

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO  
1.316.369 DISTRITO FEDERAL**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:** Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão da Quinta Turma do TRF da 1ª Região que, reconhecendo a ilicitude das provas utilizadas no processo administrativo, anulou condenação imposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, em face de empresa do ramo de gases industriais e medicinais, por suposta formação de cartel.

Eis a ementa do acórdão recorrido:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). FORMAÇÃO DE CARTEL. MERCADO DE GASES INDUSTRIAIS E MEDICINAIS. MULTA. PROVA EMPRESTADA DO PROCESSO PENAL. RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (FRUITS OF POISONOUS TREE DOCTRINE). ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. AUTONOMIA. DESCOBERTA INEVITÁVEL. MITIGAÇÃO. DESCABIMENTO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA AUTONOMIA DA PROVA QUE FUNDAMENTOU A DECISÃO ADMINISTRATIVA. NULIDADE. EFETIVIDADE DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO. MAJORAÇÃO

I - Afigura-se nula a decisão proferida em processo administrativo perante o CADE, que condenou empresa do ramo de gases industriais e medicinais, por formação de cartel, tendo em vista que está fundamentada em acervo probatório diretamente decorrente de provas ilícitas produzidas no âmbito da ação criminal, assim reconhecidas em acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

II - Na espécie dos autos, não há que se falar em provas autônomas, uma vez que o material produzido na ação penal forneceu fundamento probatório imprescindível para o procedimento administrativo no CADE. Ademais, não prospera

## ARE 1316369 RG / DF

a pretendida mitigação da prova ilícita por derivação, com amparo na teoria da descoberta inevitável, na medida em que não restou demonstrado que a existência do aludido cartel seria fatalmente comprovada sem as informações decorrentes das interceptações telefônicas realizadas no juízo penal. Do contrário, o que se percebe é que os indícios de práticas anticompetitivas que o CADE dispunha não eram suficientes para conduzir a elementos fáticos que alavancassem uma condenação administrativa por infração à ordem econômica.

III - Com efeito, não se trata da aplicação irrestrita ao caso vertente da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of poisonous tree doctrine*), que conduz à contaminação das provas derivadas de evidências ilícitas, nos termos do § 1º do art. 157 do Código de Processo Penal, mas, sim, de prestigiar a norma constitucional inserta no inciso LVI do art. 5º da Carta Política Federal, que veda a admissão de provas obtidas por meios ilícitos, em qualquer processo judicial ou administrativo, promovendo, desse modo, a efetiva garantia instrumental do devido processo legal, posto que, na espécie dos autos, restou evidente que a condenação imposta pelo CADE fundamenta-se em elementos diretamente relacionados com o conjunto probatório declarado nulo nos autos da citada ação penal. Precedentes do TRF/1 a Região.

IV - No que tange à fixação da verba honorária, prospera a insurgência da promovente, eis que o valor não se encontra em conformidade com a regra do § 4º do art. 20 do CPC, então vigente, com vistas nos parâmetros previstos nas alíneas a, b e c do § 3º do aludido dispositivo legal. Assim, atentando-se para a importância da causa, a natureza da demanda, o princípio da razoabilidade, bem como respeitando o exercício da nobre função e o esforço despendido pelos ilustres advogados da autora, na espécie, afigura-se razoável a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de honorários de sucumbência.

V - Apelação do CADE desprovida. Apelação dos autores parcialmente provida, para majorar a verba honorária e deferir o pedido de substituição dos bens dados em garantia”.

## ARE 1316369 RG / DF

No recurso extraordinário, interposto pelo CADE, aponta-se ofensa aos arts. 5º, XII, LVI, e 170, caput, IV e V, da Constituição Federal.

Defende o recorrente a higidez do processo administrativo que resultou na condenação dos recorridos e dos demais envolvidos no assim chamado cartel dos gases hospitalares e industriais (eDOC 24, p. 85-107).

O recurso extraordinário não foi admitido na origem, sob o fundamento de que a ofensa sustentada pelo recorrente seria meramente reflexa, bem assim pela aplicação da Súmula 279/STF (eDOC 24, p. 216-219).

Iniciada a discussão no Plenário Virtual a respeito do reconhecimento da repercussão geral da matéria, o **eminente Ministro Edson Fachin** manifestou-se da seguinte forma:

**“A controvérsia em tela consiste em definir se há ou não ofensa ao art. 5º, LVI, do Texto Constitucional, considerando-se o reconhecimento da nulidade das provas consideradas ilícitas no processo penal, as quais foram emprestadas ao processo administrativo no âmbito do CADE.**

Observo, no entanto, que não há precedente específico do Plenário deste Supremo Tribunal Federal a respeito da controvérsia dos autos.

(...)

No caso, **não há discussão sobre a licitude ou não das provas, porquanto, já reconhecidas como ilícitas na esfera penal**, o que afasta a incidência da Súmula 279 do STF.

Ressalte-se que a matéria veiculada no presente recurso transcende os limites subjetivos do caso concreto e apresenta relevância, considerando, sobretudo, a nulidade do processo administrativo no âmbito do CADE, instaurado para apurar condutas configuradoras de infrações contra a ordem econômica, diante da utilização de provas reconhecidamente ilícitas na esfera penal.

Sendo assim, sem qualquer antecipação de juízo de mérito, compreendo prudente e submeto aos pares a proposta

## ARE 1316369 RG / DF

de exame da questão, **de modo a emitir decisão plenária com definitividade sobre o tema.**

Ante o exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional aqui exposta referente, em consequência, torno sem efeito a decisão monocrática por mim exarada em 10.12.2021 (eDOC 33).

Peço vênia, nesta oportunidade, para divergir parcialmente do eminente Relator, por entender não apenas pela existência de repercussão geral da matéria, como também pela **necessidade de reafirmação da jurisprudência dominante sobre a controvérsia constitucional deduzida no recurso extraordinário.**

A esse respeito, dispõe o art. 323-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que *“quando o relator não propuser a reafirmação de jurisprudência dominante, outro ministro poderá fazê-lo, mediante manifestação devidamente fundamentada”*.

É com base nesse dispositivo que proponho um maior alcance para a decisão a ser tomada no Plenário Virtual, evitando-se o estreitamento da decisão a um aspecto preliminar, relativo ao reconhecimento da existência de repercussão geral da matéria. **Entendo que a experiência do Tribunal permite que se avance nas discussões, para reafirmar a jurisprudência consolidada sobre o tema, no sentido da inadmissibilidade, em qualquer âmbito ou instância decisória, de provas declaradas ilícitas pelo Poder Judiciário.**

Afora a importância doutrinária do assunto, essa providência representaria um gesto explícito do Tribunal em direção ao reconhecimento da centralidade da garantia assegurada pelo art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República, que preconiza, com clareza meridiana, a impossibilidade de emprego de provas ilícitas em desfavor do cidadão, em qualquer âmbito ou instância decisória.

Ademais, um posicionamento claro do Tribunal sobre o tema revela-se necessário para **inibir a gestação de expectativas indevidas quanto a uma flexibilização dessa garantia constitucional, para, distorcendo o regime de liberdades públicas erigido pelo legislador constituinte,**

**alcançar objetivos conflitantes com o substrato ético do devido processo legal.**

Por isso, é fundamental assentar o óbvio: não é dado a nenhuma autoridade pública valer-se de provas ilícitas em prejuízo do cidadão, seja no âmbito de judicial, seja na esfera administrativa, independentemente da natureza das pretensões deduzidas pelas partes.

Em boa hora, o presente processo franqueia oportunidade para que a Corte, valendo-se das sempre valiosas lições do **eminente Ministro Celso de Mello**, reafirme que *“absoluta nulidade da prova ilícita qualifica-se como causa de radical invalidação de sua eficácia jurídica, destituindo-a de qualquer aptidão para revelar, legitimamente, os fatos e eventos cuja realidade material ela pretendia evidenciar”* (RE 251.445/GO, Rel. Min. Celso de Mello).

Afinal, o compromisso assumido pelos membros do Tribunal em face do texto constitucional não permite nenhuma espécie de transigência, ou de contemporização, ante a necessidade de refrear indevidas pretensões de aproveitamento de provas obtidas com violação a normas constitucionais.

Como já tive a oportunidade de lecionar no âmbito acadêmico, *“as regras que regulam e limitam a obtenção, a produção e a valoração das provas são direcionadas ao Estado, no intuito de proteger os direitos fundamentais do indivíduo atingido pela persecução penal”*. Por esse motivo *“a proteção da garantia quanto à inadmissibilidade da prova ilícita está em estreita conexão com outros direitos e garantias fundamentais, como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII), o direito ao sigilo profissional (art. 5º, XIII e XIV), ao devido processo legal (art. 5º, LIV) e à proteção judicial efetiva, entre outros.”* (MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional, 17ª edição, São Paulo, Saraiva, p. 630).

No mesmo sentido as lições de **Eugênio Pacelli**, para quem *“mais do que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais*

## ARE 1316369 RG / DF

*relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a valoração das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica” (Curso de Processo Penal, 21ª edição, São Paulo, Atlas, p. 351).*

Sobre o tema, há inúmeros precedentes do Tribunal, assentando a impossibilidade de valoração e aproveitamento, em desfavor do cidadão, de provas declaradas nulas em processos judiciais. Reporto-me aos seguintes julgados:

**“(...) 2. A prova emprestada utilizada sem o devido contraditório, encartada nos acórdãos que deram origem à condenação do extraditando na Itália, no afã de agravar a sua situação jurídica, é vedada pelo art. 5º, LV e LVI, da Constituição, na medida em que, além de estar a matéria abrangida pela preclusão, isto importaria verdadeira utilização de prova emprestada sem a observância do Contraditório, traduzindo-se em prova ilícita” (...)** (Ext 1085-ET-AV, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 03.04.2013).

Habeas Corpus. 2. Quebra de sigilo bancário e telefônico. Alegação de que as decisões proferidas pelo magistrado de primeiro grau não foram devidamente motivadas, por terem apresentado mera menção às razões expostas pelo *Parquet*. 3. Ausência de decisão com fundamentos idôneos para fazer ceder a uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional. **4. Prova ilícita, sem eficácia jurídica. Desentranhamento dos autos.** 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, deferido. (HC 96056, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/06/2011)

Mandado de Segurança. 2. Direito administrativo. 3. Acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU). 4. Uso de

## ARE 1316369 RG / DF

provas oriundas de interceptações telefônicas obtidas no âmbito da “Operação Navalha”. **5. Provas declaradas nulas pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito 3.732.** 6. Doutrina dos frutos da árvore envenenada. **7. Valoração das provas ilícitas pelo TCU em controle externo.** 8. **Impossibilidade.** 9. Segurança concedida (MS 36173, da minha relatoria, Segunda Turma, DJe 02-07-2021)

No mesmo sentido, é farta a jurisprudência do Tribunal no sentido da admissibilidade, em processos administrativos, de prova emprestada do processo penal, **desde que produzida de forma legítima e regular, com observância das regras inerentes ao devido processo legal:**

HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO. DESDOBRAMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. IDENTIFICAÇÃO, NO CURSO DAS DILIGÊNCIAS, DE POLICIAL MILITAR COMO SUPOSTO AUTOR DO DELITO APURADO. DESLOCAMENTO DA PERSECUÇÃO PARA A JUSTIÇA MILITAR. VALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO DEFERIDA PELO JUÍZO ESTADUAL COMUM. ORDEM DENEGADA. 1. Não é ilícita a prova obtida mediante interceptação telefônica autorizada por Juízo competente. O posterior reconhecimento da incompetência do Juízo que deferiu a diligência não implica, necessariamente, a invalidação da prova legalmente produzida. A não ser que “o motivo da incompetência declarada [fosse] contemporâneo da decisão judicial de que se cuida” (HC 81.260, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence). 2. Não há por que impedir que o resultado das diligências encetadas por autoridade judiciária até então competente seja utilizado para auxiliar nas apurações que se destinam a cumprir um poder-dever que decola diretamente da Constituição Federal (incisos XXXIX, LIII e LIV do art. 5º, inciso I do art. 129 e art. 144 da CF). **Isso, é claro, com as ressalvas da jurisprudência do STF quanto aos limites da chamada prova emprestada** 3. Os elementos informativos de uma investigação criminal, ou as provas colhidas no bojo de

instrução processual penal, desde que obtidos mediante interceptação telefônica devidamente autorizada por Juízo competente, admitem compartilhamento para fins de instruir procedimento criminal ou mesmo procedimento administrativo disciplinar contra os investigados. Possibilidade jurisprudencial que foi ampliada, na Segunda Questão de Ordem no Inquérito 2.424 (da relatoria do ministro Cezar Peluso), para também autorizar o uso dessas mesmas informações contra outros agentes. 4. Habeas corpus denegado. (HC 102293, Rel. Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe 19-12-2011)

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEMISSÃO DE POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS AUTORIZADAS JUDICIALMENTE.

(...)

3. Dados obtidos em interceptações telefônicas realizadas com chancela judicial, no curso de investigação criminal ou de instrução processual penal, podem ser utilizados como prova emprestada em processo administrativo disciplinar. Precedentes (...). (RMS 30295-AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 13-02-2019)

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO MINISTRO DA FAZENDA. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NEGATIVA DE PROVIMENTO DO RECURSO. (...)

4. A jurisprudência desta Corte admite o uso de prova emprestada em processo administrativo disciplinar, em especial a utilização de interceptações telefônicas autorizadas



## ARE 1316369 RG / DF

**judicialmente** para investigação criminal. Precedentes. 5. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS 28774, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Relator para acórdão Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 25-08-2016)

No presente caso, como bem salientado pelo **eminente Ministro Edson Fachin**, não há dúvidas quanto à flagrante ilicitude das provas utilizadas no julgamento realizado no âmbito do CADE. Ao contrário, o acórdão recorrido afirma categoricamente que **a condenação imposta no âmbito administrativo baseou-se em provas que tiveram origem, direta ou indiretamente, em interceptações telefônicas que foram tidas como ilícitas pelo Superior Tribunal de Justiça.**

Transcrevo, no que importa, fragmentos do acórdão recorrido:

“Óbice jurídico à validade do julgamento e à imposição das sanções (Ilegalidade na produção das provas)

Entretanto, a evidência avassaladora dos documentos no sentido de que houve efetivamente a formação do cartel, causando um prejuízo bilionário para a economia pública e resultando em um enorme proveito econômico espúrio para seus partícipes, tudo isso cai por terra ante a sentença proferida nos autos Ação Criminal nº 4517-95.2009.403.6181, 3ª Vara Federal Criminal de São Paulo.

Essa sentença, baseada em acórdão proferido pelo STJ no HC 190.334-SP, **entendeu pela ilicitude das provas produzidas por meio de interceptação telefônica (porque originada de denúncia anônima sem a realização de nenhum outro ato investigativo ou de prospecção para a aferição de sua idoneidade)**, maculando todas as outras provas produzidas, e julgou extinto o processo sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir superveniente.

De fato, não há negar que todas as conclusões a que chegou o órgão de defesa da concorrência apesar de também terem-se baseado em evidências colhidas pelo próprio órgão, tiveram origem, direta ou indiretamente, nos dados e documentos obtidos no processo criminal em trâmite na 3ª Vara

## ARE 1316369 RG / DF

Criminal Federal da Seção Judiciária do estado de São Paulo, que foram tidos como ilícitos pelo STJ ao proferir o acórdão no HC 190.334-SP.

(...)

Como visto, a pretensão recursal do CADE não merece prosperar, na medida em que a penalidade imposta aos autores, em razão do Procedimento Administrativo nº 08012.009888/2003-70 perante o CADE, está fundamentada em acervo probatório diretamente decorrente de provas ilícitas produzidas no âmbito da Ação Criminal nº 4517-95.2009.403.6181, uma vez que resultam de interceptações telefônicas realizadas em razão de denúncia anônima. (...)

Em sendo assim, embora o recorrente afirme que há elementos probatórios suficientes para a condenação do apontado cartel, independentemente das provas declaradas nulas na esfera criminal, verifica-se dos elementos carreados para os presentes autos que o material produzido na mencionada ação penal forneceu fundamento probatório imprescindível para a definição do procedimento administrativo no CADE, não havendo, assim, que se falar em outras provas independentes das ilícitas”.

Como se observa das conclusões fáticas do acórdão recorrido, o Tribunal de origem, analisando o acervo probatório acostados autos, concluiu que as provas utilizadas pelo CADE para aplicação da penalidade administrativa derivaram, direta e indiretamente, de interceptações telefônicas consideradas ilícitas pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 190.334-SP.

Ante essas premissas, não há espaço para acolher as teses defendidas pela autarquia, as quais conduziriam a um indevido aproveitamento de provas ilícitas em processo de fiscalização inaugurado para apuração de suposta formação de cartel.

Acolher semelhante raciocínio corresponderia a um grave atentado contra a literalidade do art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República, que preconiza **a inadmissibilidade, no processo, de provas obtidas com**

## ARE 1316369 RG / DF

**violação a normas constitucionais ou legais.** Além disso, ensejaria uma afronta ao entendimento sedimentado nesta Corte, que **estabelece limites rígidos para o uso de prova emprestada em processos administrativos.**

Ante o exposto, peço vênia para voto no sentido de reconhecer a repercussão geral da questão constitucional deduzida pelo recorrente e, **reafirmando a jurisprudência consolidada do Tribunal,** negar provimento ao recurso extraordinário.

Por fim, proponho a fixação da seguinte tese de repercussão geral:

“São inadmissíveis, em processos administrativos de qualquer espécie, provas consideradas ilícitas pelo Poder Judiciário”.