

Coordenação
MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA

AS REFORMAS NO PROCESSO PENAL

As novas Leis de 2008
e os Projetos de Reforma

- Júri (Lei 11.689/2008)
- Provas (Lei 11.690/2008)
- Procedimentos (Lei 11.719/2008)
- Recursos (Projeto de Lei 4.206/2008)
- Medidas Cautelares (Projeto de Lei 4.208/2008)

Participam desta edição

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO

GERALDO PRADO

GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ

LEANDRO GALLUZZI DOS SANTOS

PIERPAOLO CRUZ BOTTINI

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

As reformas no processo penal : as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma / coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. — São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-85-203-3375-4

1. Processo penal I. Moura, Maria Thereza Rocha de Assis.

08-10221

CDU-343.1(81)(094.56)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Leis comentadas : Direito processual penal 343.1(81)(094.56) 2. Leis : Processo penal : Comentários : Brasil : Direito penal 343.1(81)(094.56)

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1.º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2.º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3.º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4.º (Vetado.)

10. Era necessária a regulamentação do art. 5.º, LVI, da Constituição Federal?

Com a nova redação dada ao art. 157 do CPP e pela inclusão de três parágrafos, a Lei 11.690/2008 pretendeu disciplinar, no plano infraconstitucional, a matéria das provas ilícitas, antes restrita à previsão do art. 5.º, LVI, da CF: "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

A opção pelo tratamento legislativo de tema tão controverso e sujeito a variadas interpretações não parece ter sido a melhor, especialmente diante de certos equívocos e imprecisões do legislador, que em seguida serão indicados.

A vedação da prova *contra legem* constitui resultado de longa elaboração jurisprudencial, iniciada na Suprema Corte americana no final do século XIX e, depois, nas décadas de 60 e 70 do século passado, pelo Tribunal Supremo Federal alemão (BGH) e pela Corte Constitucional italiana.

Coube à jurisprudência norte-americana a primazia na consideração da inadmissibilidade processual da prova obtida ilicitamente.

Até o final do século XIX, prevalecia o entendimento de que a admissibilidade da prova não era afetada pela ilegalidade nos meios utilizados para

sua obtenção.³⁷ Somente no célebre julgamento do caso *Boyd v. United States*, de 1885, a Suprema Corte americana entendeu inadmissível como prova um documento que o acusado fora obrigado a apresentar no processo, entendendo que isso configurava, a um só tempo, violação das Emendas IV, que assegura a inviolabilidade dos papéis privados, e V, que garante o acusado contra a auto-incriminação.³⁸

Depois disso, em 1914, na importante decisão do caso *Weeks*, a Suprema Corte considerou ter sido um *prejudicial error* a admissão, por uma corte federal, de documentos apreendidos na casa do acusado sem o respectivo mandado, com violação da IV Emenda. A partir daí fixou-se, nas cortes federais, a regra de exclusão segundo a qual são inadmissíveis as provas obtidas com violação das garantias constitucionais, e essa regra passou a vigorar também, posteriormente, na maioria dos Estados americanos.³⁹

Na justificação dessa orientação, a maioria dos juízes da Suprema Corte observou que a previsão de sanções civis, penais ou administrativas não constitui freio suficiente à atuação ilegal da polícia. Assim porque, em primeiro lugar, na maioria dos casos os abusos são cometidos contra pessoas das classes menos favorecidas, que não teriam recursos para promover ações de ressarcimento; segundo, porque a repressão penal dependeria da iniciativa dos mesmos órgãos de persecução aos quais se destinavam as provas obtidas ilicitamente e, em um sistema dominado pela oportunidade da ação penal, dificilmente tal ocorreria; finalmente, seria muito otimismo esperar que os próprios organismos policiais aplicassem penalidades disciplinares a seus membros, incentivando-os a somente agir dentro da lei. Por tais motivos, entendeu-se que apenas a exclusão das provas conseguidas ao arrepio da lei seria um eficaz impedimento a tais abusos.⁴⁰

O interesse pelo tema nos países de *civil law*, embora mais recente, tem sido intenso, resultando não somente em trabalhos doutrinários e decisões dos tribunais, mas, posteriormente, em previsões legais e constitucionais a respeito da inadmissibilidade das provas resultantes de procedimentos ilegais.

Assim é que, mesmo em ordenamentos como o alemão, no qual a componente inquisitória do *sistema misto* e a crença na *verdade material*, como objetivo supremo do processo penal, representam sérios obstáculos à aceitação das regras de exclusão, a partir da década de 60 o Bundesgerichtshof (BGH) vem fixando a orientação de que, no Estado de direito, existem limites intransponíveis à busca

37. JOHN HENRY WIGMORE, *Evidence in trials at common law*, v. 8, p. 7.

38. *Idem*, p. 31-32; YALE KAMISAR, WAYNE R. LAFAVE e JEROLD H. ISRAEL, *Modern criminal procedure*, p. 701 e ss.

39. WIGMORE, *Evidence...* cit., p. 32 e ss.; CHARLES T. MCCORMICK, *Handbook of the law of evidence*, p. 291-296; ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, p. 120-126.

40. METELLO SCAPARONE, *"Common law" e processo penale*, p. 19-20.

da verdade processual: *não é nenhum princípio da ordenação processual que a verdade tenha de ser investigada a todo preço; o objetivo de esclarecimento e punição dos crimes é, seguramente, do mais elevado significado; mas ele não pode representar sempre, nem sob todas as circunstâncias, o interesse prevalente do Estado.*⁴¹

Também na Itália, onde a doutrina e a jurisprudência vinham relutando em aceitar, definitivamente, a inadmissibilidade das provas obtidas com violação de normas de direito material,⁴² a Corte Constitucional, em decisão de 1973, a respeito de interceptações telefônicas realizadas sem prévia e motivada autorização judicial, assentou a impossibilidade de utilização de provas obtidas com infringência a garantias constitucionais.⁴³

Em alguns países, a proibição foi consagrada na própria Constituição, como se verifica na Carta portuguesa de 1976, cujo texto, nesse particular, foi mantido na revisão de 1982: *Artigo 32.º (...) 6. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.*

O Código de Processo Penal italiano, de 1988, também inseriu disposições expressas, no art. 191, nos seguintes termos: *1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento.* Com base nisso, a doutrina, embora sem unanimidade, vem entendendo que a ampla previsão da norma se aplica não somente às proibições previstas na lei processual, mas também inclui os tipos incriminadores da lei penal, que, evidentemente, também constituem *una legge che vieta*.⁴⁴

No Brasil, durante muito tempo vigorou nessa matéria o que RICARDO CINTRA TORRES DE CARVALHO denominou "*princípio da veracidade da prova*", segundo o qual a prova era analisada pela carga de convencimento que continha, abstraída a

41. Os enunciados transcritos referem-se aos *leading cases* do gravador (1960) e o primeiro caso do diário (1964), mencionados por MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, p. 117; sobre a doutrina alemã a respeito das proibições de prova, v. especialmente COSTA ANDRADE (*Sobre as proibições...* cit.) e KARL-HEINZ GÖSSEL (*As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha, Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2(3)/397-441).
42. FRANCO CORDERO, *Prove illecite, Tre studi sulle prove penale*, p. 147 e ss.; GRINOVER, *Liberdades públicas...* cit., p. 137-43.
43. V. GIANNI ALLENA, *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 32(2)/509 ss.
44. MASSIMO NOBILI, *Commento* (art. 191), *Commento al nuovo Codice di Procedura Penale*, v. 2, p. 409-414. No mesmo sentido, DELFINO SIRACUSANO, *Le prove, Manuale di diritto processuale penale*, v. 1, p. 384. Em sentido contrário, com o argumento de que a rubrica do art. 191 menciona as *prove illegittimamente acquisite*, o que significaria apenas a violação das normas de aquisição da prova ao processo, ANIELLO NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, p. 106.

forma de sua obtenção; eventual irregularidade era vista como matéria de ilícito administrativo ou penal, a ser apurada em órbita própria, sem repercussão em sua admissibilidade.⁴⁵

A partir do final da década de 1960, registrou-se, no entanto, acentuada tendência do Tribunal de Justiça de São Paulo de considerar que irregularidades cometidas pela polícia, principalmente em casos de buscas e apreensões realizadas em casos de entorpecentes, contaminavam todo o processo.⁴⁶

Também significativa foi a posição do Supremo Tribunal Federal, antes mesmo de ser incluída a proibição no texto constitucional, em três julgamentos – dois em matéria de família e um criminal –, ao proclamar a inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos.⁴⁷

Depois da Constituição de 1988, com a proibição expressa do ingresso da prova ilícita no processo (art. 5.º, LVI), em inúmeros julgados, os tribunais estaduais, federais e superiores vinham aplicando o preceito constitucional, sem que fosse necessária qualquer regulamentação legislativa.

Daí por que as disposições ora trazidas pela Lei 11.690/2008, naquilo que confirmam o preceito constitucional – e também os entendimentos jurisprudenciais assentados –, eram perfeitamente dispensáveis. Mas o pior, como se verá, é que, em determinados pontos, os textos poderão gerar confusões e, em outros, consagram mesmo flagrante inconstitucionalidade (v., como exemplos, os comentários n. 10, 11 e 12, a seguir).

11. O conceito legal de prova ilícita (art. 157, *caput*)

O *caput* do novo art. 157 do CPP fornece uma definição do que se deve entender por provas ilícitas: "as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

A vedação processual da admissibilidade da prova ilícita, como se viu (*supra*, n. 10), foi a solução encontrada pelas cortes constitucionais para a proteção de certos direitos e garantias fundamentais, que não devem ceder nem mesmo diante do interesse estatal na obtenção de provas. Trata-se, em resumo, de uma forma especial de tutela destinada a assegurar a efetividade daqueles direitos e garantias.

Daí a distinção, proposta por NUVELONE e acolhida na doutrina, entre *provas ilícitas* e *provas ilegítimas*: as primeiras constituem o resultado de uma violação do direito material, enquanto nas segundas o vício decorre da infringência de normas

45. RICARDO CINTRA TORRES DE CARVALHO, A inadmissibilidade da prova ilícita em processo penal: um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 3(12)/162-200.
46. *Idem*, p. 169, com referência a julgados insertos em RT 440/343, 440/368, 447/337, 426/363 e 426/354.
47. RTJ 84/606, 110/798 e 122/47.

processuais. Outra diferença entre elas decorre do momento em que se configura a ilegalidade: nas ilícitas, ela ocorre quando da sua *obtenção*; nas ilegítimas, na fase de *produção*. Também é diversa a consequência dos respectivos vícios: as ilícitas são *inadmissíveis* no processo (não podem ingressar e, se isso ocorrer, devem ser desentranhadas); as *ilegítimas* são nulas e, por isso, a sua produção pode ser renovada, atendendo-se então às regras processuais pertinentes.

Não parece ter sido a melhor, assim, a opção do legislador nacional por uma definição legal de prova ilícita, que, longe de esclarecer o sentido da previsão constitucional, pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo.

O descumprimento da lei processual leva à *nulidade* do ato de formação da prova e impõe a necessidade de sua renovação, nos termos do que determina o art. 573, *caput*, do CPP.

12. A prova ilícita por derivação (art. 157, § 1.º)

A disposição contida no § 1.º do art. 157 cuida da chamada *prova ilícita derivada*, ou seja, do problema da *extensão* dos efeitos da ilicitude da prova.

Trata-se aqui de verificar se, reconhecida a violação de uma regra do ordenamento para a obtenção da prova, deve ser excluída somente a prova assim conseguida, ou, por *derivação*, devem também ser afastadas eventuais outras provas cuja descoberta somente foi possível a partir daquela inicialmente viciada.

Essa questão foi colocada à Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*, em 1920, que a partir de então formulou a chamada *fruit of the poisonous tree doctrine* ou *taint doctrine*, segundo a qual a regra de exclusão é aplicável a toda prova maculada por uma investigação inconstitucional.⁴⁸

O tema também tem sido objeto de consideração pela doutrina⁴⁹ e pela jurisprudência alemãs, que, não sem dissensões, têm se manifestado contra o chamado *efeito à distância* (*Fernwirkung*) em relação à prova proibida: entende o BGH, por exemplo, que, se o acusado é confrontado com o resultado de uma gravação ilícita, as declarações daí resultantes não podem ser valoradas como prova; mas se, nas mesmas condições, menciona fatos novos, estes já não constituem prova ilícita. Em sentido contrário, segundo informa GÖSSEL, o tribunal tem reconhecido um *efeito à distância* em casos de interceptação telefônica quando, através de uma operação autorizada para apuração de um dos crimes

48. JEROLD H. ISRAEL e WAYNE R. LAFAVE, *Criminal procedure: constitutional limitations*, p. 281. V., ainda, GRINOVER, *Liberdades públicas...* cit., p. 126 e nota 216.

49. Para um quadro das posições mais importantes na doutrina alemã, v. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...* cit., p. 172 e ss.

catalogados, descobre-se uma prova de um outro crime, não relacionado entre os que admitem a interceptação.⁵⁰

Apesar das evidentes dificuldades que se apresentam para uma solução uniforme de tais situações, dadas as particularidades de cada caso concreto, é impossível negar *a priori* a contaminação da prova secundária pela ilicitude inicial, não somente por um critério de *causalidade*, mas principalmente em razão da *finalidade* com que são estabelecidas as proibições em análise. De nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz – nessa matéria importa ressaltar o elemento *profilático*, evitando-se condutas atentatórias aos direitos fundamentais e à própria administração correta e leal da justiça penal.

Nesse sentido, no Brasil, a orientação consagrada pelo STF no julgamento do HC 69.912-0/RS, em que prevaleceu voto do Ministro Sepúlveda Pertence: “Vedar que se possa trazer ao processo a própria *degravação* das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas”.⁵¹

Na jurisprudência norte-americana, a adoção do critério dos *frutos da árvore envenenada* não tem levado, entretanto, a uma proibição absoluta da utilização de elementos derivados da prova ilícita, sendo admitidas algumas exceções, dentre elas a da *independent source*⁵² e a da *inevitable discovery*,⁵³ casos em que a prova derivada pode vir a ser aproveitada.

A exceção pela “fonte independente” (*independent source limitation*) foi reconhecida pela Suprema Corte, no caso *Bynum v. U.S.*, de 1960, assim resumido: o acusado havia sido preso ilegalmente e, nessa ocasião, foram tiradas suas impressões digitais, que comprovavam seu relacionamento com um roubo; a prova foi excluída porque *derivada* da prisão ilegal. Num segundo julgamento, a acusação trouxe, para comparação, outras impressões digitais, mais antigas, que estavam nos arquivos do FBI. Assim, reconheceu-se a validade da prova, pois agora não havia conexão com a prisão arbitrária.

50. GÖSSEL, *As proibições de prova...* cit., p. 436.

51. *Lex-Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* 183/290-330. Em caso anterior, decidido antes da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal não somente reconheceu a ilicitude de gravações clandestinas, mas também determinara o trancamento do inquérito policial instaurado com base nelas, por inexistirem nos autos outros elementos, não contaminados pelo vício, que justificassem o prosseguimento das investigações (RTJ 122/47).

52. ISRAEL e LAFAVE, *Criminal procedure...* cit., p. 283-284.

53. *Idem*, p. 284-286.

Com outra linha de argumentação, no caso *Nix v. Williams* (Williams II), de 1984, a Suprema Corte concluiu que a doutrina dos frutos envenenados também não se aplicava aos casos em que a prova seria *inevitavelmente* descoberta por uma investigação legal (*inevitable discovery*). Na situação então examinada, o acusado havia matado uma criança e ocultado o corpo. Iniciadas buscas pela polícia, com a ajuda de cerca de 200 voluntários, o acusado fez uma confissão, ilegalmente obtida, indicando a localização do corpo. A Corte considerou ilegal essa confissão, mas válida a descoberta do corpo, pois era inevitável e não tinha relação com a ilegalidade.

Os fundamentos dessas duas exceções à contaminação da prova são evidentemente diversos: na hipótese de haver uma *fonte independente*, a prova derivada tem concretamente duas origens – uma ilícita e outra lícita –, de tal modo que, ainda que suprimida a fonte ilegal, o dado probatório trazido ao processo subsiste e, por isso, pode ser validamente utilizado. Já na situação de *descoberta inevitável*, a prova tem efetivamente uma origem ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar, *por hipótese*, que seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita.

Assim, no primeiro caso (*fonte independente*) nem mesmo seria correto falar em exceção à regra de contaminação da prova derivada, pois na verdade o que se exclui é a própria relação de causalidade. Esse é, por sinal, o entendimento do Tribunal Supremo espanhol, que tem aplicado o conceito de fonte independente afirmando que não se dará a contaminação da prova derivada quando for possível estabelecer *desconexão causal* entre a prova que fundamenta a condenação e as obtidas ilicitamente. Daí por que a questão não está colocada como exceção à regra de exclusão, mas como permissão de valoração por não ocorrer derivação de prova inconstitucional.⁵⁴

O legislador nacional, com a nova redação dada ao art. 157 e parágrafos do CPP, pela Lei 11.690/2008 acolheu expressamente a orientação que reconhece a inadmissibilidade processual das provas derivadas da ilicitude inicial, ressaltando, no entanto, duas situações: a) “quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras”; e b) “quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Em relação à primeira situação, era perfeitamente desnecessária a previsão normativa, na medida em que o conceito de prova derivada supõe, por si só, a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda. Se o vínculo não estiver evidenciado, é intuitivo que não se trata de *prova derivada*.

Mas, apesar de redundante, essa parte do texto legal não parece trazer inconvenientes na sua aplicação.

54. Sentenças 210/97, 2783/93 e 311/94, citadas por MAXIMILIANO HAIRABEDIÁN, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 70, nota 178.

13. O equivocado conceito de *fonte independente*

Mais grave foi o equívoco da lei ao consagrar a exceção da *fonte independente*.

Aqui o legislador afastou-se completamente da noção original fixada na jurisprudência americana, que, como visto, supõe que o dado probatório possua efetivamente duas origens, uma ilícita e outra lícita, subsistindo como elemento de convicção válido, mesmo com a supressão da fonte ilegal.

Com efeito, já na parte final do § 1.º, ao empregar o verbo no condicional – “*puderem ser obtidas*” –, a lei dá a entender que basta a simples *possibilidade* de que a prova venha a ser obtida por meio lícito para afastar a sua contaminação pela ilegalidade inicial.

Não bastasse isso, no § 2.º aventurou-se o legislador a estabelecer um conceito normativo de *fonte independente* que subverte não só aquela idéia original, mas também coloca em risco a própria *finalidade* da vedação constitucional, que não é outra senão a de coibir atentados aos direitos individuais estabelecidos na Lei Maior.

Ao dizer que “*considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova*”, a disposição analisada abre as portas para que, sob esse fundamento, toda e qualquer prova derivada de outra ilícita venha a ser convalidada.

Pense-se, como exemplo extremo, numa confissão obtida mediante tortura e na qual o suspeito indique o local em que se encontra uma prova documental. Realizada uma busca e apreensão, com mandado judicial e com observância de todas as formalidades, o documento é apreendido.

Segundo o entendimento consagrado a respeito da inadmissibilidade da prova derivada, essa segunda prova será também ilícita, uma vez que tem como *causa* uma grave violação de direito fundamental. Mais do que isso, admitir tal prova seria, na verdade, incentivar atividades ilegais, como sublinhado no acórdão do STF antes mencionado.⁵⁵

Mas, pelo que se depreende do texto do § 2.º introduzido pela Lei 11.690/2008, nem mesmo seria necessário que a prova derivada tivesse sido efetivamente conseguida de forma regular, bastando que houvesse uma mera *possibilidade* disso. Trata-se, à evidência, de disposição que subverte o espírito da garantia constitucional do art. 5.º, LVI.

Parece ter havido aqui uma confusão do legislador entre as exceções da *fonte independente* e da *descoberta inevitável*. Assim mesmo, como antes anotado, na situação de *inevitable discovery*, são as circunstâncias especiais do caso

55. V. supra, n. 11, nota 50.

concreto (como no exemplo do encontro do cadáver) que permitem considerar que a prova seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita. Ao contrário disso, o texto legislativo examinado permite que se suponha sempre a possibilidade de obtenção da prova derivada por meios legais, o que esvazia, por completo, o sentido da garantia.

Em resumo, como está redigido, o texto do art. 157, § 2.º, é inconstitucional.

14. A inutilização da prova inadmissível

A Lei 11.690/2008 determina, ainda, no art. 157, § 3.º, que, “*preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, está será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente*”.

Também nesse ponto o texto afastou-se do Projeto de Lei 4.205/2001, que previa: “*Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório*”.

A solução proposta no Projeto era, com todo o respeito, a mais correta, tanto do ponto de vista teórico como sob o aspecto prático.

É que a sanção prevista na Constituição para a prova reconhecida ilícita é a *inadmissibilidade processual*. Isso significa que a prova viciada não pode ter ingresso nos autos do processo – se isso ocorrer, deve ser desentranhada. Mas o mais importante é que, de qualquer modo, não pode ser valorada pelo juiz na decisão (a *inutilizzabilità* do direito italiano).

A impossibilidade de utilização da prova pelo juiz, no processo (*rectius*, em determinado processo), não implica, assim, a necessidade de destruição física da prova ou, mais precisamente, do documento que a contém.

Aliás, é perfeitamente viável que a prova declarada ilícita num determinado processo possa vir a ser utilizada validamente em outro. Pense-se, como exemplo, na situação em que os autores da violação de direito, da qual resultou a prova ilícita, venham a ser processados pelo crime correspondente (tortura, violação de domicílio, interceptação telefônica ilegal etc.). Nesse caso, se inutilizada a prova, como manda a lei, ficaria prejudicada a demonstração do próprio fato praticado para obtê-la. Não se pode descartar, ainda, a hipótese de se usar uma prova ilícita *pro reo* em outro processo, como o de revisão criminal.⁵⁶

Diante disso, seria mais razoável que o legislador tivesse acolhido a proposta do Projeto, prevendo o arquivamento sigiloso em cartório.

Duas observações parecem ainda necessárias a propósito desse parágrafo.

A primeira diz respeito ao momento em que ocorre a *preclusão* da decisão que declara inadmissível a prova ilícita, pois a ela se refere o texto examinado.

56. GRINOVER, SCARANCE e MAGALHÃES, *As nulidades...* cit., p. 162.

A proposta contida em outro Anteprojeto elaborado pela Comissão, depois convertida no Projeto de Lei 4.206/2001, do Poder Executivo, sobre recursos e ações de impugnação, continha previsão expressa a respeito do cabimento de recurso de *agravo* contra a decisão que “*declarar lícita ou ilícita a prova*” (art. 583, VI). Ocorre, no entanto, que essa matéria ainda está em discussão no Legislativo.

Mas, *de lege lata*, tanto a Lei 11.690/2008 como o CPP não prevêm um recurso contra esse tipo de decisão. Seria possível imaginar a aplicação, por analogia, do art. 581, XVIII, do CPP, que indica o recurso em sentido estrito como meio de impugnação da decisão que decidir o incidente de falsidade da prova; ou então da apelação, com apoio no art. 593, II, do CPP, por ser uma decisão *com força de definitiva*. De qualquer modo, sempre haverá pelo menos uma dúvida a respeito da impugnação cabível e, em consequência, sobre a ocorrência de preclusão se a decisão não for objeto de recurso.

Daí por que mais razoável entender que a aludida preclusão da decisão sobre a inadmissibilidade da prova só ocorre com o trânsito em julgado da sentença final, condenatória ou absolutória. Vale aqui o que ensinou DENTI: os atos de aquisição probatória não produzem efeitos imediatos, mas têm a sua eficácia diferida para o momento da sentença, em que existe um vínculo do juiz à exclusiva valoração das provas admissíveis e regularmente adquiridas.⁵⁷

Esse entendimento também diminui os eventuais prejuízos que poderiam resultar da completa *inutilização* da prova prevista na lei.

A segunda questão que o texto suscita está relacionada ao entendimento da parte final do § 3.º: “*facultado às partes acompanhar o incidente*”.

Nesse ponto, o legislador de 2008 reproduz parcialmente o que já constava do art. 9.º, parágrafo único, da Lei 9.296/1996, sobre interceptações telefônicas, que prevê que o incidente de inutilização das conversas que não interessarem à prova seja assistido pelo Ministério Público, *facultada* a presença do acusado ou de seu representante legal.

Mas, como sustentado a propósito em trabalho anterior de autoria coletiva, essa previsão da lei de interceptações é de evidente inconstitucionalidade, sendo *imprescindível* a presença das partes, o que significa, em relação à defesa, do acusado e de seu defensor, para garantia da autodefesa e da defesa técnica, ambas constitucionalmente asseguradas.⁵⁸

Assim, também na situação agora disciplinada pela Lei 11.690/2008, a presença do MP, do acusado e do defensor não pode ser simples *faculdade*, mas é de rigor, diante da importância do ato e de seus possíveis efeitos.

57. VITTORIO DENTI, *Perizie, nullità e contraddittorio*, *Rivista di Diritto Processuale* 22/401.

58. GRINOVER, SCARANCE e MAGALHÃES, *As nulidades...* cit., p. 225.