

1. A prova no processo penal: o que é? Para que serve? Considerações resumidas

Afinal, do que estamos falando quando dizemos “prova”, para fins de uma posterior valoração em processo penal?

Estamos falando de algo obtido, isto é, colhido, em ambiente adequado, para posterior apresentação em algum processo (qualquer que seja ele)? Ou poderemos conjecturar com a obtenção de alguma evidência forjada, isto é, falsa, e portanto indevida, ser também admitida num processo? Ou será que, mesmo que o conteúdo do que se quer levar a algum juiz seja idôneo, isto é, não falsificado, não adulterado em sua essência e portanto hígido, mas foi obtido por meios indevidos, fraudulentos, ante proibição legal, ou quem sabe até com o cometimento de algum crime, podemos admitir tal evidência no processo penal?

Tentando exemplificar com os três parâmetros acima indicados, é preciso se responder a algumas questões: um diálogo telefônico, ou mensagem de texto ou áudio em algum aplicativo qualquer, pode ser admitido como “prova” no processo penal, se (i) for colhido após rigoroso escrutínio quanto à sua justificativa, e dentro do prazo legalmente estabelecido, sem desvio de finalidade (afinal, juiz criminal existe não para brandir condenações como troféus – mesmo porque a liberdade de um cidadão não é algo a ser imolado - e sim para fiscalizar a observância das regras constitucionais e processuais penais em qualquer caso, ou seja: controlar, evitar ilegalidades e abusos); se (ii) o conteúdo tiver sido manipulado de forma a que os textos ou áudios interceptados não dissessem aquilo que quem os apresenta pretenda que se infira terem dito; e se (iii) o conteúdo do material colhido espelha rigorosamente o contexto, ‘tintim por tintim’ do ocorrido, mas foi colhido sem qualquer autorização judicial, ou pior, foi fruto de espionagem vedada por lei?

Por essas três nuances se pode ver que a teoria do chamado direito probatório, se não caminha rigorosamente à deriva, joga na cara do intérprete – seja ele o juiz de Curitiba, Rio de Janeiro ou um Ministro do STF – uma gama de dificuldades que fazem com que, ao menos, se veja a questão com a máxima cautela.

É fácil perceber, na teoria dos sistemas de direito probatório, que uma das principais razões de ser de se pretender ‘provar’ alguma coisa, é conquistar aderência do destinatário quanto àquilo que se pretende ver provado. Sempre se debate se a prova auxilia o juiz a perceber veracidade ou não na afirmação que se faz sobre um fato

relevante. Não se prova ‘o fato’, a ocorrência, mas sim, se prova – com os meios jurídicos para tanto – a veracidade ou a mentira que se afirma sobre um determinado fato. Assim: não é que se vá provar que *fulano morreu*, e sim que a acusação feita sobre a circunstância daquela morte (foi *sicrano* que matou? Foi em legítima defesa? O motivo foi torpe?) está ou não comprovada. Prova-se, como se tem ainda dado pouca atenção no Brasil, *não o fato em si, mas a afirmação sobre o fato. O fato, esse ou ocorre ou não; o que se prova, idoneamente ou não, são afirmações feitas sobre esse fato*¹.

Além disso, uma outra razão, digamos, epistemológica, para se aventurar na indagação “da prova” está na seguinte questão: a prova proporciona uma maior coincidência entre o tal fato e o que dele se diz ter ocorrido?² Em outros termos: alguém quer provar, no processo penal, a *hipótese acusatória*; alguém quer questionar a *plausibilidade da hipótese acusatória*.

Para o juiz, importa saber: a prova auxilia ou não ao melhor entendimento daquela circunstancialidade que irá julgar. Há quem diga, nesse detalhe, que a prova importa para “captar o subjetivismo do juiz”³, e há quem diga que a prova tem uma função “correspondentista”⁴, isto é, demonstrar que aquilo que se prova *corresponde* ao evento em análise. Há inclusive uma derivação nessa especificidade que defenda que a prova visa a “explicar” o evento passado, na chamada “teoria explanacionista”, em que, a partir do evento, vão se excluindo, no passado, uma a uma, possíveis ‘explicações’ que não justifiquem o fato dado⁵. Essa última nuance, aliás, remete – inclusive com aportes de reconhecidos epistemólogos - a uma investigação a la *Sherlock Holmes*⁶. A prova,

¹ Exemplos do cuidado a se ter com a abordagem se nota em: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Um modelo de epistemologia judiciária: o controle lógico e racional do juízo de fato no processo penal*. Tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial ao concurso para provimento de cargo de Professor Titular do Departamento de Direito Processual. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018, p. 66. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 317. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 390-1.

² “*In short, legal regulation of proof is influenced by both epistemic and extra-epistemic factors.*” (DAMAŠKA, Mirjan. *Epistemology and legal regulation of proof*. Law, Probability and Risk, 2003, v. 2, p. 117). ABELÁN, Marina Gascón, *Los hechos en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 114-8.

³ KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, Casa do Direito, 2016.

⁴ TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 2, abr/jun. 1990, pp. 420-448, p. 444.

⁵ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As Lógicas Das Provas No Processo: Prova Direta, Índícios E Presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

⁶ AMADO, Juan Antonio García; BONORINO, Pablo Raúl (Coords.). *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*. Debates sobre abducción. Granada: Comares, 2014.

inegável, tem nítido pressuposto epistemológico: trazer ao juiz conhecimento, iluminar sua compreensão sobre o evento que irá julgar.

Mas ainda assim, cabe perguntar, além de *para que serve a prova, o que é ela, a prova?*

Essa, a pergunta de um milhão de rúpias, talvez tenha tido a resposta arranhada pelos incontáveis estudos seminais de Michelle Taruffo, que duraram quase toda sua maturidade científica e de forma alguma se reduzem a um determinado âmbito do direito positivo (processo civil, processo penal)⁷, além de outros corifeus, como Giulio Ubertis⁸, William Twining⁹ e, mais recentemente, tem sido reapreciada, em detalhes, pelos adeptos da chamada “Escola de Girona” do raciocínio probatório, a partir de contribuições de Jordi Ferrer Beltran¹⁰, Carmen Vazquez e tantos outros.

Como a vastidão do tema da prova, por si só, abrangeria áreas que o Direito, por mais presunçoso que seja, não dá conta de abarcar, à teoria veio a prática. E em cada sistema jurídico se estabelecem há séculos *regras sobre a prova*. Cada sistema tem o seu, vá lá, *direito probatório* a partir de determinada conformação político-criminal. Prova é, pois, como lembra certamente Marina Gascón Abellán, algo institucionalizado¹¹, regido pelo direito. O direito probatório é, e nem mesmo Jeremy Bentham resistiu a isso, regrado por regras jurídicas, não é terreno completamente livre¹².

2. Aproximando-se do caso concreto: categorias probatórias

⁷ Sem a menor pretensão de esgotar a obra perene: TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, Italia: Cedam, n. 2, abr/jun. 1990, pp. 420-448. E: *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002. E: *Verità e probatilità nella prova dei fatti*. *Revista de Processo*, n. 154, dez. 2007. E: *La prueba*. Trad. Laur Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008. E: *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Ed. Laterza, 2009.

⁸ *Profiles of Judicial Epistemology*. Trad. Mari Weston. Torino, Italy: Giappichelli, 2018. Ainda: *Prove (in generale)*. *Digesto delle Discipline Penali*. Torino, Italy: UTET, v. X, 1995.

⁹ *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*. Stanford: Stanford University Press, 1985. E: *Rethinking Evidence*. Exploratory Essays. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

¹⁰ *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. E: *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2007. E: *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba Cuasi-Benthamiana*. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, v. IX, n. 18, 2017.

¹¹ *Questiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 125 e 128-9.

¹² DAMAŠKA, Mirjan. *Evaluation of evidence*. Pre-Modern and Modern Approaches. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. No mesmo sentido: ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. *Criminal evidence*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 73.

No processo penal brasileiro, por exemplo, a expressão “prova”, em sentido técnico, deve ser reduzida àquilo que é produzido em contraditório judicial (art. 155, CPP). O que não é produzido no chamado ambiente de contraditório judicial, diz o nosso Código, ou é “elemento informativo colhido na investigação”, ou é prova “cautelar, não repetível e antecipada”. Essa categorização, por si, já poderia suscitar abordagem mais longa, e não é esse o propósito desse texto, pois aqui não se tem o propósito de escantear um conceito processual do outro.

Aqui, vale lembrar que prova é algo produzido em contraditório, submetida ao escrutínio dos contendores do processo, isto é, submetida ao teste, ao questionamento, da parte oposta àquela que apresenta um dado elemento e quer vê-lo útil no processo. Isso sem falar no pressuposto controle judicial, que deve abranger todo o arco do procedimento probatório, desde a obtenção da informação até a final valoração. E esse controle, conquanto paramétrico, não deve ser entendido como ideal ou idílico: é imperativo. Deve existir tal controle jurisdicional. Prova, em regra e em sentido jurídico estrito, é *produzida em contraditório*.

Até aí, tudo bem. Mas mesmo que não se desça às minúcias de “elementos de informação” ou a tríplice (e problemática) categorização das provas antecipadas, irrepetíveis e cautelares¹³, pode-se ir um pouco além, para o problema que se quer analisar.

Há informações – documentos, laudos, investigações concluídas – que podem ter sido produzidas em *outro processo que não aquele tido por parâmetro, isto é, como ‘palco’ da discussão sobre a prova*. São as chamadas provas *extraprocessuais* (sempre, com referência a um processo “x”, que tramita na vara “y”), em oposições – de novo na lição de Taruffo – às chamadas provas “de formação processual”¹⁴, ou *endoprocessuais* (isto é, aquelas produzidas *naquele processo*, no cenário ideal, com contraditório na sua produção e admissibilidade). Esse tipo de informação, ou ‘prova’ pode ser chamado de *prova emprestada*, ou, na linguagem dos italianos, significa a *circollazione probatoria*. Assim, a ‘prova’ produzida, digamos, num processo civil ou processo administrativo, ‘circula’, ‘move-se’, indo ao processo penal. Essa lógica abrange também informações

¹³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal*. As novas leis de 2008 e os Projetos de Reforma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 253. E SOARES, Gustavo Torres. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, pp. 64-5.

¹⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba de los Hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002, p. 378.

concluídas que podem ser úteis na defesa dos interesses de um dos lados na persecução penal: e aqui o exemplo é o de documentos privados.

O problema que se vê aí é que, como já se sedimentou no Brasil, a prova já chega ‘pronta’, ou seja, já se apresenta o documento, o laudo, ou a informação qualquer que seja. E mais: como sua entrada no processo final é sob a forma documental (o interessado ‘requer a juntada’ de algo), do ponto de vista da sistematização da prova, tem-se um *documento* mesmo que o valor probante da informação seja aquele originário (explica-se: se o que se junta é uma transcrição de interceptação telefônica, a *forma* da prova emprestada é, por óbvio, a de um *documento*; mas o valor probante – o tratamento que merecerá na fase final de valoração, será aquele específico das *interceptações*). E na sua formação, seja a colheita e produção no tal processo, pode haver cenário diverso do que se vê no processo penal (juiz diverso, interessados diversos, finalidade diversa). Nós todos sabemos: a prova *emprestada* é apenas “juntada” ao processo que aqui chamamos de processo ‘x’. E, como ela já chega pronta no tal processo ‘x’, a *prova emprestada* é, forçosamente, reduzida à categoria de *prova pré-constituída*.

Para que a explicação fuja do processo kafkaniano que já se vai construindo na cabeça do leitor ou leitora, a prova foi ‘constituída’ (formada) fora do processo em que se pretende seja usada. E como se sabe, no Brasil, ainda não há qualquer sistematização processual penal para o regime da *prova emprestada* (apenas um dos exemplos que cabem na categoria conceitual da chamada prova *pré-constituída*). Por isso mesmo é que se diz, aqui, que o contraditório específico dessas provas não se dá *em sua formação*, mas já depois de *admitidas no processo*. Não há, nessa modalidade probatória, ainda, um *contraditório na prova a se produzir, e sim, um contraditório sobre a prova já produzida e apresentada*. Isso é extremamente – extremamente! – problemático.

3. “Operação Spoofing”, prova pré-constituída e debate sobre licitude probatória

E com isso se chega à seguinte questão: e as “provas” da *Operação Spoofing*? São *provas* aceitáveis, isto é, lícitas, para algum processo penal brasileiro, diante da regra de proibição probatória escolhida pelo Constituinte (art. 5º, LVI)? Uma coisa é, naquela *Operação*, tais informações virem a constituir como o próprio *corpo do delito* indicativo de hackeamento e tudo mais que pode ter havido em prejuízo dos vitimados, que tiveram conversas e diálogos captados à margem da lei. Outra coisa é a consideração se aqueles próprios diálogos, após autorização do STF no Agravo Regimental da Reclamação

43.007, podem ser usadas pela defesa de algum investigado ou réu, que pretenda usar em sua defesa possivelmente escandalosos comportamentos de Juiz e Procuradores da República, com vistas a anular persecuções penais injustas.

Vê-se, assim, que, se na origem da ação penal não se debateu sobre a *licitude* das tais informações, no *destino* para um processo diverso do originário, isto é, no *habeas corpus*, 164.493, sim.

Se não forem aceitáveis como informações a serem usadas em prol da defesa de algum investigado ou réu como *provas emprestadas*, *finito questio*. Mas, se a questão permitir que se veja o necessário detalhamento, seriam mesmo provas *ilícitas* – art. 5º, LVI, CF; art. 157, CPP? E se tais informações forem epistemologicamente úteis, isto é, se auxiliarem na coincidência da valoração do que houve com o meio que se quer valer para provar sua ocorrência, ou seja: se de fato auxiliarem o juiz a apreciar algo? Ou ainda: se as provas tiverem conteúdo apto a se acercar melhor dos fatos, mas sua colheita tiver se dado, como aparentemente foi o caso, de forma ilícita, à margem de qualquer permissão legal? E se, ainda por cima da obtenção dessas informações viciadas, houver a *edição* de alguma conversa veiculada, ou a *edição, falsificação*, do conteúdo de algum diálogo escrito e transcrito?

No último caso, salta aos olhos que o papel *epistemológico* das conversas e áudios estará comprometido, ou seja: aquilo não se prestaria a ‘provar’ absolutamente nada, pois não passaria de uma fraude, e por essa específica razão, não há como ser aceito em processo penal algum. Nessa última situação, inclusive, a prova não se admite porque não há uma *fiabilidade*, não é *confiável* a informação, o que é intolerável pelo processo penal do Estado de Direito. Outra vez a política criminal de cada sistema é oscilante. Ainda assim há algum consenso, ao menos teórico, em se assumir que um dos critérios de *admissibilidade* da prova em qualquer processo penal é sua *fiabilidade* e com isso se resgata ainda outra vez sua premissa epistemológica¹⁵.

Esse, o estado da arte, voltamos à pergunta: do que estamos falando quando dois ministros da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *HC* 164.493, tangenciaram o tema do tratamento naquele *HC* das informações advindas da *Operação Spoofing*? Estavam os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes a falar de “provas”?

¹⁵ AMBOS, Kai. *Terrorismo, tortura y derecho penal*. Respuestas en situaciones de emergencia. Barcelona: Atelier libros Juridicos, 2009.

Adiantamo-nos a responder que só se admitirá a expressão “prova” se estivermos além da platitudo da discussão sobre licitude ou ilicitude, ou seja: a *prova ilícita*, para o processo penal, é uma contradição em termos. Por ser *ilícita*, não é prova; e pela já aludida proscrição constitucional, não pode ser admitida. *Prova*, por definição, é conhecimento *licitamente* produzido, o que naturalmente supõe que algum juiz a *admita*, ou seja, a tome como *válida*.

Um passo além: se estivermos no terreno da *licitude* e portanto, pudermos discutir de que *prova* estamos falando, só então seguiremos para o plano da *valoração*: o STF validou as informações que, a conta-gotas estratégico, tem sido vazadas na imprensa, para então aludir a elas no referido julgamento? Não se perca de vista a motivação da pergunta: o STF *atestou a validade* das informações, para só assim num passo lógico-jurídico subsequente as valorar, ou *valorou* as informações à margem de considerar a informação válida? Como lidar com a visivelmente problemática situação de, ao alvedrio do detentor da informação, utilizá-la ou não num feito, qualquer que seja ele, ainda mais em se tratando de prova *pré-constituída*?

Eis o nó da questão, ao qual ainda não se deu a devida atenção.

4. Os votos de dois Ministros do STF: perplexidade à vista

São, já, favas contadas as inúmeras evidências da suspeição do então (pseudo) plenipotenciário Juiz Federal Sérgio Moro, o que se viu após a conclusão do julgamento do caso ora resenhado.

O voto da Ministra Carmen Lúcia, fiel da balança e certo no apontamento claro e indiscutível de motivos do pendor acusatório daquele personagem (Sérgio Moro), inclusive, mostrou-se idôneo a cuidar da empírica situação de parcialidade sem se meter nesse debate em aberto, vislumbrado no voto dos dois Ministros.

Ainda assim, no referido julgamento, os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Ferreira Mendes, malgrado tenham concluído em sentido semelhante ao reconhecer a suspeição do *coach* de Procuradores da República oficiantes em alguns casos, assumiram perspectivas radicalmente dissonantes.

Enquanto um deles encampou o entendimento de que as tais conversas contidas na chamada *Operação Vaza Jato* não se consideram ilícitas em princípio, o outro escapou – em parte - dessa abordagem. Vale considerar com algum detalhe o percurso argumentativo de cada um desses intérpretes.

4.1. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

Lewandowski assumiu posição no debate da chamada *prova ilícita pro reo* ao indicar que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o emprego de provas ilícitas no processo penal desde que beneficiem o acusado, em atenção ao direito fundamental à ampla defesa.” (HC 164.493, voto Min. Lewandowski, p. 27).

O precedente invocado foi específico, e tratava de admissibilidade de uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores (RE 583.937, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 19.11.2009).

Mesmo que o precedente utilizado seja, como é, pontual e abordando temática diversa da debatida no julgamento aqui analisado e nele não se haja cogitado nem mesmo da prática de crime na captação de conversa telefônica – algo bem diverso do *hackeamento* de mensagens de áudio e texto trocadas entre terceiros – há uma lógica e uma opção político-criminal clara no voto do Ministro. Cuida-se de tutelar o direito de defesa, em paralelo à situação de legítima defesa, pois no limite, o que se tem é o reconhecimento de que há excludente de culpabilidade (em sentido penal) e de *excludente de inadmissibilidade probatória* (em sentido processual penal) a justificar a validação da prova assim obtida.

O Ministro assim se posicionou a favor da *admissibilidade* de prova que seria originariamente ilícita – e portanto inadmissível, e como já afirmado aqui, uma *não-prova* – ao assumir a estreita utilização das informações questionadas em prol do direito de defesa. Essa lógica do voto, é bom se dizer, já vinha inclusive de seu voto no Agravo Regimental na Reclamação 43.007, em que a defesa do ex-Presidente Lula requeria o *acesso aos tais diálogos*, nitidamente como forma de implementar defesa técnica evidentemente considerando seu uso futuro em processo distinto.

Há, de fato, a proscrição constitucional já vista, como também há a amplitude defensiva, e o fundamento civilizatório que indica a ilicitude probatória, como é sempre bom lembrar, é a coibição do abuso *para se condenar alguém com base em prova ilícita*. Lewandowski apenas indicou a tese, sem firmar posição quanto ao *limite da utilização* de meios criminosos para se favorecer a defesa. Não foi dito que há um “vale-tudo” para a defesa produzir prova.

Pode-se ler sua interpretação como se ele tivesse dito não se comprometer com o limite a que o raciocínio pode levar, mas *nesse caso, nesse tipo de ilegalidade da colheita*

da prova, tomou como lícita em razão da escolha político-criminal que, na leitura dele, o Constituinte fez. O Ministro não distinguiu no seu voto, tampouco, se admite a *licitude probatória* somente na situação em que o próprio interessado em sua validação participe da obtenção probatória (como se deu no precedente citado) ou se, diversamente, isso também vale se a colheita irregular é feita *por terceiros*, o que parece ter se dado no caso da *Operação Spoofing*. O tema se encontra, ainda, em aberto.

De qualquer maneira, no caso concreto o vetor da decisão pareceu de fácil justificação, pois se de um lado haveria a intimidade e possivelmente a privacidade devassadas de quem criminosamente teria tido conversa devassada (esse aliás foi o curioso discurso havido na própria *reclamação* que redundou na liberação ao ex-presidente Lula do acesso ao tal conteúdo, já que ali não se debateu sobre a licitude das provas, mas sim quanto à ofensa ao direito individual das pessoas que tiveram diálogos captados), do outro houve o risco de condenação criminal de uma pessoa que poderia não o ser se tais conversas tivessem a aptidão de provar que o processo no qual existiu uma condenação não passa de uma farsa.

Ou seja: não seria concebível que, naquele caso concreto, houvesse um acobertamento das tais conversas, se o conteúdo delas pudesse colocar em xeque uma condenação penal de qualquer pessoa.

Ao Estado não pode interessar a condenação de alguém se seus próprios integrantes – o Estado *juiz* e o Estado *acusador* - estão mancomunados. Não há como se justificar condenação penal com base em postura irregular do Estado e seus representantes.

Não passou despercebida de Lewandowski a premissa epistemológica da qual falamos acima, pois houve ressalva quanto à idoneidade do conteúdo do material divulgado.

Entendeu o Ministro que o material ao qual a defesa do paciente no *habeas corpus* teve acesso é útil à comprovação da tese de suspeição do juiz. Assim, com passagens sobre laudos apresentados indicando autenticidade de diálogos e transcrições, inexistência de edições, e daí reconhecendo a *fiabilidade* do material, firmou-se o terreno para o que se constituiu em admissão, no voto do *habeas corpus*, dos elementos informativos decorrentes do acesso à defesa técnica do paciente, das tais mensagens.

Isso, sem que em momento algum, nem mesmo na origem da famigerada *Operação Spoofing* tenha sido produzido qualquer documento que indicasse a *não fiabilidade* do material apreendido e ao que parece indevidamente captado. A delimitação

do problema foi esclarecida: tomou-se o material como idôneo, malgrado a forma da obtenção tenha sido, ao que consta, indevida.

4.2. Voto do Ministro Gilmar Mendes

Acontece que o Ministro Gilmar Mendes não adotou como razão de decidir, e nem mesmo para justificar as longas e pesadas considerações valorativas sobre tais informações, aquelas indicadas por Lewandowski.

Desde o início de seu voto, o Ministro construiu uma distinção peculiar entre “o que é, efetivamente, avaliação de fatos controvertidos e mera valoração das provas existentes nos autos e de informações públicas e notórias.” (HC 164.493, Voto Min. Gilmar Mendes, p. 3).

A partir dessa separação o Ministro asseverou que “a conclusão sobre a parcialidade do julgador é aferível a partir dos fatos narrados na impetração original, de modo a se afastar quaisquer eventuais discussões sobre o tema da possibilidade de utilização de prova potencialmente ilícita pela defesa.” (HC 164.493, Voto Min. Gilmar Mendes, p. 15).

A estratégia de *não* considerar as informações como *prova* seguiu em outras passagens, como se vê literalmente das seguintes: “a utilização desses trechos de diálogos é absolutamente despicienda para concluirmos que houve uma violação do dever de imparcialidade do magistrado.” (Idem, p. 25); e depois, “não posso me furtar mais uma vez aqui a fazer referência aos diálogos revelados pela Vaza-Jato, ainda que esses diálogos – repise-se – sejam totalmente desnecessários para a formulação do juízo de parcialidade do excipiente.” (Idem, p. 59).

Nota-se, portanto, se por um lado não se viu no voto do Ministro Gilmar Mendes um comprometimento com a tese da admissibilidade de prova que seria originariamente ilícita, se colhida estritamente para instrumentalizar a defesa de alguém, por outro lado, houve larga utilização – com importantíssima *valoração* – do que ele mesmo tomou como “informações públicas e notórias.” A dubiedade do raciocínio do Ministro foi patente.

Como conviver com dois entendimentos tão díspares em possível *leading case* tão sensível em matéria não só de *admissibilidade probatória*, mas, não menos importante do que isso, *valoração* de informações, sem se verificar sua idoneidade intrínseca? Sem a segurança sobre a sua fiabilidade e, daí, sobre a contribuição epistemológica que a informação questionada traz em si, como se escudar nela para – ainda que lateralmente,

e com esforço pouco superior ao meramente retórico – construir valoração sobre determinada narrativa? Afinal, se algum fato é *público e notório*, ele não se coloca sequer como objeto de prova justamente porque é verdadeiro (exemplo: a Terra é *redonda*; o Código de Processo Penal brasileiro não é o Código de Processo Penal russo; Tancredo Neves está morto). Mas se o fato *não é* público e notório (os diálogos e mensagens captados são autênticos ou não? Todos são, ou só alguns deles?), ou a abordagem sobre ele carece de prova regular – isto é: depende de prova -, ou não há como o argumento fazer parte das razões de decidir.

Vale repetir, uma vez mais, que o voto da Ministra Carmen Lúcia não caiu nessa tentação, a de *valorar* sem passar pelo raciocínio probatório prévio sobre a *admissibilidade*. Soube a Ministra captar, dentro do que aqui chamamos de “sete pecados capitais”, aquelas evidências constantes da inicial do *habeas corpus* indicativas do portentoso conjunto de indicações de parcialidade do ex-Juiz.

Voltando a tratar do voto do Ministro Gilmar Mendes, por uma ou por outra das duas últimas situações, o que é processualmente errado é, ainda assim, escudar-se na problemática narrativa para adotá-la, ainda que *fazendo de conta* que não se faz isso, adotá-la como uma das razões de decidir. Pior: supondo que se trata de fatos *incontroversos* ou *notórios*. Afinal, a notoriedade da notícia não faz com o que o ocorrido seja imune à controvérsia.

O estrago público às instituições brasileiras – inquestionável diante do comportamento do ex-Juiz no caso em discussão - não se confunde com o detalhamento da veracidade do conteúdo do objeto noticiado. Esse ou aquele fato incontroverso, convenhamos, admitido por algumas figuras públicas inclusive, não possibilita considerar o *todo* como incontroverso. Nas entrelinhas do voto do Ministro se percebe que ele amarrou a ‘incontrovérsia’ e a ‘notoriedade’ inclusive à veiculação em mais de um veículo de mídia, como se isso atestasse a ausência de questionamento jurídico quanto ao objeto da notícia.

A bem da verdade, soa como estranho – e muito estranho – um constrangedor silêncio do conjunto de Procuradores e do próprio ex-Juiz sobre o conjunto das mensagens. A situação é em tudo análoga ao exercício de um direito de *não produção de provas contra si mesmos*, e até chamaria a atenção quanto a uma repartição do ônus de provar em processo penal (raciocínio de todo equivocado mas ainda em voga para alguns, mesmo no processo penal brasileiro), na medida em que se estribam no mantra da ilegalidade na captação e possível adulteração do conteúdo, mas não apresentaram um

mísero sinal de *não fiabilidade* da prova. Ao constrangimento público e inédito vivenciado, somou-se o silêncio quanto à miríade de informações noticiadas.

Lendo a impetração e os votos dos dois Ministros, assumimos que o que eufemisticamente parecem ter sido os “7 pecados capitais” (foram sete os eventos pinçados na inicial do *habeas corpus*, que teve seu protocolo anos antes do início do advento da *operação Vaza Jato*, e retratados nos dois votos resenhados os indicativos da quebra da imparcialidade objetiva e subjetiva e no da Ministra Carmen Lúcia, que contribuiu para o resultado final¹⁶) do então Juiz Sérgio Moro bastariam ao resultado de sua indiscutível suspeição.

Há ali evidências que indicam efetiva perseguição política travestida de atuação judicial ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva¹⁷.

É, sim, útil e pedagógico aos Juízes, tomarem esse caso como um notável exemplo do que *um juiz não deve fazer, sob qualquer hipótese*. Da mesma forma, aos acusadores também se passa lição indelével: é um retrocesso civilizatório se valer de posição institucional para se aproximar do juiz, em covarde situação de vantagem ante o oponente no caso penal, qualquer que seja ele.

Mas a partir daí, sobretudo do que se viu no voto do Ministro Gilmar Mendes, passar à valoração de informações que ele mesmo, *numa mão*, tomou como fatos incontroversos, e na *outra mão*, fingiu não as levar em conta, vemos caminho processualmente questionável.

Não há como se *valorar* qualquer informação sem se passar pelo passo anterior do reconhecimento de sua validade.

5. Da indevida valoração da prova sem o prévio controle de licitude

Se Lewandowski admitiu aqueles documentos vindos de processo diverso como válidos (referindo-se às informações acessadas pelos advogados do ex-Presidente a partir da autorização no AgReg na Reclamação 43.007), ele as tomou como prova *pré-*

¹⁶ (i) ilegal condução coercitiva de Luiz Inácio Lula da Silva, (ii) arbitrária quebra de sigilo telefônico seu, de familiares e advogados; (iii) divulgação ilegal de áudios; (iv) atuação do ex-Juiz Sérgio Moro para impedir ordem de soltura; (v) a condenação penal ao ex-presidente Lula; (vi) o levantamento do sigilo, pelo mesmo ex-Juiz, da delação de Antonio Palocci; (vii) a assunção, por parte do ex-Juiz ao cargo de Ministro da Justiça do presidente eleito, opositor político do ex-presidente Lula.

¹⁷ Não seria estranho se socorrer da imagem difundida no imaginário popular de uma figura de *powerpoint*, na qual as setas periféricas indicassem, de forma centrípeta, não a figura do ex-Presidente Lula, mas sim, que cada figura periférica fosse representada por um dos Procuradores da República enredados na farsa, e a imagem central, para onde todas as setas direcionassem fosse.... Sérgio Moro.

constituída para julgar o *habeas corpus*. E Gilmar Mendes, fez o quê? Ele *valorou* algo que não tomou como prova, seja porque não quis entrar no debate de *admissibilidade*, seja porque repetiu mais de uma vez o entendimento enganoso de que *não precisaria valorar* o que é, segundo sua percepção, público e notório.

A única situação processual que permite a compreensão jurídica do voto de Gilmar Mendes é que ele, sim, considerou aqueles *áudios e transcrições* como “documentos”, nos estritos termos do art. 231, do Código de Processo Penal. Esses documentos são tão relevantes, pela lógica do Ministro, quanto as incontáveis matérias publicadas em jornais, também mencionadas por ele, largamente, no voto.

Se esticarmos ainda mais um pouco o raciocínio, a bem da estratégia de não entrar no debate sobre a *admissibilidade de prova*, alguém poderia entender que pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, ele tomou aquelas mensagens e áudios não como *documentos*, mas sim como possíveis *indícios* (CPP, art. 239), como adminículos para construção de seu importante argumento. Pode ser. Mas ainda assim, *indício* é uma categoria probatória. Além de categoria lógica, é categoria probatória, e por isso regulada pelo Código de Processo Penal brasileiro.

A *captação ilícita* pode ser questionada sob o ponto de vista da admissibilidade como prova emprestada; a *utilização de documento* também pode ser questionada a partir da admissibilidade no processo de destino; e o mesmo se dá com os *indícios*, indicados no voto do Ministro, que, categoria probatória que são, realizam-se nas próprias conversas e mensagens, e portanto não fogem do escrutínio prévio da admissibilidade, ou não, no processo que redundou no proferimento do voto.

Nunca deixamos de tratar da *prova*. E aí está o avanço de sinal de Gilmar: se é de *prova* que estamos falando, ele inclusive, não é juridicamente aceitável *valorar sem prévia admissibilidade como prova*. Em bom português: *primeiro* se valida; e só *depois* é que se valora.

O processo penal brasileiro é atrasado em matéria de controle da prova penal. Houvesse na lei processual penal vigente a previsão específica de fase própria ao controle quanto à obtenção de provas, esse debate não teria sentido, pois a insegurança jurídica não ocorreria.

Mas não temos seja uma fase de controle para a admissibilidade de qualquer informação no processo penal brasileiro (pensemos: não há nem mesmo a fase de controle de *idoneidade de elementos de informação* de inquiridos), e nem muito menos uma

previsão legal sobre como se controlar a utilização de *provas pré-constituídas* no processo penal.

É urgente que seja aprimorado o controle quanto à obtenção de provas no processo penal brasileiro, sob pena não só de convivermos com malabarismos casuísticos, como também – e o que é inclusive pior, porque significa cultura já disseminada – a confusão entre *controle de obtenção e controle de valoração das provas*. É nessa constatação, aí sim, “incontroversa e notória”, que a cultura processual brasileira estimula juízes a *não controlar a obtenção da prova*, ante o argumento enganoso de que *a prova é admitida, e depois, ao final, haverá valoração sobre ela*.

A lição que fica é a seguinte: estamos a falar sobre *prova no processo penal*. E falar de prova no processo penal impõe que falemos sobre *controle da prova, seja quanto à sua obtenção e quanto à sua admissibilidade*, antes de se considerar o *peso* da prova, isto é, antes de *valorá-la*.

O caso do ex-juiz suspeito é eloquente e o castelo de cartas se desmorona por si só. Entristece e envergonha a todos os brasileiros, independente do espectro político em que se situem. O resultado do julgamento é uma vitória do Estado de Direito, mas o custo que pagamos para termos chegado a ele foi alto demais: a exposição vergonhosa da postura de um determinado Magistrado, acolitado por alguns outros representantes do Estado, que se desvestiram da dignidade dos cargos que ocupam e se propuseram à investida de punir o alvo, em conjunto, escolhido.

Bastariam os “7 pecados capitais”, como colocados na impetração, para se escandalizar com a atuação persecutória mal disfarçada de cabo eleitoral em juiz para verificar a parcialidade do Magistrado. Essa, repita-se, foi a virtude da contenção técnica verificada no voto da Ministra Carmen Lúcia.

Primeiro se deve observar o cumprimento de requisitos para que a prova seja *aceita* no processo - por isso não se poderia discutir seu peso sem antes tomá-la como *hígida* – para só depois, como última fase do procedimento probatório, *valorá-la*.

Enquanto o sistema jurídico não prevê regras clara nessa sequencia indeclinável de raciocínio probatório, que se liga diretamente ao *procedimento probatório*, não podemos tolerar conviver com voluntarismos e decisionismos.

