



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL NA AÇÃO ANULATÓRIA Nº 0049539-03.2010.4.01.3400/DF
Processo na Origem: 495390320104013400

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE
APELANTE : IBG INDÚSTRIA BRASILEIRA DE GASES LTDA
ADVOGADO : SP00017345 - CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES
APELANTE : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
PROCURADORA : ADRIANA MAIA VENTURINI
APELADOS : OS MESMOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE

(RELATOR):

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida pelo Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da Ação Anulatória ajuizada por INDÚSTRIA BRASILEIRA DE GASES LTDA. - IBG e NEWTON OLIVEIRA contra o CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, em que se busca a declaração de nulidade do procedimento administrativo nº 08012.009888/2003-70, no qual os autores foram condenados por formação de cartel, assim como da multa aplicada no valor de R\$ 8.464.063,31 (oito milhões, quatrocentos e sessenta e quatro mil reais e trinta e um centavos) e R\$ 84.640,63 (oitenta e quatro mil, seiscentos e quarenta reais e sessenta e três centavos), julgou procedente o pedido inicial declarando nulo o referido procedimento administrativo (fls. 9091/9108). Os réus foram condenados ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), bem assim foi indeferido o pedido de substituição da garantia prestada.

Em suas razões recursais (fls. 9128/9145), o CADE defende, inicialmente, a necessidade de reunião das ações envolvendo o cartel de que trata a sentença monocrática, de modo que sejam julgadas em conjunto por este egrégio Tribunal. Sustenta que recolheu elementos probatórios suficientes para a condenação do cartel independentemente do material obtido com a busca e

apreensão criminal. Alega que o reconhecimento da ilicitude da prova fundada em denúncia anônima, pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 190.334/SP, possui eficácia restrita à esfera penal, impedindo que se considere a prova ilícita para outros fins. Afirma que a sentença monocrática deve ser reformada, uma vez que não atentou para outras provas existentes no procedimento administrativo, bem como sequer teria considerado as limitações existentes na aplicação da teoria da árvore dos frutos envenenados. Requer, assim, o provimento do recurso de apelação, para que seja reformada a sentença recorrida e julgado improcedente o pedido.

Os autores, por sua vez, nas razões de fls. 9111/9120, requerem, preliminarmente, o conhecimento do agravo retido nos autos, *“unicamente no caso (que não se espera) de provimento de eventual recurso do Conselho”*. Quanto ao mérito, pretendem, em resumo, a substituição dos bens dados em garantia pelo imóvel indicado nos autos, assim como a dispensa da garantia após o julgamento da apelação, além da majoração da verba honorária para no mínimo 5% (cinco por cento) do valor controvertido atualizado.

Com as contrarrazões, subiram os autos a este egrégio Tribunal, manifestando-se a douta Procuradoria Regional da República pelo desprovimento da apelação dos autores e pelo provimento da apelação do CADE.

Este é o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL NA AÇÃO ANULATÓRIA Nº 0049539-03.2010.4.01.3400/DF
Processo na Origem: 495390320104013400

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE
APELANTE : IBG INDÚSTRIA BRASILEIRA DE GASES LTDA
ADVOGADO : SP00017345 - CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES
APELANTE : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
PROCURADORA : ADRIANA MAIA VENTURINI
APELADOS : OS MESMOS

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE

(RELATOR):

No mérito, o juízo monocrático examinou e decidiu a lide, nos termos seguintes:

“(…)

Requerimento de substituição dos imóveis dados em garantia pelos autores.

Indefiro a substituição pretendida, pois, como asseverou o MPF, a aceitação de bens imóveis como garantia do valor da multa aplicada constitui-se em exceção. Além disso, não há motivação jurídica para tal substituição, sendo oportuno destacar que a decisão do STJ quanto à ilicitude das provas, ainda que interfira na decisão do mérito, não é motivo para substituir-se à garantia já prestada. Garantia que, diga-se, foi proposta pelos autores, não havendo que se falar em onerar seu patrimônio. Por fim, dada a natureza processual da garantia, ela deve permanecer até o trânsito em julgado, considerando a inexistência de fato juridicamente relevante que justifique a substituição.

Requerimento do MPF quanto à juntada da íntegra do processo administrativo nº 08012.009888/2003-70.

Indefiro. É desnecessária a juntada do processo administrativo na íntegra, pois os elementos constantes dos autos são suficientes para compreensão da matéria e convencimento do juízo.

Considerações iniciais.

Ressalta o Cade, em sua resposta, que, para a condenação pela ocorrência de infração à ordem econômica, foram necessários mais de seis anos de trabalhos de vários técnicos, entre os quais operadores do direito e economistas, formando um acervo de 65 volumes processuais e inúmeros gastos públicos. A assertiva merece registro, porque denota um enorme esforço para a caracterização de atos nocivos que implicaram em aumentos de preços e restrição de oferta, atingindo consumidores pelo afastamento do mercado ou pelos preços excessivamente altos. Assim também a economia nacional foi atingida pela formação de cartéis, pela alocação ineficiente de recursos e diminuição da produção, do emprego e da renda, gerando a

necessidade de severa fiscalização em nome da salvaguarda da economia, do mercado e dos consumidores.

O autor, entretanto, no exercício de direito constitucionalmente assegurado, ajuizou esta demanda com o escopo de desconstituir o trabalho de investigação e o processo administrativo que redundou em sua condenação ao pagamento de multa pela participação no esquema do cartel. Para tanto, alinhava uma série de argumentos, que passo a apreciar:

Ausência de intimação para instauração de processo administrativo.

Não merece prosperar tal alegação, pois a intimação para apresentação de defesa prévia comprometeria a eficácia da investigação. Como consignado no processo administrativo, o prazo para defesa durante a investigação possibilitaria a destruição de provas e a obstrução de diligências.

Utilização de documentos inválidos e desprovidos de força probatória para justificar a adesão da IBG no cartel.

O argumento dos autores é de que a condenação administrativa baseou-se apenas em uma cópia impressa de suposto arquivo eletrônico, sem nenhum elemento de identificação, enviado por e-mail pelo autor Newton Oliveira para Walter Pilão.

A decisão administrativa é taxativa em referenciar vários documentos em que se evidencia a participação dos autores no cartel. A começar pelo chamado anexo 9, o qual se inicia com um e-mail enviado por Newton de Oliveira e impresso por Walter Pilão. Em tal documento são discutidas formas de participação no esquema, envolvendo filiais da IBG, além de sugerir-se o estabelecimento de conta corrente (meio utilizado por todos os participantes do cartel), compensando-se os problemas de retorno das filiais da IBG com clientes novos (fl. 7.146).

Destaca-se: “(...) a data deste e-mail: 09 de abril de 2003. Coincidentemente, o anexo 7, apreendido com Cerezine, apresenta a data de 08 de abril de 2003, e, destaque-se, nesse período ele era funcionário da IBG. Analisando-se os dois anexos, 07 e 09, observa-se que a versão das regras contidas no anexo 09 é exatamente a mesma do anexo 07, com a única diferença de que naquela foram acrescentados comentários (que se encontram sublinhados). O anexo 07 trata, portanto, da versão base em que os comentários da versão 09 foram acrescentados. Nada mais plausível, portanto, que o documento encontrado junto ao e-mail realmente seja o anexo ‘carta1.doc’ de autoria de Newton de Oliveira vez que, no dia anterior, um funcionário seu, Cerezine, tinha exatamente o mesmo documento” (fls. 7.147/8).

Menciona-se, também, o anexo 13, que contém lista impressa de perdas e ganhos em relação à Aga, AL, AP e IBG, assim como o anexo 24, em relação à AL e à IBG (fls. 7.153 e 7.155). Mais adiante, às fls. 7.158/9, explica-se a relação de ganhos de clientes pela IBG. No tópico 4.4 Outras Evidências de Colusão (fl. 7.166), é abordada a

questão de a IBG inicialmente não fazer parte do cartel, mas ter aderido posteriormente, fato que elimina o argumento dos autores de que ela seria considerada pelo cartel como fora da conta.

Cerceamento de defesa.

Não ocorreu o alegado cerceamento de defesa, pois o relator do processo administrativo esclareceu que foi dada vista de todos os apartados confidenciais remetidos pelo Poder Judiciário a todas as representadas. Além disso, de agosto de 2004 até a data da decisão, elas "(...) tiveram inúmeras oportunidades de adequar as suas defesas aos elementos que foram gradualmente sendo coligidos. Em nenhum momento se tolheu a possibilidade de as investigadas trazerem novas manifestações para influenciar a convicção do CADE" (fl. 7.110).

Comprovação da prática de formação de cartel

A par dos argumentos produzidos na inicial, o volume de provas, colhidas entre os documentos apreendidos, é contundente e evidencia, sem nenhuma dúvida, a prática de formação de cartel.

Com efeito, os documentos que formam os anexos de 1 a 9 do processo administrativo compõem-se de uma série de versões de regras para acordos entre as empresas envolvidas. A maioria foi encontrada na sala de Moacyr de Almeida Netto, que trabalhava na empresa Aga, versando sobre a fixação de preços e divisão de mercado entre as empresas AL, Aga, AP, WM e IBG. A título de exemplo: o anexo 1 continha a determinação de não cobrar preço menor do que o praticado, regras acerca da possibilidade de disputa de novos clientes, clientes já existentes e clientes que mudarem de endereço (fl. 7.140); o anexo 3 estabelece que gás refrigerante seria só "verde" e gelo seco seria só "verde e azul" sendo que verde é a cor da WM e azul da AL; perdas por erros de documentação seriam repostas no próximo evento público (licitação); previsões para o caso de um cliente mudar de endereço, mudar sua demanda de gás para líquido, aumentar o consumo etc (fls. 7.141). E assim por diante, em inúmeras comprovações de que, efetivamente, havia acerto entre as empresas quanto à divisão dos mercados, à formação dos preços e a compensações mútuas decorrentes da flutuação de clientes, com interferência direta em licitações, além de indicação de "próxima reunião" em 29/9/98 a indicar que o cartel atuava há muito tempo.

Outro indicador de extrema relevância da existência do cartel é a conta-corrente, criada para permitir a divisão dos ganhos entre os participantes. O anexo 4 ilustra uma das formas de utilização da conta-corrente: duas contas separadas, industrial e medicinal; contas-correntes regionais; o percentual de participação fixado por região. No anexo 10, por exemplo, ilustram-se os ganhos e as perdas das empresas. A primeira folha contém uma série de contas-correntes separadas para cada empresa com os dados apresentados em forma contábil, em colunas de perdas e ganhos relacionadas aos clientes. Dados idênticos aos encontrados em diferentes empresas. Já no anexo 19, encontram-se divergências de posições entre a WM e a AP, demonstrando disputa acerca de valores de faturamento e ajustes

necessários para a revisão da conta mantida entre essas duas empresas: a WM afirmaria que a AP não teria informado a obtenção dos clientes Menedim, Ara Ashaland, Hospital Vila Nova, Intral, Hospital Vera Cruz, Santa Casa Rio Claro e Basf, além do valor do faturamento relativo a Villares e Morlan ser inferior ao fixado na conta-corrente (fls. 7.153/4).

A utilização do mecanismo da conta-corrente como forma de garantir a manutenção do esquema do cartel é irrefutável. Os documentos são profusos e altamente convincentes. A fl. 7.156, o relator do processo administrativo rebate um dos argumentos da defesa (de que o uso da conta-corrente serviria para acompanhamento de mercado) ao afirmar que o teor dos documentos afasta tais argumentos; o fato de todas as empresas utilizarem o mesmo peculiar mecanismo para os concorrentes enfraquece a tese. Além disso, as empresas faziam cálculos, e negociavam entre si as compensações, a respeito de diferenças positivas ou negativas percebidas em relação a cada concorrente específico. E assim outras tantas evidências, como a quebra de acordo da Aga, por exemplo, ao fornecer o produto à IC Carnes Minerva por 0,26 enquanto deveria ter sido por 0,33, demonstrando a expectativa da WM de que a Aga cumprisse acordo previamente firmado. Ou a menção em documento de que outros integrantes do cartel deveriam ser consultados antes de fechar contrato com determinado cliente.

As evidências documentais são pródigas e se estendem ao longo de páginas e páginas da decisão combatida. Conclui o relator pela ocorrência de "(...) contatos entre os competidores com o intuito e o efeito de suprimir a concorrência e dividir mercados. O acordo se sustentava no poder de mercado detido conjuntamente pelas representadas e buscava regular as relações das empresas em todos os negócios de gases em que atuavam. Tem-se assim configurada a ocorrência de infração punível prevista no art. 20, incisos I e II, da Lei nº 8.884/94. (...) a função primordial do CADE é proteger a concorrência como mecanismo de orientação da atividade econômica. Quando competidores entram em contato para minimizar o nível de disputa entre si, já há aí um prejuízo à sociedade. Nesta situação, a atividade econômica passa a ser orientada não pelas demandas do cliente, e sim pelas demandas dos parceiros no acordo espúrio" (fl. 7.177).

Inexistência de homogeneidade nos custos de produção.

Tal argumento foi adequadamente refutado administrativamente, porque se a IBG apresentasse condições muito inferiores às demais concorrentes do mercado, ela não se sustentaria em mercado com tamanha competitividade como o dos gases. A esse respeito, o Cade salientou, em sua resposta, que, anteriormente ao seu ingresso no cartel, a IBG fora vencedora em licitação, referente ao Hospital de Clínicas de São Paulo, em igualdade de condições com as demais integrantes do cartel, oferecendo a melhor proposta para o

fornecimento de gás hospitalar, com diminuição de R\$ 3,80 para R\$ 1,59 por m³ (fl. 8.634).

Erro na base de cálculo utilizada para o cálculo da multa.

Não foi desarrazoado o cálculo da multa, pois, Conforme argumenta o Cade em sua resposta, a multa incide sobre a totalidade do faturamento sem levar em conta o mercado. Além disso, a base de cálculo abrange apenas um ano do faturamento do infrator, enquanto as infrações podem se estender por muito mais tempo. Por fim, o fato de que a empresa infratora auferir lucros altos com os esquemas de controle de mercado e clientes, o que não seria possível dentro da normalidade do mercado competitivo, justifica a aplicação da pena sobre o faturamento da empresa como um todo.

Exclusão seletiva dos impostos.

A alegação é de que não foram considerados todos os tributos no cumprimento do art. 23, 1 da Lei n° 8.884/94. No entanto, verifico que o Cade remeteu ofício às empresas envolvidas, concedendo tempo hábil para a informação sobre quais impostos deveriam ser descontados em caso de condenação. Se o autor/empresa não informou aqueles impostos oportunamente, não pode agora impugnar a forma de apuração adotada pelo Cade.

Ilegalidade de aplicação da Selic.

O argumento dos autores não prospera, em face da pacificação da jurisprudência sobre o tema. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CADE. MULTA. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA NA BASE DE CÁLCULO DA MULTA DE VALORES PAGOS A TÍTULO DE IMPOSTOS. DESCABIMENTO. 1 - Nos termos do art. 11 da Lei 9.021/95, a multa aplicada pelo CADE será corrigida segundo os critérios de atualização dos tributos federais pagos em atraso. II - O egrégio Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do recurso representativo de controvérsia, REsp. 879.844/MG, da relatoria do ilustre Ministro LUIZ FUX (Dje 25.11.2009), reconheceu a legalidade da aplicação da Taxa SELIC na correção dos débitos que os contribuintes tenham para com a Fazenda Pública Federal. Em sendo assim, afigura-se juridicamente possível, na hipótese dos autos, a utilização da Taxa SELIC como fator de correção da multa pelo CADE. III - Na espécie dos autos, deve ser excluída da base de cálculo da multa aplicada pelo CADE o valor recolhido pela impetrante a título de IPTU, IPVA e IOF, posto que, conforme se verifica do acórdão proferido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica nos autos do processo administrativo n° 08012.006019/2002-11, os Conselheiros da aludida autarquia, por unanimidade, condenaram a impetrante no pagamento de multa equivalente a 1% (um por cento) de seus faturamentos brutos no ano de 2001, excluídos, contudo, os impostos, razão por que não se afigura cabível, no caso, a incidência dos referidos impostos na base de cálculo da multa aplicada. IV - Apelação da impetrante

desprovida. Apelação do CADE e remessa oficial parcialmente providas.

(AMS 0027850-34.2009.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.89 de 17/09/2013)

Ausência de motivação.

Este argumento não encontra respaldo nas provas, especialmente aquelas elencadas na decisão condenatória no âmbito administrativo. As condutas foram devidamente individualizadas, com base nos documentos encontrados. No que se refere à IBG: “(...) realizou contatos com seus concorrentes para limitar a concorrência, principalmente por meio da divisão de mercados. A empresa participou de acordos para dividir clientes entre os membros do cartel e de acordos para não agressão de clientes entre empresas. A representada também aderiu ao uso da conta corrente como mecanismo de compensação de perdas, divisão de lucros e solução de controvérsias e disputas no âmbito do cartel.

A participação específica da IBG na conduta é evidenciada nas referências à participação dessa empresa e de seus funcionários contidas em documentos obtidos nas sedes das demais representadas, cabendo destaque ao anexo 09 (apreendido na sede da AL, na sala de Pilão) e 07 (apreendido na sede da AP na sala de Cerezine). Do acervo probatório contido nos autos, nota-se que essa representada: 1) conhecia, consentiu e participou na elaboração de acordos para fixação de regras para o cartel; 2) empregava o mecanismo de conta corrente como instrumento de monitoramento de mercado e realização de acordos entre participantes do cartel” (fls. 7.181/2).

Sobre Newton de Oliveira: “(...) realizou contatos com seus concorrentes para limitar a concorrência, principalmente por meio da divisão de mercados. Participou de acordos para dividir clientes entre os membros do cartel e de acordos para não agressão de clientes entre empresas, bem como o uso da conta corrente como mecanismo de compensação de perdas, divisão de lucros e solução de controvérsias e disputas no âmbito do cartel.

A participação específica de Oliveira na conduta é evidenciada no anexo 9 (apreendido na sede da AL, na sala de Pilão), no qual se nota que esse representado conhecia, consentiu e participou na elaboração de acordos para fixação de regras para o cartel, tendo enviado seus comentários acerca das regras a Walter Pilão” (fl. 7.182).

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 participantes, 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 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.

Baseou-se o STJ para anular todas as provas obtidas no referido processo criminal na teoria dos frutos da árvore envenenada (“fruits of poisonous tree doctrine”), adotada no Brasil originalmente pelo STF nos HC 69.912-O-RS, HC 71351 e HC 72.588, seguindo doutrina desenvolvida nos Estados Unidos. Todavia, nos Estados Unidos essa teoria é voltada para coibir excessos da autoridade policial e sofreu muitas mitigações e atenuações, não apresentando naquele país, atualmente, o rigor com que é seguida no Brasil, do que é exemplo flagrante este caso.

Sem embargo dessas considerações, certo é que sendo ilícitos tais documentos e informações originários, eles não poderiam justificar a instauração do processo administrativo nem embasar as conclusões de formação do cartel por parte do Cade, não restando outra opção a este juízo que não invalidar o julgamento do Cade, deixando ilesos os responsáveis pela formação do cartel, incólume o proveito espúrio por eles obtido e desprovida de reparação a economia nacional.

Posto isso, o acolhimento do pedido é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, com resolução do mérito (art. 269, 1, do CPC), para declarar a nulidade do processo administrativo no 08012.009888/2003-70.

Custas em ressarcimento. Condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

(...).” (grifo original)

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. A esse respeito, a propósito, restou consignado no Acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 190.334/SP (Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 09/06/2011), **in verbis**:

“5. Essa questão jurídica da delação anônima se mostra a cada dia mais frequente nas instâncias judiciais, inclusive no colendo STJ, cujo escopo consiste, geralmente, em se saber se é legítima – ou não – a instauração de inquéritos policiais a partir de comunicações apócrifas chegadas ao conhecimento da Autoridade Policial ou do Ministério Público, sendo que, neste último caso, indaga-se da legitimidade da promoção de denúncias penais.

6. O que importa analisar é se esses informes bastariam – ou não – para por em movimento o aparato repressor do Estado – as instituições policiais e judiciais – tendo em vista o quadro normativo que disciplina a atividade dos operadores desse mesmo aparato; e a análise se impõe justamente por causa dos limites legais e jurídicos que fixam os âmbitos dentro dos quais esses operadores podem validamente atuar, isto é, as invioláveis balizas externas e superiores às suas vontades subjetivas ou aos seus desejos pessoais, aos seus ímpetos punitivos ou saneadores, por mais elevados e admiráveis que sejam os seus propósitos.

7. A questão da delação anônima tem sido vista como uma questão de princípio constitucional; no STF, colhe-se a diretriz que aponta para a sua inaceitabilidade: (a) para o douto Ministro Marco Aurélio, não serve à persecução criminal notícia de prática criminosa sem identificação da autoria, consideradas a vedação constitucional do anonimato e a necessidade de haver parâmetros próprios à responsabilidade, nos campos cível e penal, de quem a implemente (HC 84.827-TO, DJe 147, em 22.11.2007; DJU 23.11.2007, p. 79; Ement., 2300-03, p. 435); (b) na visão do eminente Ministro CARLOS MÁRIO VELOSO, é inconstitucional o dispositivo do RI/TCU que estabeleceu o sigilo do apresentante de denúncia anônima àquele Tribunal, por ofensa ao art. 5º., V, X, XXXIII e XXXV da Carta Magna (DJU 23.04.2004, p. 9, Ement., 2148-03, p. 575 e RTJ 192-02, p 655).

8. No âmbito do STJ não se detecta relutância jurisprudencial quanto ao tema, pois já assentou a Corte Especial a rejeição de delação anônima, por incompatível com as garantias processuais individuais, frente ao poder estatal: para o preclaro Ministro NILSON NAVES, se as investigações preliminares foram

iniciadas a partir de correspondência eletrônica anônima (e-mail), tiveram início, então, repletas de nódoas, tratando-se, pois, de natimorta notícia (HC 95.838-RJ, DJU 11.02.07; AgReg na Sind 100-TO, DJU 30.03.09).

9. Na esmerada percepção do Ministro NAVES, em nosso conjunto de regras jurídicas, normas existem sobre sigilo, bem como sobre informação; enfim, normas sobre segurança e normas sobre liberdade, daí porque havendo normas de opostas inspirações ideológicas – antinomia de princípio –, a solução do conflito (aparente) há de privilegiar a liberdade, porque a liberdade anda à frente dos outros bens da vida, salvo à frente da própria vida (id., ib.).

10. Essa orientação é acolhida pelos mais eminentes Ministros da Corte; (a) o ínclito Ministro ARI PARGENDLER, seu atual Presidente, afirma que o art. 5º, item IV, da Constituição Federal garante a livre manifestação do pensamento, mas veda o anonimato, por isso que a carta anônima (...) não pode, portanto, movimentar polícia e Justiça sem afrontar a aludida norma constitucional (QO na Sind 81-SP, DJU 28.08.06); (b) o acatado Ministro CESAR ASFOR ROCHA, ilustre Decano do STJ, também adota essa mesma compreensão, afirmando acertadamente que o sistema jurídico do País e o seu ordenamento positivo não aceitam que o escrito anônimo possa, em linha de princípio e por si, isoladamente considerado, justificar a imediata instauração da persecutio criminis, porquanto a Constituição proscreve o anonimato (art. 5º, IV), daí resultando o inegável desvalor jurídico de qualquer ato oficial de qualquer agente estatal que repouse o seu fundamento sobre comunicação anônima (HC 159.159-DF, DJU 20.05.10).

11. Em resumo, a orientação hoje acolhida nas Cortes Superiores do País, é de que, em razão da vedação constitucional ao anonimato, denúncias de autoria desconhecida não podem servir, por si sós, para embasar medidas de interceptação telefônica, de instauração de IPL ou a deflagração de processo criminal, admitindo-se, apenas, que essas notícias silenciosas conduzam à realização de investigações preliminares pelos órgãos competentes.

12. Assim, no caso concreto, ao meu sentir, muito embora se tente emprestar ares de legalidade à medida de quebra de sigilo telefônico, ao argumento de que ela não derivou exclusivamente da denúncia anônima feita à Secretaria de Direito Econômico, mas também restou embasada nos procedimentos administrativos em curso perante esse órgão contra as empresas fabricantes e comercializadoras de gás industrial, o fato é que o Inquérito Policial e o pedido de interceptação telefônica somente foram formalizados após o recebimento das referidas denúncias apócrifas (feitas em 19 e 22.12.2003), que gerou imediata solicitação por parte da SEDE da providência de quebra do sigilo telefônico (22.12.2003), pedido este

acatado incontinenti pelo Ministério Público na mesma data (fls. 352/353), sem a realização de qualquer outro ato investigativo ou de prospecção para a aferição da sua idoneidade, condutas essas abonadas pelo Juízo que, imediatamente, deferiu a medida requerida, já no dia seguinte, ou seja, em 23.12.2003 (fls. 550/552).

13. *Nunca é demais frisar que a regra, insculpida na Constituição, é de que a correspondência, as comunicações telegráficas, de dados e telefônicas são protegidas pelo sigilo (art. 5o., XII da CF). A violação do sigilo telefônico é admitida pela norma constitucional, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, desde que a decisão que a determine seja fundamentada (art. 5o. da Lei 9.296/96) e, mais ainda, que tenham sido esgotados ou que inexistam outros meios de obtenção de prova, conforme se depreende da Lei 9.296/96 que regulamentou a matéria, que, no inciso II do art. 2º, afirma, categoricamente que não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando a prova puder ser feita por outros meios.*

14. *É indispensável, assim, nos termos da norma constitucional e da norma legal que a regulamentou, a identificação clara e precisa dos indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, e a demonstração de que somente por meio dessa medida extrema se poderá apurar o ilícito penal sob investigação; dessa forma, a sistemática do nosso ordenamento jurídico constitucional não permite a movimentação de aparato investigatório oficial, seja ele qual for, sem um mínimo de prova, não sendo mesmo razoável que aqueles indícios de autoria possam ser recolhidos a partir somente de uma denúncia apoiada no anonimato do denunciante, sem o apoio de outros elementos probatórios mais densos, robustos e, principalmente, confiáveis.”*

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.

Ademais, não prospera a pretendida mitigação da prova ilícita por derivação, na medida em que, de acordo com a teoria da descoberta inevitável, “*construída pela Suprema Corte norte-americana no caso Nix x Williams (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que*

vinculariam os pacientes [os autores] ao fato investigado." (HC 91867, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012), o que não ocorre, na hipótese. Isso porque 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.

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 do devido processo legal, posto que, na espécie dos autos, resta 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.

Nessa linha de inteligência, decidiu o excelso Supremo Tribunal Federal, conforme se vê do seguinte julgado:

PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO,

MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL.

- Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF).

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou

condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g.. (RHC 90376, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321 RTJ VOL-00202-02 PP-00764 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147)

Nesta linha de raciocínio, já decidiu a colenda Quinta Turma deste egrégio TRF/1ª Região, nos termos seguintes:

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. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA INDEFERIDO, NA ESPÉCIE DOS AUTOS. AFRONTA À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO.

I - A formulação de pedidos de assistência, à queima-roupa, às vésperas da sessão de julgamento, revela, sem dúvida alguma, seu caráter manifestamente protelatório do julgamento e agressor da garantia fundamental da razoável duração do processo. Deveriam ter sido formulados ainda durante a fase de instrução processual perante o juízo singular, com a possibilidade, inclusive, se fosse o caso, de uma ampla dilação probatória como antevista nos termos do art. 51, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil vigente. Ademais, os argumentos trazidos pelas entidades associativas como assistentes não revelam, em parte alguma de seus requerimentos, o necessário interesse jurídico para serem admitidas como assistentes, ainda que simples, do CADE nos presentes autos.

II – 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.

III – 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 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.

IV - 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, resta 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.

V - 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, 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.

VI – Apelação do CADE desprovida. Apelação da promovente provida para majorar a verba honorária.

(AC 0049217-80.2010.4.01.3400/DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 de 19/01/2016)

Com efeito, resta prejudicado o conhecimento do agravo retido às fls. 8803/8808, tendo em vista a manutenção da sentença no que tange à anulação do processo administrativo questionado.

No que tange à fixação da verba honorária, prospera a insurgência dos promoventes, 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.

Por fim, merece acolhida a pretendida substituição dos bens dados em garantia, uma vez que não se vislumbra qualquer prejuízo ao promovido, notadamente porque o direito dos promoventes tem sido confirmado também nesta instância. Por outro lado, não é caso de liberação da garantia após o presente julgamento, e antes do trânsito em julgado, tendo em vista que expõe o CADE a sério risco quanto a eventual inadimplemento da multa imposta, a qual só estará absolutamente afastada com o trânsito em julgado deste **decisum**.

Com estas considerações, **nego provimento à apelação do CADE e dou parcial provimento à apelação dos promoventes**, para majorar a verba honorária a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), bem como para determinar a substituição dos bens dados em garantia pelo imóvel indicado às fls. 8844/8851, destes autos, até o trânsito em julgado desta decisão judicial.

Este é meu voto.