



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.316.369/DF

RELATOR: MINISTRO EDSON FACHIN

RED. ACÓRDÃO: MINISTRO GILMAR MENDES

RECORRENTE: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
– CADE

RECORRIDOS: IBG INDÚSTRIA BRASILEIRA DE GASES LTDA. E OUTRO

ADVOGADOS: MANUELA ALVES NUNES DODE E OUTRO

PETIÇÃO AGEP-STF/PGR Nº 284423/2023

Excelentíssimo Senhor Ministro Gilmar Mendes,

O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA vem, respeitosamente, com fundamento no art. 1.022 do Código de Processo Civil c/c o art. 337, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, opor **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** em face do acórdão mediante o qual essa Suprema Corte, apreciando o Tema 1238 da sistemática da Repercussão Geral, reputou constitucional a questão e reconheceu a existência de repercussão geral para, desde logo, nos termos do art. 323-A do RISTF, negar provimento ao recurso extraordinário, fixando a tese de que “*são inadmissíveis, em processos administrativos de qualquer espécie, provas consideradas ilícitas pelo Poder Judiciário*”.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A oposição dos embargos se dá em razão da existência de omissão sobre questão relevante no julgamento do tema, mostrando-se necessário afastar possível interpretação que extrapole a matéria submetida à análise pela sistemática da Repercussão Geral e exclua a possibilidade de mitigação da teoria dos frutos da árvore envenenada, diante de elementos suficientes a demonstrar a inexistência de nexo de causalidade entre a prova ilícita e a utilizada no processo administrativo ou a obtenção por uma fonte independente da eivada de ilicitude.

Como se demonstrará, é importante que a Suprema Corte esclareça que a tese fixada neste Tema 1238 circunscreve-se às situações em que, como no caso concreto subjacente, haja comprovação de que a condenação imposta no âmbito administrativo baseou-se **unicamente** em elementos que derivam, de forma direta ou indireta, de provas declaradas ilícitas por decisão do Poder Judiciário. Assim, a orientação pretoriana estabelecida neste paradigma em nada obstará a utilização, no Direito brasileiro, das exceções à teoria da contaminação da ilicitude das provas, nas hipóteses em que subsistam elementos de prova **suficientes, autônomos e independentes**, que sustentem a condenação na esfera administrativa.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

I – DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, registre-se a tempestividade do presente recurso, tendo em vista que o Ministério Público Federal foi intimado da decisão embargada em 22.3.2023, quarta-feira (entrada dos autos no MPF), com início do prazo no dia 23.3.2023, quinta-feira, findando-se, portanto, no dia 10.4.2023, segunda-feira, tendo em vista o disposto no Código de Processo Civil¹.

II – DA SÍNTESE DA CONTROVÉRSIA

O presente recurso extraordinário foi interposto de acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, mediante o qual a Corte manteve decisão de 1º grau que anulou procedimento administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE que apurava possível formação

1 Sobre o prazo aplicável à espécie, dispõe o Código de Processo Civil:

“Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão. (...) § 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.”

“Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.”

“Art. 180. O Ministério Público Federal gozará de prazo em dobro para manifestar-se nos autos, que terá início a partir de sua intimação pessoal, nos termos do art. 183, § 1º.”

“Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.”

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.”

“Art. 224. Salvo disposição em contrário, os prazos serão contados excluindo o dia do começo e incluindo o dia do vencimento.”



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

de cartel no mercado de gases industriais e hospitalares. Fundamentou-se no julgamento do HC 190.334/SP, pelo Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do qual teria sido declarada a ilicitude das provas oriundas da interceptação telefônica deferida com base em denúncia anônima e daquelas dela derivadas diretamente, as quais teriam lastreado a condenação proferida na esfera administrativa.²

No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, a autarquia apontou ofensa aos arts. 5º, XII, LVI, e 170, *caput*, IV e V, do texto constitucional, defendendo, em suma, a licitude do processo administrativo que resultou na condenação dos ora recorridos.

O Juízo de origem inadmitiu o recurso extraordinário, o que ensejou a interposição de agravo para o Supremo Tribunal Federal, que, inicialmente, confirmou a negativa de seguimento, ao argumento de

2 Eis a ementa do referido acórdão: “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”.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

impossibilidade de análise da legislação infraconstitucional e de reexame do conjunto probatório em sede extraordinária.

Interposto o respectivo agravo interno, reconsiderou o Relator sua decisão e submeteu o recurso ao Plenário Virtual, selecionando-o como *leading case* do Tema 1238 da sistemática da Repercussão Geral, referente à *“repercussão da nulidade das provas no processo penal na esfera administrativa”*.

O Supremo Tribunal Federal, em 8 de dezembro de 2022, finalizou o julgamento da matéria, reconhecendo, por unanimidade, a existência de questão constitucional e repercussão geral para, por maioria de votos, reafirmar sua jurisprudência, fixando tese de repercussão geral, segundo a qual *“são inadmissíveis, em processos administrativos de qualquer espécie, provas consideradas ilícitas pelo Poder Judiciário”*. Eis a ementa do acórdão:

Repercussão geral em recurso extraordinário com agravo. Constitucional. Administrativo. Processo administrativo. 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.

2. Com fundamento no art. 323-A do RISTF, é possível conferir maior alcance para a decisão a ser tomada no Plenário Virtual, evitando-se o estreitamento da deliberação a um aspecto preliminar, relativo ao reconhecimento da existência de repercussão geral da matéria.

3. A experiência desta Suprema Corte 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.

4. Não é dado a nenhuma autoridade pública valer-se de provas ilícitas em prejuízo do cidadão, seja no âmbito de judicial, seja na esfera



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

administrativa, independentemente da natureza das pretensões deduzidas pelas partes.

5. Impossibilidade de valoração e aproveitamento, em desfavor do cidadão, de provas declaradas nulas em processos judiciais. Precedentes.

6. 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.

7. Repercussão geral reconhecida.

8. Flagrante ilicitude das provas utilizadas no julgamento realizado pelo CADE. Acórdão recorrido reconhece que a condenação imposta no âmbito administrativo baseou-se em provas que tiveram origem, direta ou indiretamente, em interceptações telefônicas declaradas ilícitas pelo Superior Tribunal de Justiça.

9. Não há espaço para acolher as teses defendidas pela autarquia, as quais conduziram 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 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.

10. Reafirmação da jurisprudência consolidada do Tribunal. Não provimento ao recurso extraordinário.

11. Fixação da tese: “São inadmissíveis, em processos administrativos de qualquer espécie, provas consideradas ilícitas pelo Poder Judiciário”.

Em face desse acórdão, visando a aprimorar o conteúdo decisório, opõe-se embargos de declaração.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

III – DAS RAZÕES DO RECURSO: OMISSÃO NA DELIMITAÇÃO DA TESE.

3.1. O cabimento dos embargos de declaração e a possibilidade de o recurso integrar o acórdão recorrido para esclarecer questão relevante sobre a tese fixada em sede de repercussão geral.

Conforme disposto no Código de Processo Civil, os embargos de declaração atuam para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão ou corrigir erro material eventualmente existentes no julgado³, havendo a possibilidade de lhes serem atribuídos efeitos modificativos⁴, desde que caracterizada qualquer das suas hipóteses de cabimento.

No âmbito da Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal também tem admitido o cabimento dos embargos de declaração para, por exemplo, corrigir ou ajustar a tese jurídica fixada no paradigma, com o

3 “Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III – corrigir erro material. Parágrafo único.

Considera-se omissa a decisão que:

I – deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º.”

4 Cf., entre outros: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 343.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

objetivo de adequá-la aos limites objetivos e subjetivos da questão jurídica submetida ao Plenário por ocasião do julgamento em sede de Repercussão Geral⁵.

No caso concreto, encontra-se configurada omissão na apreciação de ponto ou questão relevante sobre o qual o órgão jurisdicional haveria de se manifestar, seja a pedido das partes, seja de ofício.

O acórdão ora embargado, data vênua, mostra-se omissivo por ter deixado de examinar a possibilidade de o juízo da causa cível admitir e valorar as provas que seriam inevitavelmente produzidas e/ou produzidas **de forma autônoma ou independente** no procedimento administrativo questionado, a despeito da prova que haja sido reputada nula no âmbito penal.

Tal omissão, conforme será esmiuçado a seguir, gera indesejada insegurança jurídica decorrente da ausência de complementação da tese **para esclarecer que permanece válida e aplicável a mitigação da teoria dos frutos da árvore envenenada, diante de elementos suficientes a demonstrar a independência da prova.**

5 Nesse sentido, RE 651.703 ED-segundos, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 7 maio 2019; e RE 661.256 ED-segundos, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 13 nov. 2020.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

3.2 Cenário dos debates quando da fixação da tese no presente recurso paradigmático.

Conforme explicitado, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar este Tema 1238, por unanimidade, reputou constitucional a questão e reconheceu a existência de repercussão geral e, por maioria, entendeu pela reafirmação de sua jurisprudência, para negar provimento ao recurso e fixar a tese de que *“são inadmissíveis, em processos administrativos de qualquer espécie, provas consideradas ilícitas pelo Poder Judiciário”*.

O voto proferido pelo Relator, Ministro Edson Fachin, delimitou a controvérsia, afirmando que a questão em debate *“consistia em definir se há ou não ofensa ao art. 5º, LVI, da Constituição Federal, considerando-se o reconhecimento da nulidade das provas consideradas ilícitas no processo penal, as quais foram emprestadas ao processo administrativo no âmbito do CADE”*.

Consignou o Ministro a ausência de precedente específico do Plenário do Supremo Tribunal Federal a respeito da controvérsia tratada nestes autos, esclarecendo que, no julgamento do RE 934.233, a Segunda Turma teria assentado a validade da utilização em processo administrativo de provas emprestadas de processo penal, quando houver conexão entre os feitos.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Afirmou, ademais que, na espécie, *“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”*.

Concluiu que, no seu entender, a matéria veiculada no presente recurso transcendia os limites subjetivos do caso concreto e apresentava relevância, manifestando-se pela existência de repercussão geral e submissão da controvérsia para análise, sem reafirmação de jurisprudência.

Seguiram o entendimento do Relator os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Rosa Weber.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes abriu a divergência, votando pela existência de repercussão geral da controvérsia, bem como pela necessidade de, desde já, reafirmar a jurisprudência sobre a matéria, *“no sentido da inadmissibilidade, em qualquer âmbito ou instância decisória, de provas declaradas ilícitas pelo Poder Judiciário”*.

Salientou Sua Excelência que o disposto no art. 5º, LVI, da Constituição da República, preconiza a impossibilidade do emprego de provas ilícitas em prejuízo do cidadão, seja no âmbito judicial, seja na esfera administrativa, independentemente da natureza das pretensões deduzidas pelas partes.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Acrescentou, no entanto, a existência de farta 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 às regras inerentes ao devido processo legal.

Destacou que, *“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”*.

A mencionada orientação foi acolhida pela maioria dos ministros e o Tribunal decidiu por reafirmar sua jurisprudência, fixando a já citada tese de repercussão geral.

Percebe-se que a tese vencedora, capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, fundamentou-se em três premissas principais: *(i)* impossibilidade de valoração e aproveitamento, em desfavor do cidadão, de provas declaradas ilícitas em processos judiciais; *(ii)* admissibilidade, em processos administrativos, de prova emprestada do processo penal, desde que produzida de forma legítima e regular, com observância ao devido processo legal; e *(iii)* incontrovérsia fática, extraída do acórdão de segundo grau, de



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

que a condenação imposta no âmbito administrativo, no caso concreto, baseou-se em provas que tiveram origem, direta ou indiretamente, em interceptações telefônicas que foram tidas como ilícitas pelo Superior Tribunal de Justiça.

O que se evidencia do delineado julgamento é que, embora a delimitação da controvérsia e as razões de decidir refiram-se à impossibilidade de aproveitamento, em processo administrativo, de elementos que derivem, direta ou indiretamente, de prova declarada ilícita pelo Judiciário, na redação da tese deixou de **constar claramente que o entendimento firmado limita-se a essas situações e não afasta a possibilidade de aplicação da mitigação da teoria dos frutos da árvore envenenada**, nas hipóteses em que, de forma diversa do caso subjacente, haja elementos suficientes a demonstrar a independência ou a descoberta inevitável da prova.

Ainda que com conclusões diversas, as duas correntes do *decisum* ora embargado partiram da premissa fática de que a situação concreta refere-se a condenação imposta no âmbito administrativo que se baseou **unicamente** em elementos que derivam, de modo direto ou indireto, de interceptações telefônicas declaradas ilícitas por decisão do Superior Tribunal de Justiça.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Necessário, portanto, que a tese jurídica fixada neste *leading case* seja ajustada, de modo a adequá-la aos limites objetivos e subjetivos da questão jurídica submetida ao Plenário Virtual por ocasião do julgamento da repercussão geral, **esclarecendo-se que o entendimento firmado não modificou a orientação consolidada** que admite a utilização de provas emprestadas de processos criminais em condenações administrativas, tampouco impede a aplicação, no Direito brasileiro, de exceções à teoria da contaminação da ilicitude das provas, nos casos em que presentes elementos suficientes a demonstrar a independência ou a descoberta inevitável da prova (art. 157, § 1º do CPP).

3.3. Necessidade de esclarecimento da tese para afastar possível interpretação que extrapole os limites do julgado paradigma e exclua a possibilidade de mitigação da teoria dos frutos da árvore envenenada, diante de elementos suficientes e autônomos para fundamentar eventual condenação.

É preciso esclarecer que a questão trazida nos presentes aclaratórios é diversa dos fundamentos utilizados para a reafirmação de jurisprudência, uma vez que ausente qualquer questionamento quanto à ilicitude das interceptações telefônicas em que se baseou o acórdão de segundo grau, nulidade reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça no bojo do HC 190.334/SP.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Não se desconhece, tampouco se questiona neste momento, a orientação desse Supremo Tribunal Federal que embasou a reafirmação de jurisprudência, no sentido de que é válida a utilização, em processo administrativo, de provas emprestadas do Processo Penal, sendo, todavia, inadmissível a utilização de prova emprestada que tenha sido declarada ilícita em decisão judicial.

O objetivo dos embargos de declaração é apontar a necessidade de ajuste na compreensão da tese fixada em Repercussão Geral, para esclarecer que a *ratio decidendi* contida no acórdão ora recorrido restringiu-se à inadmissibilidade de utilização de provas consideradas ilícitas pelo Poder Judiciário em processo administrativo, **não abrangendo** discussão acerca da possibilidade de mitigação da teoria da contaminação da ilicitude das provas em situações que não tenham estreita identidade fático-jurídica com o caso subjacente, no qual fixada que a única fonte probatória para o acervo processual foi a reputada ilícita.

Em outras palavras, o acórdão ora recorrido deixou de abordar a possibilidade de situações em que, além da prova declarada ilícita, restem elementos probatórios desvinculados daquela ou que sejam obtidos por uma fonte independente, podendo, nesses casos, o Juízo fazer incidir exceção à aplicabilidade da regra de exclusão das provas ilícitas por derivação.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

O art. 5º, LVI, da Constituição Federal deixa claro que, no ordenamento jurídico brasileiro, o acusado tem a garantia fundamental de não ser processado e nem sentenciado, com base em provas obtidas de forma incompatível com as premissas que limitam a atividade estatal persecutória.

Por outro lado, o texto constitucional deixou de explicitar o tratamento que deve ser dispensado à prova obtida a partir de uma prova ilícita. Tal fato suscita debates sobre qual seria o destino dessa prova derivada da ilícita e sobre o alcance que deve ser dado à norma que proíbe a utilização de provas ilícitas no processo.

De modo geral, a orientação jurisprudencial pátria reconhece e aplica, no Direito brasileiro, a doutrina norte-americana das *exclusionary rules*, inclusive quanto à invalidação das provas ilícitas por derivação (consagrada pela *fruits of the poisonous tree doctrine*).

Mas, igualmente, na linha também do que desenvolveu a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, a orientação jurisprudencial brasileira tem sido no sentido de permitir averiguar *(i)* se a prova lícitamente obtida seria inevitavelmente descoberta de outro modo (*inevitable discovery*), a partir de outra linha legítima de investigação, ou *(ii)* se tal prova, embora guarde alguma conexão com a original, ilícita, não possui relação de total



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

causalidade em relação àquela, pois outra fonte a sustenta (*independent source*).⁶

Nesse sentido, inclusive, tem se pronunciado essa Suprema Corte, a exemplo do julgamento da Ação Originária nº 2.093/RN, Segunda Turma, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia⁷, cabendo destacar um trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, acolhido, nesta parte, pela maioria dos Ministros:

[...] Desta feita, mesmo com a declaração de nulidade das imputações constantes do interrogatório do delator, subsistem elementos de prova material e testemunhal suficientes, autônomos e independentes, para além da dúvida razoável, que sustentam a condenação do recorrente SÉRGIO ANDRADE.

Ressalte-se que o CPP prevê a admissibilidade de provas decorrentes de fontes independentes, sem nexos de causalidade com eventuais provas ilícitas, para embasar decretos condenatórios.

De fato, o art. 157, §1º, do CPP prevê que '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'.

*A teoria da fonte independente vem sendo acolhida pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, conforme precedentes firmados nos julgamentos dos casos Nix vs. Williams e Murray vs. United States (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Curso de Direito Processual Penal: Teoria Constitucional do Processo Penal**).*

Ela vem sendo igualmente aplicada na Alemanha, em Portugal e na Espanha. Por exemplo, o Tribunal Supremo Espanhol já decidiu que a prova derivada não há de ser tida como contaminada, não sendo considerada ilícita, quando 'es posible establecer desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas' (SILVA JÚNIOR,

6 Nesse sentido, por exemplo, decisão do STJ na RCL 36.734/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado 10 fev. 2021.

7 Cfr., ainda, AO 2.057/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Data de Publicação: 31 out. 2008.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Walter Nunes. *Curso de Direito Processual Penal: Teoria Constitucional do Processo Penal*).

*Em síntese, de acordo com a legislação e a doutrina, não há contaminação da prova que resulta de procedimento independente, sem conexão direta com a violação constitucional anteriormente praticada na investigação (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Curso de Direito Processual Penal: Teoria Constitucional do Processo Penal*).*

Acentue-se que a jurisprudência do STF também tem acolhido a tese da fonte independente, enquanto exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree).

No julgamento do Habeas Corpus 76.203/SP, a Segunda Turma entendeu que prova ilícita decorrente de escuta telefônica indevida não ocasiona a contaminação das demais provas. No julgamento do Habeas Corpus 83.921/RJ, Rel. Min. Eros Grau, decidiu-se que não cabe censura a decisão judicial que, a despeito da existência de provas ilícitas que deveriam ser desentranhadas, se escora em ‘provas autônomas produzidas em juízo’. O STJ igualmente já decidiu que ‘não há como acolher a pretensão do recorrente de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada (the fruits of the poisonous tree), haja vista que o vergastado acórdão reconheceu a independência entre a prova tida como ilícita e as demais’ (STJ, AgRg no HC 40.089, Rel. Min. Félix Fischer, Quinta Turma, j. 28.6.2005). [...]

Portanto, o reconhecimento da nulidade do interrogatório do colaborador deveria ensejar a anulação de todo o processo até a data do referido ato, com repetição de toda fase de instrução e julgamento.

Contudo, não vejo sentido na renovação do interrogatório do delator ELIAS AVELINO em relação ao recorrente SÉRGIO ANDRADE, quando existem inúmeras outras provas que justificam o édito condenatório e foram devidamente fundamentadas pelo Juiz de primeiro grau. [...] (Grifos e destaques no original)

Perdura, pois, a orientação, positivada pelo Código de Processo Penal⁸, que prevê a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, salvo

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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

É dizer: inexistirá contaminação da prova que decorra de procedimento independente ou sem conexão direta com o elemento probatório eivado de ilicitude, podendo tais elementos servir de fundamento para possíveis condenações.

Permanece inalterado o entendimento de que a prova há de ser considerada lícita se afastado o nexo causal entre a sua produção e as provas consideradas ilícitas, assim como se aquelas provas puderem ser obtidas por uma fonte autônoma ou independente (*independent source limitation*) ou, ainda, se seriam inevitavelmente descobertas (*inevitable discovery*).

Tal compreensão decorre da premissa jurídico-constitucional que estabelece o direito a um julgamento justo, realizado pela perspectiva do devido processo legal, corolário do Estado Democrático de Direito, ligado às noções de justiça e equidade.

Essa noção de julgamento justo pode ser inferida também a partir do direito internacional. A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, por exemplo, ao interpretar o art. 6º da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, estabelece que um julgamento justo há de ser realizado



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

com base nas circunstâncias do caso concreto, tendo em conta a regularidade do processo como um todo.⁹

Mais do que analisar a licitude de uma prova em particular, há o julgamento de se basear no conjunto de elementos probatórios como um todo, incluindo a forma como as evidências foram obtidas, se justas, para subsidiar a decisão.¹⁰

A partir dessa premissa, há de ser afastada a ideia de que a tese vinculante firmada por essa Corte comporte exegese de que, em todo e qualquer processo administrativo que se utilize de provas emprestadas de processo criminal, não são permitidas mitigações à teoria dos frutos da árvore envenenada, quando presentes as circunstâncias já referidas que permitam fazê-las.

Nesse cenário, ainda que a premissa fática do acórdão recorrido aponte para a conclusão de que a aplicação da penalidade administrativa aplicada pelo CADE derivou, direta ou indiretamente, das interceptações consideradas ilícitas, **é indispensável sanar a omissão, com esclarecimento de que a tese não afasta possível mitigação da teoria dos frutos da árvore**

9 Nesse sentido: Corte Europeia de Direitos Humanos, *Case of AYETULLAH AY v. TURKEY*, Strasbourg, 27 out. 2020.

10 Nesse sentido: Corte Europeia de Direitos Humanos, *Case of AYETULLAH AY v. TURKEY*, Strasbourg, 27 out. 2020; Corte Europeia de Direitos Humanos, *Case of KHAN v. THE UNITED KINGDOM*, Strasbourg, 12 maio 2020; e Corte Europeia de Direitos Humanos, *Case of ALLAN v. THE UNITED KINGDOM*, Strasbourg, 5 nov. 2002.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

envenenada, diante de elementos suficientes a demonstrar a inexistência de nexo de causalidade entre a prova ilícita e a utilizada no processo administrativo ou a obtenção por uma fonte independente da eivada de ilicitude.

IV – DO PEDIDO

Em face do exposto, requer o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA o conhecimento e o provimento dos embargos de declaração para que, uma vez superada a omissão demonstrada, seja esclarecido que a tese não afasta a possibilidade da mitigação da teoria da contaminação da ilicitude das provas, diante de elementos de prova suficientes, autônomos e independentes, que sustentem a condenação na esfera administrativa.

Brasília, data da assinatura digital.

Augusto Aras
Procurador-Geral da República
Assinado digitalmente

[/IBS-VCM-RSRL-LF]