

O Instituto da prova ilícita e o direito concorrencial brasileiro

Hércules Nunes¹
Adriano Jayme de Oliveira Muniz²
José Renato Laranjeira de Pereira³
Roberto Inácio de Moraes⁴
Fábio Henrique Sguei⁵

RESUMO

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, atualmente estruturado pela lei 12.529/2011, tem como função a defesa e a garantia da livre concorrência de mercado. Essa lei, no entanto, ao tratar dos processos administrativos para aplicação de sanções, não abrange, de forma clara, questões atinentes à prova e à prova ilícita. Uma vez existente essa lacuna legislativa, o presente artigo discorre sobre a possibilidade de aplicação das normas previstas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal brasileiro na Lei Antitruste, de modo a esclarecer como devem ser tratadas pelo CADE as provas ilícitas e as delas derivadas.

Palavras-chave: prova ilícita, *exclusionary rule*, *fruit of the poisonous tree*, conselho administrativo de defesa econômica, processo administrativo

ABSTRACT

The Council for Economic Defense (Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE), structured by the law 12.529/11, and its main objective is defending and guaranteeing the free competition. However, the law does not include clearly the subject of legal or illegal evidence. Because of that, this article studies the possibility of applying the article 157 of the Brazilian Code of Criminal Procedure to the Brazilian Antitrust Law, in order to find a way for CADE to deal with illegal evidences and evidence gathered with the assistance of illegally obtained information.

Key words: illegally obtained evidence, exclusionary rule, fruit of the poisonous tree, council for economic defense, administrative process

¹Graduando em direito pela Universidade de Brasília (UNB); Estagiário de direito da procuradoria federal especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica; hercules93@gmail.com

² Graduando em direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub); Estagiário de direito da procuradoria federal especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica; adriano.jayme@gmail.com

³ Graduando em direito pela Universidade de Brasília (UNB); Estagiário de direito da procuradoria federal especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica; josedepereira@gmail.com

⁴ Graduado em direito na Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO); Pós-graduado em direito publico pela Universidade de Brasília (UNB); roberto.moraes@agu.gov.br

⁵ Graduado em direito pela Universidade de São Paulo (USP); Mestre em direito processual civil pela Universidade de São Paulo (USP); Procurador Federal adido a procuradoria federal especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica; fabio.sguei@agu.gov.br

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do Procedimento Administrativo para Apuração de Infrações à Ordem. 3. Das Provas Ilícitas. 3.1 A Exclusionary Rule e a Doutrina do Fruto da Árvore Venenosa. 4. A Admissibilidade das Provas Derivadas da Ilícita no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo tem por pretensão apontar a viabilidade da aplicação dos parágrafos 1º e 2º do art. 157 do Código de Processo Penal ao processo antitruste sancionador. Apesar da Lei Antitruste determinar a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e da Lei do Processo Administrativo Federal ao processo administrativo concorrencial⁶, a falta de uma atenção maior dada pelo legislador no momento da edição da Lei nº 12.529/11 a questões relativas ao instituto da prova aponta para a necessidade de se buscar proteção para a lacuna em outras esferas do ordenamento jurídico. Nesse sentido, defende-se a noção de que o empréstimo das noções acerca de provas produzidas do processo penal é plenamente possível, apesar da falta de previsão legislativa.

O caráter de uma reflexão dessa espécie não é banal: os processos que tramitam nas dependências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), especialmente os que investigam condutas contrárias à ordem econômica, como cartéis, duram por vezes anos, dada a natureza excepcionalmente complexa das investigações. Nesses casos, a análise de provas é indispensável, e deixar sem proteção legal os atos de investigação e de análise probatória do CADE pode levar a esforços imensuráveis que poderão ser facilmente anulados pelo Judiciário, uma vez provocado.

É por tais motivos que se defende, no presente trabalho, o empréstimo do disposto tanto na doutrina quanto na lei processual penal a esse respeito, sem deixar, claro, de possibilitar que os atores da esfera concorrencial lancem mão de uma visão crítica ao pegar emprestado tais noções. Teorias que tratam da prova ilícita terão uma atenção especial, uma vez que é a partir de noções como a da *fruit of the poisonous tree* que nosso judiciário tem tido elementos para debater questões acerca da forma de

⁶ Art. 115. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta Lei as disposições das Leis nos 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

obtenção de provas e decidir de forma mais justa casos que levem a licitude das provas coletadas em conta.

Nesse sentido, será tratado, como ponto inicial, o processo administrativo sancionador, no qual se percebe o maior campo para o CADE exercer sua função inquisitorial. A seguir, trabalharemos a noção de prova ilícita e a aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada, emprestada do direito norte-americano por nossa jurisprudência e doutrina, para que, assim, seja possível tratar da possibilidade de se sanar a ilicitude de uma prova ilícita com base na legislação vigente, no prezado pela doutrina e nos julgados tanto brasileiros quanto também internacionais sobre o tema. Só assim, acreditamos, será possível gerar um argumento sólido.

2. Do procedimento administrativo para apuração de infrações à ordem econômica

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é uma autarquia brasileira cuja função primordial é a defesa dos interesses econômicos que permeiam o cenário concorrencial do país. Estruturado atualmente pela Lei 12.529/11, o órgão estatal tem como objetivo a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, o que inclui uma série de atividades de fiscalização e apuração de condutas econômicas realizadas tanto por pessoas jurídicas quanto físicas, e que se tornam objeto dos processos levados ao conselho.

O trabalho realizado pelo CADE busca regular a ordem econômica no sentido de levá-la à sua forma mais apta a realizar a função social a que é destinada. Isso quer dizer, de certa forma, que o objetivo da autarquia é defender a sociedade de atos de agentes econômicos que, com vistas à geração de um lucro cada vez maior, acabam por prejudicar a entrada de novos atores no campo concorrencial, acarretando em consequências ao próprio consumidor. Nesse sentido, um sistema de defesa da concorrência surge como um limitador da livre iniciativa cujo intuito é, surpreendentemente, protegê-la, em um paradoxo que dá forças aos sujeitos que se encontram no polo mais frágil da relação econômica. Walter Nunes da Silva Junior, ao tocar nesse ponto, acerta ao dizer que:

“O princípio fundamental a ser defendido pelo CADE não é o da livre iniciativa em si, porém o da função social, que é a razão de ser do desempenho da atividade econômica. A livre iniciativa é um princípio que tem como suporte a satisfação, em sentido amplo, das necessidades sociais. Não é ele previsto em prol do agente econômico, como erroneamente, a maioria dos doutos supõem, mas do grupo social.”⁷

No que se refere à função do CADE de defesa da ordem econômica, a autarquia possui um procedimento administrativo próprio para fazer suas investigações⁸, que têm por intuito principalmente conceder a possibilidade de exercício dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório aos acusados investigados pelo órgão estatal, como afirma o art. 69 da Lei nº 12.529/11⁹. Nesse sentido é que teceremos, no presente tópico, algumas considerações a respeito do processo administrativo do CADE, com especial ênfase no que diz respeito ao colhimento de provas pelo Conselho. O processo administrativo do CADE se ramifica ainda em diferentes espécies de procedimentos listados abaixo, com base no art. 48 da Lei de Proteção à Concorrência (Lei nº 12.529/11):

- I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;
- II - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;
- III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;
- IV - processo administrativo para análise de ato de concentração econômica;
- V - procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e
- VI - processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

Cada um dos procedimentos administrativos listados acima tem natureza e mecanismo próprios. No entanto, uma vez sendo o presente estudo relacionado ao instituto da prova, a análise se estenderá mais aos pontos II e III, uma vez que a repressão às atividades anticoncorrenciais precisa, indubitavelmente, de provas para que

⁷ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. A força judicante do CADE. Disponível em: <http://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina103.doc>. Acesso em 12 de agosto de 2014.

⁸Validado pelo disposto no art. 69 da Lei que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal (nº 9.784/99), que assim dispoe:

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

⁹ Art. 69. O processo administrativo, procedimento em contraditório, visa a garantir ao acusado a ampla defesa a respeito das conclusões do inquérito administrativo, cuja nota técnica final, aprovada nos termos das normas do Cade, constituirá peça inaugural.

seja possível impor qualquer sanção a um acusado: o *inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica* e o *processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infração à ordem econômica*.

O *inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica* é um procedimento preparatório, anterior à instauração do processo administrativo, cuja natureza inquisitorial se destina ao estudo de um cenário suspeito de praticar atos que prejudiquem a concorrência. Pode ser instaurado de ofício, em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo. Em seu bojo, a Superintendência-Geral (SG), responsável por conduzir o inquérito, sai à busca de evidências e provas que levem à possibilidade de ocorrência de uma infração. Para tanto, a SG emite ofícios a entidades ou mesmo a pessoas físicas concorrentes do acusado ou que de alguma forma com ele se relacionem. Tanto o representante (no caso de uma representação) quanto o indiciado podem requerer qualquer diligência a ser realizada, que depende da aprovação, por sua vez, da Superintendência-Geral.

De todo modo, por qualquer das formas pelas quais é iniciado, seja de ofício ou a partir de reclamação, o inquérito administrativo será instaurado pela Superintendência-Geral, a quem cabe a decisão, depois de um período de busca por evidências, de arquivá-lo ou, caso as evidências apontem para uma suposta infração à concorrência, transformá-lo em processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica. Vale ressaltar que tal decisão pode ser revista pelo Tribunal da Autarquia¹⁰.

A presença da Superintendência-Geral do CADE é marcante no que diz respeito à tarefa de coletar provas e evidências para instruir as investigações levadas ao CADE. É também dela o papel de, no procedimento de inquérito, decidir se a matéria em discussão é realmente competência do CADE¹¹ (art. 66, §2º da Lei nº 12.529/11). O arquivamento é recorrível por qualquer interessado no processo, diga-se de passagem.

¹⁰ Art. 67 da Lei 12.529/11: Até 10 (dez) dias úteis a partir da data de encerramento do inquérito administrativo, a Superintendência-Geral decidirá pela instauração do processo administrativo ou pelo seu arquivamento.

§ 1º O Tribunal poderá, mediante provocação de um Conselheiro e em decisão fundamentada, avocar o inquérito administrativo ou procedimento preparatório de inquérito administrativo arquivado pela Superintendência-Geral, ficando prevento o Conselheiro que encaminhou a provocação.

¹¹ O arquivamento é recorrível para qualquer interessado em relação ao processo.

Já por meio do *processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica*, a Autarquia garante ao acusado o direito à ampla defesa em relação às conclusões do inquérito administrativo, cuja nota técnica final, aprovada nos termos das normas do Conselho, constituirá peça inaugural do processo administrativo.

A decisão que define pela instauração do processo administrativo já determina, com fulcro no art. 70 da Lei de Defesa da Concorrência¹², a notificação do representado para, no prazo de 30 dias (prorrogável por mais 10 dias), apresentar defesa e especificar as provas que pretende que sejam produzidas, podendo declinar a qualificação completa de até três testemunhas.

Em até 30 dias úteis após o decurso do prazo previsto para a apresentação de defesa pelo acusado, a Superintendência-Geral (SG) determina, em despacho, a produção de provas que julgar pertinentes. Nessa fase, SG tem o poder de definir quais provas considera oportunas que sejam apresentadas no processo, responsabilidade que, inclusive, poderá determinar o sucesso da investigação. Em seguida, a Superintendência abre novo prazo ao representado, dessa vez para que apresente novas alegações, no prazo de cinco dias úteis.

Com o encerramento dessa fase instrutória, os autos são remetidos ao Presidente do Tribunal para que os distribua, por sorteio, a um Conselheiro-Relator, que, por sua vez, pode solicitar à Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE que se manifeste. O Relator pode ainda ordenar à Superintendência-Geral que pratique diligências. Após a conclusão destas, o representado é convocado a apresentar alegações finais. Tendo essas sido apresentadas ou não, o processo será incluído em pauta para que o Tribunal possa decidir a respeito da matéria em questionamento.

A Lei nº 12.529/11 claramente reservou à Superintendência-Geral do CADE a tarefa de coletar informações e provas no âmbito dos procedimentos de investigação administrativa que correm na autarquia. A SG tem, dessa forma, papel decisivo na instrução desses processos, cabendo a ela colher o máximo de elementos que possam levar à decisão que busque melhor proteger a ordem econômica brasileira. Nesse sentido, as competências que se referem ao papel da SG na obtenção de provas são

¹² Art. 70. Na decisão que instaurar o processo administrativo, será determinada a notificação do representado para, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentar defesa e especificar as provas que pretende sejam produzidas, declinando a qualificação completa de até 3 (três) testemunhas.

elencadas principalmente no art. 13 da Lei de Defesa da Concorrência, que abaixo segue:

Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:

(...)

VI - no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei:

- a) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções;
- b) requisitar esclarecimentos orais de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, na forma desta Lei;
- c) realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos;
- d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal;
- e) requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal;
- f) requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de quaisquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação, devendo o Conselho observar as mesmas restrições de sigilo eventualmente estabelecidas nos procedimentos de origem;

O art. 13 demonstra como a Superintendência tem ampla liberdade para requisitar informações para instruir da melhor maneira possível os processos que tramitam no CADE, como se vê, por exemplo, em seu poder para requerer mandados de busca e apreensão de objetos ao Judiciário.

Uma vez traçado o caminho pelo qual o CADE faz seguir os processos administrativos inquisitoriais, assim como demonstrado a competência dos principais órgãos pelos quais são investigadas as condutas econômicas, torna-se possível tomar o próximo passo. Nesse sentido, partimos para o exame da prova ilícita e seus institutos frente ao Direito Americano e Brasileiro, resgatando seu teor histórico e evolutivo.

3. Das provas ilícitas

Para que seja possível estender ao processo administrativo do CADE a aplicação do disposto no Código de Processo Penal a respeito do instituto da prova ilícita, cabe levantar algumas considerações sobre em que consiste uma prova. Segundo Araken de Assis e Carlos Alberto Molinaro,

“Prova pode ser conceituada tanto como meio de representação dos fatos que geraram a lide no processo como, também, um meio de afirmação ou confirmação (ou não) de uma hipótese ou de um juízo de valor a ser (re)produzido no curso da demanda; nesse passo, a prova, portanto, revela-se como o intento de demonstração objetiva das alegações acerca dos fatos controvertidos no processo e que pode (e/ou deve) ser utilizada como estímulo para o convencimento do julgador”¹³.

Conceituado o que é prova, passa-se agora a tecer as considerações sobre o que seria uma prova ilícita em nosso ordenamento jurídico. A Constituição Federal Brasileira, cujo artigo 5º, inciso LVI, dispõe sobre a intolerância de nosso ordenamento em aceitar que provas obtidas a partir de ações ilícitas sejam utilizadas em quaisquer processos:

Art. 5º

(...)

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Quanto a este dispositivo, cabe a interpretação de que, em regra, tais provas, para que sejam consideradas ilícitas violam direitos de ordem material ou direitos constitucionais¹⁴, quais sejam o direito à inviolabilidade da intimidade, da imagem, do domicílio, das correspondências e etc., como se pode entender dos incisos X, XI, XII do mesmo artigo 5º¹⁵. Essas provas, sem poderem ter sua ilicitude sanada e poder produzir

¹³ DE ASSIS, Araken e MOLINARO, Carlos Alberto. *Comentários à Constituição do Brasil*, 1ª edição, Editora Saraiva, p. 437 a 440

¹⁴ BONFIM, Edilson Mougnot, *Código de Processo Penal Anotado*, 2ª Edição, São Paulo, Saraiva. 2009, p. 331.

¹⁵ Art. 5º: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - 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;

efeitos processuais aproveitáveis no processo já que o ilícito é a sua causa e sua forma de obtenção

No mesmo sentido, assim dispõe o Código de Processo Penal brasileiro em seu art. 157, concordando com o previsto na Carta Magna:

Art. 157 - São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais

Já a respeito do artigo acima, cabe entender que as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais deverão ser desentranhadas dos autos do processo, não sendo elas válidas para agrupar o teor comprobatório da lide. Mesmo que se preceitue a defesa da integridade da verdade, elas não têm nenhuma serventia.

Estando presentes os pressupostos de caracterização da prova como ilícita, cabe passar agora para as situações nas quais as evidências oriundas da matriz ilícita podem ser aceitas no processo. Para tanto, serão trabalhadas teorias cujo escopo é determinar quando uma prova derivada de evidência ilícita não é contaminada por aquela que a originou. Sendo para isso necessário, rememorar o contexto histórico no qual as teorias estão inseridas.

3.1. A Exclusionary Rule e a Doutrina do Fruto da Árvore Venenosa

A *exclusionary rule* (regra de exclusão) é a doutrina regente no direito estadunidense que impede que sejam usadas provas adquiridas em violação dos direitos individuais garantidos pela constituição deste país. Por definição, essa regra abrange provas que violem as quarta, quinta e sexta emendas dessa constituição¹⁶. A partir desse

¹⁶ **Fourth Amendment to the United States Constitution:** The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Fifth Amendment to the United States Constitution: No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

Sixth Amendment to the United States Constitution: In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to

sistema de garantia de direitos individuais e do réu, surgiu a doutrina do fruto da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*). Essa teoria compreende que qualquer evidência que seja abrangida pelo escopo da *exclusionary rule*, ou seja, que infrinja garantias constitucionais, que dê origem a novas provas, deve ser desconsiderada em julgamento. Assim, a teoria do fruto da árvore venenosa surge como uma extensão da aplicação da regra de exclusão, criando-se um sistema onde, salvo algumas exceções, provas derivadas de fonte ilícita – ou árvore venenosa – serão também ilícitas.

O entendimento de que provas obtidas a partir de fontes maculadas devem ser excluídas do processo surgiu em 1920, no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S 385¹⁷. No caso em questão, houve a apreensão ilegal de livros fiscais, que foram copiados e utilizados como prova para o julgamento. A busca sem mandado é uma violação grave e direta da quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos, emenda que garante o direito dos indivíduos à inviolabilidade de suas casas, documentos e de suas próprias pessoas. O entendimento da Suprema Corte foi o de que aceitar prova apreendida de maneira ilegal seria reduzir a quarta emenda a meras palavras.

“The proposition could not be presented more nakedly. It is that although of course its seizure was an outrage which the Government now regrets, it may study the papers before it returns them, copy them, and then may use the knowledge that it has gained to call upon the owners in a more regular form to produce them [...] In our opinion such is not the law. It reduces the Fourth Amendment to a form of words.”¹⁸

Apesar de a aplicação da teoria dos frutos da árvore venenosa surgir no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, a nomenclatura dada à extensão da aplicação da *exclusionary rule* surgiu no caso *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338, de 1939. Nesse caso, o réu teve de provar que parte substancial da prova utilizada no caso foi proveniente de escuta telefônica ilegal e, portanto, que as evidências derivadas da referida escuta seriam, também ilícitas.

“The burden is, of course, on the accused in the first instance to prove to the trial court’s satisfaction that wiretapping was unlawfully employed. Once that is established – as was plainly done here – the trial judge must give

have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

¹⁷ *Silverthorne Lumber Co., Inc v. United States* 251 U.S. 285 (1920). Disponível em: <supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/case.html> Acesso em: 6 de agosto de 2014

¹⁸ *Idem*.

opportunity, however closely confined, to the accused to prove that a substantial portion of the case against him was a fruit of the poisonous tree”¹⁹

Apesar de ter uso registrado na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1939, o primeiro uso no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal da teoria de *fruits of the poisonous tree* data de 1993, no Habeas Corpus N° 69912-0 – RS. Assim como no caso *Nardone v. United States*, trata-se de escuta telefônica que, realizada de maneira ilegal, contaminou outras provas do caso, oriundas de informações adquiridas através da interceptação telefônica. Assim exposto na ementa do Acórdão do STF:

“[...] Consequente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente”.²⁰

Entende-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal é adepto da prática consolidada no Direito norte-americano de que prova obtida através de meio ilícito contaminará eventuais provas derivadas da inicial. No caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, em que a opinião da Suprema Corte Americana, apresentada por *Justice Holmes*, nos mostra que a admissão de informações provenientes de buscas ou escutas ilegais acabariam por burlar os direitos constitucionais e também incentivariam a atividade ilícita para obtenção de provas. Este também é o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence, relator do julgamento do *habeas corpus* em questão.

“Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do *fruit of the poisonous tree* é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.

De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘gravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que, sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas”.²¹

¹⁹ *Nardone v. United States* 308 U.S. 338 (1939). Disponível em: <supreme.justia.com/cases/federal/us/308/385/case.html> Acesso em: 6 de agosto de 2014.

²⁰ STF, HC 69.912-0/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

²¹ STF, HC 69.912-0/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Tendo-se falado na teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), imediatamente se deve falar de provas derivadas da ilícita, já que essas duas ideias são completamente indissociáveis quando se pretende entender o tema.

A teoria do fruto da árvore venenosa está sujeita, na jurisprudência norte-americana, a duas exceções principais. A primeira é a de que a evidência pudesse vir de uma fonte independente, lícita. Essa é chamada de **teoria do descobrimento independente** (*hypothetical independent source rule*), usada pela primeira vez na Suprema Corte Estadunidense no caso *Wong Sun v. United States*, de 1963²². A segunda exceção, chamada de **teoria do descobrimento do inevitável** (*inevitable discovery exception*), é aquela na qual a prova seria obtida inevitavelmente, mesmo sem a conduta ilegal que a gerou. Esta, por sua vez, surgiu em 1984, no caso *Nix v. Williams*²³. Em ambos os casos, a serem analisados mais abaixo, entende-se que a prova poderá ser admitida em julgamento, mesmo derivando, inicialmente, de prova ilícita

4. Admissibilidade das provas derivadas da ilícita no ordenamento jurídico brasileiro

Entendido isso, passa-se agora para a avaliação da aplicabilidade dessas teorias no Brasil. Precipuamente, deve-se dizer que a prova considerada ilícita será sempre ilícita²⁴. No entanto, isso nem sempre significará que as provas dela derivadas também o serão²⁵, como destaca o Código de Processo Penal nos parágrafos 1º e 2º do artigo 157 ao assinalar ressalvas à impossibilidade de serem aceitas provas derivadas de outras consideradas ilícitas:

Art. 157:

(...)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

²² *Wong Sun v. United States* 371 U.S. 471 (1963). Disponível em:

<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/case.html> Acesso em 25 de outubro de 2014.

²³ *Nix v. Williams* 467 U.S. 431 (1984). Disponível em:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/> Acesso em 25 de outubro de 2014.

²⁴ Ver julgado STF, HC 80948-1/ES, Rel. Min. José Néri da Silveira

²⁵ Ver julgado STF, RHC 90376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello

O artigo 157 demonstra como é possível não ser caracterizada como ilícita a prova que tem sua origem em uma fonte contaminada. Isso porque, pelo exposto do dispositivo legal, assume-se não ser eivada de ilicitude a prova quando não há relação de causa e efeito entre a prova ilícita e a dela derivada, assim como não se considera ilícita se puder ser obtida por uma fonte independente da primeira.

Dessa forma, para que se considere admissível uma prova derivada da ilícita, tem-se primeiro que dissociar quando uma prova está ligada a outra de modo a se contaminar por sua ilicitude (quando o acessório segue o principal) e quando não²⁶.

Vale lembrar que nada é obstado caso se comprovem as mesmas evidências autuadas na prova obtida ilicitamente e em outra prova que foi corretamente deferida pelo juízo, como se entende do inciso XII do artigo 5º da constituição. Cabendo ressaltar que não foi à ilicitude da prova que foi sanada/superada, mas sim a realização de uma produção probatória nova, só que dessa vez de forma apropriada.

Sendo assim, pode-se então encontrar as mesmas duas exceções à contaminação da prova ilícita por derivação que se encontram no direito americano, tendo sofrido apenas poucas modificações: a **teoria do descobrimento do inevitável** (*inevitable discovery exception*) e a **teoria da fonte independente** (*hypothetical independent source rule*).

A primeira teoria trata da descoberta que seria inevitável, ou seja, que a prova derivada da ilícita teria sua matéria descoberta inevitavelmente mais cedo ou mais tarde. Com isso, não se isenta de responsabilidade aquele que atua de forma ilícita, mas se evita que a violação da lei possa negar um fato de inexorável evidenciação. Por esse motivo, considera-se que *a prova gerada a partir da ilícita pode, sim, produzir efeitos*. Para tanto, cabe citar as conclusões de Luiz Guilherme Marinoni:

“A lógica do salvamento da segunda prova está em que não há motivo para retirar a eficácia de uma prova que trouxe uma descoberta que inevitavelmente seria obtida. Dessa forma, seria possível que nem todos os frutos da árvore venenosa são proibidos, pois alguns deles podem ser aproveitados.”²⁷

Já a teoria seguinte, a da fonte independente, se aplica ao caso em que a segunda prova não é uma derivação apenas da prova originária que é ilícita, mas também de uma

²⁶ Ver julgado STF, HC 93050/RJ, Rel. Min. Celso de Mello

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *Prova*, 1ª Edição, São Paulo, Editora RT, 2009, p.256

outra fonte, por sua vez, lícita. Deve-se ressaltar que a avaliação da licitude de uma fonte secundária deverá ser feita conforme o caso em que a teoria será aplicada, vez que tem de se saber se os trâmites típicos e de praxe estipulados no artigo ou instrução criminal levarão a descoberta da mesma prova oriunda da ilicitamente obtida²⁸. Nesse sentido, a segunda prova, por também se ligar a uma fonte lícita, pode ser aceita como meio probatório.

Abaixo, segue tabela em que se podem resumir as ideias aqui trabalhadas:



Tabela 1²⁹

5. Conclusão

Uma vez expostas as noções acima, que abrangem o processo administrativo do CADE e o instituto da prova ilícita, torna-se possível direcionar o presente estudo para uma ligação de ambos os pontos.

Primeiramente, é necessário reconhecer que a Lei n° 12.529/11 tratou apenas de maneira superficial dos pontos relativos à fase probatória de seus procedimentos administrativos. Como exposto acima, o diploma legal fala do rol de testemunhas, aponta os agentes dentro do CADE responsáveis por solicitar a especificação de provas e de realizar investigações inquisitoriais. No entanto, em momento algum a lei trata diretamente do assunto “prova”, esclarecendo quais são cabíveis ou não no processo administrativo.

²⁸BONFIM, Edilson Mougenot, *Código de Processo Penal Anotado*, 2ª Edição, São Paulo, Saraiva. 2009, p. 333

²⁹ Tabela adaptada a partir de: http://nationalparalegal.edu/conlawcrimproc_public/ProtectionFromSearches&Seizures/ExclusionaryRule.asp. Acesso em 12 de agosto de 2014.

O vazio deixado, no entanto, acaba por gerar uma via de mão dupla: por um lado, realmente impede que exista uma regulação específica no direito antitruste brasileiro do universo probatório dos processos; em outro sentido, por sua vez, permite que sejam coletadas e utilizadas provas das mais diversas naturezas para direcionar as investigações realizadas pelo CADE em sua luta contra cartéis e outras formas de abuso do poder econômico, já que a obtenção de provas quanto a esse tipo de prática é sempre tão complexa.

Nesse sentido, André Marques Gilberto se posiciona de maneira bem lúcida a respeito da situação:

“No Brasil, a obtenção de provas quanto à prática de violações à ordem econômica não é tarefa simples. Seja em cartéis objetivando fixação de preços, divisão de mercado, alocação de preços ou fraudes em licitações, seja em práticas verticais referentes, por exemplo, a restrições a distribuidores, não é comum que empresários e funcionários em geral sejam descuidados o suficiente a ponto de disponibilizar provas quanto à existência de atos ilícitos”

³⁰

Uma vez configurado um lapso silencioso relativo ao tema na lei antitruste, torna-se necessário ao aplicador do direito suprir, com elementos próprios de nosso ordenamento jurídico, a lacuna existente. Isto, vale dizer, especialmente no que tange à possibilidade de serem aproveitadas, em um processo, provas derivadas de outras consideradas ilícitas, já que vários dos processos administrativos dependem muito de suas fases probatórias.

Com vistas a suprir o vazio deixado pelo legislador é que se considera extremamente plausível o aproveitamento do disposto no Código de Processo Penal a respeito do tema, especialmente por serem muitas das infrações à ordem econômica consideradas crime por nosso sistema penal³¹. Dessa forma, a matéria relativa às provas ilícitas nos procedimentos administrativos passa a ser devidamente instruída pelo que já foi trabalhado no processo penal, possibilitando o preenchimento da lacuna existente no direito antitruste.

³⁰ GILBERTO, André Marques. O processo Antitruste Sancionador: Aspectos Processuais na Repressão das Infrações à Concorrência no Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2010. p. 202.

³¹ Vide Lei nº 8.137/90, art. 4º, I, II.

6. Referências bibliográficas

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. A força judicante do CADE.

Disponível em:

<<http://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina103.doc>>.

Acessado em 12/08/2014.

DE ASSIS, Araken e MOLINARO, Carlos Alberto. *Comentários à Constituição do Brasil*, 1ª edição, Editora Saraiva, 2013, p. 437 a 440.

BONFIM, Edilson Mougenot, *Código de Processo Penal Anotado*, 2ª Edição, São Paulo, Saraiva. 2009, p. 331 a 333.

Silverthorne Lumber Co., Inc v. United States 251 U.S. 285 (1920).

Disponível em: <supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/case.html>

Acesso em: 6 de agosto de 2014.

Nardone v. United States 308 U.S. 338 (1939).

Disponível em: <supreme.justia.com/cases/federal/us/308/385/case.html>

Acesso em: 6 de agosto de 2014.

STF, HC 69.912-0/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Wong Sun v. United States 371 U.S. 471 (1963).

Disponível em: <supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/case.html>

Acesso em 25 de outubro de 2014.

Nix v. Williams 467 U.S. 431 (1984).

Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>

Acesso em 25 de outubro de 2014.

STF, HC 80948-1/ES, Rel. Min. José Néri da Silveira.

STF, RHC 90376/EJ, Rel. Min. Celso de Mello.

STF, HC 93050/RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Prova*, 1ª Edição, São Paulo, Editora RT, 2009, p.256

GILBERTO, André Marques. *O processo Antitruste Sancionador: Aspectos Processuais na Repressão das Infrações à Concorrência no Brasil*. São Paulo: Lex Editora, 2010.

DE ASSIS, Araken e MOLINARO, Carlos Alberto. *Comentários à Constituição do Brasil*, 1ª edição, Editora Saraiva, 2013, p. 437 a 440.