

Artigos

Direitos fundamentais e interesses difusos: inviolabilidade de comunicações telefônicas e princípio da livre concorrência

FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN

Resumo: Deve ser aceita gravação telefônica como prova para a condenação de agente econômico e seus prepostos pela prática de condutas anticompetitivas¹. E os direitos e garantias individuais, como a inviolabilidade das comunicações e a privacidade, tem caráter absoluto? O texto analisa princípios como o da convivência das liberdades e o da proporcionalidade, além de técnicas como a da ponderação de bens e da concordância prática ou harmonização, para enfrentar conflito aparente entre, de um lado, o direito à intimidade e a inviolabilidade das comunicações, e, de outro, o ditame da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência. Como a lei não veda a gravação telefônica, somente a interceptação não autorizada, consoante o princípio da reserva legal, a prova obtida por meio de gravação telefônica poderá ser admitida, contudo, a análise de sua aceitabilidade se opera casuisticamente. A gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores não afronta a Constituição Federal. A divergência está relacionada à sua divulgação. Isto é, configura justa causa, na divulgação de gravações telefônicas, quando forem realizadas para repelir grave ameaça a direito de quem as comunicou ao Estado? A comunicação de delito às autoridades denota exercício regular de direito? E a solicitação de abertura de inquérito policial pode ser considerada mero ato informativo, destinado à obtenção de dados referentes à suposta conduta delituosa? Quanto à prova emprestada, o STF já decidiu que dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas, e em escutas ambientais, podem ser usados em procedimento administrativo, além do penal, desde que contra as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos.

Palavras-chave: Garantias fundamentais. Inviolabilidade das comunicações. Princípio da proporcionalidade. Livre concorrência. Interesses difusos.

*FUNDAMENTAL RIGHTS AND DIFFUSE INTERESTS:
TELEPHONE COMMUNICATIONS INVIOLABILITY AND THE PRINCIPLE OF FREE COMPETITION*

Abstract: Should telephone recording be accepted as evidence for the sanction of an economic agent and his/her managers for the practice of anticompetitive conduct? And are individual rights and guarantees, such as the inviolability of communications and privacy, absolute? The text analyzes principles like the coexistence and proportionality, as well as techniques such as the weighting and harmonization, to face apparent conflict between, on the one hand, the right to privacy and the inviolability of communications, and, on the other, the dictates of free enterprise

¹ Lei nº 12.529/11.

and the principle of free competition. As the law does not prohibit telephone recording, only unauthorized interception, according to the principle of legal reserve, the evidence obtained by means of telephone recording may be admitted. However, the analysis of its acceptability operates casuistically. The recording of a telephone conversation by one of the interlocutors does not violate the Federal Constitution. The divergence is related to its disclosure. That is, is it just cause, in the disclosure of telephone recordings, when they are carried out to repel a serious threat to the right of those who communicated them to the State? Does the communication of offense to the authorities indicate a regular exercise of rights? And can the request for the opening of a police investigation be considered merely an informational act, aimed at obtaining data concerning the alleged criminal conduct? As for the use of evidence, the Supreme Court has already decided that data obtained by interception of telephone communications, judicially authorized, and in environmental tapping, may be used in administrative proceedings, in addition to criminal ones, if against the same persons for whom they were collected.

Keywords: Fundamental guarantees. Inviolability of communications. Principle of proportionality. Free competition. Diffuse interests.

Introdução

A questão relativa à aceitação de gravação telefônica como prova para a condenação de agente econômico pela prática do ilícito de cartel é de relevância crucial para o presente e o futuro da atuação estatal na repressão de ilícitos concorrenciais.

A Carta da República em seu artigo 5º, inciso XII prevê 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”.

Não é um tema fácil. Sua complexidade se mostra, inicialmente, no simples fato de haver *vacatio legis* quanto à gravação de conversa telefônica. Não bastasse isso, não se pode afirmar estar consolidada a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros quanto à questão, tampouco a doutrina.

É certo que vivemos em um Estado Democrático de Direito, em que os fins não justificam os meios. Assim, a admissão de provas obtidas com violação às normas legais em vigor simbolizaria estarmos em um Estado opressor, totalitário e policialesco, não num Estado Democrático de Direito.

Não é outro, aliás, o comando do artigo 5º, inciso LVI da Carta Política que estipula que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Contudo, é preciso termos presente que, enquanto a questão envolver tema referente ao princípio da livre concorrência, estaremos cuidando de salvaguardar interesse difuso, do qual é destinatária e beneficiária toda a coletividade².

Assim, os postulados do direito penal e processual penal devem ser absorvidos *cum grano salis*, especialmente quando se tratar de processo administrativo em matéria de defesa da ordem econômica que possui características mais de um processo objetivo do que subjetivo. Ou seja, *mutatis mutandis*, é ele caracterizado como um processo em que somente existem partes em sentido formal e não existe lide a ser defendida, mas sim o objetivo geral de defender a livre concorrência e, em última análise, a ordem econômica. Ademais, é um processo destinado a resguardar interesses de pessoas que não estão diretamente envolvidas na relação processual.

Garcia de Enterría³, analisando as origens da Justiça administrativa francesa, examinou a concepção do processo objetivo, formulada dentro da teoria administrativista, afirmando ter sido a grande obra histórica do *Conseil d'État* francês, com a grande concepção do *excès de pouvoir*.

Esse recurso de excesso de poder ou de anulação, considerado como um recurso objetivo ou da legalidade, sem partes propriamente ditas (o interesse do recorrente de alegar seria um simples requisito de seriedade para por em marcha os poderes de ofício do juiz administrativo, parte da Administração), um verdadeiro “processo ao ato” e não de tutela de direitos, puramente declarativo, cujas consequências somente à Administração tocariam extrair.

Outro traço marcante de um processo objetivo, em especial quanto ao que dispõem as normas pátrias, é a indisponibilidade. Assim, não poderá o interessado que dê início ao processo, dele renunciar. Ou melhor, essa possibilidade de renúncia há, contudo, tal ato seria inócuo e desprovido de qualquer efeito. Isto porque se trata da defesa da ordem econômica enquanto necessidade pública, não permitindo qualquer juízo de disponibilidade.

Não obstante, e em consonância com a jurisprudência dos tribunais superiores e com a doutrina, a complexa questão aqui posta deve ser

² Artigo 170, IV, da Constituição Federal.

³ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1992, pg. 86.

analisada, como já dito, casuisticamente, ou seja, considerando as peculiaridades e idiosincrasias de cada caso concreto.

A questão da prova nos ilícitos antitruste

É reconhecida a dificuldade para produzir provas em casos de ilícitos antitruste em que, no mais das vezes, se está cuidando de condutas concertadas que denotam coordenação de posições e ações.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, uma das referências internacionais em temas de concorrência e antitruste, publicou em junho de 2007 documento⁴ em que afirma que,

A parte mais importante de um caso de cartel é simplesmente provar que tal acordo existiu. Contudo, obter evidência direta de um acordo de cartel pode ser difícil. Operadores de cartel trabalham em segredo e frequentemente não cooperam com investigadores. Em tais situações, evidência circunstancial pode desempenhar um importante papel em provar o acordo.⁵

Normalmente, em casos desta espécie, a gravação de conversa é o único meio à disposição do Estado para a obtenção de prova direta.

Assim, dadas as peculiaridades de condutas desta espécie em que os acertos são feitos em conversas secretas, em reuniões *en petit comité* e com interlocutores com interesses convergentes, em comunicações telefônicas muitas vezes cifradas, jamais por meio de cartas, memorandos, convocações de reuniões com pauta pré-estabelecida, reuniões com grande número de participantes e/ou com participantes com interesses divergentes ou, ao menos, diversos; não há para o Estado muitas opções para constituir prova com o fim de combater tais ilícitos.

Com isto, enfatize-se, não significa dizer que no antitruste poderão ser aceitas provas ilícitas ou ilegítimas, indicando grave retrocesso.

⁴ "Processando Cartéis sem Evidência Direta de Acordo" - *Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement. Policy Brief. Document nº DAF/COMP/GF(2006)7. Organization for Economic Co-operation and Development - OECD. June 2007.* Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/19/49/37391162.pdf>> .

⁵ *The most important part of a cartel case is simply proving that such an agreement existed. But getting direct evidence of a cartel agreement can be difficult. Cartel operators work in secret and often do not co-operate with investigators. In these circumstances, circumstantial evidence can play an important role in proving the agreement.*

A livre concorrência como interesse difuso e princípio constitucional

Os interesses difusos são considerados direitos de terceira geração, cuja garantia e efetividade pressupõem destinatários disseminados.

Neste contexto, os temas sujeitos à jurisdição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE envolvem valores que ultrapassam a esfera dos interesses particulares, abrangendo pretensões de caráter transindividual e indivisíveis.

Mancuso⁶ sustenta que a evolução na concepção do processo não somente denota como prioriza o elemento social na aplicação do direito, presumindo um inevitável deslocamento conceitual quanto à percepção de sua finalidade contemporânea.

Não se deve desconsiderar, portanto, que aqui estamos tratando de interesses plurissubjetivos, cujas características peculiares demandam uma análise dos postulados instrumentais à disposição dos operadores do direito. O processo foi concebido para a tutela de situações jurídicas individuais, restando deslocado quando se trate de outorgar tutela a situações metaindividuais. Neste sentido, alguns autores defendem uma “adaptação criativa” do arsenal processual existente às novas exigências surgidas como o acesso à Justiça dos interesses superindividuais.

Em se tratando de interesses difusos, que ultrapassam a esfera do indivíduo isoladamente considerado, a interpretação dos direitos e garantias fundamentais deve ser feita com certos temperamentos. Do contrário, por um apego excessivo aos cânones tradicionais, esses interesses, que não podem ter um dono, restarão marginalizados.

Ainda, segundo Mancuso⁷, citando Vigoriti e Cappelletti, as garantias individuais do *due process of law* (especialmente as referentes à defesa, contraditório e limites subjetivos do julgamento) não de ser vistas sob a ótica das garantias de índole coletiva, consentâneas com a natureza e finalidade dessas novas exigências sociais.

Diante disso, duas alternativas se abrem: ou se fica adstrito à conotação tradicional desses princípios ou se lhes dá uma interpretação aberta, progressista, em ordem a tornar possível a tutela desses interesses. Trata-se, então, de indicar sucedâneos, a par de conferir interpretação

⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos – Conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 236-251.

⁷ *Op. cit.*, p. 240.

elástica, entre outros, aos princípios da ampla defesa e do contraditório, adaptando-os às novas exigências de uma sociedade cada vez mais postulante e reivindicadora da intervenção estatal.

Trazendo a questão à hipótese em exame, vale citar o voto do eminente ministro Carlos Velloso no Habeas Corpus nº 75.338-8⁸, que, acompanhando o relator e a maioria dos ministros do STF pelo indeferimento do pedido, assim se manifestou,

No caso, um dos interlocutores grava conversa havida entre ambos; isso não se inclui na proibição referida no art. 5º, XII. Em voto no, Inquérito 65 – caso ‘Magri’ – sustentei que não há ilicitude no fato de um dos interlocutores gravar a conversa havida entre ambos a fim de, por exemplo, realizar prova dessa conversa. Em certos casos, essa gravação pode ferir princípios éticos. Isto não ocorre, entretanto, na gravação da conversa em que um dos interlocutores, por exemplo, chantageia o outro, faz propostas ilícitas ao outro, solicita vantagem ilícita, etc. Penso que é de interesse do interlocutor, que está sendo chantageado, gravar a conversa, a fim de realizar prova, posteriormente.

Dir-se-á que a gravação seria ofensiva ao art. 5º, inciso X, da Constituição.

Deve ser entendido que o direito à intimidade não é, como há pouco dizíamos, absoluto, devendo ceder diante dos interesses público, social e da justiça. Ora, a justiça não tem apenas um prato, mas dois. Em um deles estão os direitos individuais; mas, no outro, estão os não menos importantes direitos sociais e coletivos. O interesse da justiça assenta-se, sobretudo, na realização do interesse social, da coletividade.

Bem ressaltou o Senhor Ministro-Relator que a Constituição impõe ao Estado, na defesa da sociedade, a realização de princípios que o legislador considera que quem os viola incorre em crime. Ao Estado cabe apurar esses atentados cometidos contra a sociedade.

O julgador fazia menção à relação entre os direitos individuais e os sociais e coletivos.

O que dizer então quando estamos tratando de interesses difusos, assim entendidos aqueles que ultrapassam a esfera individual e até mesmo a coletiva?

⁸ Supremo Tribunal Federal. HC 75338 - RJ. Relator: Min. Nelson Jobim. Tribunal Pleno. Data de publicação no DJ: 25/09/98.

Ao julgar o Mandado de Segurança nº 23.452/RJ⁹, o Supremo Tribunal Federal orientou que “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição”:

O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

A teoria das restrições aos direitos fundamentais

A necessidade de limitação do espaço de proteção dos direitos fundamentais já não encontra mais resistências na doutrina, uma vez que incorporada aos ordenamentos jurídicos nacionais. Esta condição decorre do próprio conteúdo aberto e variável das liberdades individuais que, para sua concretude, exige o exercício do direito no plano fático e concreto. Aí então se pode comprovar que em determinadas situações a Constituição protege da mesma forma dois valores ou bens, mas, quando tomados em sentido absoluto, conduzem a um dever-ser conflitante. A restrição dos direitos, examinados pela ótica de uma convivência social de cunho contratualista, visa permitir tanto a oportunidade do exercício de direitos fundamentais colidentes, como a preservação de um bem jurídico coletivo ou estatal assegurado pela Constituição¹⁰.

Para a preservação do sistema constitucional, as restrições têm arrimo nos princípios da unidade da Constituição e da concordância prática.

⁹ MANDADO DE SEGURANÇA 23452 - RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Data de publicação no DJ: 12/05/2000.

¹⁰ PALMEIRA, Marcos Rogério. *Direitos fundamentais: regime jurídico das restrições*. Apud <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/direitos%20fundamentais.pdf> (visitado em 29/06/2008).

Por outro lado, a chamada teoria interna desconsidera a idéia de cisão entre o direito e suas restrições, concebendo esta relação em consonância com um conteúdo determinado. Com esta premissa, a liberdade jurídica genérica, entendida a partir de princípios jusfundamentais, é que comporta limitações, ou seja, uma determinada posição jurídica *prima facie* apresenta, em si, restrições imanentes.

Admite-se, então, restringir a liberdade abstrata, mas não posições definitivas, considerando o processo de ponderação dos princípios, a fim de impedir situações absolutas incompatíveis com as aspirações comunitárias.

Tal preocupação é manifestada por Robert Alexy¹¹, quando afirma que “se se parte do modelo de princípios, então se restringe não só um bem protegido das normas de direito fundamental senão um direito *prima facie* garantido por normas jusfundamentais. Portanto, no modelo dos princípios, o discurso das restrições dos direitos fundamentais é correto”.

Segundo a teoria interna, a restrição ocorre quando um direito fundamental ou uma posição jurídica, à primeira vista, têm vigência comum com uma não-liberdade ou um não-direito definitivo, de igual conteúdo.

As chamadas restrições diretamente constitucionais, por exemplo, impõem fronteiras às liberdades individuais formuladas expressa ou tacitamente na própria Constituição, convertendo um direito *prima facie* em um não-direito definitivo.

Destarte, as restrições devem se limitar ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Aplica-se então a máxima da proporcionalidade ou a proibição do excesso. Isso significa que qualquer limitação feita por lei aos direitos fundamentais deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida).

Assim, a doutrina dos direitos fundamentais aboliu a possibilidade de supremacia absoluta do catálogo de liberdades, por conta da inevitável colisão de interesses particulares (direitos subjetivos), além da necessidade de preservação de valores jurídicos comunitários que em condições muito peculiares se sobrepõem e limitam o livre agir individual. Assim, as restrições aos direitos fundamentais são admitidas desde que encontrem justificativas, explícita ou implicitamente, na Constitui-

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ção. Devem ainda ser limitadas na justa medida para salvaguardar outros direitos constitucionalmente protegidos.

Ao estudar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações, Mendes¹², citando Pieroth e Schlink, afirma não ser raro que a definição do âmbito de proteção de determinado direito dependa de uma interpretação sistemática e abrangente de outros direitos e disposições constitucionais.

Para o jurista, “muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito”.

Ainda consoante Mendes¹³, para se definir o âmbito de proteção é preciso proceder à análise da norma constitucional garantidora de direitos com o intuito de:

1. Identificar os bens protegidos e a amplitude de tal proteção;
2. Verificar as possíveis restrições expressamente determinadas no texto constitucional e definir as reservas legais de índole restritiva¹⁴.

Assim, o âmbito de proteção de um direito seria o ponto central da dogmática dos direitos fundamentais. Neste contexto, dentre outros temas controversos estaria a da amplitude de proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas.

Para autor, “a identificação precisa do âmbito de proteção de determinado direito fundamental exige um renovado e constante esforço hermenêutico”.¹⁵

A teoria da proporcionalidade

Em situações de difícil solução, denominadas de *hard cases* por Dworkin¹⁶, o princípio da proporcionalidade deve ser invocado. Ao aplicar a técnica da ponderação de bens, também considerada a concordân-

¹² MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica. 2000, p. 212.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Op. cit.*, p. 212-213.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2008.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Op. cit.*, p. 213.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge. Harvard University Press. 1978.

cia prática ou harmonização, chega-se à harmonização, ou realização máxima de valores constitucionais imbricados.

A propósito, quando princípios constitucionais entram em conflito, a moderna doutrina, inspirada no direito alemão, utiliza o princípio da proporcionalidade, de molde a solucionar a controvérsia.

Isso porque os princípios, por serem normas fundamentais, não podem ser excluídos do sistema, mas apenas afastados em uma situação concreta. Continuam, portanto, dentro do ordenamento jurídico. A incidência dos princípios não pode ser posta em termos radicais, de validade ou invalidade, devendo-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância.¹⁷

Para Alexy¹⁸, “quando dois princípios entram em colisão, um deles tem que ceder ante o outro. Porém, isto não significa declarar inválido o princípio deslocado, nem que no princípio deslocado se tenha que introduzir uma cláusula de exceção”.

De fato, o que ocorre é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Sob outras circunstâncias, contudo, a questão da precedência poderá ser solucionada de maneira inversa.

A corrente doutrinária que advoga a teoria da proporcionalidade entende que a prova colhida com transgressão aos direitos fundamentais do homem é totalmente inconstitucional e, conseqüentemente, deve ser declarada a sua ineficácia como substrato probatório capaz de abalizar uma decisão judicial.

Porém, há uma exceção: quando a vedação é amainada para acolher a prova contaminada, excepcionalmente e em casos extremamente graves, se a sua aquisição puder ser sopesada como a única forma, possível e admissível, para o abrigo de outros valores fundamentais, considerados mais urgentes na concreta avaliação do caso.¹⁹

Nery Júnior²⁰ entende que não devam ser aceitos os extremos, nem a negativa peremptória de se emprestar validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva.

¹⁷ ROCHA, Andréa Presas. *A admissão da prova ilícita como único meio de garantia de direitos fundamentais*. Apud http://www.amatra5.org.br/amatra5/noticia_sem_imagem.jsp?id=403 (visitado em 29/06/2008).

¹⁸ ALEXY, Robert. *Op. cit.*

¹⁹ BARBOSA, José Olindo Gil. *As Provas Ilícitas no Processo Brasileiro*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/AS%20PROVAS%20IL%20C3%8DCITAS.pdf>>. Acessado em: 23/06/2008.

²⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Proibição da Prova Ilícita*. 4. ed. São Paulo, 1997.

Para o autor, “a propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade, devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais”.

Também Moniz de Aragão²¹ recomenda a aplicação da teoria da proporcionalidade, pois para ele “não faz sentido deixar o ser humano, ou a própria sociedade, inteiramente desprotegidos frente ao ato ilícito, em casos para os quais será impossível obter a prova por meios ortodoxos”.

Contudo, adverte o jurista que essa orientação deve se subordinar à ressalva de o método empregado na obtenção da prova ser moralmente legítimo, isto é, justificar-se perante as regras morais aceitas à época e no meio em que os fatos se passaram, pois, é irrecusável que o conceito de meios “moralmente” legítimos varia no tempo e no espaço; trata-se de um parâmetro que o intérprete da lei (máxime o julgador), subordinará a padrões jurídicos, filosóficos, políticos, etc.

Não se pode olvidar, contudo, a possibilidade de consequências negativas da aplicação leviana do princípio da proporcionalidade na sociedade. Assim, a aplicação desse princípio insere, em si, uma gama de subjetivismo, podendo, de acordo com este subjetivismo, trazer perigos para a garantia da lisura plena das provas trazidas ao processo, e a proteção necessária da dignidade e do livre desdobramento da personalidade humana.

Por isso, apesar da utilização do princípio da proporcionalidade como um sistema eficaz e necessário para a obtenção e salvaguarda do equilíbrio entre valores fundamentais em conflito, somente se deve aplicá-lo em situações concretas extraordinárias, nas quais é imprescindível a obtenção de meios de prova que possam contrapor, eventualmente, o direito geral de personalidade de outrem.²²

Com relação ao subjetivismo do juiz, Barbosa Moreira²³ aponta que não se deve perder de vista quão frequentes são as situações em que a lei confia na valoração (inclusive ética) do juiz para possibilitar a aplicação de normas redigidas com emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como o de ‘bons costumes’, ‘mulher honesta’ ou de ‘interesse público’.

²¹ MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Prova ilegalmente obtida. *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, v. 31, p. 21-29. Apud FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 195.

²² SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

²³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 205, p. 11-22, jul/set/1996.

Para ele, “somente a atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto se afigura capaz de permitir que se chegue à solução conforme a Justiça. É exatamente a isso que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade”.²⁴

Por fim, importante citar *decisum* do Superior Tribunal de Justiça²⁵ que acentuou a relatividade dos direitos contemplados no Texto Constitucional, decorrente da própria necessidade de harmonização recíproca, referindo-se ao “substrato ético” que não pode deixar de orientar o intérprete na fixação dos limites razoáveis, cujo excerto da ementa lê:

Escuta Telefônica com ordem judicial. O inciso do artigo 5º da Constituição que dispõe que são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal, que é dirigente e programática, oferece ao juiz pela ‘atualização constitucional’ base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa.

Assim, tem-se, de um lado, o direito à intimidade do interlocutor insciente, e o seu corolário da inviolabilidade das comunicações telefônicas, e, do outro, os direitos à livre iniciativa e à livre concorrência daquele que realizou as gravações. Deve-se, então, perquirir:

1. A proteção aos direitos à livre iniciativa e à livre concorrência justifica a utilização da gravação telefônica, e, portanto, a quebra do direito à intimidade do interlocutor insciente?
2. Esse era o único meio de que dispunha aquele que realizou as gravações para fins de buscar guarida do Estado visando à proteção dos seus direitos? Era esse meio necessário?
3. A vantagem da proteção dos direitos daquele que realizou as gravações corresponde à desvantagem pela violação dos direitos do interlocutor insciente? Ou seja, a vantagem foi proporcional à desvantagem?

Ainda que a resposta às três indagações acima seja positiva, não se deve descuidar do fato de que sempre se estará cuidando de casos

²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.* p. 16.

²⁵ HC nº 3.982/RJ. 6ª Turma. Julgado em 5/12/95. Revista do STJ, v. 82, p. 322, junho/1996.

concretos, com suas peculiaridades inerentes e que suscitam situações extraordinárias.

Direitos fundamentais formais e materiais

O rol de direitos e garantias previsto no artigo 5º da Carta Política denota, por sua mera previsão no texto constitucional, serem eles, *per se*, direitos fundamentais formais. Para Hesse²⁶, direitos fundamentais formais são aqueles que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais.

Tal atributo originário não lhes retira, contudo, a possibilidade de também serem considerados materialmente fundamentais²⁷.

Aliás, a Carta da República, enfatize-se, não afasta a possibilidade de que outros direitos e garantias, ainda que não expressamente previstos no texto constitucional, sejam tidos como direitos fundamentais materiais em razão de seu conteúdo substancial normativo²⁸ e ainda pelo disposto no §2º do próprio artigo 5º: “[o]s direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim, o § 2º do artigo 5º da Carta Política prevê expressamente a possibilidade de que outros princípios por ela adotados sejam também incluídos no rol dos direitos e garantias fundamentais. Neste contexto, é natural indagar se um determinado valor constitucional qualquer (um princípio, um fundamento, etc.) estaria ou não apto a integrar tal rol. Ou seja, se seria tal valor constitucional um direito constitucional materialmente fundamental? Vale dizer, um valor constitucional que não foi definido pelo Poder Constituinte Originário ou Derivado no texto constitucional como sendo um direito fundamental, apesar de possuir um conteúdo essencialmente fundamental.

Consoante Carl Schmitt²⁹, os direitos fundamentais seriam anteriores e superiores ao Estado, verdadeiros âmbitos de liberdade dos quais re-

²⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha*. Trad: Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998, p. 225.

²⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2000.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1993, p. 137.

²⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial. 1996, p. 169.

sultam direitos de defesa. Ao Estado caberia a sua proteção e nela (defesa) encontraria a justificação de sua própria existência.

Licitude das gravações telefônicas

Certamente a produção probatória não está elencada num rol taxativo e imperativo, ao qual as partes estejam adstritas. Ao contrário, no sistema processual penal brasileiro, por exemplo, qualquer tipo de prova pode ser admitido, desde que não seja incompatível com a ordem material ou processual.

A violação do sigilo telefônico, prevista no artigo 5º, XII, da Constituição Federal e tipificada na Lei nº 9.296/96, diz respeito ao procedimento da interceptação telefônica, no qual a conversa telefônica é escutada ou gravada por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores.

Não prevê a norma incriminadora, o procedimento denominado de gravação telefônica, no qual a gravação é realizada diretamente por um dos interlocutores, ainda que sem o conhecimento do outro.

Desta forma, no entendimento da melhor doutrina, tanto o dispositivo constitucional mencionado quanto a lei que o regulamenta se referem, exclusivamente, ao procedimento denominado “interceptação telefônica”, o qual, ressalte-se, se diferencia substancialmente da gravação telefônica.

Para Mariano Silva³⁰, não havendo regra específica para a escuta ou gravação “clandestina”, elas não são vedadas.

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre o tema, assim argumentando o ministro José Arnaldo da Fonseca, relator³¹,

De acordo com a jurisprudência dominante, a gravação realizada por um dos envolvidos nos fatos supostamente criminosos é considerada como prova lícita, ainda porque serve de amparo da notícia sobre o crime de quem a promoveu.

³⁰ SILVA, César Dario Mariano. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito e Sigilo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. *Apud* Maurício Viegas (www.sotai.com.br/artigos/licitude.htm), em 12/06/2008.

³¹ Habeas Corpus nº 33.110. Número de registro: 2004/0004908-4. Julgado em: 13/01/2004. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca - Quarta Turma.

Também o ministro Edson Vidigal³², em voto proferido no Superior Tribunal de Justiça, argumenta favoravelmente à licitude da gravação telefônica,

A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade.

Estamos em que hoje a lei não veda, portanto, a gravação telefônica, somente a interceptação não autorizada. Assim, consoante o princípio da reserva legal, a prova obtida por meio de gravação telefônica pode ser admitida.

A subprocuradora-geral da República Ela Wiecko V. de Castilho em manifestação ministerial nos autos do Habeas Corpus nº 33.110, do Superior Tribunal de Justiça, e já identificado acima, bem dissertava sobre as diferenças entre interceptação telefônica, escuta telefônica e gravação clandestina.

A representante do *Parquet* inicialmente esclarece que a interceptação telefônica pressupõe a participação de um terceiro e que tal ingerência externa pode se dar sem o conhecimento dos interlocutores (interceptação telefônica), ou com o consentimento de um deles (escuta telefônica). Explica ainda que, consoante a Lei nº 9.296/96, é possível a utilização de tais provas, se precedidas de autorização judicial.

Contudo, tal exigência legal não se aplica à utilização de prova consistente em gravações clandestinas, ou seja, captação de comunicação, telefônica ou ambiental, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro.

Isto por que não há qualquer dispositivo legal ou regulamentar que discipline as gravações clandestinas, ficando essa forma de captação de comunicação, portanto, fora do âmbito da Lei nº 9.296/96.

Lembra ainda a subprocuradora-geral que a doutrina tem divergido quanto à possibilidade de utilização das gravações clandestinas como

³² RHC 7216/SP. Relator: Min. Edson Vidigal - Quinta Turma. Número de registro: 1998/0004035-8. Julgado em: 25/05/1998.

meio de prova, inclinando-se uma corrente mais antiga a aceitá-la apenas em favor do acusado, ou seja, quando necessária para provar a inocência desse.

Uma corrente mais recente, porém, na qual se basearam precedentes do STJ e do Supremo Tribunal Federal, tem admitido como lícita a utilização desse meio de prova, preconizando a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Conclui o parecer do MPF que,

[A]nte a inexistência de expressa disposição legal proibindo o uso dessas chamadas gravações clandestinas como meio de prova, a sua utilização deve pautar-se pelo referido princípio, ou seja, ponderados os direitos em conflito, deve prevalecer aquele mais valioso.

Não há dúvida de que a Constituição Federal não trata da privacidade como direito absoluto, sendo certo que há momentos em que esse direito conflita com outros, quer de terceiros, quer do Estado, de modo que se torna impraticável conferir a todos, ao mesmo tempo, proteção irrestrita. Assim, a solução preconizada é o sacrifício daquele considerado menos valioso.

Na hipótese, os direitos em conflito são o irrogado direito à privacidade e o interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão dos crimes. Ante a identificação desse conflito de interesses, cabe perguntar: é razoável sacrificar o direito à privacidade em favor do referido interesse social? Sim, porque a organização criminosa a que pertencia a Paciente dedicava-se a práticas que “abalam sobremaneira a estrutura do Estado, revelando menoscabo ao Direito, justamente por aqueles que têm o dever legal de por ele zelar”.

Nesse sentido, tendo em conta a importância de uma leitura do inteiro teor das decisões judiciais, evitando entendimento parcial retirado da redação concisa e, portanto, incompleta, das ementas, vejamos o que entenderam os ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 75.338-8 RJ³³, já identificado acima.

Em seu voto, o ministro Nelson Jobim, relator, assim registrou,

³³ “PROVA - Licitude. Gravação de telefonema por interlocutor. É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista. (STF, HC nº 75.338-8/ RJ, Rel. Min. Nelson Jobim - DJU 25.09.1998)”.

O órgão especial, após examinar jurisprudência e doutrina, conclui quanto à imprestabilidade da prova que:

“(...) [S]e tivéssemos que estabelecer um cotejo entre a preservação do sigilo de uma conversa telefônica e a moralidade e o prestígio do Judiciário, indubitavelmente estes últimos teriam que prevalecer e qualquer objeção ao valor da fita, como meio de prova, forçosamente, seria desconsiderada, porque, acima de tudo, está o interesse da Justiça em apurar a veracidade da imputação extremamente grave feita a um magistrado”. (Fl. 164)

O ministro Carlos Velloso, em seu voto no Habeas Corpus nº 75.338-8-RJ³⁴, fez uma distinção entre uma gravação efetuada por terceiro, que intercepta uma conversa de duas outras pessoas, da gravação que se faz para documentar uma conversa entre duas pessoas. E concluiu que *“pode haver, em tal caso, violação a preceitos éticos. Mas a questão fica no campo ético. Não há proibição legal”*.

Para Vicente Greco Filho³⁵ *“a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro não é interceptação, nem está disciplinada pela lei comentada e, também inexistente tipo penal que a incrimine”*.

É certo que a ordem jurídica preserva o direito à privacidade e à intimidade. No entanto, também é digno de proteção o interesse do Estado em cumprir os cometimentos que lhe incumbe a Constituição^{36,37}.

Para Noronha³⁸, *“ofendido é o Estado, atingido em sua atividade de realização da justiça. E secundariamente é a pessoa iludida (...) pois é fraudada e atingida em seu patrimônio”*.

Ainda no julgamento do HC 75.338-8, o ministro Sepúlveda Perence apontava que a gravação por um dos interlocutores da conversa mantida com outrem nada tem a ver com o art. 5º, XII, que protege o sigilo de comunicações telefônicas, assim como protege o sigilo de correspondência escrita.

Para o eminente jurista, *“o problema há de ser enfrentado, fazendo abstração da inovação tecnológica da telecomunicação, de acordo*

³⁴ RTJ 162/244-5.

³⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei nº 9.296/96*, São Paulo: Saraiva, 1996.

³⁶ BENDA, Ernest. Dignidad humana y Derechos de la personalidad. In: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 130.

³⁷ *“Es digno de protección el interés del Estado en cumplir los cometidos que le encomienda la Constitución”*.

³⁸ NORONHA, Edgard M. *Direito Penal*. v. 4, 24. ed. São Paulo: Saraiva 2003. p. 423.

com os mesmos princípios da carta missiva, objeto do art. 33 da Lei nº 5.988/73 (Lei dos Direitos Autorais), que diz que: ‘as cartas missivas não podem ser publicadas sem permissão do autor, mas podem ser juntadas como documento, em autos oficiais’”.

Para ele, o art. 5º, XII, da CF protege os interlocutores da ciência, por terceiro, “a sorrelfa”, mediante a chamada interceptação telefônica, do que entre os dois se conversou, não contendo proibição alguma de que um dos interlocutores faça a prova da conversa de que participou.

E arremata:

Outras questões podem surgir. Aventurei-a, *en passant*, no HC 69.818, em que um policial, eventualmente amigo de um suspeito, sob promessa de mantê-las em confidência, obtém deste suspeito relações contra si mesmo e contra terceiros. Aí, sim, se pode, em relação àquele que confiante revela fatos incriminatórios contra si mesmo, a garantia constitucional contra a autoincriminação (art.5º, LXIII). Nada disso está em causa neste caso. Não se argui relação de intimidade, sequer relação de confiança entre os interlocutores, mas uma mera conversação entre o autor de uma proposta (...) e o destinatário dela.

A questão, a meu ver, se resolve assim como se resolveria na gravação ambiental, ou como igualmente se resolveria se feita a proposta por correspondência escrita e sem nenhuma interferência com as proteções constitucionais, seja das comunicações, seja da intimidade.

Igualmente, importante não olvidar, como bem destacou o relator em sua manifestação, que o Pretório Excelso também compartilha do entendimento de que a análise da aceitabilidade das gravações telefônicas se opera *incidenter tantum*, ou seja, casuisticamente.

Aliás, é pródiga a jurisprudência do STJ no sentido da licitude das gravações telefônicas³⁹.

Dessa forma, conforme se verifica dos trechos transcritos acima, a gravação de conversas telefônicas por um dos interlocutores não parece ferir o art. 5º, VII da Constituição Federal. A discussão sobre a possibilidade de utilização de gravações telefônicas se encontra relacionada, portanto, à questão correspondente à sua divulgação.

³⁹ HC nº 29.174, 36.545, 33.110, 26.631; RHC nº 14.041, 7.216; RESP nº 214.089, 707.307, entre outros.

É nesse sentido, inclusive, parecer da lavra da Prof.^a Ada Pellegrini Grinover nos autos do Processo Administrativo nº 08012.006019/2002-11, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, cujo trecho é transcrito a seguir,

É que, com efeito, não se enquadra na garantia do art. 5º, XII, da Constituição Federal, a gravação clandestina de uma conversa feita por um dos interlocutores, quer se trate de comunicação telefônica, quer se trate de comunicação entre presentes. Aqui não se pode falar em interceptação, nem está em jogo o sigilo das comunicações, assegurado pelo referido texto.

Assim, a gravação em si, quando realizada por um dos interlocutores que queira documentar a conversa, não configura ilícito, ainda quando o outro interlocutor não tenha conhecimento de sua ocorrência. Mas a divulgação da conversa pode caracterizar outra afronta à intimidade, qual seja a violação do segredo.

Assim, Grinover entende que a questão crucial em relação às gravações telefônica reside na possibilidade de sua utilização, uma vez que o simples fato de um interlocutor gravar a conversa é lícito.

Justa causa

De outra parte, configura justa causa na divulgação de gravações telefônicas quando forem elas realizadas no intuito de repelir grave ameaça a direito de quem as comunicou ao Estado, quando da solicitação de investigação de prática de cartel, ilícito tanto administrativo quando criminal.

Assim, quando as gravações telefônicas forem realizadas em contexto de agressão aos direitos do interlocutor relacionados à livre concorrência e à livre iniciativa, ou seja, quando o exercício de atividade econômica é profunda e negativamente afetado por conduta do interlocutor insciente, a prova das gravações não somente será lícita, como também justificada a sua apresentação às autoridades, publicação ou utilização.

Relação de confiança entre os interlocutores da gravação

Um dos argumentos mais frequentemente utilizados por aqueles que defendem a ilicitude de gravações telefônicas é o da configuração de abuso de relação de confiança na colheita da prova oriunda das gravações telefônicas.

Não obstante, consoante a boa doutrina criminal, certas atitudes devem ser esperadas e até presumidas do “homem médio, dotado de prudência e discernimento”. No dia a dia dos negócios é possível vislumbrar a existência de boa-fé presumida, jamais de relação de confiança. Seria por demais singelo assim considerar.

Aliás, de um modo geral, confiança pode ser considerada, no âmbito da presente análise, como “a expectativa depositada em um estranho de que este aja de maneira cooperativa, ou, pelo menos, não danosa, em relação ao depositante”.⁴⁰

O termo “estranho”, contudo, pode ser mais bem substituído por “terceiro”, uma vez que esse tipo de expectativa pode ser depositada em qualquer sujeito com quem é exercida uma relação interpessoal.

Logo, por se tratar de uma expectativa, nos permite concluir que a mesma não é uniforme em todas as relações interpessoais, sendo que apresenta diferentes graduações conforme os sujeitos dessas relações (família, amigos, conhecidos, desconhecidos, entre outros) e as circunstâncias analisadas (em âmbito comercial, íntimo, impessoal, entre outros).

Ora, não haveria que se falar em relação de confiança entre interlocutores, quando a prática ilícita de cartel perpetrada pelo interlocutor insciente, ou seja, aquele que teve a sua conversa registrada pelo outro, sabida e claramente afetava direitos do responsável pela gravação, relacionados à livre iniciativa.

Assim, quando as gravações telefônicas são realizadas por interlocutor que enfrenta situação em que agentes econômicos representados pelo co-locutor insciente, em tese, criam dificuldades para o exercício de sua atividade econômica, podem elas, as gravações, ser consideradas lícitas.

⁴⁰ FERES JÚNIOR, João; e EISENBERG, José. *Dormindo com o inimigo: uma crítica ao conceito de confiança*. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>.

Exercício regular de direito

Consoante dispositivo constitucional (art. 5º, inc. I, da CF), ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Deste mandamento constitucional se exclui a antijuridicidade nas hipóteses em que o sujeito está autorizado a um tal comportamento.

Também é necessário que se obedeça às condições objetivas do direito, que é limitado e, portanto, fora dos limites traçados pela lei, haverá abuso de direito, excesso.

Em recente artigo, Rocha⁴¹ sustenta que se a pessoa, na busca de preservar direito próprio, promove gravação de uma conversa não estará praticando nenhuma ilicitude.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, inclusive já decidiu⁴² que a comunicação de delito às autoridades denota exercício regular de direito. Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que entende que a simples solicitação de abertura de inquérito policial é mero ato informativo, destinado à obtenção de dados referentes à suposta conduta delituosa⁴³.

Dessa forma, a apresentação de gravações telefônicas, quando da solicitação ao Estado de apuração de condutas ilícitas parece não ferir o art. 5º, VII da Constituição Federal.

Conforme já verificado, o ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido no julgamento do HC nº 75.338-8, afirmou que referido dispositivo constitucional não impede a gravação telefônica por um dos interlocutores, mas apenas a sua divulgação a outrem. Entretanto, a sua utilização em apuração de conduta delituosa por parte do Estado não configuraria desrespeito a tal dispositivo.

⁴¹ ROCHA, Zélio Maia da. Das Provas Ilícitas e o Supremo Tribunal Federal. In: *Voz do Advogado*, ano 3, n. 5, junho/2008.

⁴² Acórdão: Apelação Cível nº 2007.004947-4. Publicação: DJSC Eletrônico nº 321, edição de 30.10.2007, p. 193. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - COMUNICAÇÃO DE DELITO À AUTORIDADE COMPETENTE - BOA-FÉ DO COMUNICANTE - EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO - RESPONSABILIDADE CIVIL INEXISTENTE - ARTIGO 188, I, DO CÓDIGO CIVIL - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - DEVER DE INDENIZAR AFASTADO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. Não enseja pedido de indenização por dano moral a mera comunicação de crime perante autoridade policial, porquanto age o agente tão-somente no exercício regular de um direito. "Inadmitido o pedido indenizatório se a representação não se reveste de dolo, temeridade ou má-fé" (RT 249/133).

⁴³ Nesse sentido, ver: Resp nº 397.998/MG; Resp nº 302.313/ES; Resp nº 254.414/RJ, entre outros.

Também o próprio Superior Tribunal de Justiça já decidiu⁴⁴ que gravações telefônicas realizadas por alguém que se vê vítima de práticas delituosas podem ser utilizadas para a investigação,

A uníssona jurisprudência desta Corte, em perfeita consonância com a do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a gravação efetuada por um dos interlocutores que se vê envolvido nos fatos em tese criminosos é prova lícita e pode servir de elemento probatório para a ‘notitia criminis’ e para a persecução criminal.⁴⁵

E ainda que,

De acordo com a jurisprudência dominante, a gravação realizada por um dos envolvidos nos fatos supostamente criminosos é considerada prova lícita, ainda mais porque serve de amparo da notícia sobre crime de quem a promoveu.

Assim, a disponibilização de gravações telefônicas às autoridades para embasar o início de investigações, seja em sede de inquérito civil promovido pelo Ministério Público, seja em sede de procedimento administrativo por ilícito antitruste, sugere configurar hipótese de exercício regular de direito. Quer o próprio direito à comunicação de ilícito, quer direito à livre iniciativa, fundamento da República, consoante o artigo 1º, inciso IV, bem como da ordem econômica, de acordo com o artigo 170, *caput*, ambos da Carta da República. Além do mais, há o direito ao benefício dos princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor (arts. 170, IV e V, CF).

Prova emprestada

Depois de verificada a licitude das gravações telefônicas, cumpre verificar a possibilidade de sua utilização como prova pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

O CADE já aceitou interceptação telefônica de processo criminal como prova emprestada, por exemplo, no Processo Administrativo do

⁴⁴ RHC nº 14.041/PA, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 20/11/03, DJ 09/12/03.

⁴⁵ HC nº 36.545/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 02/08/05, DJ 29/08/05.

Cartel de Lages⁴⁶, em que houve sustentação da decisão na primeira instância judicial, bem como no Processo Administrativo do Cartel de Florianópolis⁴⁷ e no Cartel dos Vigilantes⁴⁸.

O fundamento estava em decisão⁴⁹ do STF, conforme ementa abaixo,

PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros acusados. Admissibilidade. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei Federal nº 9.296/96. 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 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.

Logo, há precedentes que permitem a utilização de gravações ou interceptações telefônicas como prova emprestada da esfera criminal para a administrativa.

A recente alteração do artigo 157 do Código Penal Brasileiro

Outra questão controvertida diz respeito à inovação legislativa substanciada na Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008 que em seu § 1º prevê serem inadmissíveis provas derivadas daquelas ilícitas.

Na verdade, trata-se de solução legislativa à questão da divergência doutrinária e jurisprudencial no Brasil, mas de inspiração na teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), cunhada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

⁴⁶ Processo Administrativo nº 08012.0004036/2001-18.

⁴⁷ Processo Administrativo nº 08012.002299/2000-18.

⁴⁸ Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10.

⁴⁹ Inq-QO-QO 2424/RJ. Rel. Ministro CEZAR PELUSO. STF. Julgamento: 20/06/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Aqui, contudo, o Supremo Tribunal Federal também desenvolveu a teoria da prova independente (PAI), consolidada em julgados, dentre os quais, no Habeas Corpus nº 74.599/SP, cujo julgamento ocorreu depois do advento da Lei da Escuta Telefônica (Lei nº 9.296/96) e assim ementado,

HABEAS CORPUS. PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA. *FRUITS OF THE POISONOUS TREE*. NÃO-ACOLHIMENTO. Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica – prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam – não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Habeas corpus indeferido.

Não obstante a contaminação de provas derivadas não se dê quando a gravação ou interceptação telefônica não foi obtida ilicitamente, afastando a teoria “dos frutos da árvore envenenada”, é preciso examinar se a hipótese diz respeito a provas derivadas ou de prova principal. Neste último caso, não haveria que se cogitar de qualquer possibilidade de contaminação.

Este é também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que decidiu, com fulcro em precedentes do próprio STJ e também do STF, que a gravação feita por um dos interlocutores exclui a ilicitude do meio de obtenção de prova, não havendo que se falar em violação constitucional ao direito de privacidade quando a vítima grava diálogo com qualquer tipo de criminoso.

Aquela decisão também deixou assente que,

A teoria “dos frutos da árvore envenenada” não é incindível *in casu*, posto que as gravações telefônicas não foram obtidas ilicitamente. Mesmo assim, tais elementos probatórios não constituem o único material probante que embasa a exordial acusatória. Ademais, as provas testemunhais não foram obtidas por derivação da conversa telefônica, não havendo que se falar em “contaminação pelo veneno”⁵⁰.

⁵⁰ HC nº 29.174/RJ, Min. Jorge Scartezini, 5ª Turma do STJ, DJ 02/08/2004.

E ainda,

Em relação à utilização no processo administrativo disciplinar de gravação de conversa telefônica de terceiros sem autorização ou conhecimento do impetrante, não cabe, aqui, sequer examinar a legalidade ou ilegalidade da prova utilizada. Com efeito, da leitura do acórdão do Órgão Especial do Tribunal local, proferido no âmbito do processo administrativo, verifica-se que a aplicação da pena de disponibilidade baseou-se em outras provas suficientes para embasar a aplicação da pena de disponibilidade do impetrante⁵¹.

Mais sentido faz tal raciocínio quando a hipótese se refere a gravações telefônicas que não podem ser consideradas como balizadoras de toda a investigação, mas apenas outra prova que, quando analisada concomitantemente com o restante do conjunto probatório, auxilia no encadeamento lógico que embasa a decisão, senão para todos os envolvidos, ao menos para parte deles.

Conclusões

Quando valores constitucionais estão em aparente conflito, como é o caso das garantias fundamentais da inviolabilidade das comunicações e da privacidade em relação ao princípio da livre concorrência, deve-se recorrer ao princípio da proporcionalidade, aplicando-se a técnica da ponderação de bens e da harmonização, objetivando a realização máxima da vontade do constituinte.

É certo que a Constituição protege a privacidade, a intimidade e a inviolabilidade das comunicações, enquanto garantias individuais. Contudo, como qualquer valor constitucional, elas não tem caráter absoluto.

Consoante a assente jurisprudência da Corte Suprema, não há no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, podendo ser legítimas medidas excepcionais restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos e limites estabelecidos pela própria Constituição.

⁵¹ RMS nº 11.708/PR, Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma do STJ, 11/02/2008.

Nesse contexto, o foco principal desta análise esteve centrado na questão da aceitação de gravação telefônica como prova para a condenação de agentes econômicos e seus prepostos pela prática do ilícito de cartel e outras condutas anticompetitivas, previstas na Lei Antitruste.

Doutrina e jurisprudência dominantes entendem que como as gravações clandestinas, aí incluídas as telefônicas, não são alcançadas pela Lei nº 9.296/96 que disciplina o procedimento da interceptação telefônica, em que a conversa telefônica é escutada ou gravada por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores, e, portanto, sua colheita livre seria lícita.

A discussão sobre as gravações telefônicas se volta, portanto, à questão da sua utilização e divulgação. Neste sentido, concluiu-se que configura justa causa na utilização ou divulgação de gravações telefônicas somente quando forem realizadas no intuito de repelir grave ameaça a direito daquele(s) que as comunicou(aram) ao Estado. Assim, se alguém, objetivando resguardar direito próprio, promove gravação de conversa, estará agindo lícitamente.

Além disso, a representação de delito às autoridades competentes denota exercício regular de direito e a apresentação de gravações telefônicas para informar procedimento de apuração de condutas ilícitas parece não ferir o art. 5º, XII da Constituição Federal.

Enfim sobre o empréstimo de material probatório do âmbito criminal para o administrativo, o Supremo Tribunal já decidiu que dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, desde que autorizadas por juiz(a) criminal competente, podem ser usados também em procedimento administrativo contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, José Olindo Gil. *As Provas Ilícitas no Processo Brasileiro*. São Paulo: Aduaneiras. 2008. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com>>.

br/lex/doutrinas/arquivos/AS%20PROVAS%20IL%20C3%8DCITAS.pdf> . Acesso em 23/06/2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 205, p. 11-22, jul/set/1996.

BENDA, Ernest. *Dignidad humana y Derechos de la personalidad*. Apud Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 130.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1993, p. 137.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1992, p. 86.

FERES JÚNIOR, João; e EISENBERG, José. *Dormindo com o inimigo: uma crítica ao conceito de confiança*. Disponível em: <<http://www.scielo.br>> . Acesso em 12/08/2015.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad: Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998, p. 225.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos – Conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo, 2000, p. 236-251.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica. 2000, p. 212.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2000.

MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Prova ilegalmente obtida. In: *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, v. 31, p. 21-29. Apud FREGA-DOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 195.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NORONHA, Edgard M. *Direito Penal*. v. 4, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 423.

PALMEIRA, Marcos Rogério. *Direitos fundamentais: regime jurídico das restrições*. São Paulo: BuscaLegis. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/direitos%20fundamentais.pdf>>. Acesso em 29/06/2014.

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement*. Documento nº DAF/COMP/GF(2006)7. June 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/19/49/37391162.pdf>>. Acesso em 26/03/2014.

ROCHA, Andréa Presas. *A admissão da prova ilícita como único meio de garantia de direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.amatra5.org.br/amatra5/noticia_sem_imagem.jsp?id=403>. Acesso em: 29/06/20014).

ROCHA, Zélio Maia da. Das Provas Ilícitas e o Supremo Tribunal Federal. In: *Voz do Advogado*, ano 3, n. 5, junho/2008.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial. 1996, p. 169.

SILVA, César Dario Mariano. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito e Sigilo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

Fernando de Magalhães Furlan - Doutor pela Universidade de Paris 1 - *Panthéon-Sorbonne* (título revalidado pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG - doutorado em Direito), 2006. Mestre pela Universidade de Paris 1 - *Panthéon-Sorbonne* (título revalidado pela Universidade de Brasília - UnB - mestrado em Relações Internacionais), 2001. Pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China - 2012. *Visiting scholar na American University Washington College of Law* - 2017. Bacharel Administração (UDESC, 1990) e em Direito (UnB, 1993). É Professor da Faculdade de Direito da FACIPLAC e analista e instrutor de ensino à distância do Supremo Tribunal Federal (STF).