

Breda: A admissibilidade processual das mensagens do Intercept

"...l'acertamento dell'innocenza è una posta troppo importante, per essere sacrificata agli idoli dela procedura"

(Franco Cordero, 1963)

Ao longo do último ano, o site *The Intercept* [1], a *Folha de S.Paulo*, a revista *Veja* [2], o jornal *El País* e outros prestigiados meios de comunicação têm divulgado as notórias mensagens [3] trocadas entre agentes públicos que aturaram na "lava jato", vítimas de criminoso ato de hackeamento por pessoas já



Até agora, porém, nenhuma resposta definitiva do Supremo

Tribunal Federal sobre a possibilidade de admitir esses dados como elementos relevantes para as decisões nos processos criminais relacionados ao conteúdo das comunicações ilegalmente captadas. Tudo indica que o enfrentamento dessa matéria ocorrerá em breve, na oportunidade do julgamento de um pedido do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva de reconhecimento da suspeição do ex-juiz Sérgio Moro, magistrado que o condenou.

O teor dos diálogos publicados, que denotam inequívoca quebra do dever de imparcialidade do juiz, pela relação de complementariedade simbiótica com a acusação em flagrante assimetria ao dever de equidistância das partes, não será objeto da presente análise, mas apenas sua admissibilidade como elemento de informação relevante para a decisão do caso.

Desde logo, é importante afirmar a impossibilidade do uso desse tipo de prova para o fim de punir qualquer cidadão, no âmbito administrativo ou judicial, ainda que o conteúdo revele uma conduta ilícita. Trata-se de uma garantia assegurada pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LVI (são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos), instituída como um obstáculo ético intransponível à atividade probatória do Estado, de forma a assegurar o direito de defesa do acusado contra o exercício arbitrário do poder, muito embora alguns países já estejam admitindo a valoração dos elementos probatórios obtidos dessa maneira.

Em arbitragens internacionais, é cada vez mais comum a valoração como prova de informações reveladas nas publicações de grandes vazamentos de dados por terceiros, que não sejam partes nos litígios [4].

Nos Estados Unidos, no ano passado, o Department of Justice (DOJ) acusou quatro pessoas por diversos crimes, com base nas informações reveladas pela série de publicações *Panamá Papers* [5], relatando milhares de operações financeiras a partir do vazamento de dados de *offshores* panamenhas. Na Inglaterra, em 2017, a Suprema Corte admitiu, por unanimidade, a admissibilidade de documentos sigilosos vazados publicamente no conhecido "episódio Wikileaks" [6].

O tema da prova ilícita e de suas consequências no processo penal adquiriu nas últimas décadas um bom espólio doutrinário e jurisprudencial, mas ainda existe um capítulo pouco explorado na teoria das limitações ao direito probatório: a obtenção, produção, admissibilidade e valoração de uma prova ilícita para favorecer o réu.

É necessário, desde logo, utilizar esse verbo — favorecer — para ampliar o debate não apenas ao problema da absolvição do acusado, em tese de solução mais simples. Ou seja, é possível utilizar uma prova ilícita não apenas para absolver o réu da acusação, mas também para reduzir sua responsabilidade ou de qualquer modo beneficiá-lo, para o fim de reconhecer a violação ao devido processo legal? As legislações dos principais países, inclusive o Brasil, não cuidam expressamente do problema.

A leitura isolada do artigo 5º, LVI, da Constituição, conduziria a resposta à literalidade do texto: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. E se são inadmissíveis, *no processo*, o dever se impõe a todos os participantes da relação processual?

A resposta, em primeiro lugar, deve partir da natureza jurídica do direito fundamental à inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos. Trata-se de uma *garantia individual, direito de defesa do cidadão contra a persecução arbitrária e ilegal do Estado* [7], daí por que a construção do conteúdo normativo não pode cingir-se à literalidade do texto, mas deve se concretizar, de forma ampliativa, com a conjugação das finalidades modernas do processo penal: o respeito aos limites jurídicos da atividade probatória oficial e, essencialmente, *a tutela do status de inocência do cidadão*.

Aqui já surge a necessidade de uma distinção vital: se a prova é produzida por meio ilícito pelo Estado, por intermédio de suas agências de persecução ou diretamente pelo juiz, ou se é fruto de atividade probatória privada, pelo próprio acusado ou por terceiro.

Não seria racional, nem atenderia aos mais altos pressupostos de justiça, sancionar o cidadão pela conduta ilícita do Estado, excluindo, desentranhando e destruindo-se uma prova potencialmente favorável à sua posição processual, ao argumento da *infração de direitos instituídos em seu favor*. Dessa forma, qualquer prova colhida ilicitamente pelo Estado pode ser valorada em benefício do cidadão acusado, eis que a inadmissibilidade, nesse caso, violaria a natureza de um "direito fundamental de defesa" e a concepção moderna do devido processo legal como "processo justo".

É esse consagrado princípio, aceito como um postulado da Justiça em todo mundo, ocorre mesmo nas hipóteses em que a prova foi produzida ilícitamente pelo próprio acusado. Alguns sustentam, nessas condições, a analogia da legítima defesa ou do estado de necessidade. As soluções podem ser buscadas no próprio ordenamento processual penal, com a conformação que a Constituição lhe confere. A "justiça como valor supremo", inscrita em nosso preâmbulo, e a "dignidade da pessoa humana" como fundamento da República servem como paradigmas para a construção da resposta.

Em decorrência desses *standards*, o sistema de vedações probatórias do ordenamento jurídico não pode ser invocado para impedir a demonstração de que o cidadão não teve direito a um julgamento justo, proferido em violação aos seus direitos e garantias fundamentais.

Por isso, a conclusão, mediante simples concretização hermenêutica dos valores constitucionais em ponderação, é de que se admite a prova ilícita em favor do acusado, a fim de prevenir uma condenação injusta pela inexistência ou atipicidade do fato e, também, em face da violação do devido processo legal. A exceção, aponta a doutrina, restringe-se à hipótese de um grave atentado aos direitos fundamentais praticado pelo próprio autor do fato, como, por exemplo, o emprego de tortura, especialmente porque nesse caso a proibição é absoluta, sem relativizações.

De outro lado, se a atividade probatória vedada deriva do próprio Estado ou de terceiro particular, como ocorre no caso concreto, ou seja, se a ilegalidade da produção da prova não é de autoria do acusado beneficiário da revelação que a prova indevidamente obtida produz, não é possível cogitar-se de sua inadmissibilidade processual, eis que esse direito, repita-se, é instituído em benefício do acusado e não pode ser lido em seu desfavor.

Nesse sentido, é a opinião dos maiores autores estrangeiros sobre a matéria, tais como Manuel da Costa Andrade [8], ao defender a admissibilidade da prova *"quando a valoração configure o único meio de salvaguarda de valores de irrecusável prevalência e transcendentais aos meros interesses da perseguição penal"*. Franco Cordero [9] sustenta que o *"l'acertamento dell'innocenza è una posta troppo importante, per essere sacrificata agli idoli della procedura"*, enquanto Claus Roxin [10] anota que *"as proibições de métodos probatórios só estão dirigidas aos órgãos da persecução penal"*. Na mesma linha, há vários pronunciamentos da doutrina nacional, todos favoráveis à utilização da prova ilícita em favor do réu, como, por exemplo, Lenio Streck [11], Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes [12], Antonio Magalhães Gomes Filho [13], Aury Lopes Júnior [14], Juarez Tavares e Rubens Casara [15] e Guilherme Nucci [16], entre outros.

Em parecer oferecido no Habeas Corpus do ex-presidente Lula, a procuradora-Geral da República da época, Raquel Dodge, simplesmente argumentou que *"o material publicado pelo site The Intercept Brasil... ainda não foi apresentado às autoridades públicas para que sua integridade seja aferida. Diante disso, a sua autenticidade não foi analisada e muito menos confirmada. Tampouco foi devidamente aferido se as referidas mensagens foram corrompidas, adulteradas ou se procedem em sua inteireza, dos citados interlocutores. Estas circunstâncias jurídicas têm elevado grau de incerteza neste momento processual, que impede seu uso com evidência"* [17].

Nessa manifestação, a PGR sustentou a possibilidade em tese de *"que, com o furto e uso de identidade, tais mensagens tenham sido adulteradas ou de alguma forma manipuladas. Trata-se de grave e criminoso atentado contra o Estado e suas instituições, que está sob a devida apuração pelos órgãos competentes"*.

Ao julgar outro pedido de concessão de Habeas Corpus em que se pleiteava a liberdade ao ex-presidente Lula, com o argumento incidental da suspeição do magistrado de primeira instância, logo após as primeiras revelações, o ministro Gilmar Mendes *"reiterou a necessidade de adiar a conclusão do julgamento. Segundo ele, novos pontos trazidos pela defesa sobre a suspeição do ex-juiz Sérgio Moro, relacionados à divulgação pelo site The Intercept de diálogos entre ele e procuradores integrantes da Lava-Jato, precisam ser mais bem analisados. Em seu entendimento, além desses diálogos, a interceptação telefônica do escritório de advogados encarregados da defesa do ex-presidente demonstra a plausibilidade jurídica da alegação de suspeição, pois teria ocorrido o monitoramento de comunicações entre defesa e réu. Tal situação justificaria a concessão da liberdade ao ex-presidente até o julgamento do mérito do HC. A proposta foi acompanhada pelo ministro Ricardo Lewandowski"*.

Nessa sessão de julgamento, o ministro Edson Fachin, em relação às conversas divulgadas pelo *The Intercept*, destacou *"que não é possível levar este fato em consideração até que seja realizada investigação sobre sua autenticidade"* [18].

Meses depois, em razão das prisões dos autores do hackeamento das mensagens, tudo indica que os diálogos eram mesmo autênticos e que o material apreendido pelas autoridades públicas é íntegro e que não houve adulteração das mensagens. Em alguns casos, os diálogos foram confirmados por determinados interlocutores [19].

O Ministério Público Federal, que tem acesso a todos esses elementos, pois investigou e denunciou os autores dos crimes de invasão de dispositivos informáticos e violação indevida de comunicações telemáticas, poderia facilmente ter demonstrado a falsidade ou distorção das mensagens.

O silêncio eloquente do órgão de acusação opera como mais um forte elemento de confirmação da veracidade das mensagens publicadas pelo *The Intercept* ou, em sentido inverso e suficiente para a admissibilidade da prova, da inexistência de qualquer indício que aponte para a inautenticidade ou falta de integridade do material divulgado pelos meios de comunicação.

Não há, portanto, justificativa constitucionalmente legítima para que essas informações não sejam objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal como mais um elemento probatório relevante para decidir se as garantias fundamentais do cidadão foram plenamente respeitadas, entre elas a imparcialidade do julgador.

[1] <https://theintercept.com/series/mensagens-lava-jato/>, acessado em 2/7/2020.

[2] “Novos diálogos revelam que Moro orientava ilegalmente ações da Lava Jato” <https://veja.abril.com.br/politica/dialogos-veja-capa-intercept-moro-dallagnol/>

, acessado em 2/7/2020.

[3] <https://theintercept.com/2020/01/20/linha-do-tempo-vaza-jato/>, acessado em 2/7/2020.

[4] “Since the WikiLeaks scandal, the legal parameters for admissible evidence seem poised to change: evidence that would have been considered inadmissible due to its privileged or confidential character is now admissible because it is considered to be public information” Ricardo Ortiz em <https://blogs.law.nyu.edu/transnational/2018/05/admissibility-of-hacked-emails-as-evidence-in-arbitration/>, acessado em 2/7/2020.

[5] <https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/four-defendants-charged-panama-papers-investigation>, acessado em 2/7/2020.

[6] <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0022-judgment.pdf>, acessado em 2/7/2020.

[7] Em clássica obra, o Ministro Gilmar Mendes sustenta que “*na condição de direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário*”. *Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3.

[8] “Nem deve, de resto, desatender-se a possibilidade de o processo penal se constituir e sede autônoma de revelação, actualização ou mediação de conflitos de interesses, susceptíveis de – em nome, v. g. da prevenção de perigos concretos – ditar a utilização de um meio de prova criminalmente obtido. Como sucederá quando a valoração configure o único meio de salvaguarda de valores de irrecusável prevalência e transcendentais aos meros interesses da perseguição penal, *máxime* em se tratando de valores encabeçados por particulares e atinentes aos direitos fundamentais. Assim e concretamente quando, v. g., a valoração dum gravação ilícita represente a única possibilidade de alcançar a absolvição de um inocente infundadamente acusado de um crime. Dessa forma se prevenindo o intolerável atentado à liberdade e à dignidade humana que a condenação penal já de per si constitui, posta mesmo entre parênteses a conhecida cadeia das sequelas negativas de uma pena como a prisão” (*Sobre as proibições de prova no processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 45 e 46).

[9] “Ci si chiede ancora il divieto di valutare la prova irritualmente acquisita, operi incondizionatamente ovvero trovi una deroga nel caso in cui dalla risultanza che dovrebbe essere amputata, emergano illazioni favoveroli alla difesa. Se si accogliesse il secondo termine del dilemma, il fenomeno muterebbe volto: saremmo di fronte non tanto a um divieto probatório quanto ad una regola legale decisoria, che vieta al giudice d’assumere certe acquisizioni a premessa d’una condanna; in tal modo si attenuerebbe la contraddizione ínsita nella figura d’una prova inammissibile e tuttavia processualmente relevante, sai purê in *bonam parte*. Quest’ultima è la soluzione per cui optiamo; essa s’inquadra in um principio generale,

in cui segnacolo si coglie nell'articolo 152: l'acertamento dell'innocenza è una posta troppo importante, per essere sacrificata agli idoli della procedura" (*Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè Editore, 1963, p. 171).

[10] “Cuando esos particulares proceden en ello ilícitamente (p.ej., sustraen documentos) y ponen a disposición de las autoridades de la investigación las pruebas así obtenidas, se cuestiona si las pruebas obtenidas pueden ser valoradas en el procedimiento penal. Dado que las disposiciones sobre el procedimiento de la StPO (!y ante todo de las prohibiciones de métodos probatórios!) sólo están dirigidas a los órganos de la persecución penal, este tipo de pruebas son, en principio, *valorable*; una excepción debe regir únicamente para casos de extrema violación de derechos humanos...” (*Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 206).

[11] <https://www.conjur.com.br/2019-jun-24/streck-fins-justificam-meios-direito-nao-masna-lava-jato-sim>, acessado em 2/7/2020.

[12] Grinover, Scarance e Antonio Magalhães Gomes Filho. *As nulidades no processo penal*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 161 e 162.

[13] “Mas, por outro lado, são semelhantes considerações a respeito da ponderação de interesses que autorizam a admissão da prova ilícita *pro reo*: no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova de inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente...” (*Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 106 e 107). Nesse mesmo sentido, em Gomes Filho, Toron e Badaró (*Código de Processo Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 417).

[14] “Neste caso, a prova ilícita poderia ser admitida e valorada quando se revelasse a favor do réu. Trata-se da proporcionalidade *pro reo*, onde a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova...” (*Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, p. 566 e 567).

[15] “No Brasil, reconhece-se, sem maiores divergências, a possibilidade de utilização da prova ilícita favorável ao acusado (*prova ilícita pro reo*). Trata-se de evidente manifestação do princípio da proporcionalidade, em que, no caso concreto, o princípio da ampla defesa contrasta e prevalece sobre o princípio da vedação das provas ilícitas (trata-se de uma incidência do *favor rei*)”. (*Prova e Verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2020, p. 92).

[16] “Porém, caso se trate de prova indispensável para garantir a absolvição do acusado, demonstrando seu estado natural de inocência, jamais se pode desprezá-la. Lembremos que o Estado possui um propósito ao vedar a produção de provas ilícitas, que é manter a ética e a lisura dos atos processuais, mas, acima disso, encontra-se a realização da justiça e a total inviabilidade de

cometimento de um erro judiciário. Inexiste fundamento lógico para garantir a ética, em nome da falsa condenação de um inocente: transborda-se da lisura dos meios para a ruptura ética do resultado.” (Princípios constitucionais penais e processuais penais. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 352/353).

[17] Cópia da Manifestação da PGR em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340453441&ext=.pdf>, acessado em 2/7/2020.

[18] Notícia do julgamento publicada no site oficial do STF em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=415010>, acessado em 2/7/2020.

[19] Como exemplo de algumas confirmações, <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/07/05/faustao-diz-nao-ver-novidade-em-conversa-divulgada-de-moro.htm> e https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/06/29/interna_politica,766779/procuradoredefendem-moro.shtml, acessados em 4/7/2020.

Date Created

08/02/2021