



Conversas podem anular condenação do ex-presidente Lula

11/06/2019

Nos últimos dois dias, o assunto de boa parte das rodas de conversa no país tem sido as revelações, pelo *The Intercept Brasil*, de conversas entre membros da força-tarefa da operação Lava Jato e entre estes e o então juiz federal Sergio Moro, responsável pela maior parte das decisões na referida operação.

Exceto entre os entusiastas apaixonados da Lava Jato, não parece haver muita dúvida sobre a gravidade do conteúdo dessas conversas. Mas esse consenso entre razoáveis inexiste quando se discute os efeitos jurídicos que essas gravações devem ter: afinal, essas provas são lícitas? Elas podem ser utilizadas pelas defesas de réus na Lava Jato? E, por fim, a pergunta que não quer calar: a condenação do ex-presidente Lula pode vir a ser anulada?

O *The Intercept*, em uso legítimo do direito constitucional de preservar o sigilo da fonte, não esclareceu o modo como essas provas foram obtidas. O que sabemos, até o momento, é que, se for verdadeira a versão apresentada, uma pessoa aproveitou esse material ao jornalista Glenn Greenwald, algumas semanas atrás. Qualquer análise do caso deve partir desses fatos, portanto.

Meu objetivo, neste breve artigo, é investigar, sob a perspectiva da ciência do Direito Constitucional, se é, ou não, viável a utilização dessas provas por réus da operação Lava Jato.

E não vejo como fazer isso sem, antes, estabelecer algumas premissas que reputo necessárias para qualquer discussão sobre Direito Constitucional:

- 1)** Todo ato administrativo é um exercício de poder.
- 2)** *Poder*, aqui, deve ser entendido como a prerrogativa de determinar e mesmo limitar as possibilidades de ação de uma dada pessoa, por meio de ordens dirigidas a ela^[1]. Assim, se, imaginemos, o Estado, por meio de um magistrado, determina em sentença que a pessoa X tenha os seus direitos políticos suspensos por determinado período, ele está invariavelmente limitando as possibilidades de ação daquela pessoa. Ainda que queira, ela não poderá, p. ex., se candidatar a qualquer cargo eletivo em eleições futuras. Neste caso, o detentor do poder, ao exercê-lo, limita o agir de seu destinatário.
- 3)** Para se falar em exercício legítimo de poder, é preciso que o ato administrativo seja revestido de justificações racionais, que possam contar com o consentimento racional de seu destinatário. No caso do direito, essa racionalidade deve ser aferida com a demonstração de que as razões apresentadas encontram suporte em normas jurídicas.
- 4)** Tentativas de exercício de poder que ignorem essa necessidade de justificação não passam de violência, como já advertia Hannah Arendt^[2].

5) Todo ato praticado pelo Estado deve encontrar legitimidade nas normas constitucionais e legais que, assim, o limitam. Sim, a Constituição serve como critério legitimador e limitador do poder estatal.

Eis uma síntese apertadíssima do que podemos entender por Estado Constitucional de Direito.

Passemos, então, à análise constitucional do eventual uso dessas provas em processos de réus da Lava Jato, especialmente o ex-presidente Lula, sobre cuja ação penal a força-tarefa e o ex-juiz Sérgio Moro conversaram mais explícita e ativamente. Admito, aqui, a premissa de que se trata mesmo de provas ilicitamente obtidas, por violação à privacidade dos participantes das conversas.

Os adeptos da tese de que tais provas jamais poderiam ser utilizadas, em qualquer hipótese, têm se sustentado na redação do artigo 5º, LVI, da Constituição da República, segundo a qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

Cuida-se, claramente, de uma regra constitucional, com conteúdo bastante claro, oferecendo ao intérprete, portanto, razões definitivas[3]. Mas nenhuma norma jurídica é autossuficiente a ponto de oferecer, por si mesma, todo o seu sentido e o seu âmbito de aplicação. Daí é que cada norma deve ser interpretada de maneira a considerar o sentido definido por outras normas jurídicas. Juntas, afinal, é que elas enfeixam um sistema que a ciência jurídica procura racionalizar.[4] O direito, entendido como um sistema, em síntese, é o que, ao menos idealmente, deve permitir ao intérprete atribuir sentido aos textos constitucional e legal.

Quanto ao caso da admissão de provas ilícitas, convém apontar que o sistema constitucional brasileiro mesmo, em outras normas, parece condicionar o sentido dos termos utilizados pelo artigo 5º, LVI, da CR, limitando-os, sob pena de se permitir situações de claras violações a direitos fundamentais. E essas limitações saltam aos olhos quando falamos do caso das conversas reveladas pelo *The Intercept*.

Dentre essas normas, cito, especialmente, o direito fundamental ao devido processo legal e à ampla defesa (artigo 5º, LV), do que decorre o imperativo de imparcialidade do juízo e, no caso brasileiro, a consolidação de um modelo de processo penal acusatório, com a rígida separação entre Judiciário e acusação. O Estado-Juiz não deve se confundir com o Estado-Acusação, em síntese, sob pena de clara violação desses direitos fundamentais e, assim, de manifesta ausência de legitimidade do ato de poder exercido pelo Estado. O poder, neste caso, não passa de violência.

Em segundo lugar, convém apontar que o artigo 5º, LVI, da CR, que veda a utilização de provas ilícitas nos processos, é constitucionalmente previsto como um direito fundamental processual, direcionando-se, assim, ao cidadão que busca a tutela jurisdicional do Estado. Não se pode falar, no entanto, em qualquer direito fundamental do Ministério Público ou do Poder Judiciário. O dispositivo direciona-se especificamente a titulares de direitos fundamentais, de modo que seria um contrassenso o Estado dele se valer para perpetuar situação de violação a direito fundamental de um jurisdicionado.

Assim, parece-me que o referido dispositivo constitucional deve ser interpretado restritivamente, para o fim de reconhecer que efetivamente é vedado o uso de provas obtidas *em processos que visem a aplicar sanções ou que possam implicar em prejuízos àqueles contra as provas possam ser utilizados*. Por isso é que essas provas jamais poderiam ser utilizadas em processos, sejam eles judiciais ou disciplinares, instaurados contra as autoridades cujos diálogos foram divulgados. Por outro lado, elas devem poder ser utilizadas *para fins de exclusivamente sustentar nulidades processuais que têm violado direitos fundamentais de acusados ou condenados*.

Portanto, essas conversas poderiam ser utilizadas em favor de réus da Lava Jato que, sem ter tido qualquer relação com a produção delas, estejam sendo investigados ou tenham sido condenados em ações judiciais nelas mencionadas. E isso se aplica especialmente à ação penal na qual o ex-presidente Lula fora condenado, já que, a respeito dessa ação, o conteúdo das conversas é ainda mais grave, chegando a compromete-la por inteiro.

É importante, aqui, uma ressalva: devemos tomar cuidado para que essa interpretação restritiva do dispositivo constitucional mencionado não seja encarada como permissão para que réus em processos judiciais – criminais e cíveis – deliberadamente procurem produzir provas por meios ilícitos.

Naturalmente, isso não pode ser permitido, já que, aí, estar-se-ia dando carta branca a que réus se beneficiassem da própria torpeza, standard que configura uma vedação já conhecida do direito americano e incorporada ao direito brasileiro. Tudo indica que não foi este o caso das conversas entregues ao *The Intercept*, de modo que as provas, aqui, poderiam ser utilizadas para pleitear anulações das ações penais ali mencionadas.

Mas, se não é dado ao réu se valer da própria torpeza, essa prerrogativa também não pode ser conferida ao Estado, que deve ser, por obrigação, o grande cumpridor dos direitos fundamentais e a quem cabe, nesse sentido, agir com base no princípio da moralidade (artigo 37, caput, CR). E vedar o uso dessas provas por réus condenados em um processo comprovada e deliberadamente viciado, perpetuando os atos estatais ilegais praticados naqueles autos, significaria admitir que o Estado – seja ele o Estado-Juiz ou o Estado-acusação, tanto faz, já que, ali, um vestiu a máscara do outro – se beneficie de sua própria torpeza.

[1] Cf. FORST, Rainer. *Justification and Critique: Toward a critical theory of politics*. Nova Iorque: Polity Press, 2014.

[2] Cf. ARENDT, Hannah. *Sobre a Violência*. Lisboa: Relógio d'água, 2014.

[3] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 106.

[4] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 109-ss.