

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Inicialmente, ressalto que os embargos de declaração são cabíveis para sanar a ocorrência de obscuridade, contradição e omissão, bem como para corrigir eventual erro material (art. 1.022 do CPC).

No presente caso, não se verifica nenhuma dessas hipóteses.

Registre-se que os embargos de declaração não constituem meio processual cabível para reforma do julgado, não sendo possível atribuir-lhes efeitos infringentes, salvo em situações excepcionais, não vislumbradas no presente caso.

Como já demonstrado pelo acórdão embargado, **é farta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 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.**

Os embargos de declaração, por sua vez, se voltam a defender que a necessária inobservância das regras inerentes ao devido processo legal durante a produção probatória podem, excepcionalmente, ser mitigadas pelas hipóteses de descoberta inevitável e de fonte independente e que tais situações **deveriam estar contempladas na tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do presente tema de repercussão geral.**

Oportunamente, registro que a omissão não se mostra presente no julgado impugnado, considerando-se que as questões suscitadas não foram objeto de apreciação no paradigma, estando a matéria debatida nos autos voltada a resolver a controvérsia quanto à **possibilidade de aproveitamento de provas declaradas ilícitas no bojo de instrução processual penal no âmbito de processo administrativo.** Tal limitação ao âmbito de cognição do recurso extraordinário se mostra imprescindível para visualizar a amplitude com que a matéria foi devolvida para apreciação por esta Corte constitucional.

Isso porque o acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região anulou a condenação imposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, com fundamento no reconhecimento da ilicitude das provas utilizadas no processo administrativo, **tendo sido devidamente consignado no acórdão daquela Corte a ausência de independência da fonte probatória ou da inevitabilidade da descoberta dos fatos que sustentaram a condenação.** Confira-se, a propósito, a ementa do acórdão

do TRF1:

Plenário Virtual - minuta de voto - 21/06/2024 00:00

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). FORMAÇÃO DE CARTEL. MERCADO DE GASES INDUSTRIAIS E FARMACÊUTICOS. 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 farmacêuticos, 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 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 dado sem garantia” (eDOC 23, p. 237-238)

Logo, a matéria que fora devolvida a esta Suprema Corte objetivou resolver **a repercussão da nulidade das provas no processo penal na esfera administrativa**, ou seja, partindo-se da **premissa inicial quanto à ilicitude das provas emprestadas**.

Em outras palavras, **a partir de um contexto em que declaradas ilícitas as provas produzidas em instrução processual penal, surgiu a controvérsia a qual se pretendeu a resolução pelo presente paradigma, qual seja, a repercussão desta ilicitude na utilização de tais elementos de prova em eventual condenação em âmbito administrativo**.

De fato, anotei na decisão embargada a necessidade de se 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, registrei que 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.

De fato, 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.**

Pois bem.

Quanto à necessidade de integração do julgado para que reste expressamente destacada a mitigação da teoria da árvore envenenada, registro que **a autonomia perante a prova declarada ilícita revela, inevitavelmente, a própria licitude da fonte probatória. Explico.**

O substrato que sustenta a teoria da árvore envenenada e, conseqüentemente, a impossibilidade de utilização das provas emprestadas declaradas ilícitas no âmbito penal reside, justamente, **no liame objetivo que as relaciona.** Logo, **havendo autonomia entre as fontes, não há como se falar em ilicitude da prova proveniente de origem diversa,** tendo em vista a ausência de vinculação entre uma e outra. À luz do que se entende por “árvore envenenada”, significa, pois, reconhecer a diversidade do tronco e da própria raiz das provas utilizadas no processo.

Efetivamente, esta Corte, em diversas oportunidades, entendeu pela aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, de modo que todo o conjunto probatório derivado de prova ilícita também padece de nulidade, **excetuando-se da sua aplicação apenas os casos em que os demais elementos probatórios não estiverem vinculados àqueles cuja ilicitude foi reconhecida.** Nesse sentido, cito os seguintes julgados:

“HABEAS CORPUS”. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA. CORRUPÇÃO ATIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DOSAGEM DA PENA: IMPROCEDÊNCIA. **1. A prova ilícita, caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito.** 2. Não se compatibiliza com o rito especial e sumário do habeas corpus o reexame aprofundado da prova da autoria do delito. 3. Sem que possa colher-se dos elementos do processo a resultante conseqüência de que toda a prova tenha provindo da

escuta telefônica, não há falar-se em nulidade do procedimento penal. 4. Não enseja nulidade processual a sentença que, apesar de falha quanto à fundamentação na dosimetria da pena, permitiu fosse corrigida em sede de apelação” (HC 75497, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 09.05.2003 – grifo nosso)

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA, CORRUPÇÃO PASSIVA, VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL, FALSIDADE IDEOLÓGICA E LAVAGEM DE DINHEIRO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS AUTORIZADAS POR DECISÃO JUDICIAL. ALEGAÇÃO DE “QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA”. PERDA OU SUBTRAÇÃO DE PARTE DAS GRAVAÇÕES. CONSTRAGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. **1. As provas ilícitas, bem como todas aquelas delas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando reconduzidas aos autos de forma indireta, devendo, pois, serem desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes, ou ainda, que também decorreram de outras fontes, além da própria prova ilícita; garantindo-se, pois, a licitude da prova derivada da ilícita, quando, conforme salientado pelo Ministro EROS GRAU, “arrimada em elementos probatórios coligidos antes de sua juntada aos autos”.** 2. Assentou o Superior Tribunal de Justiça que, em matéria de provas ilícitas, o art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.690/2008, excepciona a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada na hipótese em que os demais elementos probatórios não estiverem vinculados àquele cuja ilicitude foi reconhecida. 3. Não há, portanto, nenhuma ilegalidade na remessa dos autos ao Juízo processante de primeira instância, a quem ordinariamente compete o primeiro exame dos elementos de prova pertinentes à causa, para o fim de selecionar e expurgar as provas contaminadas, mantendo hígida a porção lícita, delas independente. Em outras palavras, não cabe a esta CORTE, nesta via estreita, se antecipar e proferir qualquer decisão acerca da legalidade de provas que nem mesmo foram

analisadas pelo Juízo competente. 4. Agravo Regimental a que se nega provimento” (HC 156157 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 26.11.2018 – grifo nosso)

Seguindo nesse sentido, é farta a jurisprudência do Tribunal quanto à 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:**

“Direito processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Estelionato e associação criminosa. Prova emprestada. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 1. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que “nenhuma nulidade há por terem sido juntadas aos autos do processo principal provas emprestadas de outro processo crime” (HC 109.909, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia). **2. O STF já decidiu que “a utilização de prova emprestada legalmente produzida em outro processo de natureza criminal não ofende os princípios constitucionais do processo.** O amplo acesso à totalidade dos áudios captados realiza o princípio da ampla defesa” (Inq 2.774, Rel. Min. Gilmar Mendes). 3. No julgamento do HC 204.128, o Ministro Edson Fachin deixou consignado que este Tribunal “admite a apreciação de provas colhidas em ação penal diversa, desde que assegurado às partes o direito de manifestação acerca do teor dos elementos compartilhados”. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (HC 219734 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 01.12.2022 – grifo nosso)

Por tal razão, a ausência da alegada omissão se verifica na medida em que **a discussão travada neste paradigma se circunscreveu ao âmbito da legalidade da prova emprestada e à repercussão da eventual ilegalidade declarada no processo penal de origem na possibilidade de sua utilização no âmbito administrativo.** Consequentemente, a autonomia da fonte probatória configura elemento acidental que justifica, pela sua própria natureza, a mitigação pleiteada, conforme jurisprudência desta Corte, não havendo necessidade para a integração do julgado sobre a questão, restando o acórdão impugnado devidamente fundamentado.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.