

BASES CONSTITUCIONAIS PARA UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Afranio Silva Jardim

Sumário: 1. *Processo penal e Constituição*. 2. *Em torno do conceito de processo penal democrático*. 3. *A aplicabilidade e eficácia da norma constitucional processual*. 4. *Alguns princípios constitucionais para o futuro processo penal*. 4.1. *O sistema acusatório*. 4.2. *A inadmissibilidade de ação penal sem suporte probatório mínimo*. 4.3. *O princípio do promotor natural ou legal*. 4.4 *A motivação da sentença penal como garantia impostergável das partes*. 4.5. *O princípio do duplo grau de jurisdição*. 4.6. *A obrigatoriedade de a União e de todos os Estados criarem órgãos com atribuição exclusiva para a prestação de assistência judiciária gratuita aos necessitados no processo penal*. 4.7. *Proibição, no processo penal, da produção de qualquer prova ilícita ou ilegítima pelos diversos sujeitos processuais*.

1. *Processo penal e Constituição*

Sob certo aspecto, o processo penal representa mais uma forma de autolimitação do Estado do que um instrumento destinado à persecução criminal. Pelo princípio *nulla poena sine iudicio*, o Estado há de submeter a sua pretensão punitiva ao crivo do Poder Judiciário, tendo o ônus de alegar e provar determinada prática delituosa, assegurados constitucionalmente a instrução contraditória e o princípio da ampla defesa. Nas chamadas ações penais não condenatórias (*habeas-corpus*, *revisão criminal*, etc.), é a pretensão de liberdade que move o processo penal.

Desta forma, o processo penal é fruto do avanço civilizatório da humanidade, resultante da jurisdicização do poder punitivo do Estado. Enquanto o Direito Penal apresenta caráter marcadamente repressivo, o Direito Processual Penal é comprometido com a questão da liberdade.

Por isso, um código democrático há de ser informado pela necessidade de tutelar os direitos e garantias individuais, sem se descuidar, entretanto, da defesa social. Note-se que tais direitos e garantias individuais não podem ser vistos romanticamente em plano abstrato, mas estão concretamente vinculados à consecução do bem comum, valor preponderante na vida de relação, conforme ressaltaremos mais adiante.

A relevância dos valores tutelados pelo processo penal impõe que a própria Constituição Federal consagre os princípios reitores a serem adotados necessariamente pela lei ordinária, como garantia da rigidez constitucional.

Cabe aqui invocar o magistério sempre autorizado do grande jurista que foi João Mendes de Almeida Júnior, um dos primeiros a se preocupar com o aspecto constitucional do processo. Posto que longa, vale transcrever passagem de sua obra, que já se tornou clássica:

“O processo criminal tem seus princípios, suas regras, suas leis fundamentalmente consagrados nas constituições políticas; regras cientificamente deduzidas da natureza das coisas; leis formalmente dispostas para exercer sobre os Juízes um despotismo salutar, que lhes imponha, quase mecanicamente, a imparcialidade. Por isso, todas as constituições políticas consagram, na declaração dos direitos do homem e do cidadão, o solene compromisso de que ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada.

As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discricção dos Juízes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfiança e surpresas. É essa a razão pela qual, se os legisladores puderam, em algumas épocas, deixar as penas ao arbítrio dos Juízes, nunca deixaram ao mesmo arbítrio as formalidades de suas decisões.” (O processo criminal brasileiro, Rio, Freitas Bastos, 1959, 4ª ed., vol. 1º, p. 13).

Entretanto, engana-se quem estiver pensando que a elaboração de um novo processo penal pautado em princípios constitucionais claramente democráticos poderá, por si só, resolver ou mesmo deter de um lado a violência dos aparelhos repressivos do Estado, e do outro a crescente criminalidade de nossos dias. A ineficácia, neste particular, do próprio Direito Penal é manifesta e, de há muito, já vem sendo demonstrada pelos autores mais críticos da moderna criminologia.

Na verdade, a questão há de ser examinada e estudada sob outros ângulos, já que o Direito é apenas um dos muitos instrumentos de controle social, talvez o menos eficaz na sociedade complexa em que vivemos, pois vai atuar principalmente após a consumação da agressão aos valores mais aceitos pela comunidade.

Tal colocação é importante para tornar claro que ao jurista não se pode atribuir a responsabilidade pela parcial ineficácia dos aparelhos de controle social de que se utilizam o Estado e a própria sociedade civil. Sem uma atuação séria e profunda no campo social, atacando as causas que primeiro atingem a própria dignidade do homem, não se vão alcançar ponderáveis avanços no aperfeiçoamento da estrutura política e jurídica de nosso país.

Por outro lado, no momento em que se aproxima a criação de uma nova ordem jurídica para a nação brasileira, não pode o jurista quedar-se inerte, mas como cidadão deve contribuir para que a próxima Constituição abra espaços para o povo, consciente e organizado, fazer as mudanças estruturais que viabilizem a instituição de uma sociedade verdadeiramente fraterna e democrática. Sem este tipo de sociedade, seria ilusório pensar que o Direito, como num passe de mágica, pudesse criar um processo penal concretamente democrático.

2. Em torno do conceito de processo penal democrático

Antes de prosseguir, impõe-se que fixemos claramente o conceito de democracia do qual vamos nos utilizar, tendo em vista a pluralidade de acepções que se dá a esta palavra.

Desde logo, pomos uma advertência: processo penal democrático, para nós, não passa por uma visão privatística, decorrente de uma vetusta postura liberal-individualista. O próprio processo civil caminha inarredavelmente para uma evolução publicista cada vez mais acentuada, conforme demonstramos na obra que escrevemos sob o título *Da publicização do processo civil*, Rio, Ed. Liber Iuris, 1982.

Lógico que o pressuposto fundamental da democracia é a liberdade. Entretanto, a questão da liberdade deve ser considerada precipuamente sob uma perspectiva social e não política, num falso dualismo — Estado contra o indivíduo.

Como demonstrou com mestria o notável professor Caio Prado Júnior, para a maioria ou quase totalidade dos indivíduos, não é frente ao Estado ou Governo que se propõe a questão de haver ou não liberdade. Não é ordinariamente o Estado que no essencial da vida de cada indivíduo lhe limita a ação nas situações mais importantes de sua vida, mas sim a sua situação concreta de desigualdade social que contribui na fixação dos limites e alcance de sua ação, vale dizer, é a posição dentro da estrutura econômica da sociedade que restringe ou subtrai a verdadeira liberdade do indivíduo. Decorre daí que a

liberdade de cada um variará muito, pois será função da desigualdade real existente à margem da esfera jurídica (*O mundo do socialismo*, S. Paulo, Ed. Brasiliense, 1967, 3ª ed., pp. 31/32 e 35).

Dentro desta postura teórica é que deve ser tratada a questão da liberdade na Assembléia Nacional Constituinte futura. Sobre esta verdadeira liberdade é que se poderá erigir uma sociedade efetivamente democrática, indispensável à existência real de um processo penal verdadeiro e substancialmente democrático, não apenas formalmente.

Em síntese lapidar, Caio Prado Júnior esclarece exatamente os princípios que informam este nosso trabalho, *in verbis*:

“A liberdade não é, em si, senão um meio, e não um fim. Fim esse que não pode ser outro, para o indivíduo, que aquela realização de sua personalidade. A liberdade, adequadamente entendida, não será, assim, senão a faculdade e possibilidade outorgada ao indivíduo para a consecução de tal objetivo. Nesse sentido, a liberdade burguesa não passa de ilusão, pois outorga ao indivíduo uma faculdade que as contingências de vida coletiva lhe subtraem logo em seguida. Os subtraem, na maior parte dos casos, da maioria dos indivíduos” (ob. cit., p. 78).

Por tudo isto, é preciso combater-se, em todas as frentes, a visão liberal-individualista de que o cidadão deve opor-se ao Estado, como se este não existisse justamente para a realização do bem comum. Certo que, historicamente, temos presenciado muitos desvios neste desiderato. Nada obstante, em assim ocorrendo, cabe democratizar o Estado e não combatê-lo como se fosse um inimigo comum. Na realidade, é justamente a progressiva intervenção estatal na vida social que tem impedido que as desigualdades de classes tornem ainda mais opressora a ordem econômica vigente nos países do Terceiro Mundo.

Mesmo no plano meramente político, o conceito de democracia deve estar mais ligado à vontade da maioria do que à liberdade de uns poucos se expressarem na defesa de seus interesses e privilégios.

Note-se que, nesta visão, a conduta criminosa atinge também a liberdade da vítima, que, quando legítima, deve ser tutelada pelo Estado. Em outras palavras: a supressão da liberdade de um pode ser a afirmação da liberdade de muitos. Isto fica mais claro nos chamados crimes econômicos.

Partindo destas premissas teóricas é que podemos afirmar, sem receio de cair em contradição, que o salutar princípio constitucional da ampla defesa, no processo penal democrático moderno, não deve basear-se em uma concepção meramente individualista, como se o Direito não privilegiasse a realização do bem comum. O exercício da defesa no processo penal há de realizar também uma função social, a qual deve balizar o seu caminho ético a ser percorrido. Até porque, como já disse a professora Ada Pellegrini Grinover, “o processo não é apenas um instrumento técnico, mas sobretudo ético” (*Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, S. Paulo, Ed. José Bushatsky, 1975, pp. 5/6).

Não se pode desconhecer que, na apuração da verdade e na aplicação da norma material no processo penal, pode entrar em choque o interesse coletivo com o individual, cabendo à Constituição e à lei ordinária disciplinarem cuidadosamente a prevalência do primeiro sobre o segundo, sem reduzi-lo senão na justa medida do interesse público.

Esta, a nosso ver, a base ideológica que deve permear todo o sistema processual penal e que deve estar consagrada na nova Constituição do nosso país.

3. A aplicabilidade e eficácia da norma constitucional processual

Diante do que expomos, fica evidente que acreditamos que as bases de um processo penal verdadeiramente democrático deverão estar mais alicerçadas na realidade social por vir do que no plano do jurídico. No plano jurídico, tais bases serão encontradas na própria ideologia que informar os princípios da nova Constituição, dando-se relevo, outrossim, ao princípio republicano, conforme propugnado pelo professor Geraldo Ataliba em seu trabalho denominado *República e Constituição*, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1985.

Nada obstante, não cabe descurar o detalhamento constitucional dos princípios específicos do processo penal, sempre voltando nossos olhos para a regra do art. 153, § 36 da Constituição Federal, que dispõe: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui dos direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.⁽¹⁾ Tal disposição deve ser repetida no próximo texto constitucional.

Como se sabe, não é de bom alvitre que as constituições desçam a mi-

(1) Art. 5º, § 2º da atual Constituição.

núcias, sejam casuísticas. Melhor é que o novo texto delinear os princípios que devem regular o processo penal como um todo orgânico e sistemático.

Não se diga, porém, que a norma constitucional, ao explicitar apenas princípios, é inoperante e despida de qualquer eficácia concreta, na medida em que fica na dependência do que dispuser o legislador ordinário.

Com grande sabedoria, o professor José Afonso da Silva mostrou cabalmente que assim não ocorre. Em monografia consagrada, o jurista paulista comprova que “todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica e imediatamente aplicáveis nos limites dessa eficácia” (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1968, p. 253).

Vamos, então, às palavras de José Afonso da Silva:

“As normas de eficácia limitada, em geral, não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação da matéria nelas traçadas em princípio ou esquema. Todas elas possuem eficácia ab-rogativa da legislação precedente incompatível, e criam situações subjetivas simples e de interesse legítimo, bem como direito subjetivo negativo. Todas, enfim, geram situações subjetivas de vínculo” (ob. cit., p. 253).

Desta maneira, compromissados com a perspectiva político-filosófica acima explicitada, passemos a sugerir à Assembléia Nacional Constituinte, que será brevemente eleita, a adoção de alguns princípios reguladores da estrutura do processo penal que entendemos possa ser democrático.

4. Alguns princípios constitucionais para o futuro processo penal

De uma forma geral, se bem analisarmos o nosso sistema jurídico, podemos subscrever a lição da professora Ada Pellegrini Grinover quando assevera que “todo o Direito Processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas no Direito Constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais” (ob. cit., pp. 4/5).

Alguns princípios, pela sua relevância, embora possam ser extraídos do sistema constitucional republicano adotado, devem merecer consagração par-

ticular e explícita, como medida de salutar segurança para as relações inter-subjetivas.

Pela quantidade excessiva destes princípios, bem como pela concepção publicista que adotamos para o processo em geral, poderíamos até sugerir a criação de um capítulo próprio na nova Constituição para disciplinar a atuação jurisdicional do Estado, que se concretiza através do processo. Porém, talvez não seja conveniente quebrar uma tradição consolidada, mesmo porque os princípios relativos ao processo não ficam inteiramente mal acomodados no capítulo dos direitos e garantias individuais.

Passemos, então, a enumerar alguns princípios relativos ao processo penal que julgamos devam merecer acolhida constitucional, consignando o nosso assentimento de que tudo que neste particular já se encontra elencado no art. 153 da atual Carta Política deva ser mantido. Fiquemos, pois, no que precisa ser acrescentado.⁽²⁾

4.1 O sistema acusatório

Salientamos em trabalho anterior que a tendência de nossa legislação é purificar ao máximo o sistema acusatório, entregando a cada um dos sujeitos processuais funções não apenas precisas, mas absolutamente exclusivas, o que dá ao réu a segurança de um processo penal mais democrático, na medida em que o órgão julgador tem a sua neutralidade integralmente preservada (*Reflexão teórica sobre o processo penal*, estudo publicado pela Editora Forense).

Tal tendência fica patenteada pelo Projeto de Cód. de Proc. Penal, que ora se encontra em tramitação no Senado Federal, onde se retira o Juiz de qualquer atividade persecutória, em prol da sua indispensável imparcialidade. Impõe-se banir do nosso sistema processual os resquícios do inquisitorialismo ainda existentes, tais como as regras dos art. 5º, inc. II, 26, 23, inc. II, 531, todos do Cód. de Proc. Penal, bem como a Lei nº 4.611/65. Tal se deu com a nova Constituição: art. 129.

Ao órgão jurisdicional deve-se reservar, de forma exclusiva, a nobre função de julgar as pretensões deduzidas pelas partes, ficando equidistante dos interesses em conflito porventura existentes no processo. O Juiz somente pode desempenhar sua atividade propriamente jurisdicional após o exercício

(2) Muitas de nossas propostas foram incorporadas à nova Constituição da República de 1988, em seu art. 5º.

da demanda, que pressupõe um processo de partes: *ne procedat iudex ex-officio* e os seus consectários lógicos. Neste sentido, veja-se art. 129, inc. I, CF.

Assim, enquanto não entrar em vigor a esperada nova legislação ordinária, aconselha-se que o constituinte faça constar do capítulo destinado aos direitos e garantias individuais regra expressa assegurando a estrutura acusatória ao processo penal pátrio. Como acentuou o acatado José Afonso da Silva em passagem acima transcrita, tal regra constitucional terá eficácia abrogativa da legislação ordinária com ela incompatível e vinculará o legislador ordinário ao futuro.

4.2 A inadmissibilidade de ação penal sem suporte probatório mínimo

A realidade nos mostra que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do acusado, motivo pelo que, antes mesmo do legislador ordinário, deve a Constituição Federal inadmitir expressamente qualquer ação penal que não venha lastreada em um suporte probatório mínimo.

Destarte, torna-se necessária ao regular exercício da ação penal a sólida demonstração, *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que baseada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material do fato típico e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Veja-se neste sentido o que deixamos escrito em nosso trabalho intitulado "*Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial*", publicado pela "Revista de Processo", vol. 35, pp. 264/276, da Ed. Rev. dos Tribunais.

Ressalte-se, entretanto, que a Constituição deve condicionar a ação penal à existência de alguma prova, ainda que leve. Agora, se esta prova é boa ou ruim, isto já é questão pertinente ao exame do mérito da pretensão do autor. Até porque as investigações policiais não se destinam a convencer o Juiz, mas apenas viabilizar a ação penal, documentando-a com o inquérito ou peças de informação.⁽³⁾

Ademais, contraria também o interesse público a formulação de uma acusação prematura, que se apresente, desde logo, como sendo inviável, vez que redundaria em indevida absolvição, sempre garantida pela imutabilidade da coisa julgada material.

(3) Lamentavelmente, a nova Constituição não tem regra neste sentido, ficando a matéria restrita à lei ordinária.

4.3 *O princípio do promotor natural ou legal*

Seria de bom alvitre que a futura Constituição consagrasse que toda a pessoa tivesse o direito de somente ser acusada por um órgão estatal imparcial, equidistante dos interesses privados que possam surgir na prática de uma infração penal. Como condição para realização deste princípio impõe-se a consagração da figura ou instituto do "Promotor Natural" ou "Promotor Legal", vale dizer, membro do Ministério Público com atribuição previamente fixada pela lei e dotado das garantias de inamovibilidade e total independência funcional.

O Ministério Público modernamente não mais é visto como um adversário do réu, participante de um duelo passional entre dois argutos e hábeis contendores, numa visão privatística do processo penal.

Funciona como garantia do réu que o Ministério Público não seja movido por interesse ligado à pessoa do ofendido ou outro que não seja a realização da justiça. Em uma ordem jurídica que se deseja democrática, não há lugar para um processo penal derivado da persecução de interesses privados individuais, ainda que relevantes, pois o crime atinge primeiramente valores coletivos reinantes na sociedade como um todo. O interesse do Ministério Público é social e difuso, não personificado.

Cabe aqui citar a lapidar frase de *Eberhard Schmidt*: "*la verdadera tarea del Ministerio Público consiste en que, junto con el Tribunal, aspirar a que se dicte una sentencia justa*" (apud *Julio Maier*, in *La ordenanza procesal penal alemana*, Buenos Aires, *Depalma*, 1978, vol. 1º, p. 102).

Para que assim ocorra, procura-se sistematizar, em nível constitucional, esta nova garantia do réu e da própria credibilidade da atuação do Poder Público no processo penal. Esta foi a tônica da tese aprovada no 6º Congresso Nacional do Ministério Público, realizado no mês de junho de 1986, na cidade de São Paulo, de autoria do Promotor de Justiça Jaques de Camargo Penteado e do Procurador de Justiça Clovis Almir Vital Uzeda. O mesmo tema já fora versado, sob outro aspecto, pelo ilustre professor e Procurador de Justiça, Dr. Sergio Demoro Hamilton, no trabalho intitulado "*Reflexos da falta de atribuição na instância penal*", na "*Revista de Direito Penal*", Ed. Forense, vol. 28, pp. 78/86.

Enfim, somos que a nova Carta Política deve cercar o processo de mais esta garantia, vedando acusação por órgão sem atribuição rigidamente prevista em lei e desprovido, por isso mesmo, da necessária imparcialidade e independência. Daí decorreria, ainda, a proibição de avocação das atribuições do "Promotor Natural".⁽⁴⁾

(4) Ver ainda os artigos 127/129 da atual Constituição. Sobre a matéria, ver ainda o recente livro do prof. Paulo Cezar Carneiro, *O Ministério Público no processo civil e penal. Promotor Natural. Atribuição e conflito*, Rio, Forense, 1989.

4.4 *A motivação da sentença penal como garantia impostergável das partes*

O tema tem sido versado principalmente pelos autores mais vinculados ao processo civil. Como exemplo, cabe mencionar a esplêndida monografia de *Michèle Taruffo, La motivazione della sentenza civile, Padova, Cedam, 1975.*

Em nosso país, a matéria foi tratada também com inteira mestria pelo consagrado professor José Carlos Barbosa Moreira. Nada tendo a acrescentar a este brilhante estudo, a fim de não repetir o que lá se encontra, pedimos vênua ao autor para fazer nossas as suas conclusões:

“A motivação das decisões judiciais, como expressão da justiça formal dos atos emanados do Poder a que compete, por excelência, a tutela da ordem jurídica e dos direitos subjetivos, constitui garantia inerente ao Estado de Direito.”

“O princípio de que as decisões judiciais devem ser motivadas aplica-se aos pronunciamentos de natureza decisória emitidos por qualquer órgão do Poder Judiciário, seja qual for o grau de jurisdição, sem exclusão dos que possuam discricionária índole ou se fundem em juízos de valor livremente formulados.”

“É conveniente a inclusão, na Constituição da República, de dispositivo que consagre em termos expressos o princípio da obrigatoriedade da motivação.” (“A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito”, in *Temas de direito processual, segunda série, S. Paulo, Ed. Saraiva, 1980, pp. 83/95.*)

Se assim é com relação ao processo civil, que dizer em relação ao processo penal, que trata de direitos indisponíveis como a liberdade? Somente acreditamos haja de se fazer uma ressalva às decisões do conselho de sentença, nos Tribunais do Júri, pela sua própria natureza. (Art. 93, inc. IX, e 5º, inc. 38, b, nova Constituição da República.)

4.5 *O princípio do duplo grau de jurisdição*

Embora este princípio possa ser depreendido do sistema da atual Constituição, o certo é que não tem ele toda a extensão que se deseja para o processo penal. Há espaços para a lei ordinária sonegar das partes esta garantia basilar de ver a sua pretensão reapreciada por uma instância superior.

O princípio do duplo grau de jurisdição vai de encontro à própria natureza humana, pois a parte raramente se satisfaz ou se conforma com uma única decisão jurisdicional, mormente diante da reconhecida falibilidade humana.

Destarte, não vemos por que não sujeitar os processos penais da competência originária dos tribunais ao salutar duplo grau de jurisdição, prevendo-se recursos ordinários para o Supremo Tribunal Federal.

De uma forma ou de outra, ainda que genericamente, recomenda-se que a futura Constituição discipline a matéria, ao menos no que pertine ao processo penal. Neste aspecto, teremos que aguardar a reforma constitucional.

4.6 *A obrigatoriedade de a União e todos os Estados criarem órgãos com atribuição exclusiva para a prestação de assistência judiciária gratuita aos necessitados no processo penal*

A Carta Constitucional revogada, no art. 153, § 32, previa que “será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei”.

Este dispositivo é de pequeno alcance, pois não exige que tal assistência judiciária seja prestada necessariamente pelo Poder Público, motivo pelo que inexistem defensorias públicas junto à Justiça Federal e na maioria dos Estados da Federação.

A garantia da plena defesa no processo penal pressupõe uma defesa técnica não apenas formal, mas substancial e eficaz para todos. Se o Estado se aparelhou para deduzir a sua pretensão punitiva perante o Poder Judiciário, não faz sentido que, tratando-se de réu pobre, não disponha ele de órgão estatal apto a exercitar plenamente a sua defesa. Como dissemos no início deste trabalho, é o próprio interesse social que impõe o exercício da defesa no processo penal, a fim de que, através do método dialético, se alcance a verdade dos fatos, necessária à correta aplicação da lei ao caso concreto. Da mesma forma que não serve aos interesses sociais a absolvição de um culpado, jamais poderá interessar ao Estado a condenação de um inocente. Tais riscos precisam ser afastados da forma mais eficaz possível.

Por isso, conjugando o interesse privado do réu e o interesse público que informa todo o processo penal, impõe-se que o constituinte obrigue a criação de defensorias públicas por parte da União e todos os Estados, para atuarem em todos os graus de jurisdição.

O art. 134 da nova Constituição atendeu esta postulação.

4.7 *Proibição, no processo penal, da produção de qualquer prova ilícita ou ilegítima pelos diversos sujeitos processuais*

Também aqui, nesta oportunidade, solicitamos licença para nos reportar aos valiosos ensinamentos da professora Ada Pellegrini Grinover, constantes de sua tese denominada *Liberdades Públicas e Processo Penal*, publicada pela Ed. Saraiva, em 1976, já agora em segunda edição.

Após estabelecer seguras premissas e enfrentar questões teóricas da maior complexidade, a autora destaca em uma das suas conclusões:

“Afastada a corrente que admite as provas ilícitas no processo, preconizando pura e simplesmente a punição do infrator, a distinção entre ilícito material e inadmissibilidade processual pode ser superada, em uma visão unitária, na perspectiva constitucional, através da dedução da inadmissibilidade e ineficácia da prova colhida contra os direitos assegurados pela Constituição, diretamente desta.” (ob. cit., p. 330.)

Do esforço interpretativo da ilustre professora, ultrapassando posições doutrinárias adversas da maior respeitabilidade, fica demonstrado ser indispensável que a própria Constituição da República disponha expressamente sobre matéria de tal relevância.

Ademais, deve ser vedada, no processo penal, toda e qualquer prova contrária ao direito, ainda que este direito não decorra da Constituição. Para tanto, até mesmo a fim de evitar a conhecida testilha jurisprudencial, somos que o tema não pode ficar fora de uma rígida regulamentação na futura Lei Maior, evitando-se que provas obtidas por meios aviltantes, como a tortura, por exemplo, ainda encontrem guarida por um magistrado menos afeito com os novos ares democráticos que começam a ventilar em nossa pátria.

Em casos excepcionais, a atividade probatória do réu pode encontrar justificação pela incidência de alguma norma permissiva que exclua a ilicitude de sua conduta, ainda que penalmente típica. Mas isto decorrerá do próprio sistema jurídico.

Como se sabe, a atual Constituição vedou a admissibilidade das provas ilícitas. (art. 5º, inc. 46.)