



César Dario: a ilicitude probatória no caso das mensagens hackeadas

13/08/2019

Parece brincadeira, mas ministros do Supremo Tribunal Federal e até mesmo o Conselho Nacional do Ministério Público estão levando em consideração para instruir procedimentos investigatórios provas confessadamente ilícitas, ou seja, obtidas por meio criminoso.

É pacífico que a violação de qualquer norma constitucional leva à nulidade absoluta do ato. Sendo a prova nula, não poderá produzir nenhum efeito, podendo, inclusive, em determinados casos, nos quais a nulidade é gritante, ser o ato considerado inexistente pelo fato de sequer serem considerados atos processuais. Ora, se a sanção para a violação de uma norma constitucional é a declaração de nulidade do ato processual, a utilização de uma prova obtida por meio ilícito levaria necessariamente à nulidade absoluta desse ato. Assim, se foi prolatada uma sentença que se utilizou da prova inadmissível em sua motivação, essa sentença seria nula. Porém, a prova inadmissível nem sequer é uma prova, é uma não prova. De tal sorte, a sentença não seria nula, mas inexistente.

Destarte, a prova inadmissível não poderá fazer parte do processo, ou seja, o seu entranhamento não é permitido. Dessa forma, caso a prova tenha sido juntada aos autos e posteriormente constatado que ela foi obtida por meio ilícito, terá de ser desentranhada por ser inexistente. Nesse caso, os atos que levaram essa não prova em consideração, por serem igualmente inexistentes, deverão ter a mesma sorte.

O parágrafo 3º do artigo 157 do Código de Processo Penal expressamente determina o desentranhamento da prova considerada ilícita. Essa prova, após a preclusão da decisão de desentranhamento, será inutilizada por decisão judicial, podendo as partes, caso queiram, acompanhar o incidente.

No caso de uma sentença ter levado em consideração a prova ilícita para a condenação, o tribunal, em grau de recurso, deverá desconsiderar a prova ilícita e julgar o caso como se ela não existisse. Não ocorrerá a supressão do duplo grau de jurisdição, se a matéria foi controvertida, pois o recurso devolve ao tribunal toda a matéria impugnada (artigo 1.013 do CPC).

Ocorrendo o trânsito em julgado de uma sentença condenatória que se utilizou de uma prova ilícita para a condenação, a sentença poderá ser desconstituída por meio da revisão criminal, podendo, o réu, inclusive, ser absolvido de plano, sem a necessidade de uma nova sentença de primeiro grau. Deverá ser empregada a revisão criminal para esse fim sempre que houver necessidade de exame mais aprofundado da prova, quando poderá ser determinado o apensamento dos autos originais (artigo 625, parágrafo 2º, do CPP).

No caso de ser possível visualizar a ilicitude da prova de plano, sem que haja necessidade de aprofundada análise do contexto probatório, poderá ser utilizado o Habeas Corpus para anular atos processuais, inclusive sentença definitiva, enquanto não cumprida a pena. Reconhecida a ilicitude da prova, ela deverá ser desentranhada. Havendo sentença, será declarada nula e outra prolatada pelo juiz competente, sem a presença da prova ilícita.

Havendo condenação pelo júri com apreciação de uma prova ilícita, para que não haja afronta à sua soberania, o veredicto deverá ser anulado por meio de recurso de apelação, revisão criminal ou Habeas Corpus, dependendo da situação, desentranhando-se a prova inadmissível, e outro julgamento será realizado. Na sentença de pronúncia, o juiz deverá decidir sobre a licitude das provas, determinando o desentranhamento das consideradas ilícitas.

Visando dar efetividade ao mandamento constitucional que proíbe o emprego processual da prova ilícita, o parágrafo 3º do artigo 157 do Código de Processo Penal, com a sua nova redação, determina sua inutilização. Assim, preclusa a decisão de desentranhamento da prova considerada ilícita, o juiz determinará sua destruição, sendo facultado às partes acompanhar o incidente. É certo, também, que, embora a norma não o diga expressamente, mesmo que tenha sido indeferida a juntada aos autos da prova considerada inadmissível, o juiz deverá determinar sua destruição.

Além dessas consequências processuais, todas as provas decorrentes da considerada ilícita serão contaminadas, aplicando-se a teoria dos frutos da árvore envenenada, nos termos do parágrafo 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, que traz duas exceções para a admissão da derivação, que não se aplicam ao caso. Ou seja, tudo que decorrer da prova ilícita também será considerada inadmissível processualmente e terá de ser desentranhada e destruída em regra.



Até poderíamos, em tese, pensar na aplicação do princípio da proporcionalidade para o aproveitamento dessas provas, o que o STF não admite sistematicamente. Mas, para o caso, em razão do enorme dano à intimidade de todos os envolvidos e da gravidade das condutas, que podem se generalizar e colocar em risco até mesmo a segurança nacional, parece-nos que deve prevalecer a ilicitude probatória em detrimento da apuração dos fatos, notadamente porque nem é sabido se o material divulgado é verdadeiro ou não.

O que me espanta é que ministros da mais alta corte brasileira, mesmo sabendo dessas consequências jurídicas, teimam em levá-las em consideração. E pior, sem ao menos a autenticação das provas para saber se são verdadeiras e se não houve montagem ou edição.

E, ironicamente, vejo ministros se dizendo preocupados com rompimentos democráticos e com a existência de Estado policialesco, proibindo a Receita Federal de investigar eventuais fraudes fiscais, para o que há previsão legal, e o Coaf de exercer suas atribuições legais no combate à lavagem de dinheiro e outros crimes graves.

Só no Brasil mesmo que o rabo abana o cachorro.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-ago-13/cesar-dario-ilicitude-probatoria-mensagens-hackeadas/>