

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Público

Fernanda Garcia Machado

**A utilização de prova obtida mediante
interceptação telefônica como prova
emprestada em processos administrativos de
apuração de cartel**

Brasília
2008

Fernanda Garcia Machado

A utilização de prova obtida mediante interceptação telefônica como prova emprestada em processos administrativos de apuração de cartel

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Profa. Dra. Júlia Maurmann Ximenes.

Brasília

2008

Fernanda Garcia Machado

A utilização de prova obtida mediante interceptação telefônica como prova emprestada em processos administrativos de apuração de cartel

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

*In memoriam de meu pai, pela herança de
coragem e dignidade.*

*À minha mãe, pelo amor e afeto e pelas
constantemente orações.*

*À minha irmã, pelo carinho e pela
compreensão.*

Agradeço à minha família, pela lição de amor e pelo incentivo em todos os momentos de minha vida.

Aos meus amigos queridos e ao meu amor, pelos livros emprestados, pelos debates acalorados sobre o tema deste trabalho e pelas risadas que fizeram com que esse período fosse menos desgastante.

À professora Júlia, pelo auxílio nos momentos de angústia e pelo constante incentivo à pesquisa.

“O direito é um meio para a realização da paz social e não um instrumento de satisfação de interesses puramente individuais”.

Tobias Barreto

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a controversa possibilidade de utilização de prova obtida mediante interceptação telefônica como prova emprestada em processo de natureza não-penal, especificamente em processo administrativo que investiga cartel, infração à ordem econômica que, além de crime, configura ilícito administrativo previsto na Lei 8.884/94. Para parte da doutrina, a Constituição Federal de 1988 e a Lei 9.296/96 limitaram a produção e utilização da interceptação telefônica à investigação e instrução processual penal. Dessa forma, não seria admitido o empréstimo dessa prova a processo de natureza não-penal. De outro lado, defende-se que, quebrado o sigilo telefônico de forma legal, não seria ilícito posteriormente utilizá-la em processo de outra natureza. Isso seria especialmente aplicável se o fato investigado penalmente também constitui infração punível em esfera não-penal, como é o caso do ilícito de cartel. Posta a controvérsia, serão analisados os conceitos centrais do presente trabalho, como cartel e seus prejuízos, interceptação telefônica e os fundamentos para a restrição ao sigilo das comunicações telefônicas, bem como os requisitos de admissibilidade da prova emprestada. A partir disso, será possível verificar como doutrina e jurisprudência se posicionam em relação ao empréstimo de prova obtida mediante interceptação telefônica a processos não-penais, especialmente quanto à investigação administrativa de cartel. Após sopesar os argumentos sustentados nos dois sentidos, conclui-se pela possibilidade de utilização de provas de interceptação telefônica como prova emprestada em processos não-penais, como seria o caso da investigação administrativa de cartel. Com efeito, verifica-se que essa conduta anticoncorrencial traz prejuízos aos consumidores e restringe a livre concorrência e a livre iniciativa, valores esses constitucionalmente assegurados. Dessa forma, uma vez que o crime de cartel já tenha sido lícitamente objeto de interceptação telefônica, ou seja, já tendo o Estado tomado conhecimento de tais indícios, não seria razoável restringir o empréstimo dessa prova à esfera administrativa, que também enseja a investigação e punição administrativa efetiva da combinação ilícita entre concorrentes.

Palavras-chave: Cartel. Processo Administrativo. Interceptação telefônica. Prova emprestada.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the controversy concerning the possibility of the use of proofs obtained through wiretapping as borrowed evidence in non-penal suits, especially in administrative investigations of cartels, which are violations to the economic order that, besides being a crime, consists in an administrative illicitness as defined in Law Nr. 8.884/94. Part of the legal doctrine deems that the Federal Constitution of 1988 and the Law Nr. 9.296/96 limited the obtainment and use of such proofs in criminal investigations or penal suits. Consequently, it would be not admitted the borrowing of such proofs in non-penal suits. Conversely, it is also argued that, once the secrecy of the telephone communication is breached legally, its further use in a non-penal suit would not be illicit. This thesis might be even truer when the fact, besides being a crime, also constitutes an illicit act in the non-penal sphere, as observed in cartel cases. Considering this controversy, the main concepts of this paper will be analyzed, namely cartel and its harms, wiretapping and the reasons which justify the restriction of the secrecy of the telephone communication, as well as the requirements to admit the use of borrowed evidence. Thereafter, it will be possible to examine how the legal doctrine and the Jurisprudence deal with proofs obtained through wiretapping as borrowed evidence in non-penal suits, especially concerning administrative investigations of cartels. After pondering the arguments presented by both sides, we conclude that it is possible the use of proofs obtained through wiretapping as borrowed evidence in non-penal suits, especially concerning administrative investigations of cartels. In effect, it is observed that this anticompetitive practice impairs consumers and restricts competition and the free enterprise, values constitutionally assured. Consequently, once a cartel had already been the licit object of an investigation in criminal suits by the use of wiretaps – in other words, the State has already been aware of such evidence –, it would not be reasonable to restrict the borrowing of such proofs in an administrative suit, which also demands effective investigation and penalties to illicit combinations among competitors.

Key Words: Cartel. Administrative suits. Wiretapping. Borrowed evidence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. Do Processo Administrativo de Apuração de Cartel	15
1.1 Considerações sobre cartel e seu prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa.....	17
1.2 Histórico de investigações de cartéis no Brasil antes da Lei 10.149/00.....	21
1.3 Histórico de investigações de cartéis no Brasil depois da Lei 10.149/00. Novos instrumentos investigatórios. Relevância da prova direta em investigações de cartel	23
2. Da Intercepção Telefônica	28
2.1 Considerações sobre o instituto à luz da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.296/96 e o conceito de intercepção telefônica	29
2.2 Objetivos e finalidades da intercepção telefônica.....	33
2.3 Requisitos para admissibilidade da intercepção telefônica	35
2.3.1 Indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal.....	36
2.3.2 A prova não pode ser produzida por outro meio disponível e deve ser autorizada pelo juiz competente.....	38
2.3.3 O fato investigado não pode constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.....	38
2.3.4 Limitação à investigação penal ou instrução processual penal.....	40
3. Da Prova Emprestada.....	44
3.1 Conceito, forma e valor da prova emprestada	44
3.2 Fundamentos constitucionais para a admissibilidade da prova emprestada.....	47
3.3 Requisitos de admissibilidade da prova emprestada.....	49
3.3.1 Quanto à produção da prova perante as mesmas partes.....	49
3.3.2 Quanto à identidade ou semelhança entre fatos provados no primeiro processo e fatos probandos no segundo processo.....	53
3.3.3 Quanto à produção da prova na presença do juiz.....	55
3.3.4 Quanto à observância do contraditório em relação à prova	57
3.3.5 Quanto à observância dos princípios constitucionais e requisitos legais que regem a prova. Outras observações.....	60
4. Utilização da Intercepção Telefônica como Prova Emprestada em Investigação de Cartel.....	62

4.1 Relevância e possibilidade de utilização da interceptação telefônica como prova em investigações criminais de cartel.....	62
4.2 Relevância acerca da utilização da interceptação telefônica como prova emprestada em investigações administrativas de cartel.....	65
4.3 Discussão acerca da possibilidade de utilização da interceptação telefônica como prova emprestada em processos administrativos. Aplicação à investigação administrativa de cartel... 	67
4.3.1 Contra a utilização da interceptação telefônica como prova emprestada em processos administrativos. Aplicação à investigação administrativa de cartel.....	69
4.3.2 A favor da utilização da interceptação telefônica como prova emprestada em investigação de processos administrativos. Aplicação à investigação administrativa de cartel	74
<i>CONCLUSÃO</i>.....	79
<i>REFERÊNCIAS</i>.....	83

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar aspectos controversos referentes à utilização da prova obtida mediante interceptação telefônica como prova emprestada em processos administrativos que apuram formação de cartel, nefasta infração à ordem econômica prevista na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.

Ao explorar esse tema, defronta-se, de início, com a questão da interceptação das comunicações telefônicas e sua relação com direitos fundamentais tutelados pela Carta Magna vigente. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 inovou ao tornar explícitas as garantias concernentes à privacidade, à imagem e à intimidade dos indivíduos (art. 5º, X). Uma das formas pelas quais assegurou a proteção a essas garantias foi consagrando o direito ao sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII).

Contudo, sendo certo que a proteção irrestrita a tais direitos importaria acobertar ilícitos tão ou mais graves que a quebra desse sigilo, a Constituição Federal previu exceção referente às comunicações telefônicas, consubstanciada no art. 5º, XII, *in fine*: “*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, **salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal***” (grifos nossos).

A partir disso, e da regulamentação da matéria pela Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, iniciou-se intenso debate acerca da admissibilidade da produção e da utilização de provas resultantes de interceptação telefônica, especialmente em processos de natureza não-penal.

Para parte respeitável da doutrina, a previsão constitucional limitaria a produção e a utilização da interceptação telefônica tão somente a investigações criminais ou à instrução processual penal. Restaria impedida, por consequência, a utilização de tal meio de prova – até mesmo como prova emprestada – em processos de natureza não-penal. Para os defensores de tal entendimento, em síntese, permitir o uso de tal meio de prova em processos de natureza não-penal

seria burlar, por vias transversas, o preceito constitucional que excepciona a quebra do sigilo das comunicações telefônicas a hipóteses graves, como a de crimes e infrações penais.

Não obstante, parcela crescente e também significativa da doutrina e jurisprudência passou a defender que, uma vez deferida a interceptação telefônica para fins de investigação criminal ou processual penal, foi o sigilo quebrado de forma legal, não havendo que se falar em ilicitude na sua utilização em processos de outra natureza. Não se trataria, pois, de quebra de sigilo, mas sim de utilização de dados lícitamente obtidos e que podem revelar a prática de outras infrações que também devem ser devidamente investigadas e, uma vez confirmadas, efetivamente punidas pelas autoridades competentes.

Nesse contexto é que se enquadra o debate do presente trabalho, ou seja, na discussão que se refere à utilização de prova obtida mediante interceptação telefônica como prova emprestada em processo de natureza não-penal, especificamente em processo administrativo em que se apura a formação de cartel, grave infração à ordem econômica que, além de crime, constitui também infração administrativa a ser reprimida nos termos da Lei 8.884/94.

Com efeito, cartel é uma infração que traz sérios prejuízos aos consumidores e à economia nacional, bem como que restringe a livre concorrência e livre iniciativa, valores esses também assegurados pela Carta Magna vigente, e que, portanto, devem ser efetivamente protegidos, devendo, para tanto, o Estado se valer de todos os meios legais e legítimos para apurar e coibir os abusos do poder econômico.

Diante disso, apresenta-se a pergunta-chave dessa pesquisa: Uma vez autorizada e produzida a interceptação telefônica dentro dos parâmetros constitucionais e legais previstos na Lei 9.296/96, para fins de instrução processual penal ou investigação criminal, em que medida é possível utilizá-la, como prova emprestada, para a instrução de processo administrativo que apura infração à ordem econômica de formação de cartel?

A fim de buscar respostas a essa pergunta, é necessário, primeiramente, analisar o que seriam cartéis e quais os prejuízos deles decorrentes, tanto para a livre concorrência e livre iniciativa, como para consumidores e a economia nacional.

Outrossim, será necessário analisar a importância da utilização de provas diretas na investigação de tal conduta anticoncorrencial, destacando-se, nesse sentido, como a utilização de provas obtidas mediante interceptação telefônica poderia contribuir para a efetividade das investigações e, eventualmente, até mesmo para fundamentar reprimendas mais condizentes com os prejuízos causados pelos cartéis.

Posteriormente, será necessário tecer breves considerações sobre o instituto da interceptação telefônica, à luz de suas previsões constitucionais e legais, pontuando o conceito, a finalidade e as hipóteses de admissibilidade, analisando em que circunstâncias seria justificável a restrição ao princípio constitucional de inviolabilidade da intimidade e privacidade, máxime diante do combate a crimes e infrações de difícil comprovação.

Por fim, será analisado o instituto da prova emprestada, seus requisitos, bem como seus fundamentos constitucionais, a partir do que será posta a controvérsia referente à utilização de provas obtidas mediante interceptação telefônica como prova emprestada em processos de natureza não-penal, como seria o caso das investigações de cartel em âmbito administrativo.

Surgirá o debate entre as limitações constitucionais e legais à produção e utilização dessas provas em investigações de natureza criminal ou processual penal *vis a vis* a utilização de provas já lícitamente colhidas pelo Estado e que se prestam a auxiliar a instrução de processos administrativos que tutelam interesses indisponíveis e que coíbem infrações graves, como em casos de cartel, atos atentatórios aos princípios constitucionais da livre concorrência e livre iniciativa.

A metodologia utilizada nesse trabalho consistirá na pesquisa bibliográfica da doutrina existente acerca dos temas centrais do presente estudo, quais sejam: cartel e o processo administrativo regido pela Lei 8.884/94; interceptação telefônica e seus limites e requisitos; prova emprestada e seus requisitos de admissibilidade; e, especificamente, a controvérsia quanto à utilização de prova obtida mediante interceptação telefônica como prova emprestada em processos administrativos.

Destaca-se que embora não tenha sido encontrada bibliografia específica no que se refere à utilização de provas obtidas mediante interceptação telefônica em investigações administrativas de cartel, há considerável bibliografia no que se refere

ao uso de tal meio de prova em processos administrativos *lato sensu*, como no processo administrativo disciplinar.

Serão analisados, outrossim, julgados dos Tribunais sobre as matérias em questão, com destaque especial às recentes decisões do Supremo Tribunal Federal proferida em Questões de Ordem no Inquérito nº 2.424/RJ, que discutiu justamente a possibilidade de utilização de dados legalmente obtidos por meio de interceptações telefônicas em procedimentos administrativos disciplinares, a apontar, pois, que se relaciona diretamente ao tema ora discutido e poderá consolidar importantes conceitos a serem utilizados no presente trabalho.

Entende-se, portanto, que a controvérsia colocada no presente trabalho se situa na complexa busca pelo equilíbrio entre a efetivação da justiça e a manutenção dos direitos e garantias assegurados constitucionalmente, sendo, portanto, que tal trabalho se justifica por poder contribuir com tão relevante discussão.

1. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DE CARTEL

De uma forma geral, cartéis são acordos ou combinações feitas entre concorrentes, especialmente para fixar preços e dividir mercados ou clientes, com vistas a diminuir ou suprimir a competição nos mercados em que atuam. Os resultados de tais práticas são, basicamente, aumento de preços dos produtos ou serviços, diminuição da produção e, já que se mitiga a salutar pressão competitiva, os agentes também investem menos em qualidade e tecnologia, o que indica, portanto, que tal prática implica sérios prejuízos aos consumidores e à economia nacional.

A corroborar que cartel é uma prática nociva que deve ser efetivamente reprimida pelas autoridades competentes, verifica-se que, no Brasil, além de ser um ilícito administrativo previsto na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, a formação de cartel também constitui crime apenado com reclusão de dois a cinco anos ou multa, nos termos do art. 4º, I, “a”, da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

A partir de 2003, seguindo entendimento consolidado em outras jurisdições com tradição na área antitruste, o combate a cartéis tornou-se prioridade entre as autoridades públicas que compõem o chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), quais sejam: (i) a Secretaria de Direito Econômico, órgão do Ministério da Justiça responsável pela instrução de processos administrativos previstos na Lei 8.884/94, bem como por emitir pareceres em casos de Atos de Concentração (art. 54, da Lei 8.884/94); (ii) a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão do Ministério da Fazenda responsável pela emissão de pareceres econômicos em tais casos e (iii) o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça responsável por decidir, em última instância na esfera administrativa, tais processos administrativos e os Atos de Concentração submetidos ao SBDC¹.

¹ Informa-se que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.877/05, que propõe alterações substanciais na estrutura do SBDC. Em 28 de maio de 2008, a Comissão Especial da Câmara dos Deputados aprovou Substitutivo ao texto apresentado, o que pode ser acompanhado pelo sítio eletrônico da Câmara dos Deputados (<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>).

Ocorre que a formação de cartel é uma infração à ordem econômica de difícil comprovação. Não só porque os agentes econômicos têm ciência da ilicitude de suas ações e buscam ocultá-las de todas as formas, como também porque muitas vezes evidências econômicas não são consideradas suficientes para comprovar a prática, mostrando-se necessárias, portanto, provas concernentes à combinação feita entre esses agentes.

Sendo assim, a fim de implementar essa política de combate a cartéis, as autoridades antitruste tiveram que se valer de novas técnicas de investigação para obter provas diretas dos referidos acordos ilegais². Passaram, portanto, a requerer buscas e apreensões de objetos e documentos, firmaram vários Acordos de Leniência (instituto semelhante à delação premiada) e, em determinados casos, valeram-se de provas obtidas mediante interceptação telefônica.

Observa-se, todavia, que, enquanto a busca e apreensão e o Acordo de Leniência são instrumentos investigatórios previstos nos arts. 35-A e 35-B da Lei 8.884/94, a interceptação telefônica apenas pode ser produzida no âmbito de investigação criminal, nos termos da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.296/96. Assim, tal prova apenas poderia ser utilizada em investigações administrativas de cartel como prova emprestada, sendo essa especificamente a questão discutida no presente estudo, na medida em que há quem discorde da possibilidade de utilização de tais provas em processos de natureza não-penal.

Passa-se, portanto, a analisar melhor tal infração à ordem econômica, os prejuízos causados por cartéis, a relevância social de sua investigação e os instrumentos legalmente disponibilizados para a investigação de tal infração, a fim de se apurar em que medida provas obtidas mediante interceptação telefônica seriam relevantes para a investigação de tal ilícito administrativo.

² Cf. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; SILVA, Rutelly Marques da. *Aspectos econômicos e jurídicos sobre cartéis na revenda de combustíveis: uma agenda para investigações*. Documento de Trabalho nº 40, dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2006-1>. Acesso em: 22 mai. 2008. p. 4. Em cartilha elaborada pela SDE, essa Secretaria revela a importância de interceptações telefônicas em investigações de cartel, citando o caso, por exemplo, do setor de combustíveis. BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. *Combate a cartéis e Programa de Leniência*. Brasília, 2008. p. 9.

1.1 Considerações sobre cartel e seu prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa

Conforme preceitua o art. 1º, *caput*, da Lei 8.884/94 - a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência -, constitui função estatal a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, atividade essa orientada pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, conforme princípios previstos no art. 170 da Carta Magna.

Interessante observar que o legislador, ao especificar esses princípios constitucionais da ordem econômica, acabou por indicar “a opção do constituinte por um modelo capitalista de produção, onde os agentes econômicos disputam livremente em uma economia de mercado”³. Destaca-se, porém, que essa liberdade não é absoluta, na medida em que não serão admitidos abusos do poder econômico e nem restrições injustificadas à livre concorrência e à livre iniciativa.

Embora intuitivo, interessante conceituar e analisar brevemente por que seria relevante proteger a livre concorrência e a livre iniciativa, bem como em que medida esses princípios poderiam afetar a vida dos consumidores e o desenvolvimento do país.

De forma geral, a livre iniciativa está associada à idéia de liberdade de atuação no mercado, ou, nos dizeres de Lafayette Josué Petter, “(...) constitui a marca e o aspecto dinâmico do modo de produção capitalista. Consiste no poder reconhecido aos particulares de desenvolverem uma atividade econômica”⁴. Esse conceito, por sua vez, está associado ao da livre concorrência, em relação ao qual se destaca lição de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins:

É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na procura constante de

³ PETER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 186.

⁴ *Id. ibid.* p. 164.

criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se portanto numas das vigas mestras do êxito da economia de mercado⁵.

Trata-se, pois, de conceitos correlatos e que possuem o objetivo comum de promover o desenvolvimento do mercado, bem como assegurar condições mais benéficas ao consumidor. Por essas razões, resta justificada não só a relevância do combate de infrações que restrinjam esses valores constitucionais, como também a necessidade que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) atue de forma mais efetiva.

No tocante ao combate de infrações à ordem econômica, regido pelos preceitos da Lei 8.884/94, merece especial destaque a proibição aos acordos ilícitos entre concorrentes. Com efeito, cartel constitui a conduta anticompetitiva mais nefasta aos consumidores e à economia em geral, pois pune, a um só tempo, os consumidores do produto cartelizado e a sociedade como um todo.

Conforme leciona Ivo Teixeira Gico Junior, “*cartéis são coligações entre empresas da mesma categoria objetivando vantagens comuns decorrentes da supressão da livre concorrência, mantendo-se a autonomia interna*”⁶. Clara também é a definição de cartel apresentada pelo CADE no Anexo I da Resolução nº 20, de 9 de julho de 1999:

1. Cartéis: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucro conjuntamente para níveis mais próximos de monopólio. [...].

Por sua vez, no tocante aos efeitos negativos decorrentes de tal prática, Ruy Santacruz, ex-Conselheiro do CADE, explica-os com clareza:

Cartel é um acordo entre empresas com o objetivo de elevar os preços ao comprador, através da redução da concorrência, aproximando o resultado do mercado em termos de lucratividade ao que seria alcançado numa situação de monopólio. Além do efeito direto sobre o bem-estar econômico na forma de elevação compulsória de preços ao comprador, o que caracteriza uma transferência de renda deste para o vendedor, o cartel, ao reduzir a concorrência entre as empresas, reduz também a pressão para a melhoria da qualidade dos produtos, para a redução dos custos de produção e para a busca e introdução de inovações de um modo geral.

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 7. p. 26.

⁶ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 169.

Sendo assim, é considerado infração à ordem econômica em todos os países que aplicam leis de defesa da concorrência⁷.

Esse entendimento também é compartilhado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), importante organização internacional que congrega vários países industrializados e que tem por objetivo promover a prosperidade e combater a pobreza através do crescimento econômico e estabilidade financeira⁸. A OCDE ressalta que:

Cartéis prejudicam consumidores e têm efeitos perniciosos sobre a eficiência econômica. Um cartel bem sucedido aumenta os preços acima dos níveis competitivos e reduz a produção. Os consumidores podem escolher se não pagarão preços mais altos por alguns ou todos os produtos cartelizados que desejam, e assim abdicam dos produtos, ou eles pagam o preço do cartel e assim, sem saber, transferem riqueza aos operadores do cartel. Além disso, um cartel protege seus membros da completa exposição às forças de mercado, reduzindo a pressão pelo controle de gastos e pela inovação. Todos esses efeitos afetam negativamente a eficiência de uma economia nacional⁹.

Trata-se, portanto, como observado, de infração à ordem econômica que deve ser efetivamente reprimida, sob pena de esses nefastos efeitos citados pela doutrina representarem, na prática, preços mais altos, menores investimentos em qualidade e restrição de oferta aos consumidores, além, por certo, de restrição injustificável aos valores constitucionalmente assegurados da livre concorrência e livre iniciativa.

Por essa razão é que as jurisdições mais desenvolvidas na área de defesa da concorrência destacam que políticas nessa área devem priorizar o combate a cartéis, por ser essa a conduta anticoncorrencial mais danosa ao mercado e aos consumidores. Nesse sentido, destaca-se o divulgado pela OCDE quanto aos

⁷ SANTACRUZ, Ruy. Cartel na lei antitruste: O caso da indústria brasileira de aços planos. In: MATTOS, César (Org.). *A Revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Editora Singular, 2003. p. 415.

⁸ Informações sobre a OCDE podem ser extraídas de seu sítio eletrônico. Disponível em: <http://www.oecd.org/pages/0,3417,en_36734052_36761681_1_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 23 jun. 2008.

⁹ Tradução livre de: "Cartels harm consumers and have pernicious effects on economic efficiency. A successful cartel raises price above the competitive level and reduces output. Consumers choose either not to pay the higher price for some or all of the cartelised product that they desire, thus forgoing the product, or they pay the cartel price and thereby unknowingly transfer wealth to the cartel operators. Further, a cartel shelters its members from full exposure to market forces, reducing pressures on them to control costs and to innovate. All of these effects adversely affect efficiency in a market economy". ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. França, Paris: OECD Publications Service, 2002. Disponível em: <<http://213.253.134.43/oecd/pdfs/browseit/2402011E.PDF>>. Acesso em: 22 mai. 2008. p. 71.

chamados cartéis *hard core*, que seriam os cartéis clássicos, em que o efeito ou objeto direto do acordo é restringir a concorrência, não trazendo qualquer eficiência econômica, *in verbis*:

Atualmente, é amplamente reconhecido que cartéis 'hard core', ou acordos entre concorrentes para fixar preços, restringir produção e apresentar propostas combinadas em concorrências públicas (também conhecido como cartéis em licitação) ou divisão de mercados, são uma das mais sérias e prejudiciais formas de condutas anticompetitivas. Como resultado, países estão aumentando esforços para combater tal conduta. **Nos países da OCDE e em outros em todo o mundo, proibição contra cartéis 'hard core' é agora considerado uma parte indispensável de uma lei nacional de defesa da concorrência**¹⁰. (grifos nossos)

Ainda de acordo com pesquisas conduzidas pela OCDE¹¹, de 1996 a 2000, foram contabilizados 119 casos de cartel, mas em muitos não foi possível estimar os prejuízos causados. Não obstante, auferiu-se que apenas os 16 maiores cartéis analisados na pesquisa afetaram uma fatia de comércio superior a US\$ 55 bilhões em todo o mundo, em incontestável lesão às economias de diversos países e a um número elevadíssimo de consumidores (incluindo nesta categoria grandes empresas que dependem dos insumos objeto de cartelização para a manufatura de seus produtos ou prestação de seus serviços).

Além disso, apurou-se que o aumento de preços derivado dos cartéis é muito variável, havendo casos, porém, em que esse aumento foi de 50% dos preços ou mais, o que permite concluir que a magnitude dos prejuízos causados pelos cartéis é de muitos bilhões de dólares anuais. Apenas para que se tenha uma visão geral de como essa prática pode prejudicar a economia dos países, destaca-se:

Nos últimos anos, as autoridades de defesa da concorrência de diversos países intensificaram seus esforços para identificar e impor severas sanções administrativas e criminais pela prática de cartel. Como exemplo,

¹⁰ Tradução livre de: *"It is now widely recognized that hard core cartels, or agreements among competitors to fix prices, restrict output, submit collusive tenders (so-called bid rigging) or share markets, are one of the most serious and harmful forms of anti-competitive conduct. As a result, countries are increasing their efforts to combat this conduct. In OECD countries and elsewhere in the world, prohibition against hard core cartels is now considered to be an indispensable part of a domestic competition law"*. ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Cartels and Bid Rigging*. Disponível em: <http://www.oecd.org/topic/0,3373,en_2649_40381615_1_1_1_1_37463,00.html>. Acesso em: 22 mai. 2008.

¹¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. França, Paris: OECD Publications Service, 2002. Disponível em: <<http://213.253.134.43/oecd/pdfs/browseit/2402011E.PDF>>. Acesso em: 22 mai. 2008. p. 72.

menciona-se que a Comissão Europeia aplicou multas por cartel que superaram € 3 bilhões somente em 2007 e que os Estados Unidos, de 1997 a 2007, aplicaram multas que superaram US\$ 4 bilhões por prática de cartel¹².

No Brasil, embora não haja dados disponíveis, além de cartéis internacionais com efeitos no país, inúmeros outros cartéis com atividades apenas no mercado nacional vêm agindo em desrespeito às salutares práticas de mercado e causando sérios e por vezes irreparáveis prejuízos à economia e aos consumidores brasileiros. Apenas a título exemplificativo, observa-se que, entre 2004 a 2007, os processos abaixo mencionados resultaram em condenação por cartel, a indicar que houve prejuízo aos consumidores e ao mercado de atuação desses acordos ilícitos. Destaca-se:

Outros cartéis [além do denominado caso do “Cartel das Britas”] também foram condenados pelo CADE, tais como o cartel das companhias aéreas (2004), o cartel dos vergalhões de aço (2005), o cartel dos genéricos (2005), o cartel dos jornais (2005), o cartel internacional das vitaminas (2007), o cartel das empresas de vigilância (2007) e o cartel dos frigoríficos (2007). Multas impostas pelo CADE por prática de cartel superaram o valor de R\$340 milhões para um único caso envolvendo três empresas¹³.

Diante do exposto, parece ter restado claro que essas condutas anticoncorrenciais justificam e tornam imprescindível a atuação das autoridades públicas no sentido de coibir essas práticas. Passa-se, a seguir, a analisar os instrumentos investigatórios previstos em lei para o combate a cartéis no Brasil na esfera administrativa.

1.2 Histórico de investigações de cartéis no Brasil antes da Lei 10.149/00

Desde a promulgação da Lei de Defesa da Concorrência, em 1994, até o ano de 1998, não houve condenações de cartéis no Brasil, embora esses acordos ilícitos tivessem se desenvolvido fortemente no período de controle dos preços pelo Governo.

¹² BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. *Combate a cartéis e Programa de Leniência*. Brasília, 2008. p. 7.

¹³ *Id. ibid.* p. 12.

Em grande parte, isso se deveu ao panorama legal vigente até 2000. Nesse período, duas eram as possibilidades de se obter provas acerca de acordos ilícitos entre concorrentes. A primeira seria contar com a ingenuidade e/ou boa vontade das empresas participantes do cartel em auxiliar as autoridades de defesa da concorrência, fornecendo provas de sua conduta ilícita, hipótese essa, porém, improvável – embora tenha ocorrido, como será visto a seguir –, já que nem mesmo havia benefícios para a delação, ou seja, nessa hipótese a empresa seria integralmente punida.

A segunda hipótese seria aguardar que pessoas ou empresas prejudicadas pelo cartel conseguissem provas desses acordos e as apresentassem às autoridades, hipótese, porém, também improvável. Afinal, como as empresas estão cientes da ilicitude de suas condutas, elas empreendem recursos e esforços para manter tais acordos em segredo, dificultando a obtenção de provas. Além disso, em geral, os prejudicados dependem dos produtos ou serviços cartelizados e, portanto, o receio de represálias dificultaria a apresentação de tais provas às autoridades.

O primeiro caso de cartel condenado em âmbito administrativo na história do Brasil foi o chamado “Cartel do Aço”¹⁴, em 1998. Observou-se, em síntese, que as empresas investigadas comunicaram a seus clientes reajustes de preços a serem implementados em datas próximas e em percentuais semelhantes. Adicionalmente, um dia antes da data estabelecida para os aumentos entrarem em vigor, representantes das empresas e da associação de classe do setor convocaram reunião com a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) para comunicarem o reajuste, o que, aliás, foi efetivamente implementado dias após a reunião¹⁵.

Em sua decisão, observa-se que o CADE analisou as condições econômicas do mercado e constatou que as condutas econômicas das empresas investigadas

¹⁴ Processo administrativo 08000.015337/1997-48. Representante: SDE *ex officio*. Representadas: Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais – USIMINAS; Companhia Siderúrgica Nacional – CSN; e Cia Siderúrgica Paulista - COSIPA. Relator: Ruy Afonso de Santacruz Lima. Julgado em 27 out. 1999. Disponível em:

http://www.cade.gov.br/ASPintranet/andamento_frame.asp?pro_codigo=3488&tippro_codigo=22.

Acesso em: 18 mai. 2008.

¹⁵ SANTACRUZ, Ruy. Cartel na lei antitruste: O caso da indústria brasileira de aços planos. In: MATTOS, César (Org.). *A Revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Editora Singular, 2003. p. 415-434. Aliás, destaca-se que o autor foi o Conselheiro-Relator do caso em questão.

não se mostraram racionais economicamente, bem como considerou que a prova da existência da reunião junto à SEAE viria a corroborar que as empresas teriam que ter entrado em contato prévio para conversar sobre um reajuste de preços que ainda estava em andamento, bem como sobre como esse aumento seria explicado à SEAE.

É certo, porém, que nesse contato entre as empresas tratou-se de questão sensível e estratégica (preço) e que não deveria ser discutida entre concorrentes. Por essas razões, o CADE condenou as empresas investigadas a multas correspondentes a 1% de seus faturamentos, penalidade essa consubstanciada na multa mínima prevista no art. 23, I, da Lei 8.884/94. Assim, conclui-se que a condenação do CADE decorreu do previsto na primeira hipótese acima, ou seja, as empresas se apresentaram às autoridades de defesa da concorrência e informaram que fixariam preços.

A obtenção de provas diretas de cartel por meio de ações pró-ativas da autoridade administrativa passou a ser uma possibilidade real apenas a promulgação da Lei 10.149, de 21 de dezembro de 2000, conforme será explorado melhor no tópico abaixo. Além de prever a possibilidade de realizações de busca e apreensões e inspeções, essa Lei criou incentivos para que empresas envolvidas em cartéis firmassem Acordo de Leniência, e assim delatassem suas atividades ilícitas a fim de obter benefícios legais, instituto esse previsto em jurisdições de todo o mundo como um importante meio de desestabilização de cartéis.

1.3 Histórico de investigações de cartéis no Brasil depois da Lei 10.149/00. Novos instrumentos investigatórios. Relevância da prova direta em investigações de cartel

Conforme acima mencionado, a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, a partir de 2000, foi significativamente modificada pela Lei 10.149/00, que introduziu importantes instrumentos de repressão às infrações à ordem econômica. Dentre esses instrumentos, passou-se a prever:

- a) Possibilidade de realização de **inspeções** pela SDE com notificação prévia de 24 horas (art. 35, § 2º e § 3º, da Lei 8.884/94), medida essa

importante, por exemplo, em casos em que a autoridade precisa conhecer melhor a estrutura do mercado ou os meios de produção;

- b) Possibilidade de realização de **busca e apreensão** (art. 35-A da Lei 8.884/94), medida essa que pode ser requerida ao Poder Judiciário pela Advocacia-Geral da União, por solicitação da SDE, para a obtenção de documentos de qualquer natureza, computadores e arquivos magnéticos de pessoa física ou jurídica, no interesse da instrução do procedimento, das averiguações preliminares ou do processo administrativo (as espécies de processo administrativo *lato sensu*); e
- c) Possibilidade de celebração de **Acordo de Leniência** (art. 35-B da Lei 8.884/94), instituto semelhante à delação premiada em âmbito penal e em relação ao qual se prevê, *in verbis*:

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar Acordo de Leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais co-autores da infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Dessa forma, diante da constatação dos prejuízos decorrentes dos cartéis e da previsão de instrumentos legais adequados para que uma eficaz investigação dessa prática pudesse ser realizada em nosso ordenamento jurídico, destaca-se que, a partir de 2003, o combate a cartéis tornou-se o foco de atuação das autoridades de defesa da concorrência no Brasil¹⁶.

Como resultado, em 2003, houve a primeira operação de busca e apreensão da história das investigações administrativas de cartéis no Brasil, nos termos do art. 35-A da Lei 8.884/94, alterada pela Lei 10.149/00, consistente no chamado caso “Cartel das Britas”¹⁷.

¹⁶ Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. *Combate a cartéis e Programa de Leniência*. Brasília, 2008. p. 7; e GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 42.

¹⁷ Processo Administrativo 08012.002127/2002-14. Representante: SDE *ex officio*. Representadas: Indústria e Comércio de Extração de Areia Khouri Ltda.; Mendes Júnior Engenharia S.A.; Mineradora Pedrix Ltda.; Panorama Industrial de Granitos S.A.; Paupedra - Pedreiras Pavimentações e

Nesse caso, a Secretaria de Direito Econômico solicitou à Advocacia-Geral da União a propositura de cautelar de busca e apreensão para apurar fortes indícios de formação de cartel no mercado de pedra britada – insumo muito utilizado na construção civil –, investigação essa que havia se iniciado em 2002, a partir de denúncia em que se relatava o funcionamento do cartel formado por pedreiras na região metropolitana de São Paulo.

Com base na denúncia e em estudo preliminar sobre a estrutura desse mercado, que apontava ser ele suscetível à formação de cartel, a Justiça Cível de São Paulo autorizou liminarmente a busca e apreensão. Por conta disso e, em razão de provas diretas da existência do cartel, somente obtidas com a busca e apreensão deferida judicialmente, pôde a SDE obter provas de um sofisticado cartel para fixar preços, alocar clientes, restringir a produção e fraudar licitações públicas no mercado de pedra britada. Apurou-se, ainda, que as empresas utilizavam *software* sofisticado para direcionar as vendas e fiscalizar o cumprimento do acordo ilícito. Foram essas provas que fundamentaram a decisão do CADE de condenar os envolvidos à maior multa até então aplicada a cartéis – multas entre 15% e 20% do faturamento bruto das empresas investigadas¹⁸.

Pode-se inferir, a partir dos dois casos acima mencionados - cuja investigação se deu em momentos e com instrumentos investigatórios distintos -, que a qualidade das provas diretas acerca das combinações ilícitas entre

Construções Ltda.; Pedreira Cachoeira S.A.; Pedreira Dutra Ltda.; Pedreira Mariutti Ltda.; Pedreira Santa Isabel Ltda.; Pedreiras São Matheus - Lageado S.A.; Pedreira Sargon Ltda.; Reago Indústria e Comércio S.A.; Sarpav Mineradora Ltda./Minerpav Mineradora; Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo; Basalto Pedreira e Pavimentação Ltda.; Constran S/A - Construção e Comércio; Embu S.A. Engenharia e Comércio; Geocal Mineração Ltda.; Holcim S.A.; Itapiserra Mineração Ltda.; Iudice Mineração Ltda.; e Lafarge Brasil S.A. Relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Julgado em 13 jul. 2005. Disponível em: http://www.cade.gov.br/ASPintranet/andamento_frame.asp?pro_codigo=2434&tippro_codigo=22. Acesso em 18 mai. 2008.

¹⁸ “Quanto às penalidades, por maioria, determinou a imputação de multa pecuniária de 20% do faturamento bruto no exercício de 2002 às Representadas Embu S.A. Engenharia e Comércio, Holcim S.A., Lafarge Brasil S.A., Pedreira Cachoeira S.A., Pedreira Sargon Ltda. e Sarpav Mineradora Ltda. e 15% do faturamento bruto no exercício de 2002 às Representadas Geocal Mineração Ltda., Itapiserra Mineração Ltda., Iudice Mineração Ltda., Indústria e Comércio de Extração de Areia Khouri Ltda., Mineradora Pedrix Ltda., Pedreira Dutra Ltda., Pedreira Mariutti Ltda., Pedreira Santa Isabel Ltda., Reago Indústria e Comércio S.A., Basalto Pedreira e Pavimentação Ltda., Panorama Industrial de Granitos, Pedreiras São Matheus - Lageado S.A., e 300.000 UFIR's ao Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo, nos termos do voto do Relator, vencido o Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe que determinava como base para a imputação da multa o ano de 2001”. Relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Julgado em 13 jul. 2005. Disponível em: http://www.cade.gov.br/ASPintranet/andamento_frame.asp?pro_codigo=2434&tippro_codigo=22. Acesso em 18 mai. 2008.

concorrentes, observada no segundo caso, permitiu uma melhor compreensão do funcionamento do cartel e dos prejuízos por ele causados. Esses dados, por sua vez, contribuíram para que as autoridades melhor formassem seu convencimento no sentido de aplicar penalidade entendida mais condizente com os danos causados pelo cartel.

No tocante à classificação das provas, ensinam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho:

A prova classifica-se em *direta* ou *indireta*, conforme se refira direta e imediatamente ao fato a ser provado (objeto da prova) ou se refira a outro fato (indício) que, por sua vez, se ligue ao fato a ser provado. Nesse enfoque, a prova indiciária é sempre indireta. Fala-se, ainda, numa outra classificação, em prova *plena* (ou evidente) e *semiplena* (ou incompleta), segundo o grau de certeza capaz de causar no juiz¹⁹.

Acerca da importância da prova direta, utiliza-se da lição de Francesco Carnelutti, que profere de forma clara e objetiva: “*A superioridade da prova direta sobre a prova indireta não tem necessidade de ser sublinhada: a prova é tanto mais segura quanto mais próxima dos sentidos do juiz se encontrar o fato a provar*”²⁰.

Observa-se, portanto, provas diretas referentes aos acordos ilícitos são vistas de forma diferente das provas tão somente econômicas ou de evidências indiretas²¹ de eventual formação de cartel, pois permitem uma melhor compreensão da complexa conduta anticompetitiva de cartel.

Com efeito, cartel é uma prática que intuitivamente envolve negociações, monitoramento dos acordos, bem como troca de informações relevantes e estratégicas entre concorrentes, como preços, quantidades vendidas, clientes etc. Como consequência, não só é provável que provas dessa natureza só poderão ser obtidas quando a autoridade se valer de medidas judiciais que contem com o elemento surpresa, como também é plausível considerar que tais conversações e combinações poderão ocorrer por meio telefônico.

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 104.

²⁰ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 83.

²¹ Ressalta-se, todavia, que isso não significa que tais provas indiretas ou as evidências acerca da conduta não sejam importantes para a formação da convicção do julgador e nem mesmo que não possam fundamentar decisão da autoridade competente para decidir tais casos na esfera administrativa ou judicial. Todos esses elementos devem ser devidamente sopesados e analisados no contexto probatório dos casos postos em discussão no SBDC.

Dessa forma, observa-se que em determinados casos poderia ser importante para a investigação que a autoridade pudesse se utilizar de tal meio de prova para efetivamente combater tal infração que tanto prejudica consumidores e a economia nacional como um todo. Contudo, passa-se a analisar as limitações de *produção* de tal prova, bem como a possibilidade de *utilização* de tal meio de prova como prova emprestada.

No tocante ao primeiro ponto, como visto, a Constituição Federal veda a *produção* de tal meio de prova para fins de instruir processos administrativos, questão em relação ao qual, entende-se, não há margem para dúvidas.

Contudo, no tocante aos limites de *utilização* de tal prova em outros processos, questiona-se: considerando que cartel também é crime apenado com reclusão e passível de enquadramento no art. 4º, I, “a”, da Lei 8.137/90, o que se dizer da possibilidade de que as conversas legalmente obtidas para apurar o crime em questão possam ser utilizadas na investigação desse fato também em esfera administrativa, já que além de crime também constitui ilícito administrativo a ser efetivamente punido?

Se não houve violação ilegal de direitos na produção da prova obtida por interceptação telefônica, ou seja, se o Estado teve conhecimento legalmente de tais provas, se formam constatados indícios de infração à ordem econômica também punível na esfera administrativa, seria razoável ou não que tais provas obtidas na esfera criminal fossem remetidas, como prova emprestada, a esses processos administrativos?

Antes, porém, de adentrar especificamente na discussão da possibilidade da utilização de tal prova emprestada, cumpre tecer breves considerações acerca da interceptação telefônica, seus requisitos e fundamentos.

2. DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A Constituição Federal de 1988, justificando o título “Constituição Cidadã”, inovou ao prever, em seu art. 5º, inciso X, serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem dos indivíduos, alçando tais direitos, portanto, à categoria de garantias constitucionais a serem defendidas no contexto de um Estado Democrático de Direito.

Uma das formas pelas quais a Carta Magna assegurou proteção a essas garantias foi consagrando o direito ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, inciso XII), previsão essa, aliás, plenamente justificável em um contexto pós-período ditatorial e que se propunha a inaugurar uma nova ordem constitucional.

No entanto, considerando que a proteção absoluta ao direito à intimidade do indivíduo também poderia gerar distorções²² – como acobertar graves ilícitos ou infrações que atingem a coletividade –, de forma oportuna, tal regra contou com uma especial ressalva no que tange às comunicações telefônicas.

Com efeito, prescreveu a Constituição Federal ser “*inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, **salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal***” (grifos nossos).

Essa ressalva constitucional, todavia, como acima enunciado, demandava um diploma legal específico que regulamentasse a possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas, consubstanciando-se, pois, em típico caso de reserva legal qualificada²³. Essa regulamentação veio a ser promulgada apenas oito anos

²² Cf. CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 100.

²³ Cf. Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Quest. Ord. em Inquérito 2.424-4/RJ. Rel. Min. Cezar Peluso. p. 126. Julg. em 25.04.07, acolhido por maioria pelo Tribunal Pleno. Publ. DJ de 24.08.07.

depois, com a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996²⁴, que veio explicitar as hipóteses em que seria autorizada a restrição ao direito à intimidade do indivíduo.

Passa-se, a seguir, a analisar o conceito de interceptação telefônica, a importância de tal meio de prova, bem como os fundamentos que justificariam a restrição aos direitos constitucionais à intimidade e privacidade.

2.1 Considerações sobre o instituto à luz da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.296/96 e o conceito de interceptação telefônica

Inicialmente, cumpre tecer breves considerações acerca dos direitos constitucionais à intimidade e à privacidade, especialmente no que tange à relação desses direitos com o tema das interceptações telefônicas.

A primeira observação a ser feita é que não há uma diferenciação clara acerca dos conceitos desses direitos, havendo quem os utilize como sinônimos e quem considere a privacidade e a intimidade como gênero e espécie de um mesmo direito. É o que ensina Paulo Gustavo Gonet Branco, *in verbis*:

Embora a jurisprudência e vários autores não distingam, ordinariamente, entre ambas as postulações – de privacidade e de intimidade –, há os que dizem que o direito à intimidade faria parte do direito à privacidade, que seria mais amplo. O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas²⁵.

Intuitivamente, associa-se intimidade e privacidade ao direito que o indivíduo tem de que terceiros não tenham acesso a informações restritas à sua vida privada, de foro íntimo, bem como o direito a que tais informações não caiam em domínio público.

²⁴ Sobre o tratamento da questão antes da promulgação da Lei 9.296/96, conferir os seguintes autores: GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 86-93. BARROSO, Luís Roberto. *Interceptação telefônica para fins penais. Inadmissibilidade de prova ilícita. Cabimento de Mandado de Segurança e não de habeas corpus*. CF, art. 5º, XII, LVI e LXIX. *Revista de direito administrativo aplicado*, Curitiba, ano 2, n. 6, p. 733-748, set. 1995.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 367.

Nesse sentido, ainda segundo lição de Paulo Gustavo Gonet Branco: “O direito à privacidade, em sentido mais estrito, conduz à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral”²⁶.

Há autores, outrossim, que ressaltam que esse direito à intimidade e privacidade é um desdobramento do direito de personalidade, associado, ainda, à dignidade da pessoa humana, nos termos da lição de Raimundo Amorim de Castro:

O direito à intimidade, como um desdobramento do direito de personalidade, são partes do direito à vida, sendo tema de importância atual, diante da preocupação de se buscar maior proteção e efetividade dos direitos individuais. (...)

O direito à vida privada é um agregado que reúne a manifestação livre e eficaz da personalidade, porque o resguardo da privacidade do indivíduo constitui inegável alimento no desenvolvimento sadio de sua potencialidade. Esse respeito à sua esfera íntima, à subtração da curiosidade é a razão para o bem-viver e progresso da pessoa. Por isso que o direito à vida privada é corolário de outro valor supremo que é a dignidade da pessoa humana²⁷.

Aliás, destaca-se que a proteção constitucional desse direito seguiu legislação internacional, que recomendava firmemente a proteção ao relevante direito à intimidade. Segundo Damásio E. de Jesus:

Há pouco mais de quarenta anos é que os doutrinadores vêm preconizando a necessidade de uma proteção mais eficaz à intimidade. Já a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, em seu art. 12, determinava: ‘Nenhum indivíduo poderá ser submetido a interferências arbitrárias na sua vida privada, na sua família, na sua casa, na sua correspondência’ etc. No mesmo ano, a Declaração de Bogotá, em seu art. 5º, considerou: ‘Toda pessoa tem direito à proteção e à sua vida privada e familiar’. Visou à mesma proteção O Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos de Nova York, de 16.12.1966. A ONU, em 1973, no § 177 do Doc. n. E. Cm. 4/1.116, de 23 de janeiro, recomendou aos Estados-membros que descrevessem como crime a interceptação telefônica, salvo em determinados casos, como quando determinada por autoridade judicial em investigação criminal²⁸.

Aplicando-se esse conceito de intimidade e privacidade especificamente às comunicações telefônicas, chega-se à definição posta por Eduardo Cambi: “O direito de conversar livremente ao telefone é um direito da personalidade, porque, para o

²⁶ *Id. Ibid.* p. 370.

²⁷ CASTRO, Raimundo Amorim de. *Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 74.

²⁸ JESUS, Damásio E. de. Interceptação de comunicações telefônicas. Notas à Lei 9.296, de 24.07.1996. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 86, v. 735, jan. 1997, p. 461.

*desenvolvimento pessoal, é imprescindível a troca livre e confidencial de idéias e de opiniões, sem a desconfiança de que outrem esteja ouvindo a conversa*²⁹.

Com efeito, constitui inegável invasão de privacidade descobrir que suas conversas particulares estão sendo ouvidas por terceiros. Trata-se de severa interferência na vida privada, que gera insegurança e profundo constrangimento ao indivíduo. Sendo assim, é certo que o direito à privacidade é um direito fundamental e deve ser resguardado pelo Estado, evitando-se, pois, invasões injustificadas à vida privada dos cidadãos.

Contudo, assim como ocorre com os demais direitos fundamentais, pode esse direito ser restringido em determinadas hipóteses legalmente previstas, justamente para não ocorrer de um direito fundamental ser utilizado de forma a restringir outro direito fundamental tão ou mais importante, ou mesmo ser utilizado para encobrir crimes ou prejudicar a sociedade como um todo.

Destacam-se, nesse sentido, os ensinamentos de Raimundo Amorim de Castro:

Os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados, não o são na sua dimensão subjetiva, uma vez que as regras constitucionais não remetem para o arbítrio do detentor da determinação do âmbito nem os aspectos satisfatórios do respectivo interesse. Isto pode afirmar que nem mesmo no auge do individualismo liberalista, os direitos fundamentais eram absolutos, tendo em vista que os direitos de cada um tinham como limite a reciprocidade de assegurar os mesmos direitos aos demais³⁰.

Especificamente no que se refere às comunicações telefônicas, destaca-se lição de Eduardo Cambi:

[...] o sigilo constitucional das comunicações, conforme foi analisado no tópico anterior, não deve ser considerado absoluto, estando sujeito à aplicação do princípio da proporcionalidade, sob pena de sua tutela servir de pretexto para causar danos à ordem pública ou aos direitos fundamentais alheios (princípio da convivência das liberdades)³¹.

Ainda segundo Ada Pellegrini Grinover, *“a garantia constitucional pode sofrer limitações, não devendo prestar-se para a proteção de atividades ilícitas ou*

²⁹ CAMBI, Eduardo. Interceptação telefônica: Breves considerações sobre a Lei 9.296/96. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 29, n. 118, nov./dez. 2004. p. 143.

³⁰ CASTRO, Raimundo Amorim de. *Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 117.

³¹ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 99-100.

*criminosas. É assim que, através de uma ponderada apreciação judiciária, que obedeça aos limites legais, pode ser determinada a interceptação das comunicações telefônicas*³².

Feita essa introdução inicial, passa-se ao conceito de interceptação telefônica.

Na lição de Eduardo Cambi, a interceptação telefônica “*se caracteriza quando um terceiro, estranho à conversa, capta a comunicação existente na passagem de um emitente para um destinatário, sem que ambos ou, pelo menos, um deles saiba*”³³. Note-se que a participação de um terceiro é fundamental para a caracterização da interceptação telefônica.

Nesse sentido, ressaltando a necessidade da figura do terceiro, destaca-se o apontado por Ada Pellegrini Grinover:

Por mais amplitude que se pretenda atribuir ao conceito, permanece ele limitado à escuta e eventual gravação da conversa telefônica, quando praticada por terceira pessoa, diversa dos interlocutores. Somente a “*terzietà*”, referida pela doutrina italiana, é capaz de caracterizar a interceptação³⁴.

Vale ressaltar, por sua vez, que o conceito de interceptação telefônica difere da chamada “escuta telefônica”, que consiste na “*captação realizada por um terceiro de uma comunicação telefônica alheia, mas com o conhecimento de um dos comunicadores*”³⁵, bem como da denominada gravação clandestina, que “*ocorre quando um dos interlocutores grava a conversa sem o consentimento do outro (por exemplo, gravações entabuladas entre seqüestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento dos últimos)*”³⁶.

³² GRINOVER, Ada Pellegrini apud MARZOCHI, Marcelo de Luca. Aspectos polêmicos da interceptação telefônica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, Ano 93, v. 829, p. 450-472, nov. 2004. p. 454.

³³ CAMBI, Eduardo. Interceptação telefônica: Breves considerações sobre a Lei 9.296/1996. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 29, n. 118, nov./dez. 2004. p.144.

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O regime brasileiro das interceptações telefônicas*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo16.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2008. p. 3

³⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 97.

³⁶ CAMBI, Eduardo. Interceptação telefônica: Breves considerações sobre a Lei 9.296/1996. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 29, n. 118, nov./dez. 2004. p.144.

Cada uma dessas espécies possui tratamento e conseqüências legais distintas. No presente trabalho será analisada apenas a hipótese da interceptação telefônica.

2.2 Objetivos e finalidades da interceptação telefônica

De uma forma geral, pode-se dizer que a prova tem por finalidade auxiliar a formação da convicção do juiz na busca da verdade dos fatos, de forma a permitir a realização da justiça. Segundo Carnelutti, *“o processo probatório não é mais que um processo típico ou um meio de busca da verdade dos fatos controvertidos, o qual parece apto para alcançar a finalidade (a verdade) na maioria dos casos”*³⁷.

No tocante à finalidade da interceptação telefônica, Luiz Flávio Gomes aponta que seria,

antes de tudo, a obtenção de uma ‘prova’, que se materializa num documento (auto circunstanciado, transcrição) ou num depoimento (prova testemunhal). É um desses meios de prova que irá fixar os fatos do processo, de tal modo a legitimar a decisão judicial, seja frente às partes, seja frente à universalidade das pessoas³⁸.

Em um contexto de crescente criminalidade e de utilização de instrumentos cada vez mais modernos para a ocultação das infrações cometidas, é certo que o Estado também necessita se municiar de instrumentos legais que lhe permita atuar de forma a combater delitos de forma mais efetiva.

Um dos principais instrumentos colocados à disposição da justiça para o combate da chamada “macrocriminalidade” é a interceptação telefônica. Esse meio de prova permite obter relevantes informações que permitem às autoridades descobrir os participantes - e seus graus de participação nos delitos -, bem como a forma e o local de atuação desses infratores, possibilitando, em regra, um resultado e uma repressão mais efetiva.

A corroborar tal entendimento, colaciona-se o ensinamento por Fábio Ramazzini Bechara:

³⁷ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 81.

Tratando-se de crime organizado, que se caracteriza por uma estrutura complexa e articulada, as dificuldades de obtenção da prova são acentuadas, o que leva os órgãos de investigação a necessitarem de determinados instrumentos mais ágeis, embora muitas vezes limitadores de direitos, em detrimento de outros mais convencionais, cuja eficiência fica muito aquém do exigido³⁹.

No mesmo sentido, destaca-se o afirmado por Luiz Francisco Torquato Avolio, que ressalta a importância de tal meio de prova no combate à criminalidade, sem perder de vista a necessidade de atentar para a justa e eficaz aplicação da lei:

É justamente, por não descurar da aplicação justa e eficaz da lei penal no combate à criminalidade, especialmente aquela organizada, que a doutrina e a jurisprudência, no Brasil e no mundo, vêm preconizando a regulamentação precisa das interceptações telefônicas, como eficiente instrumento de investigação policial, e contundente meio de prova processual, à altura da sofisticada tecnologia empregada pelos criminosos⁴⁰.

Com efeito, a interceptação telefônica tem especial relevância no combate ao crime organizado e a delitos que afetam a sociedade como um todo e que são de difícil comprovação, tais como o tráfico ilícito de entorpecentes, seqüestros e corrupção. Com efeito, são infrações que dificilmente se resolvem por meio da solicitação de informações aos investigados ou de outros agentes do mercado. Em lição de Fábio Ramazzini Bechara:

Os crimes praticados por associações criminosas geram grau de perturbação acentuado e diferenciado da criminalidade comum. Essa percepção faz com que se exija não somente uma punição mais rigorosa dos criminosos, mas principalmente a adoção de tratamento processual especial e particularizado. A legislação brasileira, em que pesem as inúmeras contradições e eventuais incoerências técnicas, é sensível a essa situação anunciada e, de fato, contempla um procedimento diferenciado ao dito crime organizado. Tais diferenciações evidenciam-se pela presunção de maior necessidade de determinados instrumentos como a prisão cautelar, a interceptação telefônica, a busca domiciliar, a quebra do sigilo bancário e fiscal, o seqüestro de bens e, ainda, a gravação ambiental e a infiltração de agentes na forma da L. 9.034/95⁴¹.

A mesma discussão, entende-se, aplica-se ao combate a cartéis, infrações puníveis em âmbito administrativo e penal e que resultam em deletérios efeitos para a sociedade em geral, como preços mais altos, menor oferta de produtos e menor

³⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica*: Lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 116.

³⁹ BECHARA, Fábio Ramazzini. Crime organizado e interceptação telefônica. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 25, abr./mai. 2004. p. 158.

⁴⁰ AVOLIO, Luiz Fernando Torquato. *Provas ilícitas*: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 150.

⁴¹ BECHARA, Fábio Ramazzini. Crime organizado e interceptação telefônica. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 25, abr./mai. 2004. p. 158-159.

investimento em qualidade do produto ou serviço. Dificilmente uma empresa responde às diligências das autoridades de defesa da concorrência relatando que pratica cartel. Nesses casos, a obtenção de provas diretas pode ser mais eficiente para comprovar a prática e, para tanto, o elemento surpresa é fundamental.

É óbvio, contudo, que a necessidade de obtenção de provas não justifica a prática de outros crimes ou a violação de direitos também constitucionalmente assegurados. Em sábias palavras, ensina Ada Pellegrini Grinover que, no tocante ao uso das interceptações telefônicas, há que se buscar *“o ponto de equilíbrio que harmonize a necessária luta contra a criminalidade com os valores de um processo penal respeitoso da dignidade humana”*⁴².

Para tanto, faz-se necessário que as autoridades atendam aos vários requisitos previstos na Constituição Federal e na lei especialmente promulgada para regulamentar essa questão. Passa-se, portanto, a analisar tais requisitos.

2.3 Requisitos para admissibilidade da interceptação telefônica

Em análise aos artigos 1º e 2º da Lei 9.296/96, aliado aos preceitos constitucionais para a questão, verifica-se que o deferimento da interceptação telefônica requer, em síntese, o cumprimento dos seguintes requisitos:

- a) Utilização em investigação criminal ou em instrução processual penal;
- b) Indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal;
- c) A prova não pode ser produzida por outro meio disponível e deve ser autorizada pelo juiz competente; e
- d) O fato investigado não pode constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Dos quatro pontos acima suscitados, o que enseja maior debate - e é justamente o ponto de partida da controvérsia do presente estudo - é o item (a).

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. *O regime brasileiro das interceptações telefônicas*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo16.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2008. p. 14.

Dessa forma, por razões metodológicas, traçaremos breves comentários acerca dos demais itens e a questão da produção de tal prova para fins de investigação penal e processual penal será discutida mais detidamente por último.

2.3.1 Indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal

No tocante à exigência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, prevista no art. 2º, I, da Lei 9.296/96, destaca-se que esse dispositivo aponta relevante sinalização: não cabe interceptação telefônica na ausência de fundados indícios, ou seja, não será admitida a restrição ao direito à intimidade de forma irrestrita, tão somente para verificar se certa pessoa estaria cometendo ou não algum crime⁴³.

Tal prática – denominada por Luiz Flávio Gomes de “interceptação de prospecção”⁴⁴ – infelizmente já foi comum em período ditatorial vivenciado no Brasil há algumas décadas e por certo se trata de atuação que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito em vigor em nosso país.

Contudo, questiona-se se essa previsão implica a necessidade de haver investigação ou processo previamente iniciada. Damásio E. de Jesus aponta:

Antonio Scarance Fernandes entende que só é admissível a interceptação de comunicação telefônica quando existir ‘investigação iniciada ou processo instaurado (art. 3º, I)’, ‘ficando excluída a possibilidade de interceptação para iniciar a investigação’ (‘Interceptações telefônicas: aspectos processuais da nova lei’, in Boletim do IBCCrim, São Paulo, agosto de 1996, 45/15). Entendemos, entretanto, que é também possível a medida como início de investigação. Nos termos da CF (art. 5º, XII), a violação é admissível ‘para fins de investigação criminal’. Não se exige, pois, que haja um procedimento penal em andamento ou que a investigação criminal já se tenha iniciado. A medida pode ser o primeiro ato da investigação, cujo resultado pode ensejar o procedimento policial ou processual⁴⁵.

⁴³ Luiz Flávio Gomes denomina isso de “interceptação de prospecção”, utilizando-se, ainda, de lições de Enrique Ruiz Vadillo, do Supremo Tribunal espanhol e de Cervini. GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 118, nota de rodapé nº 94.

⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 184.

⁴⁵ JESUS, Damásio E. de. Interceptação de comunicações telefônicas. Notas à Lei 9.296, de 24.07.1996. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 86, v. 735, jan. 1997. p. 466.

O fato é que, tratando-se de medida cautelar, deve ela atender aos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* consubstancia-se na aparência do bom direito, na indicação da probabilidade – e não mera possibilidade – de que os fatos são suficientemente graves para ensejar o tratamento excepcional, e mais, de que foram as pessoas indicadas no pedido ao Juízo que deram ensejo ou contribuíram para a infração penal investigada.

Nesse sentido, destaca-se lição de Enrique Ruiz Vadillo, respeitado magistrado do Tribunal Supremo espanhol, em tradução feita por Luiz Flávio Gomes, acerca do conceito de indícios razoáveis de autoria:

são indicações ou sinais, ou seja, dados externos que, apreciados judicialmente, conforme as normas da reta razão, permitem descobrir ou vislumbrar, como diz a doutrina científica, sem a segurança da plenitude probatória porém com a firmeza que proporciona uma suspeita fundada, é dizer, razoável, lógica, conforme as regras da experiência, a responsabilidade criminal da pessoa em relação com um fato punível objeto da investigação por meio da interceptação telefônica⁴⁶.

No tocante a esse requisito, destaca-se precedente do Superior Tribunal de Justiça, que aponta no mesmo sentido do exposto acima e ainda concede especial atenção à questão de ser tal prova a única forma eficaz de apuração do fato:

“Não prospera o argumento de ilegalidade da quebra, por ser baseada nas declarações de uma só pessoa, pois tal alegação nada diz com relação à legalidade ou ilegalidade da medida. O que deve ser analisado é se a declaração trazida aos autos tem a capacidade de configurar indício razoável de autoria ou participação em infração penal, sendo certo que a impetração não atacou a sua aptidão para tanto. [...] Não há ilegalidade na decisão que decreta a quebra dos sigilos bancário, fiscal, telefônico e telemático do paciente, se devidamente demonstradas tanto a presença de indícios suficientes de participação em crime como a peculiaridade de ser a única forma eficaz e disponível para a elucidação dos fatos. Ordem denegada, cassando-se a liminar anteriormente deferida”⁴⁷.

Observa-se, portanto, que o requisito da indicação dos indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal deve restar devidamente definido e apontado, a fim de que justifique a restrição ao direito constitucional da privacidade.

⁴⁶ VADILLO, Enrique Ruiz. *Escuchas telefónicas*. p. 909 apud GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica*: Lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 175.

⁴⁷ STJ. HC 20.087/SP (2001/0198363-2). Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma. Julg. em 19.08.2003, v.u.

2.3.2 A prova não pode ser produzida por outro meio disponível e deve ser autorizada pelo juiz competente

Com efeito, esses indícios devem restar devidamente apontados, juntamente com a indicação das razões pelas quais esses fatos não poderiam ser apurados por outro meio disponível e menos gravoso.

Como já exposto, a restrição ao direito fundamental à intimidade é excepcional. Dessa forma, se o fato investigado puder ser obtido por outro meio, como a prova testemunhal ou pericial, não há razão para o Juízo autorizar tal medida. Há, portanto, que restar comprovada a necessidade ou indispensabilidade da prova.

Em lição de Lenio Streck:

[...] o Juiz deverá fazer uma avaliação da necessidade da realização da escuta telefônica, sendo que, para tanto, deverá ter em mente que a interceptação – portanto a quebra da privacidade – é a única forma possível e razoável para proteger outros valores fundamentais da coletividade e da defesa da ordem jurídica⁴⁸.

Outrossim, também restou expressa a cláusula da reserva jurisdicional e apenas a autoridade judicial pode autorizar a medida de quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Nos termos do art. 1º da Lei 9.296/96, a interceptação deve ser autorizada pelo juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. Dessa forma, apenas o juízo competente para processar a ação penal poderia autorizar a medida.

2.3.3 O fato investigado não pode constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção

Outro requisito necessário, e que causa certa discussão, é a exigência prevista no art. 2º, III, da Lei 9.296/96, que requer que o fato investigado não constitua infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 83.

Há quem critique essa redação negativa da lei, pois indicaria, a *contrario sensu*, que todas as infrações apenadas com reclusão seriam passíveis de autorização de interceptações telefônicas, quando, na verdade, a questão central é que esses delitos sejam considerados graves o bastante para justificar a restrição a um direito constitucional. Nesse sentido, Damásio E. de Jesus assevera que essa disposição merece críticas em razão de sua extensão e limitação:

Quanto à extensão, numa interpretação literal, a medida é aplicável a todos os delitos apenados com reclusão (III), que estejam definidos na legislação penal comum ou especial (CP, leis extravagantes, crimes militares, eleitorais etc.), pouco importando a sua gravidade objetiva, violando-se o princípio da proporcionalidade ou da reserva legal proporcional. É um exagero, por exemplo, admitir-se a violação telefônica em casos sem expressão lesiva, como furto de coisa de pequeno valor, apropriação indébita simples etc. Quando a Carta Magna excepcionalmente admitiu a interceptação telefônica, remetendo sua disciplina à legislação ordinária, obviamente pretendeu que se observasse proporcionalidade entre a proteção da intimidade e a segurança social⁴⁹.

Além disso, tal redação foi infeliz ao acabar por excluir de seu campo de aplicação delitos que, por sua natureza, são de difícil constatação e praticamente apenas poderiam ser descobertas mediante quebra do sigilo telefônico (ex.: certos casos de crimes contra a honra ou crimes de ameaça por telefone).

Nelson Nery Jr., em leitura feita por Lenio Luiz Streck, aponta duas críticas ao referido dispositivo da Lei 9.296/96:

primeiro, o legislador foi além, elegendo os crimes apenados com reclusão como autorizadores da escuta telefônica por ordem judicial; segundo, foi aquém, quando deixou de contemplar os crimes de ameaça e contra a honra, quando cometidos por meio telefônico, ou as contravenções penais mais fortemente recriminadas pela sociedade, como é o caso do jogo do bicho⁵⁰.

Sustenta-se que o objetivo do legislador com tal previsão foi ressaltar que a restrição ao direito à intimidade apenas se justificaria em casos de infrações de maior gravidade, presumivelmente apenados com reclusão. Em parte isso se justifica. Aliás, nesse sentido, destaca-se que cartel, além de infração administrativa, também é crime tipificado no art. 4º, I, “a”, da Lei 8.137/90 e tem pena prevista de reclusão de dois a cinco anos ou multa e, por esse critério, poderia sua investigação

⁴⁹ JESUS, Damásio E. de. Interceptação de comunicações telefônicas. Notas à Lei 9.296, de 24.07.1996. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 86, v. 735, jan. 1997. p. 465.

⁵⁰ NERY JR., Nelson. Proibição de prova ilícita. Novas tendências do direito. In *Justiça penal*, n. 4, 1996, p. 35 apud STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*:

criminal valer-se da relevante contribuição das interceptações telefônicas, que poderiam captar conversas entre concorrentes tendentes a fixar preços ou dividir mercado.

Analisados esses requisitos iniciais, passa-se à discussão do ponto mais controverso no que tange aos requisitos para a autorização da interceptação telefônica, visto que diretamente associado à questão da prova emprestada, pois há autores que sustentam que a restrição prevista na Constituição Federal e na Lei 9.296/96 impediria não só a produção como o uso de tais meios de provas em processos de natureza não-penal. Passa-se à análise desse ponto.

2.3.4 Limitação à investigação penal ou instrução processual penal

O texto constitucional, em seu art. 5º, XII, prevê: *“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”* (grifos nossos).

Seguindo o dispositivo constitucional, o art. 1º da Lei 9.296/96 também estabeleceu: *“A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça”*.

A partir dessas previsões, iniciou-se intenso debate no tocante à extensão da limitação de tal meio de prova à investigação criminal ou instrução processual penal. Passou-se a questionar se isso implicaria que (i) a interceptação telefônica deve ser *requerida* e *utilizada* apenas em investigação de natureza penal ou se, (ii) ela deve ser *requerida* para a investigação penal, mas, uma vez produzida legalmente, poderia essa prova posteriormente ser *utilizada* em processos extrapenais.

No tocante aos defensores da primeira hipótese, destaca-se lição de Luiz Flávio Gomes, para quem a interceptação telefônica não se presta a ser utilizada em qualquer procedimento. Tanto a Constituição Federal como a Lei 9.296/96 teriam delimitado também o uso desse meio probatório, “*que só vale para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. É muito discutível sua validade para fins outros, ainda que criminais, como ‘facilitar a prisão’, possibilitar uma mais rápida execução de uma pena definitivamente aplicada etc*”⁵¹ (grifos no original).

Argumenta-se que a Constituição Federal já teria sopesado os valores constitucionais a serem protegidos e, como resultado, definiu que a excepcional restrição ao sigilo das comunicações telefônicas apenas se justificaria para apurar infrações na esfera penal, seara do Direito que lida com questões mais graves e bens jurídicos mais relevantes do que, por exemplo, aqueles bens disponíveis ou questões meramente civis.

A propósito, porém, no tocante a essa ponderação de valores já feita pelo legislador constitucional, há controvérsias no sentido de ter a Assembléia Nacional Constituinte apontado que as hipóteses justificáveis para a quebra do sigilo das comunicações telefônicas restringir-se-iam às investigações penais.

Trata-se de ponto extremamente relevante e muito pouco comentado⁵². Valendo-se de lição de Ada Pellegrini Grinover, verifica-se que, em verdade, a autoridade competente no processo legislativo para elaborar a nova ordem constitucional teria decidido pela possibilidade de interceptação telefônica para fins de investigação penal ou instrução processual, sem qualquer menção específica à instrução processual penal. Destaca-se, *in verbis*:

O certo é que **a Assembléia Nacional Constituinte aprovou texto diverso do que veio afinal a ser promulgado**. A redação aprovada em segundo turno, no plenário, foi a seguinte:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, **para fins de investigação criminal ou instrução processual**.

Foi a Comissão de Redação que, exorbitando de seus poderes, acrescentou ao texto as palavras ‘comunicações’, ‘no último caso’ e

⁵¹ GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica*: Lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 116-117.

⁵² Ainda nesse sentido, conferir MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas*: limites à licitude probatória. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 122-125.

'penal', limitando consideravelmente o alcance da norma constitucional legitimamente aprovada em plenário.

Esta, da forma como o fora, permitia a quebra do sigilo – observadas a ordem judicial e a reserva legal – não apenas com relação às comunicações telefônicas, mas também às telegráficas e de dados, bem como quanto ao sigilo da correspondência; **e, ademais, não restringia o objeto da prova ao processo penal, possibilitando fosse ela produzida em processos não penais.**

No meu sentir, a redação restritiva do inc. XII do art. 5º da Constituição é formalmente inconstitucional, por vício de competência e afronta ao processo legislativo⁵³. (grifos nossos)

Essa questão, a rigor, poderia indicar que, em verdade, a ponderação de valores feita pelo Constituinte foi no sentido de que bastava ser tal prova necessária para instruir investigação criminal ou instrução processual, mesmo de esferas extra-penais, desde que os fatos investigados justificassem a excepcionalidade da medida.

Em todo o caso, não tendo havido qualquer alteração do texto constitucional, o regramento válido é o inicialmente transcrito e que prevê a possibilidade da interceptação telefônica *“para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”*, redação que, conforme visto, enseja caloroso debate.

Passa-se a analisar, portanto, a questão sob o ponto de vista de que a Constituição Federal e a Lei 9.296/96 limitam que a interceptação telefônica seja *requerida* para a investigação penal, mas, uma vez produzida legalmente, poderia essa prova posteriormente ser *utilizada* em processos extra-penais.

Com efeito, destaca-se nesse sentido a lição apresentada por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho: *“Aqui também não se pode apoiar a opção da Constituição, limitando a possibilidade de interceptações lícitas ao processo penal. Também no processo não penal pode haver relações controvertidas de direito material que envolvam valores relevantes”*⁵⁴.

O argumento principal dessa corrente seria o de que, ao requerer a interceptação telefônica para a instrução de investigação criminal e, portanto, tendo sido a prova legalmente produzida, não se poderia falar em quebra ilegal do sigilo

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O regime brasileiro das interceptações telefônicas*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo16.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2008. p. 2.

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 150-151.

telefônico e nem em ilicitude de seu empréstimo para apurar mesmo fato que também deve ser punido em outra esfera do Direito.

A partir desse ponto é que se inicia a controvérsia referente à possibilidade de empréstimo de provas obtidas mediante interceptação telefônica para processos de natureza não-penal, tal como para o processo administrativo que apura cartel. Contudo, para melhor analisar a questão central acima, faz-se necessário estudar, primeiramente, o instituto da prova emprestada, o que se passa a fazer no capítulo abaixo.

3. DA PROVA EMPRESTADA

No tocante à prova emprestada, há quem questione seu valor, há quem limite sua utilização – por vezes, aliás, demasiadamente –, mas não se pode negar que se trata de importante instituto que atende ao princípio da economia processual e à efetividade da investigação, além de possuir especial relevância em situações em que a prova não poderia ser repetida, como em casos de interceptação telefônica e buscas e apreensão.

Passa-se, a seguir, a tecer breves e relevantes considerações acerca da prova emprestada, seus requisitos e fundamentos constitucionais.

3.1 Conceito, forma e valor da prova emprestada

Primeiramente, cumpre apresentar o conceito de prova emprestada, para o que se remete à lição de Ada Pellegrini Grinover, que sustenta ser *“aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmentepara outro, visando a gerar efeitos em processo distinto”*⁵⁵.

No mesmo sentido, destaca-se ensinamento de Eduardo Talamini, para o qual a prova emprestada *“consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento de atividade probatória anteriormente desenvolvida, mediante traslado dos elementos que a documentaram”*⁵⁶.

Segundo Eduardo Cambi, *“trata-se de modalidade de prova atípica ou inominada, por não estar expressamente regulada no sistema processual brasileiro”*⁵⁷.

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 1, n. 3, jul./set. 1993. p. 66.

⁵⁶ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 140, out./dez.1998. p. 146.

⁵⁷ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 52.

Ainda segundo Ada Pellegrini Grinover, quanto à forma, a prova emprestada tem natureza documental⁵⁸, ou seja, a prova emprestada se insere no segundo processo sob a forma de documento.

Isso, porém, não significa que a prova emprestada terá *valor* de prova documental, ou mesmo que terá necessariamente um valor mais frágil do que o que possuía no processo originário.

Quanto à questão do valor da prova emprestada, colaciona-se inicialmente o apontado por Eduardo Cambi, que muito se utiliza do ordenamento italiano para tecer relevante paralelo com o ordenamento pátrio. Segundo o autor, *in verbis*:

O Código de Processo Civil italiano afirma que as provas recolhidas de um processo extinto devem ser valoradas como argumentos de prova (art. 310.3). [...]

Por outro aspecto, essa regra jurídica é curiosa, porque reduz a prova atípica a mero 'argumento de prova', que não é suficiente por si mesmo para formar o convencimento do juiz, mas serve como simples meio auxiliar na valoração das provas. Desse modo, reconhece-se à prova atípica uma função integrativa e auxiliar, não podendo trazer uma solução autônoma às questões de fato. Portanto, a prova emprestada deve ser analisada no conjunto das demais provas, não integrando, na ausência de outras provas, a esfera do livre convencimento do juiz⁵⁹.

O mesmo autor, porém, ressalta que no ordenamento jurídico brasileiro não existe regramento análogo que restrinja a valoração da prova emprestada⁶⁰. Aliás, nesse sentido, não se deixa de considerar o posicionamento de eminente doutrina, que aponta que a prova emprestada possui, a princípio, o mesmo valor da prova produzida no processo originário⁶¹, não obstante deva ser analisada e livremente valorada pelo juiz. Nessa esteira de entendimento, sublinha-se lição de Eduardo Talamini, *in verbis*:

Mesmo sendo apresentada no segundo processo pela forma documental, a prova emprestada não valerá como mero documento. **Terá a potencialidade de assumir exatamente a eficácia probatória que obteria no processo em que foi originariamente produzida.** Ficou superada a concepção de que a prova emprestada receberia, quando muito, valor de

⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 1, n. 3, jul./set. 1993. p. 66.

⁵⁹ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 61.

⁶⁰ *Id. Ibid.* p. 61.

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 1, n. 3, jul./set. 1993. p. 66.

documento, 'prova inferior' ou 'ato extrajudicial'⁶². **O juiz ao apreciar as provas, poderá conferir à emprestada precisamente o mesmo peso que esta teria se houvesse sido originariamente produzida no segundo processo**⁶³. (grifos nossos)

No mesmo sentido, leciona Giselle Kodani:

apesar de ser admitida sempre sob a forma de documento no segundo processo, **a prova emprestada não valerá como mero documento, pois conserva seu valor intrínseco e original, consoante foi produzida no primeiro processo**. É este, portanto, o aspecto essencial da prova emprestada: apresentar-se sob a forma documental, mas com a potencialidade de assumir a mesma eficácia com que foi produzida no processo de origem⁶⁴. (grifos nossos)

Aplicando-se tais lições às medidas de busca e apreensão e às interceptações telefônicas, observa-se que provas emprestadas decorrentes dessas medidas excepcionais poderiam ter o mesmo valor do que possuem em seus processos originários.

Isso, por conseqüência, pode se mostrar especialmente importante em casos de difícil comprovação, como os de crime organizado e de cartel. Isso porque, neste caso, como já ressaltado, as combinações ilícitas entre concorrentes são mantidas em segredo, não sendo razoável supor que a autoridade obterá essas evidências ao questionar a empresa por meio de ofícios.

Assim, é mais provável que provas dessa conduta anticoncorrencial sejam obtidas por meio de instrumentos investigatórios que contem com o elemento surpresa em sua produção, como os acima indicados. E, caso seja possível esse empréstimo, mostra-se relevante a possibilidade de que a prova emprestada possua o mesmo valor da prova originária.

⁶² Nota de rodapé no original: "Era o que afirmavam, por exemplo, Bentham (Tratado... v. 2, p.5-6), Sabatini (Teoria delle prove... p. 426) e Florian (Delle prove penale, p. 128-130)".

⁶³ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 140, out./dez.1998. p. 147.

⁶⁴ KODANI, Giselle. *Âmbito de aplicação da prova emprestada*. Disponível em: <<http://cartamaior.uol.com.br/cartamaior.asp?id=955&coluna=jurisprudencia>>. Acesso em: 02 dez. 2005. p. 3.

3.2 Fundamentos constitucionais para a admissibilidade da prova emprestada

Os conceitos acima apontados para a prova emprestada já indicam o princípio que está por trás de tal instituto: o princípio da economia processual. Com efeito, pretende-se com ele “*buscar a máxima efetividade do direito material com o mínimo emprego das atividades processuais, uma vez que a parte não tem de demonstrar novamente as alegações que já foram provadas em outro processo [...]*”⁶⁵.

Com efeito, o objeto imediato do empréstimo de prova seria “*evitar a repetição desnecessária de atos a fim de que, com menor dispêndio de tempo e recursos materiais, o processo seja mais acessível a todos (é a aplicação do célebre ‘princípio econômico, formativo do processo)’*”⁶⁶.

Posicionando-se no mesmo sentido, destaca-se a lição de Giselle Kodani:

Se há uma forma de ser praticado **o menor número de atos processuais com a mesma eficiência e sem agressão aos direitos das partes**, não há motivo para não admitir a conveniência da prova emprestada no processo, mormente se considerarmos que a morosidade da prestação jurisdicional é um dos maiores desafios da temática do acesso à Justiça na atualidade e é inversamente proporcional à satisfação verificada no plano do direito material⁶⁷. (grifos nossos)

Por esse princípio da economia processual, verifica-se que, mesmo em hipóteses em que a prova pode ser repetida, caso seja possível o empréstimo e caso isso não represente prejuízo ao direito das partes, essa repetição não precisaria ser feita, pois significaria dispêndio desnecessário de recursos públicos e retardaria a conclusão do feito injustificadamente.

Outrossim, há que se destacar que a prova emprestada ainda guarda especial relevância em relação às provas que não mais estiverem disponíveis ou não puderem ser repetidas. Nessa hipótese, o “*fundamento não é mais o princípio*

⁶⁵ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 53.

⁶⁶ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 140, out./dez.1998. p. 147.

⁶⁷ KODANI, Giselle. *Âmbito de aplicação da prova emprestada*. Disponível em: <<http://cartamaior.uol.com.br/cartamaior.asp?id=955&coluna=jurisprudencia>>. Acesso em: 02 dez. 2005. p. 3.

*da economia processual, mas sim o próprio direito constitucional à prova, enquanto elemento constitutivo do devido processo legal, do acesso à ordem jurídica justa e da ampla defesa e contraditório*⁶⁸.

Nesses casos, incluem-se não só os exemplos de testemunhas que vieram a falecer ou não mais residem em endereço conhecido, como também, entende-se, aplica-se aos casos de buscas e apreensões e conversas telefônicas.

Com efeito, a princípio, seria improvável realizar nova busca e apreensão para apurar fatos semelhantes e que ensejaram tal medida anteriormente. Isso porque, de um lado, as provas pertinentes já teriam sido recolhidas pelo Estado e não mais se encontrariam no local. Por sua vez, outras provas pertinentes que não tivessem sido apreendidas provavelmente seriam destruídas pelos investigados. Dessa forma, a obtenção de tais meios de prova por prova emprestada seria a opção mais racional.

Situação semelhante seria a da prova obtida mediante interceptação telefônica. As conversas não são repetidas por seus interlocutores, e, portanto, perdem-se com o tempo. Assim, se esses diálogos foram gravados de forma legal, e considerando que eles não mais serão repetidos, entende-se que também seria racional a possibilidade de tal prova ser emprestada a outros processos, desde que, por certo, cumpridos os requisitos legais.

Com efeito, verifica-se que, tendo o Estado tomado conhecimento do fato penal, e sendo esse fato também passível de reprimenda em outras esferas, não seria razoável - não só em nome do princípio da economia processual como em nome da efetividade da investigação -, exigir que fosse a prova produzida novamente ou que não permitir que fosse ela emprestada a outro processo.

Por outro lado, é certo que o princípio da economia processual ou a busca de uma investigação efetiva não justifica o empréstimo de provas sob qualquer forma. Os demais princípios constitucionais informadores do processo devem ser observados, sob pena de a prova ser considerada ilegítima ou ilegal, o que não se

⁶⁸ KODANI, Giselle. *Âmbito de aplicação da prova emprestada*. Disponível em: <<http://cartamaior.uol.com.br/cartamaior.asp?id=955&coluna=jurisprudencia>>. Acesso em: 02 dez. 2005. p. 3.

coaduna com o Estado Democrático de Direito. Passa-se, portanto, à análise dos requisitos de admissibilidade da prova emprestada.

3.3 Requisitos de admissibilidade da prova emprestada

Conforme já ressaltado, a busca da verdade – seja a verdade formal, seja a verdade real – não justifica os meios eventualmente ilegítimos ou ilegais empregados para a sua produção. Há uma série de requisitos não só para que a prova seja produzida, mas também para que a prova seja emprestada a outro processo e lhe possa ser conferido o mesmo valor do processo originário.

Com efeito, deve a investigação ser compatibilizada com uma série de princípios constitucionais condensados no relevante princípio do devido processo legal, bem como na necessidade de se observar as garantias individuais constitucionalmente asseguradas aos cidadãos brasileiros⁶⁹.

Ocorre que, como o instituto da prova emprestada não é expressamente prevista em nossa legislação, não se tem ao certo a indicação dos requisitos a serem cumpridos para que tal prova seja considerada legal e legítima. Diante disso, passa-se a apresentar os principais requisitos de admissibilidade apresentados pela doutrina referente à matéria.

3.3.1 Quanto à produção da prova perante as mesmas partes

Segundo Eduardo Cambi, *in verbis*: “*Para que a prova emprestada seja admitida, é necessário que tenha sido recolhida, a princípio, de um processo entre as mesmas partes e com o mesmo objeto*”⁷⁰. Essa afirmação, a princípio, sugeriria que seria necessário haver a identidade de partes para que a prova emprestada fosse considerada válida e eficaz no segundo processo.

⁶⁹ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 140, out./dez.1998. p. 159.

⁷⁰ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 53. O autor ainda acrescenta que se posiciona nesse sentido o autor Bruno Cavallone. *Critica delle prove atipiche*, p. 381.

Contudo, observa-se que é necessário, em verdade, que a prova a ser emprestada tenha sido produzida com a participação da parte *contra quem* ela será utilizada no segundo processo. Com efeito, posteriormente Eduardo Cambi revela que *“a prova emprestada não vale quando foi colhida sem a participação da parte contra quem deve operar, sob pena de gerar a nulidade da decisão por inobservância do contraditório, na formação da prova”*⁷¹ (destaque no original).

No mesmo sentido, destaca-se lição de Ada Pellegrini Grinover, que admite o empréstimo da prova emprestada colhida mediante interceptação telefônica desde que o processo penal tenha sido desenvolvido entre as mesmas partes. Destaca que há de ser *“observado o requisito de a pessoa contra quem se pretenda aproveitar a prova, produzida em processo anterior, ter participado deste processo como sujeito do contraditório”*⁷².

Ainda coadunando com o mesmo entendimento, Giselle Kodani assevera que, em que pese parte da doutrina exigir a identidade de partes, entende-se que *“basta que a parte contra a qual for ser produzida a prova tenha participado de sua produção no processo originário, não sendo imprescindível que ambas as partes sejam idênticas nos dois processos”*⁷³.

Quanto a essa questão, Eduardo Talamini ainda destaca que:

As partes do segundo processo têm de haver participado em contraditório do processo em que se produziu a prova que se visa a aproveitar. Mais precisamente, **é imprescindível que a parte contra a qual vai ser usada essa prova tenha sido parte no primeiro processo.** (...)

“Não basta a mera participação no processo anterior daquele a quem a prova transportada desfavorecerá. É preciso que o grau de contraditório e de cognição do processo anterior tenha sido, no mínimo, tão intenso quanto o que haveria no segundo processo”⁷⁴ (grifos nossos).

Aliás, destaca-se, por conseqüência, que *“a prova colhida em jurisdição voluntária não pode ser trasladada para processo de jurisdição contenciosa. Da mesma forma, a prova colhida em processo civil em que houve revelia do réu não*

⁷¹ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 54.

⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini. *O regime brasileiro das interceptações telefônicas*. Disponível em: <<http://www.cjf.ius.br/revista/numero3/artigo16.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2008. p. 13.

⁷³ KODANI, Giselle. *Âmbito de aplicação da prova emprestada*. Disponível em: <<http://cartamaior.uol.com.br/cartamaior.asp?id=955&coluna=jurisprudencia>>. Acesso em: 02 dez. 2005. p. 4.

*pode ser utilizada por empréstimo contra o mesmo réu no processo penal ou ainda em outro processo de natureza civil, pois a preclusão só pode gerar efeitos endoprocessuais*⁷⁵.

Destaca-se que jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça admite a prova emprestada desde que originariamente colhida, sob o crivo do contraditório, em processo que figurem as mesmas partes:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 214 C/C ART. 224, "A", AMBOS DO CP. PADRASTO DA VÍTIMA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA NOS AUTOS. DEFESA DEFICIENTE. INOCORRÊNCIA. FALTA DE ASSINATURA DO MAGISTRADO E ESCRIVÃO NA ATA DA AUDIÊNCIA DE JULGAMENTO. MERA IRREGULARIDADE FORMAL. PROVA EMPRESTADA. LEGALIDADE.

[...]

VII - Admite-se a prova emprestada desde que originariamente colhida, sob o crivo do contraditório, em processo que figure as mesmas partes.

Habeas corpus denegado⁷⁶.

Contudo, observa-se que esse requisito parece ter sido recentemente relativizado por decisão do Supremo Tribunal Federal, em que restou decidido que não seria razoável obstar a utilização de prova obtida mediante interceptação telefônica em face de pessoa que, embora não fosse suspeita nem investigada no processo originário, apareceu, no curso da colheita da prova contra outrem, praticando atos que também ensejam reprimenda em outra esfera do Direito. Destaca-se, *in verbis*:

EMENTA: **PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental.** Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. **Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido.** Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento

⁷⁴ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 140, out./dez.1998. p. 148-149.

⁷⁵ KODANI, Giselle. *Âmbito de aplicação da prova emprestada*. Disponível em: <<http://cartamaior.uol.com.br/cartamaior.asp?id=955&coluna=jurisprudencia>>. Acesso em: 02 dez. 2005. p. 4.

⁷⁶ STJ. HC 53.160/MG (2006/0014847-1). Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma. Julg. em 03.10.06, v.u.

administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, **ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova.** [...]

Mas **o que de todo me não parece ajustar-se às normas discerníveis nos textos constitucional e legal, enquanto ingredientes do sistema, é que os resultados prático-retóricos da interceptação autorizada não possam produzir efeitos ou ser objeto de consideração nos processos e procedimentos não penais, perante o órgão ou órgãos decisórios competentes**, contra a mesma pessoa a que se atribua, agora do ponto de vista de outra qualificação jurídica de ilicitude em dano do Estado, a prática ou autoria do mesmo ato que, para ser apurado na sua dimensão jurídico-criminal, foi alvo da interceptação lícita, como exigência do superior interesse público no mesmíssimo Estado, ou, ainda, **contra pessoa que, posto não sendo suspeita nem investigada originária, apareceu, no curso da colheita da prova contra outrem, como tal**⁷⁷. (grifos nossos)

O Voto do Ministro Cezar Peluso, acolhido por maioria pelo Pleno da Corte Constitucional, realmente suscita questão interessante que demanda reflexão. Além disso, ela se relaciona diretamente ao requisito acima analisado, de que a prova a ser emprestada deve ter sido produzida com a participação da parte *contra quem* ela será utilizada no segundo processo.

Com efeito, considerando-se que: conversas telefônicas de determinada pessoa foram legalmente interceptadas para apurar infração penal grave e, como resultado, o Estado tomou conhecimento de que certa pessoa, que não estava sendo inicialmente investigada, também estaria praticando/participando das supostas condutas ilícitas. Diante disso, questiona-se se: (i) seria razoável o Estado não tomar as providências legais em face dessa pessoa que não estava sendo inicialmente investigada; e (ii) se os indícios apurados constituíssem práticas tipificadas em vários diplomas legais, seria razoável não se admitir o empréstimo de tais provas de forma a permitir a apuração dos fatos pelas autoridades competentes em suas respectivas esferas de atuação.

Trata-se, por certo, de questão complexa. Os argumentos trazidos pelo Ministro Cezar Peluso realmente apontam que talvez a exigência de que a prova a ser emprestada deva ter sido produzida com a participação da parte *contra quem* ela será utilizada no segundo processo – requisito basicamente ligado ao princípio do contraditório – fique em desvantagem quando sopesado com o interesse público de

⁷⁷ Seg. Quest. Ord. em Inquérito 2.424-4/RJ. Rel. Min. Cezar Peluso. p. 154 e 160-161. Julg. em 20.06.07, acolhido por maioria pelo Tribunal Pleno.

que Estado investigue e apure eficaz e eficientemente os fatos que lhe são submetidos.

3.3.2 Quanto à identidade ou semelhança entre fatos provados no primeiro processo e fatos probandos no segundo processo

Consta que um dos pressupostos para a admissibilidade da prova emprestada seria a identidade entre os fatos provados no primeiro processo e os fatos a serem provados no segundo processo ao qual a prova será emprestada. Eduardo Cambi exemplifica essa hipótese a fim de esclarecer a questão: “*Por exemplo, a agressão física, apurada no processo criminal, pode ensejar a caracterização do dano moral, para fins de compensação civil*”⁷⁸.

Ainda segundo Eduardo Cambi, compartilham desse entendimento autores como Darci Guimarães Ribeiro, Moacyr Amaral Santos e Carlos Lessona⁷⁹. Outrossim, a jurisprudência também aponta para o mesmo sentido. O autor destaca, ainda, julgado do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “Prova emprestada. Possibilidade de que sejam consideradas as provas produzidas no processo criminal, *relativo ao mesmo fato*, pois perfeitamente resguardado o contraditório” (itálico no original).⁸⁰

O objetivo desse requisito seria, a princípio, novamente assegurar o princípio do contraditório, ou seja, seria garantir que a parte tenha tido a possibilidade de amplamente se defender dos fatos que lhe foram imputados no primeiro processo, para que só então essa prova seja utilizada como prova emprestada no segundo feito.

⁷⁸ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 56-57.

⁷⁹ Segundo Eduardo Cambi, no mesmo sentido: “Cfr. Darci Guimarães Ribeiro, *Provas atípicas*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 112. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, 4.ed., São Paulo: Max Limonad, 1970, v. 1, p. 314; Carlos Lessona, *Teoría general de la prueba em derecho civil*, Trad. Enrique Aguilera de Paz, .ed., Madrid: Reus, 1928, p. 15”. CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 56.

⁸⁰ STJ. REsp 135.777-GO. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. 3ª T. Julg. em 21.10.1997, Public. DJ de 16.02.1998, p. 89.

Há autores, porém, que não consideram a identidade ou semelhança dos fatos probandos nos dois processos um requisito *específico* da prova emprestada. Segundo Eduardo Talamini, isso se consubstanciaria tão somente em “*pressuposto genérico de pertinência e relevância a ser considerado para a admissão de qualquer meio probatório*”⁸¹.

No tocante a essa questão, observa-se que Giselle Kodani também faz pertinente observação: “*Note-se que este requisito se refere à identidade de fatos, não importando que o pedido ou a causa de pedir dos dois processos não guardem similitude. Isso deverá ser avaliado no momento da valoração da prova e não da sua admissão*”⁸².

Destaca-se, todavia, que, em todo o caso, o atendimento desse pressuposto não exclui a necessidade de essa prova ser necessariamente submetida ao contraditório e à ampla defesa depois de efetivamente colacionada ao segundo processo.

Assim, ainda que os fatos probandos sejam iguais ou semelhantes e mesmo que a parte já tenha exercido o contraditório em relação a tais fatos no primeiro processo, há que ser dada a oportunidade de a parte novamente refutar o objeto, os fatos e mesmo contestar a utilização da prova emprestada no segundo feito. Nesse sentido, posiciona-se Eduardo Cambi:

Logo, para que não possa haver nenhuma violação ou restrição da garantia constitucional do contraditório, toda prova emprestada trazida por uma das partes está sujeita às contra-argumentações e às contraprovas da parte adversária, que pode impugnar a utilização da prova emprestada, em razão da ausência dos requisitos de admissibilidade, bem como negar a existência do fato ou a eficácia a qual se pretende extrair a partir do meio de prova utilizado⁸³.

⁸¹ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 140, out./dez.1998. p. 153.

⁸² KODANI, Giselle. *Âmbito de aplicação da prova emprestada*. Disponível em: <<http://cartamaior.uol.com.br/cartamaior.asp?id=955&coluna=jurisprudencia>>. Acesso em: 02 dez. 2005. p. 5.

⁸³ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 57.

3.3.3 Quanto à produção da prova na presença do juiz

Em análise à doutrina, verificou-se que o requisito acima possui duas conotações relativamente diversas e que merecem breves comentários. Inicialmente, entende-se que há uma posição mais restritiva, representada nas lições de Ada Pellegrini Grinover, que sustenta que um requisito necessário para admitir-se a prova emprestada seria o de que o juiz que instruiu o primeiro processo, ou seja, perante o qual a prova foi produzida, fosse o mesmo juiz do segundo feito.

Nesse sentido, leciona a autora: *“É preciso, para admitir-se a prova emprestada, que o contraditório no processo originário tenha sido instruído perante o mesmo juiz, que também seja o juiz da segunda causa”*⁸⁴.

Segundo a autora, seria essa a forma de se assegurar o cumprimento ao princípio do juiz natural, que *“garante que ninguém será subtraído ao seu juiz constitucional, cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais”*. E ainda acrescenta, em continuação: *“Assim, paralelamente, os atos processuais praticados em outro processo, perante autoridade judicial que não é o juiz competente para a causa, ficarão desprovidos de qualquer eficácia, não podendo valer em processo distinto”*.

Esse entendimento estaria relacionado, ainda, ao princípio da oralidade, consistente na imediatidade entre o juiz e a prova, que se presta a assegurar que o juiz tenha mantido contato mais direto com os fatos controversos e, portanto, possa melhor dizer o direito quando da prolação da sentença.

É de se destacar, porém, em primeiro lugar, que o princípio da oralidade não é absoluto – vide, por exemplo, a hipótese de produção de prova oral por precatória – e, em certos casos, entende-se que ele pode – e deve – ceder espaço à conveniência do empréstimo de provas, que também se funda em princípios constitucionais relevantes.

Outrossim, entende-se que essa identidade do juiz nos dois processos praticamente inviabiliza a utilização da prova emprestada, restringindo-a apenas a

⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 1, n. 3, jul./set. 1993. p. 66.

processos de mesma natureza, o que parece limitar demasiadamente a aplicação de tal instituto, em prejuízo aos princípios constitucionais da celeridade e da economia processual.

Nesse sentido, destaca-se a lição de Eduardo Cambi, que também aponta para a necessidade de relativizar tal requisito, sob pena de se esvaziar o instituto da prova emprestada. Destaca-se, *in verbis*:

Por outro lado, não se faz necessário que o juiz do segundo processo seja o mesmo que instruiu o primeiro processo. Esse requisito deve ser relativizado, sob pena de inviabilizar a admissibilidade da prova emprestada, que está assentada em uma razão de economia processual, que é um dos critérios que o moderno direito processual civil deve buscar implementar para que se concretize a noção do direito constitucional à célere e efetiva tutela jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV, CF). Por essa razão, exigir que o contraditório, no processo originário, tenha sido instruído perante o mesmo juiz da segunda causa significaria tornar vazia a fórmula da prova emprestada que é utilizada, com frequência, para transladar provas produzidas no juízo criminal para o civil, e vice-versa⁸⁵.

Por sua vez, esse requisito de que a produção da prova deve ser feita na presença do juiz também possui a conotação de que, em verdade, o que se exige é que a prova deve ter sido produzida em processo jurisdicional para poder ser ela emprestada a outro feito.

Esse entendimento se fundamentaria na idéia de que apenas em processos jurisdicionais seria possível assegurar que a produção da prova tenha observado as garantias do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição.

Com efeito, destaca-se lição de Eduardo Talamini, para quem a “*prova tem de haver sido originariamente colhida em processo frente a órgão jurisdicional. Trata-se de decorrência direta da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal (CF, art. 5º, XXXV e LIV)*”⁸⁶.

No mesmo sentido, assevera Giselle Kodani

[...] é imprescindível que a prova tenha sido produzida perante órgão investido de poder jurisdicional. Com efeito, não é possível “validar” prova originária de processo que não observou as garantias constitucionais, entre

⁸⁵ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 55.

⁸⁶ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 140, out./dez.1998. p. 148-149.

as quais se destacam o devido processo legal e a inafastabilidade da jurisdição (CF/88, art. 5º, LIV e XXXV)⁸⁷.

[...] logo, não são consideradas provas emprestadas aquelas colhidas em inquérito policial, inquérito civil, processo disciplinar, pois lhes faltam requisito indispensável de ter sido produzida perante órgão investido de jurisdição"⁸⁸.

Trata-se, porém, de requisito controverso, destacando-se a existência de vários julgados, inclusive da Corte Constitucional, que admitem o empréstimo de provas produzidas em sede de inquérito policial, e que, portanto, não foram produzidas perante órgão jurisdicional. Aliás, nesse particular, informa-se que essa questão será melhor analisada abaixo, pois também se confunde com a exigência de que a prova no processo originário tenha sido produzida sob a égide do contraditório.

3.3.4 Quanto à observância do contraditório em relação à prova

Destaca-se que parte significativa da doutrina analisada sustenta que um dos requisitos de admissibilidade da prova emprestada é que a garantia do contraditório deve ter sido assegurada no processo anterior, sob pena de a prova ser considerada inválida. Nesse sentido, destaca-se lição de Eduardo Couture:

As provas de outro juízo cível podem ser válidas, se no anterior a parte tiver tido a possibilidade de fazer valer contra elas todos os meios de verificação e impugnação que a lei lhe outorga no juízo em que se produziram. Essas provas produzidas com todas as garantias são eficazes para acreditar os feitos que foram motivos de debate no juízo anterior e que voltam a se repetir no novo processo. Não são eficazes, ao contrário, se não puderam ser devidamente fiscalizadas em todas as etapas de sua apuração, ou se referirem a feitos que não foram objeto de prova (...) no juízo anterior⁸⁹.

⁸⁷ KODANI, Giselle. *Âmbito de aplicação da prova emprestada*. Disponível em: <<http://cartamaior.uol.com.br/cartamaior.asp?id=955&coluna=jurisprudencia>>. Acesso em: 02 dez. 2005. p. 4-5.

⁸⁸ *Id. Ibid.* p. 2.

⁸⁹ Tradução livre de: *“Las pruebas de otro juicio civil pueden ser válidas, si en el anterior la parte ha tenido la posibilidad de hacer valer contra ellas todos los medios de verificación y de impugnación que la ley le otorga en el juicio en que se produjeron. Esas pruebas producidas con todas las garantías son eficaces para acreditar los hechos que fueron motivo de debate en el juicio anterior y que vuelven a repetirse en el nuevo proceso. No son eficaces, en cambio, si no han podidos ser debidamente fiscalizadas en todas las etapas de su diligenciamiento, o si se refieren a hechos que no fueron objeto de prueba (...) en el juicio anterior”*. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. p. 255-256 apud CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 56.

A consequência disso seria que, não só pelo princípio acima - que prevê que a prova deve ser produzida no processo jurisdicional -, a prova obtida em inquérito policial não pode ser tomada emprestada. Nesse sentido, entende Eduardo Cambi que

não se pode admitir no processo civil uma confissão, realizada durante a fase do inquérito policial, que foi aproveitada no processo penal, porque essa prova não foi produzida perante um órgão jurisdicional, ferindo a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV, CF), além de não ter passado pelo crivo do contraditório, que é uma garantia que não é necessariamente observada na fase investigatória⁹⁰.

Verifica-se que tal posicionamento também já foi adotado na jurisprudência, colacionando-se julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

Processual Civil. Ação popular. Prova emprestada. Exame grafotécnico realizado por solicitação de comissão parlamentar de inquérito. Inadmissibilidade de utilização da prova. Ausência dos requisitos de validade. Precedentes do STF e do TRF – 1ª Reg.

1. As provas emprestadas têm sua validade condicionada à demonstração de que foram extraídas de processo cujas partes são idênticas àquelas do processo destinatário, bem como que foram produzidas sob o crivo o contraditório. Precedentes do STF e desta Corte Regional.

2. Verificando-se que a prova grafotécnica foi elaborada por solicitação de Comissão Parlamentar de Inquérito, no âmbito da Assembléia do Mato Grosso, não se admite a sua utilização na ação popular, uma vez que as investigações parlamentares possuem caráter inquisitório e se destinam a apurar fatos certos e determinados, podendo suas conclusões, se for o caso, [sic] remetidas ao Ministério Público para promoção de eventual responsabilidade civil ou criminal (CF, art. 58, § 3º).

3. Imprescindibilidade da produção de novo exame grafotécnico na certidão emitida pelo INCRA no processo de arrecadação de gleba de terras situada no Estado do Mato Grosso, o que constitui o objeto da ação principal.

4. Agravo de instrumento improvido⁹¹.

Quanto à questão da impossibilidade de utilização, como prova emprestada, de prova obtida em inquérito policial, destaca-se que se trata de posição controversa, já tendo sido contrariada por jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, destacando-se, nesse sentido, os julgados abaixo da referida Corte:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAL FEDERAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PENA DE DEMISSÃO. REGIME ESPECIAL – LEI 4878/65. CAPITULAÇÃO. PENALIDADE MAIS GRAVOSA.

⁹⁰ *Id. Ibid.* p. 57.

⁹¹ TRF 1ª Região. Agravo de Instrumento 2003.01.00.008720-4/MT. Rel. Desa. Federal Selene Maria de Almeida. 5ª Turma. Julg. em 04.04.2005, v.u.

FUNDAMENTAÇÃO. “PROVA EMPRESTADA”. POSSIBILIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO EXERCIDOS.

O ato demissório, apesar de invocar dispositivo da Lei 8112/90 (que rege os servidores públicos de forma geral), baseou-se em dispositivos da legislação especial aplicada aos policiais federais que, na hipótese, prevêem a pena de demissão também.

Ao se basear no procedimento administrativo disciplinar respectivo e determinar a aplicação da penalidade máxima, a autoridade coatora levou em consideração a informação da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, com a fundamentação específica.

A doutrina e a jurisprudência se posicionam de forma favorável à “prova emprestada”, não havendo que suscitar qualquer nulidade, tendo em conta a utilização de cópias do inquérito policial que corria contra o impetrante.

Constatado o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Ordem denegada⁹². (grifos nossos).

Doutra parte, com assento na letra “c”, penso igual ao Ministério Público local, nestes tópicos de suas contra razões de recurso:

‘A segunda preliminar levantada nas razões do apelo de Aloísio Bahls Papi diz com a nulidade decorrente do cerceamento de defesa. Aduz a defesa que a prova trazida através da juntada de autos de apreensão de drogas ocorrida em outros inquéritos policiais traduz-se em prova emprestada, e portanto imprestável para dar suporte a édito condenatório, pois que colhida sem o crivo do contraditório. Também o co-réu João Gomes da Silva, em suas razões de apelo, insurge-se contra o que entende ser ‘prova emprestada’.

Embora louvando o esforço da defesa, a alegação não tem qualquer fundamento.

Segundo Mirabete, ‘Como no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade real, não há, em regra, limitação aos meios de prova’ (Código de Processo Penal Interpretado, 3ª ed. p. 217). Ora, excetuada a prova ilícita, os demais meios de prova, na busca da verdade real, são admissíveis.

Em nenhum momento a investigação criminal assentou-se em ‘prova emprestada’, eis que os autos de apreensão de drogas, tirados dos arquivos de outros inquéritos policiais, apenas vieram para confirmar a materialidade delitiva. A prova emprestada a que se refere a defesa é igualmente admissível, apenas tendo o seu valor probatório diminuto se não produzida sob o crivo do contraditório. No entanto, o crivo do contraditório não diz com os atos de ofício praticados nos inquéritos e que se referem exclusivamente, como no caso, com a apreensão de drogas, mercadorias ou coisas e a lavratura do respectivo termo.

A apreensão de substância entorpecente, quando investigados delitos da Lei 6.368/76, faz-se evidentemente pela autoridade policial, a quem cabe, nos termos do art. 6º, II, da Lei processual ‘apreender os objetos que tiverem relação com o fato’. À evidência, a colheita de provas materiais do delito não depende da instauração do contraditório, mesmo porque não raras vezes a apreensão precede à investigação da autoria delitiva.

De outro lado, a juntada de cópias dos autos de apreensão nestes autos não veio em infração a qualquer norma do contraditório, exatamente em

⁹² STJ. MS 9850/DF. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. 3ª Seção. Julg. em 27.04.2005. Publ. DJ 09.05.2005, p. 293.

face de juntada certificada, restando os documentos nos autos para quaisquer impugnações.

Não são necessárias maiores considerações para ter-se como absolutamente improcedente a alegação de cerceamento de defesa por tal motivo.

Afasta-se, assim, a segunda preliminar argüida⁹³.

A admissibilidade do empréstimo de prova obtida em inquérito policial para instruir processo administrativo – no caso, processo administrativo disciplinar – ainda encontra guarida em decisão do Supremo Tribunal Federal em Questão de Ordem no Inquérito nº 2.424/RJ. Colaciona-se, pois a ementa de tal decisão acolhida por maioria da Corte Constitucional, que é clara nesse sentido:

EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. **Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheira dessa prova. Admissibilidade.** Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. (grifos nossos)

3.3.5 Quanto à observância dos princípios constitucionais e requisitos legais que regem a prova. Outras observações

Além dos requisitos acima, é certo que as provas produzidas no processo originário devem ter atendido aos critérios de admissibilidade de sua produção. Do contrário, não poderá ela ser emprestada a outro processo. Dessa forma, não seria permitido o empréstimo de provas eivadas de nulidade ou que não observaram os procedimentos legalmente previstos para sua produção. Assim, por exemplo, não poderia ser tomada emprestada uma prova pericial que não tivesse atendido às formalidades da lei.

Por fim, a última observação a ser feita quanto aos requisitos acima é que, por certo, deve-se sempre se atentar para o seu cumprimento de forma a evitar questionamento no tocante à possibilidade do empréstimo da prova. Não se pode olvidar, porém, que em certas ocasiões, mesmo na ausência de certos requisitos,

⁹³ STJ. RESP 167.780-MS. Rel. Min. José Dantas. 5ª Turma. Julg. em 18.08.1998. Publ. DJ de 08.09.1998.

mostra-se razoável e justificável o uso da prova emprestada. Nesse sentido, destaca-se interessante lição:

Ocorre que, eventualmente, o empréstimo de prova não se destina apenas à economia processual. Há casos em que a prova é irrepetível ou, quando menos, sua repetição só se faria a um custo bastante alto e despropositado. A prova emprestada, então, assume função diversa e especial: evitar a perda da prova irrepetível ou de difícil repetição. Seu fundamento passa a ser o próprio direito à prova – radicalmente ligado à ampla defesa e ao acesso à jurisdição: ou permite-se o traslado ou priva-se a parte de provar sua razão.

Em tais situações, não estando presentes os requisitos constitucionais da prova emprestada, surgirá conflito de valores igualmente fundamentais. Caso admitido o empréstimo, sairão sacrificadas as garantias que estão à base daqueles requisitos. Na hipótese contrária, o direito à prova e os que lhe servem de supedâneo é que sofrerão o prejuízo.

A única solução concebível será a aplicação do princípio da proporcionalidade. Tais valores (e também os que estão em jogo nos próprios pólos da situação controvertida, objeto do processo) terão de ser ponderados de modo a se verificar quais entre eles são os mais 'urgentes e fundamentais' no caso concreto.

Por isso, não se descarta, em termos absolutos, a admissão da prova emprestada que não preencha os requisitos antes mencionados. Outras situações-limite semelhantes à ora exposta poderão surgir e a admissão do traslado destinar-se-á a evitar resultados desarrazoados e desproporcionais. É sob essa ótica que, em muitos casos, justificar-se-á o transporte de prova favorável ao acusado, mas que não preenche as condições iniciais de admissão. Também assim, a prova produzida em processo ou procedimento administrativo desfavorável à própria administração poderá ser aproveitada⁹⁴.

⁹⁴ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 140, out./dez.1998. p. 160.

4. UTILIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO PROVA EMPRESTADA EM INVESTIGAÇÃO DE CARTEL

Feitas as principais considerações acerca dos conceitos discutidos no presente trabalho, ou seja, sobre o processo administrativo de investigação de cartel, a interceptação das comunicações telefônicas como importante meio de prova na investigação de delitos graves, bem como a prova emprestada e seus principais requisitos, passe-se agora a discutir de forma mais detida o ponto central do tema ora apresentado: em que medida é possível utilizar-se a prova obtida mediante interceptação telefônica como prova emprestada em processos administrativos que investigam a formação de cartel, nos termos da Lei 8.884/94.

4.1 Relevância e possibilidade de utilização da interceptação telefônica como prova em investigações criminais de cartel

Em primeiro lugar, para que se possa melhor analisar a possibilidade de utilização da interceptação telefônica como prova emprestada em investigações administrativas de cartel, cumpre verificar se cartel é uma infração passível de ser investigada por meio de interceptações telefônicas. Entende-se que isso pode ser um importante indicativo de que essa prova é *relevante* e *possível* de ser emprestada a um processo administrativo em que se apura fato semelhante.

Conforme verificado acima, especialmente no Capítulo II, o deferimento da interceptação telefônica requer, em síntese, o cumprimento dos seguintes requisitos, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal c.c. arts. 1º e 2º da Lei 9.296/96: (i) utilização em investigação criminal ou em instrução processual penal; (ii) deve haver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; (iii) a prova não pode ser produzida por outro meio disponível e deve ser autorizada pelo juiz competente; e (iv) o fato investigado não pode constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Primeiramente, tem-se que cartel é a conduta anticoncorrencial mais nefasta ao mercado nacional e aos consumidores em geral, pois resulta em preços mais

altos, menores investimentos em qualidade de bens e serviços e menores opções de oferta de produtos aos consumidores.

Com efeito, não havendo pressão competitiva e nem estímulos a continuamente conquistar novos clientes, os agentes econômicos tendem a fixar preços acima daqueles que seriam verificados se houvesse concorrência no mercado. Outrossim, não haveria incentivos a que esses agentes investissem no desenvolvimento e aperfeiçoamento de bens e serviços, já que os consumidores de qualquer forma não teriam a quem mais recorrer para adquirir esses produtos.

A corroborar a gravidade da prática, ressalta-se que cartel, além de infração administrativa, também é crime tipificado na Lei 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Dessa forma, a investigação dessa prática atende em tese ao preceito constitucional e legal de que a interceptação telefônica apenas pode ser requerida para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII, Constituição Federal c.c. art. 1º, da Lei 9.296/96).

Outrossim, nos termos do art. 4º, I, "a", da Lei 8.137/90, verifica-se que cartel é crime apenado com reclusão de dois a cinco anos ou multa, o que não só corrobora a gravidade da prática como atende ao requisito de admissibilidade previsto no art. 2º, inciso III, da Lei 9.296/92, que prevê que o fato investigado não deve constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

De outro lado, quanto à questão de que a prova não pode ser produzida por outro meio disponível, ressalvada a análise a ser feita no caso concreto, destaca-se que, de forma geral, cartel consiste no estabelecimento de combinações ilícitas entre concorrentes, em que são trocadas informações estratégicas relevantes e que, a princípio, deveriam ser mantidas em sigilo, tais como preços, clientes e mercado de atuação. É presumível, pois, que essa troca de informações pode ocorrer via telefone, a indicar a relevância desse tipo de prova nas investigações de cartel.

Dessa forma, atendidas as exigências acima e os demais requisitos típicos de uma medida cautelar, como (i) indícios razoáveis de autoria ou participação de determinada pessoa na formação de cartel, (ii) identificação clara dos fatos objeto da investigação e (iii) obtenção de autorização judicial do Juízo competente, constata-se que cartel é um delito grave, tem potencialidade de atender a todos os requisitos

necessários para autorizar a restrição ao sigilo das comunicações telefônicas, e mais, essa prova pode ser de especial relevância na descoberta dos acordos ilícitos.

A propósito, esse meio de prova mostra-se relevante no combate a infrações de difícil comprovação ou ao crime organizado. Nesse sentido, colaciona-se a lição abaixo, que vem a se juntar a outras já citadas anteriormente no mesmo diapasão:

Devido a sua notória eficácia, a interceptação telefônica tem se revelado uma grande arma no curso de investigações relacionadas a determinadas áreas da criminalidade que não têm sido eficazmente combatidas com a utilização dos meios comuns de investigação policial⁹⁵.

Especificamente no que se refere à formação de cartel, verifica-se que as interceptações telefônicas têm tido relevante papel na repressão a tais infrações, destacando-se nesse sentido não só o exposto na doutrina⁹⁶, como também em notícias de investigações criminais que contaram com a produção desse meio de prova excepcional.

Destaca-se, quanto a esta questão, recente notícia de jornal referente a uma operação realizada pelo Ministério Público e pela Polícia, com vistas a apurar formação de cartel de preços de combustíveis em Mato Grosso, *in verbis*:

Desde 2002 o Ministério Público Estadual investiga a possibilidade da existência de um cartel dos combustíveis, mas foi no início do segundo semestre de 2007 que os promotores do Gaeco começaram a buscar provas concretas, quando começaram as interceptações telefônicas, acompanhamento de reuniões do grupo de empresários e investigação de denúncias feitas pelos próprios consumidores ao órgão. Conforme Célio Wilson [promotor de justiça, coordenador da operação], as provas juntadas até ontem mostram que não há dúvidas quanto à existência de cartel⁹⁷.

Diante do exposto, verifica-se, a princípio, a relevância e a possibilidade de utilização da interceptação telefônica como prova em investigações criminais de cartel. Passa-se, portanto, ao seguinte questionamento: Considerando que o Estado, ao realizar legalmente interceptações telefônicas, obteve indícios de formação de

⁹⁵ CARDOSO, Francisco de Assis Machado. Interceptação telefônica: aspectos controvertidos. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, n. 24, 2006. p. 119.

⁹⁶ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; SILVA, Rutelly Marques da. *Aspectos econômicos e jurídicos sobre cartéis na revenda de combustíveis: uma agenda para investigações*. Documento de Trabalho nº 40, dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2006-1>. Acesso em: 22 mai. 2008. p. 4.

⁹⁷ CHAGAS, Aline; ROSA, Adilson. Nove são presos por cartel de combustíveis. *Diário de Cuiabá*, Cuiabá, 24 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.diariodecuiaba.com.br/detalhe.php?cod=315168>>. Acesso em: 24 abr. 2008.

cartel, e considerando que essa conduta também constitui ilícito administrativo, poderiam ser essas provas emprestadas a investigações administrativas de cartel?

4.2 Relevância acerca da utilização da interceptação telefônica como prova emprestada em investigações administrativas de cartel

Primeiramente, tendo sido constatado que, *na esfera penal*, a interceptação telefônica pode ser um relevante meio de prova na busca de elementos probatórios acerca de combinações ilegais entre concorrentes, cumpre agora verificar brevemente se essa prova também pode ser útil à investigação *em âmbito administrativo*. Isso porque, caso constatado que pouco essa prova poderia auxiliar na análise desse tipo de conduta na esfera administrativa – como, por exemplo, porque o padrão de prova exigido é diferente –, não faria sentido sustentar a importância de sua utilização no processo administrativo em comento.

Em análise a essa questão, o que se observa, primeiramente, é que também no plano administrativo a prova direta da combinação entre os concorrentes vem assumindo papel de destaque. Arrisca-se até mesmo a dizer que vem apresentando papel essencial para garantir a esperada efetividade na repressão a essa nefasta infração à ordem econômica.

Explica-se: Conforme histórico de investigações traçado no Capítulo 1.2 do presente trabalho, verifica-se que a Lei 10.149/00 foi um importante marco na investigação de cartéis no Brasil. Antes, a única possibilidade de se obter provas diretas da combinação entre concorrentes era se alguma empresa confessasse às autoridades que praticava cartel e assim se submetesse aos rigores da lei integralmente (já que à época não havia nem mesmo a previsão de algo semelhante à delação premiada). Desnecessário falar, pois, que essa probabilidade era extremamente baixa – aliás, ocorreu uma única vez –, e resultou na condenação das empresas produtoras de aços planos a multas de 1% de seu faturamento.

Contava-se, nesse contexto, basicamente com a análise econômica do mercado afetado pela conduta anticoncorrencial. Verificava-se se havia condições estruturais para a prática de cartel, tais como poucas empresas, detendo elevado poder de mercado, consideráveis barreiras à entrada de novas empresas no

mercado – o que indicaria que os consumidores não poderiam recorrer a outra opção em tempo razoável – e outras condições econômicas que tornavam racional a prática de cartel.

Em geral, aliada a essa prova, exigia-se uma prova adicional, que apontasse para a combinação entre os concorrentes. Poderia ser, por exemplo, a prova da realização de uma reunião entre concorrentes ou da troca de informações entre eles. Como observado, tratava-se basicamente de provas indiretas de cartel, que resultavam em condenações com penalidades fixadas, em regra, no mínimo legal, que seria 1% do faturamento bruto das empresas, nos termos do art. 23, I, da Lei 8.884/94.

Por sua vez, após a Lei 10.149/00, conforme detalhado no Capítulo 1.3 do presente trabalho, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) realizou a primeira ação pró-ativa no sentido de buscar provas diretas de tais acordos ilícitos, consistente na primeira ação de busca e apreensão requerida nos termos do art. 35-A da Lei 8.884/94. A medida resultou na obtenção de relevantes documentos que demonstravam os mecanismos de troca de informações entre concorrentes e as regras a serem seguidas por cada agente no sentido de não invadir a área de atuação e os clientes destinados a outra empresa. Como resultado da análise de tais provas, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) condenou os envolvidos à maior multa até então aplicada a cartéis – multas entre 15% e 20% do faturamento bruto das empresas investigadas.

Aliás, a tendência que hoje tem sido observada é a de que casos em que haja provas diretas da combinação resultem em atuação mais efetiva das autoridades de defesa da concorrência. Com efeito, de outra forma mostra-se sensivelmente mais difícil a apuração de como se davam as eventuais combinações entre concorrentes, como elas acompanhavam o cumprimento do acordo por parte dos demais agentes e mesmo quais seriam as penalidades a serem cumpridas pelos agentes que não seguissem o acordado ilicitamente.

Além disso, é certo que, em alguns casos, pela própria estrutura do mercado, as trocas de informações entre concorrentes se dão basicamente via telefone, situações essas em que a possibilidade de obtenção de tais provas por meio de prova emprestada de investigação criminal, poderia colaborar significativamente para a instrução probatória do processo administrativo.

Outrossim, como os agentes têm conhecimento de que praticam ilícitos penais e administrativos, é certo que eles tenderão a ocultar as provas de suas condutas anticoncorrenciais. O Estado, por sua vez, tem que recorrer aos meios legalmente possíveis para que apurem os fatos supostamente delituosos. É óbvio, como já ressaltado, que isso não implica a utilização de provas ilícitas ou ilegítimas. Deve-se buscar assegurar tanto o cumprimento às garantias individuais constitucionalmente asseguradas como aos princípios constitucionais da livre concorrência e livre iniciativa.

Em sentido semelhante, destaca-se o afirmado por Lenio Streck: *“Fica claro que somente se justifica a invasão da esfera dos direitos fundamentais do indivíduo para o combate dos crimes que representem ameaça aos valores constitucionais, erigidos como metas pelo Estado Democrático de Direito”*⁹⁸.

No mesmo sentido, Geraldo Prado, valendo-se de lição de Manuel da Costa Andrade, aponta: *“É oportuno, portanto, lembrar a lição de Manuel da Costa Andrade, que sugere que o controle da criminalidade pelo Estado deve obedecer a padrões éticos definidos pela Constituição, não sendo lícito obrar com a Constituição, flexibilizando-a indevidamente”*⁹⁹.

Diante disso, caso seja possível a utilização desse meio de prova, verifica-se que ele poderia ajudar sensivelmente na análise desse tipo de infração à ordem econômica. Passa-se agora à análise da possibilidade de utilização da interceptação telefônica como prova emprestada em investigações administrativas de cartel.

4.3 Discussão acerca da possibilidade de utilização da interceptação telefônica como prova emprestada em processos administrativos. Aplicação à investigação administrativa de cartel

Para parte da doutrina, a Constituição Federal, ao restringir a previsão da quebra do sigilo das comunicações telefônicas para *“fins de investigação criminal ou*

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 71.

⁹⁹ PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 44-45.

instrução processual penal”, teria limitado a produção e a utilização de tais provas a processos de natureza penal. Como resultado, além de ser vedado requer a produção de tal prova em esfera não-penal, também não seria admitido o empréstimo das provas obtidas por interceptação telefônica a processos extra-penais.

Trata-se, pois, da discussão que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso em Questão de Ordem no Inquérito nº 2.424/RJ apresentou com sendo a distinção necessária entre duas situações diversas, mas conexas: “o da **produção da prova inerente aos resultados documentais da interceptação e o do seu uso processual em sentido lato**”¹⁰⁰ (grifos no original).

Quanto à primeira hipótese, parece pacífico que não pode uma autoridade solicitar diretamente a *produção* da interceptação telefônica para fins de instruir um processo de natureza não-penal. Isso seria contrário aos preceitos constitucionais expressos no art. 5º, XII, da Constituição Federal, bem como feriria os ditames legais do art. 1º, da Lei 9.296/96. Dessa feita, não se poderia solicitar autorização judicial para que conversas telefônicas de determinada pessoa suspeita fossem interceptadas e gravadas, a fim de instruir investigação em âmbito administrativo.

Nesse sentido, colaciona-se decisão exarada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso:

Não há dúvida de que, no primeiro aspecto, o da **produção**, a restrição constitucional tem por objetivo claro preservar a intimidade, como bem jurídico privado, mas essencial à dignidade da pessoa, até o limite em que tal valor, aparecendo como obstáculo ou estorvo concreto à repressão criminal, tem de ceder à manifesta superioridade do interesse público na apuração e punição de crime grave, enquanto o mais conspícuo dos atentados às condições fundamentais de subsistência da vida social. O limite da garantia da intimidade é aí, nessa primeira regra, de cunho restritivo, objeto da ponderação de valores formulada pela Constituição mesma, que, não podendo condescender com a impunidade de tão erosivo das bases estruturais da convivência social, sacrifica aquela para garantir esta, dando primazia a um valor sobre o outro. Nesse sentido, costuma dizer-se que a garantia constitucional não serve a proteger atividades ilícitas ou criminosas. Daí, autorizar, em caráter excepcional, seja interceptação comunicação telefônica, apenas quando tal devassa se revele como fonte de prova imprescindível à promoção do fim público da persecução penal¹⁰¹. (grifos no original)

¹⁰⁰ Quest. Ord. em Inquérito 2.424-4/RJ. Rel. Min. Cezar Peluso. p. 115. Julg. em 25.04.07, acolhido por maioria pelo Tribunal Pleno. Publ. DJ de 24.08.07.

¹⁰¹ Quest. Ord. em Inquérito 2.424-4/RJ. Rel. Min. Cezar Peluso. p. 116. Julg. em 25.04.07, acolhido por maioria pelo Tribunal Pleno. Publ. DJ de 24.08.07.

Contudo, quanto à segunda hipótese, no tocante ao *uso da prova lícita*, questiona-se se, uma vez (i) quebrada lícita e legalmente o sigilo das comunicações telefônicas, ou seja, para fins de instruir investigação criminal ou instrução processual penal e, (ii) tendo isso constatados indícios de que a prática também constitui infração grave passível de reprimenda em outra esfera do Direito, seria possível a utilização da prova lícitamente obtida, como prova emprestada, em processo de natureza não-penal, como seria o caso do processo administrativo, e mais especificamente o processo administrativo de investigação de cartel.

A propósito, considerando-se que pouco foi encontrado especificamente sobre a possibilidade de utilização da interceptação telefônica como prova emprestada em processos administrativos em que se investiga formação de cartel, na maioria das citações faz-se um paralelo com o gênero processo administrativo, bem como com outra espécie de tal processo, qual seja, o processo administrativo disciplinar, em relação ao qual, aliás, conforme será visto, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou positivamente quanto à possibilidade de empréstimo de provas obtidas mediante interceptação telefônica.

4.3.1 Contra a utilização da interceptação telefônica como prova emprestada em processos administrativos. Aplicação à investigação administrativa de cartel

Parte da doutrina posiciona-se no sentido de não ser possível a utilização de provas obtidas mediante interceptação telefônica, mesmo por meio de prova emprestada, na instrução de processos de natureza não-penal. Integrando essa corrente, colaciona-se o exposto por Luiz Flávio Gomes:

Estando em jogo liberdades constitucionais (direito ao sigilo das comunicações frente a outros direitos ou interesses), procurou o constituinte, desde logo, demarcar o âmbito de prevalência de outro interesse (criminal), em detrimento daquele. Mesmo assim, não é qualquer crime que admite a interceptação. Essa escolha, fundada na proporcionalidade, não pode ser desviada na praxe forense. Em conclusão, a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser 'emprestada' (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito¹⁰².

¹⁰² GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica*: Lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 118-119.

Ainda no mesmo sentido, aponta-se afirmação de Vicente Greco Filho, *in verbis*: “Os parâmetros constitucionais são limitativos. A finalidade da interceptação, investigação criminal e instrução processual penal é, também, a finalidade da prova, e somente nessa sede pode ser utilizada”¹⁰³.

O Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro ainda vai além e assevera que tal prova é imprestável para qualquer outro inquérito ou processo, devendo ser utilizada apenas na hipótese que estiver especificada no requerimento da interceptação, pois, do contrário, “a cautela da lei desmorona; ter-se-á a consagração do uso dos frutos da árvore envenenada! Haveria, sem dúvida, atalho para contornar as cautelas que se evidenciam na recente lei”¹⁰⁴.

Parece ser esse também o entendimento de Eduardo Talamini: “Essa mesma diretriz há de vigorar para as gravações que interessem à situação investigada e sejam levadas ao processo penal: apenas neste serão utilizáveis – não se permitindo seu emprego para outras finalidades, mediante empréstimo de prova”¹⁰⁵.

A jurisprudência também já se pronunciou no sentido da impossibilidade de utilização da prova obtida mediante interceptação telefônica em processos não-penais. Destaca-se julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. INDEFERIMENTO DA PRETENSÃO DE IMPEDIR EMPRÉSTIMO DE PROVAS. PRELIMINARES DE DECADÊNCIA E DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA AFASTADAS. INCISO XII, ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE QUE A PROVA COLHIDA POR INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA FIQUE RESTRITA À ESFERA PENAL.

1. Na audiência realizada em 16 de março último passado, o Juiz novamente se manifestou sobre a possibilidade do empréstimo de provas e inovou nos fundamentos, ficando, assim, restaurado o prazo para a impetração do mandado de segurança. Ademais, nada se disse, na ocasião, sobre a ocorrência de preclusão. Logo, o presente mandado de segurança, impetrado em 04 de maio, foi manejado quando não ainda ocorrida a decadência.

2. [...]

¹⁰³ GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 24.

¹⁰⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei 9.296/96 - Interceptação telefônica. Boletim IBCCrim, n. 47, p. 3, outubro de 1996 apud STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*: Constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 42.

¹⁰⁵ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 140, out./dez.1998. p. 158.

3. A interceptação telefônica, ainda que autorizada judicialmente na esfera penal, não pode ser utilizada em outros processos, civis ou administrativos. Esse direito, líquido e certo, está assegurado no art. 5º, XII, da Constituição Federal.

4. Ordem concedida¹⁰⁶. (grifos nossos)

No mesmo sentido, destaca-se o Voto proferido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello, proferido em Questão de Ordem no Inquérito nº 2.424/RJ¹⁰⁷, que, embora vencido, expressa ensinamentos da mais alta consideração. Em apertada síntese, o Ministro Marco Aurélio Mello ressaltou que a Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, XII, que a inviolabilidade da comunicação telefônica é a regra e a exceção é para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. O fato de ter sido autorizada legalmente sua quebra, como exceção prevista, não dá margem a sua utilização irrestrita.

De forma geral, observa-se que esse posicionamento se fundamenta na idéia de que a Constituição Federal, em seu art. 5º, XII, previu restrições ao uso desse meio de prova a investigações penais ou à instrução processual penal¹⁰⁸, ao consignar: *“É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”*.

Dessa forma, entende parte da doutrina e da jurisprudência que deve essa permissão ser analisada de forma restritiva, a fim de assegurar que provas derivadas de interceptações telefônicas se restrinjam à esfera penal, pois seria nessa seara que a restrição ao direito fundamental à privacidade e intimidade seria justificável. Nesse sentido, ensina Luiz Flávio Gomes:

O legislador constitucional ao delimitar a finalidade da interceptação telefônica (criminal) já estava ponderando valores, sopesando interesses.

¹⁰⁶ TRF 1ª Região. Mandado de Segurança 2005.01.00.029187-1/BA. Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz. 2ª Seção. Julg. em 24.08.2005, v.u.

¹⁰⁷ Cf. Voto vencido do Ministro Marco Aurélio Mello. Quest. Ord. em Inquérito 2.424-4/RJ. Rel. Min. Cezar Peluso. p. 129/132. Julg. em 25.04.07, acolhido por maioria pelo Tribunal Pleno. Publ. DJ de 24.08.07.

¹⁰⁸ Quanto a esse aspecto, reitera-se o exposto no Capítulo 2.3.4, em que Ada Pellegrini Grinover apresentou questão pouco suscitada, no sentido de que no texto aprovado pela Assembléia Nacional Constituinte permitia-se a quebra do sigilo – observadas a ordem judicial e a reserva legal, não se restringindo, porém, o objeto da prova ao processo penal, possibilitando fosse ela produzida em processos não penais. Essa restrição, em verdade, segundo a autora, teria sido incluída pela Comissão de Redação, extrapolando, pois suas funções.

Nisso reside também o princípio da proporcionalidade. Segundo a imagem do legislador, justifica-se sacrificar o direito à intimidade para uma investigação ou processo criminal, não civil. Isso tem por base os valores envolvidos num e noutro processo¹⁰⁹.

Com efeito, alerta a doutrina que essa restrição se justificaria, pois apenas no campo penal, em que se prevêem delitos de considerável gravidade, é que se justificaria a quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Tanto que também seria por essa razão que o legislador previu que o delito investigado não deve ser apenado no máximo com pena de reclusão.

Essa preocupação com a gravidade do delito para justificar a medida excepcional pode ser expressa na lição de Ada Pellegrini Grinover: *“o critério da proporcionalidade não se dirige apenas ao legislador (que no caso não o observou), mas também ao intérprete, pelo que o magistrado deverá negar a ordem de interceptação se o crime objeto de investigação ou de processo não se configurar como sendo de especial gravidade”*¹¹⁰.

Por certo, é compreensível o cuidado do legislador em evitar que situações de menor importância se prestem a justificar a restrição a tão sensível direito fundamental, como seria o caso do direito à privacidade e intimidade. Imagine-se, de fato, quão temerário seria se, no curso de uma mera ação civil de reparação de danos decorrentes de uma transação não adimplida, pudesse o devedor ter sua conversação telefônica interceptada sob o argumento de que ele poderia falar da dívida que possui.

Contudo, quanto a esse aspecto, questiona-se: o que se dizer, porém, de um processo administrativo em que se apura denúncia de cartel de fixação de preços ou divisão de mercado, em que a presunção é de que tais práticas geram nefastos prejuízos para a livre concorrência e para a livre iniciativa, valores também constitucionalmente assegurados e que devem ser protegidos pela Lei 8.884/94. Da mesma forma, o que se falar na hipótese de um crime de corrupção também ensejar

¹⁰⁹ GOMES, Luiz Flávio. Finalidade da interceptação telefônica e a questão da “prova emprestada”. *Repertório IOB de Jurisprudência*, v. 4/97, p. 75 apud Quest. Ord. em Inquérito 2.424-4/RJ. Rel. Min. Cezar Peluso. p. 113. Julg. em 25.04.07, acolhido por maioria pelo Tribunal Pleno. Publ. DJ de 24.08.07.

¹¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O regime brasileiro das interceptações telefônicas*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo16.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2008. p. 6.

a caracterização de improbidade administrativa, grave delito funcional passível de ser apurado por meio de processo administrativo disciplinar.

Diante disso e do posicionamento em geral adotado pela doutrina pesquisada, que entende serem os processos administrativos instâncias em que se discutem questões de menor gravidade, questiona-se: Caso interceptações telefônicas lícitamente obtidas também apontassem para indícios de formação de cartel ou de improbidade administrativa¹¹¹, constituiriam essas hipóteses simples infrações administrativas que não mereceriam os rigores da lei também nessas esferas?

Ainda quanto às razões pelas quais não seria admitida a utilização da interceptação telefônica como prova emprestada em processos não-penais, destaca-se que há quem entenda que a interpretação extensiva do referido dispositivo legal ainda ensejaria a utilização de investigações penais tão somente como pretexto para ensejar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, o que notadamente consistiria em prova ilícita, em ofensa à Constituição Federal e à Lei 9.296/96.

Contudo, quanto a essa questão, vale-se da lição de Eduardo Cambi:

[...] não se negam os riscos que a prova fonográfica pode ensejar; no entanto, isso não pode implicar a rejeição definitiva desse meio de prova, pois, em certa medida, todos os instrumentos probatórios são suscetíveis de vícios decorrentes de táticas arditas e nem por essa razão sua admissão é proibida, já que, na maior parte dos casos, constituem meios seguros e adequados para a elucidação dos fatos deduzidos em juízo. Logo, é preciso tentar conciliar o desenvolvimento tecnológico com a tutela dos direitos fundamentais¹¹².

Com efeito, ressalta-se que não pode o mau uso de determinado instituto por alguns agentes impedir a utilização de meio de prova tão relevante na descoberta de graves delitos que também afetam sobremaneira direitos fundamentais dos indivíduos e da sociedade como um todo.

¹¹¹ Destaca-se que, quanto a essa questão, Eduardo Cambi se posicionou a favor da utilização da prova emprestada. CAMBI, Eduardo. Interceptação telefônica: Breves considerações sobre a Lei 9.296/1996. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 29, n. 118, nov./dez. 2004. p. 144-145.

¹¹² CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 99.

4.3.2 A favor da utilização da interceptação telefônica como prova emprestada em investigação de processos administrativos. Aplicação à investigação administrativa de cartel

É possível observar, porém, que esse entendimento vem se alterando, e a possibilidade de utilização de provas advindas de interceptação telefônica como prova emprestada em processos de natureza não-penal vem se tornando uma realidade. Essa questão, aliás, veio a ser recentemente decidida pelo Supremo Tribunal Federal que, em julgado da relatoria do Ministro Cezar Peluso, em Questão de Ordem no Inquérito nº 2.424/RJ, que será melhor analisado ao longo do presente item, decidiu pela autorização de que dados obtidos em interceptação telefônica judicialmente autorizada fossem utilizadas em processo administrativo disciplinar.

Parte da doutrina nacional já vinha se posicionando no sentido da possibilidade do empréstimo de prova obtida mediante interceptação telefônica, não obstante, por certo, o cumprimento de vários requisitos, de forma a garantir a idoneidade da prova e do empréstimo da prova.

Para parcela da doutrina que admite o empréstimo de provas obtidas mediante interceptação telefônica a processos não-penais, o principal argumento que justificaria essa possibilidade seria o fato de que, como o valor a ser tutelado pela Constituição Federal é o direito à privacidade, tendo sido esse valor lícitamente violado, por decisão judicial fundamentada e em atendimento aos requisitos legais, não seria ilícito o uso posterior dessa prova em outros processos.

José Carlos Barbosa Moreira traça interessante analogia sobre essa questão, valendo transcrevê-la, *in verbis*:

Pois bem: suponhamos que se cuide de fita magnética, gravada mediante interceptação telefônica para a qual se tinha autorização judicial. A fita era admissível como prova no âmbito penal; não no civil, já que para este não se teria podido autorizar a interceptação. *Quid iuris* se o interessado quer utilizá-la como 'prova emprestada' perante o juiz civil?

No campo doutrinário tem-se admitido a possibilidade de semelhante utilização. A favor dela pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade,

não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto. [...]¹¹³. (grifos nossos)

No mesmo sentido da lição acima, destaca-se o afirmado por Ada Pellegrini Grinover, que ainda ressalta o cuidado de não se admitir a utilização da investigação criminal apenas como via oblíqua para obter a interceptação telefônica, fato esse que realmente deve ser observado e considerado inadmissível. Segundo a autora:

Suponha-se, então, que, num processo civil, alguém invoque prova produzida em processo penal anterior, entre as mesmas partes (v.g., vítima e acusado, ou Ministério Público e o acusado), resultado de interceptação telefônica lícita. Será o caso, por exemplo, de processo-crime em que se apurem fatos relevantes para a dedução da pretensão relativa às sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade (Lei n. 8.429, de 2.06.92).

Poderá, em casos como esse, ter eficácia a prova emprestada, embora inadmissível sua obtenção no processo não-penal?

A questão não é de fácil deslinde. Pode-se concordar, em linha de princípio, com a posição sugerida por Barbosa Moreira. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das provas ilícitas, no caso das interceptações telefônicas, é a intimidade. Rompida esta, legitimamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção do resultado da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria sendo obliquamente vulnerado o comando constitucional. Mais uma vez, prevaleceria aqui a lógica do razoável.

Mas cautelas deverão ser tomadas no juízo de admissibilidade, quanto à possibilidade de o processo penal ter sido tentado exatamente com o intuito de legitimar prova que seria ilícita no juízo civil, com o que se teria a vulneração oblíqua à vedação constitucional¹¹⁴.

Nelson Nery Junior também assevera a possibilidade de utilização da prova emprestada obtida por interceptação telefônica para processos de natureza civil:

[...] entendemos ser admissível a produção da prova obtida lícitamente (porque autorizada pela CF) para a investigação criminal ou instrução processual penal, como prova emprestada no processo civil. A natureza da causa civil é irrelevante para a admissão da prova. Desde que a escuta tenha sido determinada para servir de prova direta na esfera criminal, pode essa prova ser emprestada ao processo civil¹¹⁵.

Eduardo Cambi também aponta no mesmo sentido da doutrina acima citada e, para justificar seu entendimento, apresenta exemplo que viria parcialmente a

¹¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 205, p. 20 apud Quest. Ord. em Inquérito 2.424-4/RJ. Rel. Min. Cezar Peluso. p. 113. Julg. em 25.04.07, acolhido por maioria pelo Tribunal Pleno. Publ. DJ de 24.08.07.

¹¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O regime brasileiro das interceptações telefônicas*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo16.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2008. p. 14.

responder à dúvida estampada no Capítulo 4.2.1, em que se questionou se, caso interceptações telefônicas licitamente obtidas também apontassem para indícios de formação de cartel ou de improbidade administrativa, constituiriam essas hipóteses simples infrações administrativas que não mereceriam os rigores da lei também nessas esferas. Eduardo Cambi afirma, *in verbis*:

[...] questão interessante é saber se, apurado mediante a interceptação o crime de corrupção passiva de funcionário público, tal prova poderia ser emprestada para o processo civil, a fim de que o Ministério Público pudesse, em ação civil pública por improbidade administrativa, obter o ressarcimento do erário público.

Parece-nos que não há ilicitude nessa prova, pois, uma vez rompido licitamente o sigilo telefônico, não se poderia deixar de aproveitar os elementos probatórios apurados, já que a origem da cognição não viola o direito constitucional à inviolabilidade das comunicações telefônicas. A utilização civil dessas informações é apenas um dos desdobramentos lógicos da responsabilidade do funcionário público¹¹⁶.

Verifica-se que a jurisprudência também vem se manifestando no sentido de admitir o empréstimo de provas produzidas em processo criminal para o processo administrativo. Colaciona-se, nesse sentido, julgado do Ministro José Arnaldo da Fonseca, do Superior Tribunal de Justiça:

Ultrapassada mais essa afirmação, examino a última delas, que diz respeito à ilegalidade da escuta telefônica para fins de utilização no procedimento administrativo, com base no art. 3º da Lei nº 9.296/96 que estabelece:

‘Art. 3º - A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I – da autoridade policial, na investigação criminal;

II – do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal’.

O argumento não tem qualquer fundamento. Como visto, o dispositivo esclarece que somente o juiz pode determinar a interceptação telefônica, a requerimento das autoridades que elenca, nada dispondo sobre a impossibilidade de utilização da mesma para fins de investigação administrativa.

No caso, a Administração valeu-se das gravações para fins de prova no processo administrativo, mas a interceptação foi requerida nos exatos termos do inciso I, art. 3º da legislação em comento, como consta do Alvará de Escuta, uma vez que os dois policiais impetrantes também respondem a processo criminal. (...)

¹¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8. ed., 2004, p. 203 apud Quest. Ord. em Inquérito 2.424-4/RJ. Rel. Min. Cezar Peluso. p. 114-115. Julg. em 25.04.07, acolhido por maioria pelo Tribunal Pleno. Publ. DJ de 24.08.07.

¹¹⁶ CAMBI, Eduardo. Interceptação telefônica: Breves considerações sobre a Lei 9.296/1996. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 29, n. 118, nov./dez. 2004. p. 144-145.

Verificado que o procedimento administrativo em questão respeitou os devidos princípios do contraditório e da ampla defesa, não estando eivado de qualquer das irregularidades apontadas, denego a ordem¹¹⁷.

A propósito, a mais alta Corte do país também se posicionou em sentido semelhante. Destaca-se decisão acolhida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria, consubstanciada em decisão proferida pelo Ministro Cezar Peluso em Questão de Ordem no Inquérito nº 2.424/RJ, sobejamente citado no presente trabalho. Extraí-se desse julgado, *in verbis*:

O de que se cuida é só da hipótese de recurso ético à fonte de prova legítima do mesmo ato histórico, suscetível de mais de uma qualificação jurídico-normativa de ilicitude, como acontece com fatos a um só tempo configuradores de ilícito penal e administrativo (fatos elementares de várias fatispecie normativas), e imputável à mesma pessoa ou agente, em dano de interesse público e confronto com órgão estatal diverso do Ministério Público. É o que se passa, e não só por exemplo, com o caso de crime ou crimes graves que, imputáveis a autoridade ou agente público, constituam também ilícitos disciplinares a que se cominem, por força de análoga gravidade – que não é de muito menor grau em relação à importância dos bens sociais ofendidos –, sanções administrativas extremas.

Não há que excogitar aí, nem de longe, outra ou nova ruptura da inviolabilidade pessoal das comunicações telefônicas, senão apenas o reconhecimento da igual valia ou repercussão jurídico-probatória da mesma interceptação autorizada por conta da aparência do caráter também criminoso do mesmo ato ou fato histórico. [...]

Isso tudo significa apenas afirmar que, no âmbito normativo do uso processual dos resultados documentais da interceptação, o mesmo interesse público na repressão de ato criminoso grave que, por sua magnitude, prevalece sobre a garantia da inviolabilidade pessoal, justificando a quebra que a limita, reaparece, com gravidade só reduzida pela natureza não criminal do ilícito administrativo e das respectivas sanções, como legitimante desse uso na esfera não criminal, segundo avaliação e percepção de sua evidente supremacia no confronto com o direito individual à intimidade¹¹⁸.

Destaca-se, pois, que a questão de ser o ilícito administrativo grave também se aplicaria, a princípio, à investigação de cartel em âmbito administrativo, nos termos da Lei 8.884/94. Reitera-se, nesse sentido, tudo o já falado acerca dos prejuízos aos princípios da livre concorrência e livre iniciativa decorrentes de tal prática e que ainda impactam negativamente a sociedade como um todo.

Assim, se em investigação criminal foi lícitamente autorizada a interceptação telefônica e, nesse caso, apurou-se que, além de ilícito penal, o fato investigado

¹¹⁷ STJ. Mandado de Segurança 7.024/DF (2000/0050837-3). Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. 3ª Seção. Julg. em 28.03.2001. Publ. DJ de 04.06.2001.

também constitui delito administrativo grave, não haveria, a princípio, prejuízo no empréstimo de tais provas à esfera administrativa. Com efeito, a corroborar tal entendimento também se vale da decisão do Supremo Tribunal Federal acima mencionada:

Outra interpretação do art. 5º, inc. XII, da Constituição da República, e do art. 1º da Lei nº 9.296/96, **equivalaria a impedir ao mesmo Estado, que já conhece o fato na sua expressão ou recorte histórico correspondente a figura criminosa e, como tal, já lícitamente apurado na órbita penal, invocar-lhe a prova oriunda da interceptação para, sob as garantias do justo processo da lei (*due process of law*), no procedimento próprio, aplicar ao agente a sanção que quadre à gravidade do eventual ilícito administrativo, em tutela do relevante interesse público e restauração da integridade do ordenamento jurídico.**

E, neste caso, significaria impedir que os órgãos estatais competentes se valham dessa prova, que lhes é também imprescindível ao desempenho dos misteres correccionais, tanto quanto o é na esfera penal, para apuração de eventuais ilícitos disciplinares de autoridades investidas nas mais conspícuas funções do Estado Democrático de direito e que podem, em tese, dada a relativa autonomia conceitual dos ilícitos teóricos e não menos relativa independência das respectivas jurisdições, ser absolvidos aqui e punidos ali¹¹⁹.

Entende-se ser, pois, particularmente interessante a questão de que o Estado é um só e, tendo ele tomado conhecimento de um fato que constitua tanto ilícito penal como administrativo, não faria sentido ele tomar conhecimento desse fato em uma esfera e fechar os olhos para o segundo lado dessa infração. Com efeito, a questão é que o Estado tomou conhecimento desse fato e deve, pois, tomar as providências necessárias no sentido de reprimir eficientemente esses delitos, em todas as esferas em que esses fatos sejam tipificados como crimes ou ilícitos administrativos.

¹¹⁸ Quest. Ord. em Inquérito 2.424-4/RJ. Rel. Min. Cezar Peluso. p. 118-119. Julg. em 25.04.07, acolhido por maioria pelo Tribunal Pleno. Publ. DJ de 24.08.07.

¹¹⁹ Quest. Ord. em Inquérito 2.424-4/RJ. Rel. Min. Cezar Peluso. p. 120. Julg. em 25.04.07, acolhido por maioria pelo Tribunal Pleno. Publ. DJ de 24.08.07.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a contribuir para a acirrada discussão referente à possibilidade de utilização de prova obtida por meio de interceptação telefônica como prova emprestada em processo de natureza não-penal, especificamente no processo administrativo em que se investiga cartel, grave infração à ordem econômica que, além de crime, constitui ilícito administrativo a ser reprimido nos termos da Lei 8.884/94, a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência.

O cerne da discussão seria que, para parte respeitável da doutrina, a Constituição Federal de 1988 teria previsto, como regra, a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas e, como exceção, sua quebra tão somente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Assim, além de vedada a *produção* da prova de interceptação telefônica em processos não-penais – o que não se discute –, restaria impedida também sua *utilização* como prova emprestada em processos de natureza não-penal.

De outro lado, respaldado também em respeitável doutrina e jurisprudência, defende-se que, tendo sido o sigilo da comunicação telefônica quebrado de forma legal, não haveria ilicitude na sua posterior *utilização* em processo não-penal, especialmente quando o fato apurado também constitui infração a ser devidamente investigada e reprimida por autoridade competente em esfera não-penal, como é o caso, a propósito, do ilícito de cartel, que como já ressaltado, constitui crime tipificado pela Lei 8.137/90 e infração administrativa prevista na Lei 8.884/94.

Para melhor analisar os fundamentos defendidos pelas duas teses acima mencionadas, foram pesquisados os conceitos centrais do trabalho. Assim, analisou-se o conceito e os prejuízos resultantes dos cartéis, a fim de apurar a relevância de se obterem provas das combinações ilícitas entre concorrentes, e como poderiam, pois, as interceptações telefônicas contribuir para a efetividade da investigação.

Ademais, verificou-se o conceito e os requisitos da interceptação telefônica, atentando para as hipóteses excepcionais e graves que justificariam a restrição ao princípio da inviolabilidade da intimidade do indivíduo. Argumenta-se que por isso a Constituição Federal restringiu seu uso à esfera penal, que tutela bens jurídicos

sensíveis e investiga delitos graves, sendo esse, pois, o fundamento já sopesado pela Constituição e defendido pela doutrina que sustenta a utilização restrita das provas obtidas mediante interceptação telefônica.

Isso, por sua vez, permitiu questionar o que se dizer de processos administrativos que tutelam interesses indisponíveis, como a livre concorrência e a livre iniciativa, e que coíbem infrações graves que afetam consumidores e a economia nacional. Não para que em tal processo administrativo seja requerida a *produção* da interceptação telefônica, mas tão somente para que a ele possa ser emprestada prova legalmente obtida pelo Estado e que também aponta infração administrativa a ser efetivamente reprimida pela autoridade competente.

Em seqüência, pois, analisou-se os requisitos e fundamentos da prova emprestada, instituto deveras questionado quanto a seus limites e valor, mas que se mostra um importante meio de atender ao princípio da economia processual e à efetividade da investigação, especialmente em relação a provas que não podem ser mais produzidas, como seria, por exemplo, o caso de conversas telefônicas, que, se não gravadas – legalmente, por certo – não serão repetidas.

A partir do estudado, foi dada a base para que se passasse à ponderação mais detida acerca da controvérsia central da presente pesquisa, ou seja, em que medida seria possível a utilização de provas legalmente obtidas mediante interceptação telefônica como prova emprestada em processos de natureza não-penal, como seria o caso das investigações de cartel em âmbito administrativo.

Na tentativa de responder à indagação inicial, pode-se concluir, primeiramente, que é certo que os cidadãos devem ter assegurado o seu direito constitucional à intimidade. Todavia, a proteção irrestrita a esse direito acabaria por proteger desvios e permitir a ocultação de condutas e ilícitos de que têm ciência que estão praticando, o que por certo não se pode admitir. Dessa forma, cumpridos os requisitos legais, pode ser decretada a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, de forma a instruir investigação criminal ou instrução processual penal, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal.

Valendo-se agora do recente posicionamento da Corte Constitucional, expresso em Voto do Ministro Cezar Peluso citado ao longo do trabalho, que oportunamente diferencia a *produção* da prova de interceptação telefônica de sua

utilização, verifica-se que, quanto à *produção* de tal prova, é certo que não pode ser tal prova produzida em esfera não-penal, como seria o caso de se solicitar a produção de tal prova para instruir processo administrativo que apura cartel.

Diversa, porém, é a posição quando se trata da *utilização* de prova legalmente obtida por meio de interceptação telefônica, ou seja, que foi produzida com a finalidade direta de instruir investigação penal, e que, posteriormente, por apontar para ilícito também punível em outra esfera, vai ser utilizada como prova emprestada em processo de natureza não-penal, especialmente em casos em que não se tutela interesse disponível ou de menor importância. Em casos de investigação de cartel, procura-se coibir prejuízos aos consumidores e a valores também constitucionalmente assegurados, tal como a livre concorrência e a livre iniciativa, nos termos do art. 170 da Carta Magna.

Tende-se, portanto, a concordar com a parcela da doutrina e jurisprudência que milita a favor da possibilidade de que provas obtidas mediante interceptação telefônicas sejam emprestadas a investigações de outra natureza. Com efeito, tendo sido a prova licitamente produzida, e respeitado os demais requisitos exigidos e acima apontados, não há que se falar em ilicitude na sua utilização para apurar fato que, como cartel, além de crime, também deve ser analisado por autoridades administrativas que foram legalmente imbuídas do dever de investigá-lo de forma efetiva e, se confirmado, penalizá-lo de forma a desestimular sua prática.

Todo o apresentado acima demonstra que a discussão do presente trabalho se situa na complexa e delicada busca pelo equilíbrio entre a efetivação da justiça ao combater efetivamente delitos graves como cartel e a manutenção dos direitos e garantias assegurados constitucionalmente, evitando intromissões desarrazoadas na vida privada dos cidadãos brasileiros.

É o tênue limite entre assegurar um direito relevante e constitucionalmente assegurado, que é o da intimidade e privacidade, e, de outro lado, evitar que esse direito se preste a ocultar ou restringir o acesso do Estado a indícios já legalmente colhidos de infração que afeta a sociedade e os consumidores como um todo, como é o caso de cartel.

E assim, findo o trabalho e feitas as considerações e conclusões acima, espera-se que essa pesquisa se preste ao que se propôs: não apresentar respostas

- por óbvio -, mas contribuir para a discussão de tão instigante tema que nos é posto diariamente e enseja tão caloroso debate.

REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Fernando Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Interceptação telefônica para fins penais. Inadmissibilidade de prova ilícita. Cabimento de Mandado de Segurança e não de *habeas corpus*. CF, art. 5º, XII, LVI e LXIX. *Revista de direito administrativo aplicado*, Curitiba, ano 2, n. 06, p. 733-748, set. 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 7.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Crime organizado e interceptação telefônica. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 25, p. 158-160, abr./mai. 2004.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. *Combate a cartéis e Programa de Leniência*. Brasília, 2008. 35p.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 3).

CAMBI, Eduardo. Interceptação telefônica: Breves considerações sobre a Lei 9.296/96. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 29, n. 118, p. 119-148, nov./dez. 2004.

CARDOSO, Francisco de Assis Machado. Interceptação telefônica: aspectos controvertidos. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, n. 24, p. 119-125, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CASTRO, Raimundo Amorim de. *Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas*. Curitiba: Juruá, 2007.

CHAGAS, Aline; ROSA, Adilson. Nove são presos por cartel de combustíveis. *Diário de Cuiabá*, Cuiabá, 24 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.diariodecuiaba.com.br/detalhe.php?cod=315168>>. Acesso em: 24 abr. 2008.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O regime brasileiro das interceptações telefônicas*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo16.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 1, n. 3, p. 60-69, jul./set. 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

JESUS, Damásio E. de. Interceptação de comunicações telefônicas. Notas à Lei 9.296, de 24.07.1996. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 86, v. 735, p. 458-473, jan. 1997.

KODANI, Giselle. *Âmbito de aplicação da prova emprestada*. Disponível em: <<http://cartamaior.uol.com.br/cartamaior.asp?id=955&coluna=jurisprudencia>>. Acesso em: 02 dez. 2005.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARZOCHI, Marcelo de Luca. Aspectos polêmicos da interceptação telefônica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, Ano 93, v. 829, p. 450-472, nov. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 84, p. 144-155, 1997.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*. França, Paris: OECD Publications Service, 2002. Disponível em: <<http://213.253.134.43/oecd/pdfs/browseit/2402011E.PDF>>. Acesso em: 22 mai. 2008.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Cartels and Bid Rigging*. Disponível em: <http://www.oecd.org/topic/0,3373,en_2649_40381615_1_1_1_1_37463,00.html>. Acesso em: 22 mai. 2008.

PAROLIN, Marcos César Pavani. *Responsabilidade civil na produção da prova*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; SILVA, Rutelly Marques da. *Aspectos econômicos e jurídicos sobre cartéis na revenda de combustíveis: uma agenda para investigações*. Documento de Trabalho nº 40, dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2006-1>. Acesso em: 22 mai. 2008.

SANTACRUZ, Ruy. Cartel na lei antitruste: O caso da indústria brasileira de aços planos. In: MATTOS, César (Org.). *A Revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Editora Singular, 2003, p. 415-434.

STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*, ano 35, nº 140, p. 145-162, out./dez. 1998.