemunhas*. Daí o complemento “em geral”, que produz uma abertura semântica na mensagem prescritiva do constituinte.

Se concebêssemos o inciso LV em sua literalidade, estaríamos restringindo a garantia da ampla defesa. Os suspeitos, como também aquelas pessoas chamadas a comunicar suas percepções sensoriais, a fim de declarar, positiva ou negativamente, algo imprescindível à comprovação da verdade, ficariam destituídos de tutela.

Ora, as liberdades públicas não existem para proteger meros *rótulos*. Pouco importa se a *Lex Legum* mencionou o signo *acusados*. O que interessa é a proteção incondicional dos direitos e garantias fundamentais contra o arbítrio dos Poderes Públicos⁹.

10. DE QUE FORMA PODEMOS ENCARAR O PRINCÍPIO DA CONFIABILIDADE ÉTICA QUANTO À DELAÇÃO DE UM CRIME?

Infelizmente, no atual estágio de evolução da humanidade, inexistente o predomínio dos valores morais e dos padrões ideais do comportamento humano.

Em virtude disso, resta ao jurista vislumbrar um conteúdo jurídico para o vetor da confiabilidade ética.

Nesse esforço, exsurge a *boa-fé*.

Não estamos falando de boa-fé administrativa¹⁰. Queremos fazer menção àquele sentimento de confiança, relativo ao aspecto ético-social da noção de *confiabilidade*, cuja ruptura viola o sentimento do *justo*.

Evidente que essa *confiabilidade* é impossível de ser mensurada, porquanto liga-se a elementos subjetivos.

Todavia, há aspectos em que a *confiabilidade ética*, se conspurcada, enseja a configuração do ilícito penal.

Imaginemos, por exemplo, uma testemunha encapuzada que, no seu depoimento, comece a fazer *afirmações falsas*, faltando com a verdade, em

⁹ STF - HC 77.135/SP - Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 8.9.1998, **Informativo STF**, n.122, p.1; STF - HC 75.244-8/DF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - j. 26.4.1999.

¹⁰ Cf. Jesus Gonzalez Perez, **El principio general de la buena fe...**, p. 48.

ultima ratio, mentindo. Claro que ela estará sujeita à pena do art. 342 do Código Penal, que tipifica o delito de falso testemunho. O mesmo vale para o perito, o tradutor ou o intérprete que prestarem depoimento em comissão parlamentar de inquérito (art.4º, II, da Lei 1.579/52).

11. PRESERVAR A IDENTIDADE DA TESTEMUNHA OCULTA, SEJA QUAL FOR A FORMA DO DISFARCE, NÃO VAI DE ENCONTRO COM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA?

Não, desde quando se respeite aquele paralelismo entre a ampla defesa e o contraditório. Realmente, *o direito de defesa deriva da garantia do contraditório e da garantia de defesa decorre o contraditório*. Em regra, não se pode imaginar a existência de um sem o outro¹¹.

Ressalte-se a *defesa técnica* – aquela exercida pela atuação profissional de um advogado. Ela decorre da própria ampla defesa.

Essa *defesa técnica*, no ordenamento constitucional brasileiro, é defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva. Além de ser um direito, é, também, uma garantia, porque só assim se pode atingir uma solução justa¹².

Vittorio Grevi refere-se a interessante episódio ocorrido na Itália. Conta que um terrorista recusou defesa técnica, levando os juristas italianos a repudiarem sua atitude, dada a *indispensabilidade* do instituto. Grevi lembra ainda que no direito norte-americano existe a possibilidade de tal defesa ser dispensada em certas circunstâncias, como no caso de a inteligência e a maturidade do acusado não terem comprometido a *fairness* do processo¹³.

12. ATÉ QUE PONTO AS TURBULÊNCIAS DO SISTEMA PERSECUTÓRIO PENAL PÁTRIO ATINGEM A CONSTITUIÇÃO DE 1988?

Quando certos diplomas normativos são interpretados à luz da Constituição, as turbulências nos microssistemas jurídicos – a exemplo do persecutório penal – são evitadas.

Isto porque a preocupação de se consagrarem todos esses princípios que acabamos de estudar constitui, na realidade, um reflexo do movimento político-cultural denominado *constitucionalismo*.

¹¹. Fernando da Costa Tourinho Filho, **Processo Penal**, p. 456, v. 2; Luigi Paolo Comoglio, **La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile**, p. 140.

¹². Antonio Scarance Fernandes, **Processo...**, p. 254.

¹³. Rifiuto..., p. 1-38.

O objetivo do *constitucionalismo*, magnificamente retratado por Horst Ehmke, foi limitar o poder e garantir a primazia das liberdades públicas¹⁴.

Imbuídas nesse esquema de pensamento, as constituições passaram a consagrar preceitos relativos à Justiça Penal em seus textos, condicionando, inclusive, a interpretação do sistema de apreciação das provas.

Veja-se o *sistema inquisitivo*. Ele se mostrou inteiramente incompatível com as constituições democráticas. Em virtude da derrocada do absolutismo dinástico, que imperou na Europa continental nos séculos XIII a XVIII, cedendo lugar ao regime das liberdades públicas, tornou-se inadmissível o procedimento *per inquisitionem*.

Até o *sistema acusatório*, embora mais brando do que o anterior, teve de adequar-se às exigências do constitucionalismo. Tanto foi assim que seus traços fundamentais foram os seguintes:

- a) prevalência do *actus trium personarum*, onde as funções de julgar, acusar e defender não se confundiam;
- b) prioridade ao princípio da publicidade dos atos processuais;
- c) ênfase ao princípio do contraditório, da igualdade entre as partes e da presunção de inocência.

Portanto, os sistemas de apreciação das provas encontraram nas constituições modernas o seu verdadeiro ponto de equilíbrio.

De um lado, os textos constitucionais passaram a rechaçar o extremismo de certos sistemas, a exemplo do sistema da prova legal, da certeza moral do legislador, da verdade legal, da verdade formal ou tarifado, onde o magistrado vê-se tolhido para avaliar as provas.

Mas, de outra parte, as cartas supremas permitem a adoção de critérios racionais, onde o juiz tem liberdade para formar a sua convicção, tomando como parâmetro as normas constitucionais, as leis, a doutrina, a jurisprudência, os costumes, os princípios gerais do direito, a equidade, as máximas da experiência.

Trata-se do *sistema da livre convicção, da verdade real, do livre convencimento motivado* ou da *persuasão racional* – verdadeiro *tertium genus* – que procura equacionar o rigoroso acatamento do magistrado à lei (*sistema da prova legal*) com o seu extremo oposto, que apregoava a desnecessidade de se fundamentar as sentenças judiciais (*sistema da certeza moral do juiz ou íntima convicção*).

¹⁴ *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, 1953, seite 88.

13. CONCLUSÃO

Intentamos demonstrar ao longo dessa exposição que o livre convencimento judicial não é técnica colocada a serviço de arbitrariedades ou ignomínias, porque seu fundamento está na Constituição.

Mas temos de reconhecer que a atividade técnica dos juízes defronta-se com um grande obstáculo, que, aos poucos, vem transformando-se num enorme dilema a ser resolvido: a instabilidade normativa decorrente da proliferação de leis.

Jean Cruet, em livro clássico, já condenava essa *inflação legislativa*. Defendia a tese de que o direito não domina a sociedade, simplesmente exprime-a. Por isso, dizia que as leis eram inúteis, afinal “Vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei; nunca se viu a lei reformar a sociedade”¹⁵.

Esse magnífico pensamento que revela a finura de espírito de um advogado descrente do prestígio da lei, torturada pela chicana e abalada pelas interpretações acomodatórias, muito se adequa aos dias atuais.

Predomina no Brasil a ilusão de que se criar leis é providência capaz de sanar a maioria dos problemas nacionais. Disso promana a *inflação legislativa* dos últimos anos de Constituição. No receituário legal existe remédio para todos os males.

Do constituinte originário ao legislador comum formou-se uma espécie de ‘positivismo extremado’, vertido numa pletora de mais de quarenta e cinco mil leis em vigor, só para ficar nos atos formalmente legislativos, cujo teor a Lei de Introdução ao Código Civil presume que seja do conhecimento de todos (art.3º).

Esse quadro conclama a atenção dos juristas, dos advogados, dos juízes, dos membros do Ministério Público, dos estudantes, dos meios de comunicação e de toda a coletividade decomposta em categorias, grupos e organizações sociais.

Se algum estrangeiro, dotado de inteligência, chegasse em plagas brasileiras, sendo desconhecedor da realidade nacional, e resolvesse analisar a nossa sociedade, tomando como parâmetro a Constituição de 1988, ficaria estarrecido com o elevado grau de maturidade que conseguimos alcançar. Bastaria ver o pleno emprego garantido, o meio ambiente tutelado, sem

¹⁵ Jean Cruet, *A vida do direito e a inutilidade das leis*, Lisboa: Antigas Livrarias Aillaud e Bertrand, s/d, p. 4.

falar da redução das desigualdades regionais. Tudo isso, conforme ditames de justiça social!

Seria este o momento de parafrasear Madame Roland, a célebre jacobina guilhotinada, quando, antes de morrer, exclamou: “Liberdade, liberdade, quantos crimes se cometem em teu nome!”. Então diríamos: justiça social, justiça social, quantas inverdades se propalam em teu nome!

Dia, porém, virá, e já se anuncia, em que os homens despertarão, em definitivo, para os desvios dos padrões de comportamento, mudando a conduta para com o próximo, até porque ninguém – absolutamente ninguém – pode evadir-se de suas responsabilidades perante a Consciência Cósmica, único juízo infalível. ◆