

# **HABEAS CORPUS Nº 662.690 / RIO DE JANEIRO (2021/0126576-1)**

**RELATOR: MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**

**IMPETRANTE: ZOSER PLATA BONDIM HARDMAN DE ARAUJO**

**ADVOGADO: ZOSER PLATA BONDIM HARDMAN DE ARAUJO - RJ142478**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PACIENTE: KENYA VANESSA LIMA ARAUJO DE JESUS**

**PACIENTE: ELOISA REIS DE ASSIS DO NASCIMENTO**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

## **EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL AUTÔNOMO INSTAURADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. BUSCA E APREENSÃO. ILEGALIDADE. INVIOABILIDADE DO ADVOGADO. INADEQUAÇÃO DA CORREIÇÃO PARCIAL. INOCORRÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA INVESTIGADA. TRANCAMENTO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO CRIMINAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ANULAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. SUBSUNÇÃO CONTROVERSA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. LICITUDE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. PRESTÍGIO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. *WRIT* CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. A prerrogativa de instauração de procedimentos investigatórios criminais pelo Ministério Público não o exime de se submeter ao permanente controle jurisdicional.

2. Hipótese em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro deflagrou investigação em desfavor das pacientes para apuração de suposta realização de escuta ambiental indevida, delito tipificado no art. 10 da Lei n. 9.296/96.

3. A inviolabilidade (art. 133 da CF; artigo 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94) é limitada quando o próprio advogado é o investigado porque, naturalmente, o sigilo profissional se presta a assegurar

o exercício do direito de defesa, não tendo como vocação a proteção da prática de ilícitos. Precedentes do STF e do STJ.

4. A correição parcial é espécie de impugnação de atos judiciais de natureza híbrida (administrativa/jurisdicional). Daí não ser censurável o seu conhecimento em hipóteses que tais – à luz, ainda, da fungibilidade recursal – não se afigurando teratologia.

5. A realização da gravação, nas circunstâncias em que levada a efeito – em oitiva formal de assistido seu, oficial e notoriamente registrada em sistema audiovisual pela autoridade administrativa responsável pelo ato – não se confunde com a escuta ambiental indevida e é legalmente permitida, independentemente de prévia autorização da autoridade incumbida da presidência do ato, nos explícitos termos do art. 387, § 6º, do Código de Processo Civil, diploma jurídico de aplicação supletiva aos procedimentos administrativos em geral.

6. Adequação típica alvitrada pelo Ministério Público como justificativa para a instauração do procedimento investigativo carente de mínima plausibilidade, afigurando-se insuficiência de justa causa à persecução. Consequente decisão judicial de busca e apreensão fulminada pela nulidade por desdobramento (*fruits of the poisonous tree*).

7. Embora não se afigure ética e moralmente louvável a realização de gravação clandestina, contrária às diretrizes preconizadas pela autoridade incumbida para o ato, a realidade é que, naquela conjuntura, não se revelou ilegal, muito menos criminosa.

8. Inviável, portanto, o prosseguimento dos procedimentos objeto desta Impetração.

9. *Writ* em parte conhecido e, nessa extensão, concedida a ordem de *habeas corpus* para trancamento do Procedimento Investigatório Criminal n. 2020.00659710, instaurado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, anulando-se, de conseqüente, todos os atos de investigação e atos judiciais derivados de requerimentos nele formulados, notadamente a busca e apreensão realizada, com determinação de restituição dos bens das pacientes ilegalmente apreendidos.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer parcialmente do *writ* e, nessa extensão, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFR), João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

PRESENTE NA VIDEOCONFERÊNCIA: DR. ZOSER PLATA BONDIM HARDMAN DE ARAUJO (P/PACTES).

Brasília, 17 de maio de 2022 (Data do Julgamento)

**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**

Relator

**HABEAS CORPUS Nº 662.690 / RIO DE JANEIRO (2021/0126576-1)**

**RELATOR: MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**

**IMPETRANTE: ZOSER PLATA BONDIM HARDMAN DE ARAUJO**

**ADVOGADO: ZOSER PLATA BONDIM HARDMAN DE ARAUJO - RJ142478**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PACIENTE: KENYA VANESSA LIMA ARAUJO DE JESUS**

**PACIENTE: ELOISA REIS DE ASSIS DO NASCIMENTO**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

#### **EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL AUTÔNOMO INSTAURADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. BUSCA E APREENSÃO. ILEGALIDADE. INVOLABILIDADE DO ADVOGADO. INADEQUAÇÃO DA CORREIÇÃO PARCIAL. INOCORRÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA INVESTIGADA. TRANCAMENTO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO CRIMINAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ANULAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. SUBSUNÇÃO CONTROVERSA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. LICITUDE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. PRESTÍGIO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. *WRIT* CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. A prerrogativa de instauração de procedimentos investigatórios criminais pelo Ministério Público não o exime de se submeter ao permanente controle jurisdicional.
2. Hipótese em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro deflagrou investigação em desfavor das pacientes para apuração de suposta realização de escuta ambiental indevida, delito tipificado no art. 10 da Lei n. 9.296/96.
3. A inviolabilidade (art. 133 da CF; artigo 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94) é limitada quando o próprio advogado é o investigado porque, naturalmente, o sigilo profissional se presta a assegurar o exercício do direito de defesa, não tendo como vocação a proteção da prática de ilícitos. Precedentes do STF e do STJ.
4. A correição parcial é espécie de impugnação de atos judiciais de natureza híbrida (administrativa/jurisdicional). Daí não ser censurável o seu conhecimento em hipóteses que tais – à luz, ainda, da fungibilidade recursal – não se afigurando teratologia.
5. A realização da gravação, nas circunstâncias em que levada a efeito – em oitiva formal de assistido seu, oficial e notoriamente registrada em sistema audiovisual pela autoridade administrativa responsável pelo ato – não se confunde com a escuta ambiental indevida e é legalmente permitida, independentemente de prévia autorização da autoridade incumbida da presidência do ato, nos explícitos termos do art. 387, § 6º, do Código de Processo Civil, diploma jurídico de aplicação supletiva aos procedimentos administrativos em geral.
6. Adequação típica alvitrada pelo Ministério Público como justificativa para a instauração do procedimento investigativo carente de mínima plausibilidade, afigurando-se insuficiência de justa causa à persecução. Consequente decisão judicial de busca e apreensão fulminada pela nulidade por desdobramento (*fruits of the poisonous tree*).
7. Embora não se afigure ética e moralmente louvável a realização de gravação clandestina, contrária às diretrizes preconizadas pela autoridade incumbida para o ato, a realidade é que, naquela conjuntura, não se revelou ilegal, muito menos criminosa.

8. Inviável, portanto, o prosseguimento dos procedimentos objeto desta Impetração.

9. *Writ* em parte conhecido e, nessa extensão, concedida a ordem de *habeas corpus* para trancamento do Procedimento Investigatório Criminal n. 2020.00659710, instaurado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, anulando-se, de conseguinte, todos os atos de investigação e atos judiciais derivados de requerimentos nele formulados, notadamente a busca e apreensão realizada, com determinação de restituição dos bens das pacientes ilegalmente apreendidos.

## RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de KENYA VANESSA LIMA ARAUJO DE JESUS e ELOISA REIS DE ASSIS DO NASCIMENTO, contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, proferido no julgamento da Correição Parcial n. 0080179-18.2020.8.19.0000, assim ementado:

*Reclamação correicional. Insurgência ministerial contra decisão que indeferiu o requerimento demandado de busca e apreensão, quebra de sigilo de dados, “com extração de dados pela divisão especial de inteligência cibernética (DEIC/MPRJ)”. Hipótese que se resolve em favor do Reclamante. Investida correicional que se traduz em instrumento genérico e subsidiário de impugnação recursal, previsto no art. 219 do CODJERJ, destinado a hostilizar erro de ofício ou abuso de poder praticado por juiz de direito e capaz de gerar inversão da ordem legal do processo. Cabimento da correicional em casos como tais, sobretudo pela inexistência de previsão específica de recurso hostilizador (STJ), seja através de apelação, seja por recurso em sentido estrito (TJERJ). Mandado de busca e apreensão que pressupõe a observância dos requisitos do art. 240, do CPP. Quebra de sigilo de dados regulada pela Lei nº 9.296/96, a qual, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, XII), retrata autêntica providência extraordinária, de interpretação sabidamente restritiva, a exigir, para a sua autorização, a demonstração da imprescindibilidade da medida (Lei nº 9.296/96, art. 2º, II), além de “indícios razoáveis de autoria ou de participação em infração penal” (art. 2º, I) punível com reclusão (art. 2º, III). Caso dos autos que evidencia hipótese de investigação em procedimento, apurando a prática de crime do art. 10 da lei nº 9.296/96. Oitiva de testemunha no bojo de procedimento em que se apura a morte da vereadora*

*Marielle e do motorista Anderson, cuja advogadas promoveram escuta ambiental do depoimento prestado, mesmo advertidas do sigilo incidia sobre a espécie. Gravação ambiental espúria que, através de perícia preliminar, atribuiu sua realização a uma das advogadas presentes, situação que deflagrou o requerimento, posteriormente indeferido em juízo. Situação sob investigação que se subsume, ao menos em caráter preliminar, ao tipo do art. 10 da lei nº 9296/96 (redação dada pela Lei n. 13869/19). Exame exaustivo do direito invocado que há de merecer a devida reflexão em momento procedimental futuro, uma vez submetido ao contraditório das partes, visualizando-se, por agora, a necessidade da outorga dessa autêntica providência cautelar de emergência, cuja tônica pode ser bem resumida segundo o magistério de Cândido Dinamarco: “entre fazer logo, porém mal, e fazer bem, mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, a fazer logo, deixando o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido mais tarde com a necessária ponderação”. Positivização da plausibilidade teórica do direito invocado, além do correlato periculum in mora, a fim de que não se perca o timing e o desenvolvimento da investigação em curso, evidenciando, por igual, que a prova requerida não se mostra alcançável por outros meios disponíveis e menos invasivos. Reclamação correicional a que se dá provimento, para cassar a decisão reclamada e deferir busca e apreensão nos endereços descritos às fls. 59/60 (123/124, anexo 1), bem como deferir a quebra de sigilo de dados telefônicos e telemáticos dos equipamentos eletrônicos porventura apreendidos, com extração de dados pela divisão especial de inteligência cibernética (DEIC/MPRJ-cf. fls. 61, na origem, e 125, anexo 1), observando-se, em qualquer caso, a disciplina do art. 7º, § 6º e § 7º, da Lei nº 8.906/94, além outras eventuais prerrogativas previstas no referido Diploma. (fls. 272/273)*

Foi instaurado em desfavor das pacientes procedimento investigativo em que se apura suposta realização de escuta ambiental indevida, delito tipificado no art. 10 da Lei n. 9.296/96.

No presente *writ*, a defesa alega a atipicidade da conduta, tendo em vista que a realização da gravação do depoimento do cliente estaria em conformidade com o art. 367, § 6º, do Código de Processo Civil – CPC.

Também defende a violação ao devido processo legal e a impossibilidade do recurso utilizado pelo *Parquet*, visto que “o Ministério Público estadual, ao invés de interpor o recurso cabível, lançou mão de um conhecido subterfúgio ao ajuizar a reclamação correicional como sucedâneo recursal, o qual é autuado e julgado sem o estabelecimento de contraditório ou ampla defesa, além de estar em flagrante descompasso com a norma processual vigente” (fl.52).

Em caráter liminar, clamou pelo sobrestamento das investigações do Procedimento Investigatório Criminal – PIC n. 2020.00659710 e, no mérito, pelo seu trancamento, bem como a declaração de nulidade da busca e apreensão realizada, além da restituição dos bens que foram apreendidos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 332/334).

O parecer do Ministério Público Federal foi pelo não conhecimento da impetração e, subsidiariamente, pela denegação da ordem de *habeas corpus* (fls. 339/349).

## VOTO

Preambularmente, ressalto que os procedimentos administrativos criminais (PICs) possuem natureza de investigações criminais, diferenciando-se dos inquéritos policiais pela circunstância de terem curso no âmbito do Ministério Público, sem interveniência ou auxílio da autoridade policial.

Portanto, não são meros procedimentos de natureza administrativa, porquanto têm natureza de inquérito e se submetem, sim, ao controle jurisdicional do sistema acusatório previsto no Código de Processo Penal, especialmente para garantia dos direitos fundamentais dos investigados.

Nessa conformidade e por substanciar providência salutar, que se revela promissora ao aperfeiçoamento de sistema acusatório brasileiro, a fim de que não paire dúvida interpretativa, devo consignar ser inquestionável a legitimidade e legalidade de sua instauração pelo *Parquet*, como, aliás, também o reconheceu o Supremo Tribunal Federal:

*O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.*

(RE n. 593.727, relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 8/9/2015).

Firmadas essas premissas, desde logo, friso que a impetração merece ser parcialmente conhecida e deferida, conforme fundamentos a seguir articulados.

Depreende-se dos autos que o Ministério Público ajuizou correição parcial, com espeque nos artigos 219 e seguintes do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (CODJERJ), em face de decisão exarada pelo Juízo da 28ª Vara Criminal da Comarca da Capital, que indeferira pedidos de medida cautelar de busca e apreensão e quebra de sigilo de dados telefônicos e telemáticos, no bojo de Procedimento Investigatório Criminal – PIC n. 2020.00659710, instaurado pelo GAECO-MPRJ.

Ao julgar a correição parcial, o acórdão proferido pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade, conheceu e deu provimento à impugnação anômala aforada pelo Ministério Público Estadual:

*[p]ara cassar a decisão recorrida e deferir a medida cautelar de busca e apreensão nos endereços descritos às fls. 59/60 (123/124, anexo 1), bem como deferir a quebra de sigilo de dados telefônicos e telemáticos dos equipamentos eletrônicos porventura apreendidos, com extração de dados pela divisão especial de inteligência cibernética (DEIC/MPRJ- cf. fls. 61, na origem, e 125, anexo 1), observando-se, em qualquer caso, a disciplina do art. 7º, § 6º e § 7º, da Lei nº 8.906/94, além de outras eventuais prerrogativas previstas no referido Diploma.*

Pela via do *habeas corpus*, o Impetrante aponta a existência de constrangimento ilegal, aduzindo, em síntese: a) a ausência de tipicidade da conduta atribuída às pacientes, na medida em que o ato de gravar o depoimento do cliente estaria em conformidade com o art. 367, § 6º, do Código de Processo Civil e com o artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), sendo o caso de trancamento do Procedimento Investigatório Criminal n. 2020.00659710; b) a nulidade da busca e apreensão realizada; c) a impossibilidade de utilização de reclamação correicional pelo *Parquet* como sucedâneo recursal, a caracterizar violação concomitante aos princípios do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal.

## 1. DA ALEGAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DA CORREIÇÃO PARCIAL COMO SUCEDÂNEIO DO RECURSO

Não obstante o empenho da defesa quanto à alegada irregularidade na interposição da correição parcial, não medra a arguição de violação dos preceitos constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da legalidade estrita.

Embora não se ignore o majoritário entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido do cabimento de apelação contra decisões “com força de definitiva”, a adequação da correição parcial no caso concreto não é incogitável. Impugnação de

natureza híbrida (administrativa-jurisdicional), viabiliza-se pelo enfoque oblíquo do ato judicial em testilha (inquinado de tumultuário ou abusivo). Seu cabimento, nessa senda, é questão de perspectiva, o que pode alterar o referencial de pressupostos de uma ou de outra modalidade de impugnação.

Não se há falar, pois, em teratologia, daí não ser censurável o conhecimento da correição parcial em hipóteses que tais – à luz, ainda, da fungibilidade recursal – não se afigurando, da mesma forma, óbice à garantia do contraditório, que pode ser diferido no quadro processual presente, haja vista que a decisão vergastada foi de controle judicial de legalidade de procedimento *inquisitivo*.

## 2. DA INVIOABILIDADE DO ADVOGADO

Um dos elos da corrente argumentativa dos impetrantes invoca a inviolabilidade do advogado como reforço jurídico para a conclusão sobre a legalidade da indigitada gravação ambiental e, por via de consequência, a bradada atipicidade das condutas investigadas, a caracterizar o constrangimento ilegal a reclamar o remédio constitucional.

Sem razão, contudo. Isso porque, ao menos aprioristicamente, não se afigura fundamento válido para tanto, na medida em que se confundem, no contexto da solenidade levada a efeito pelo Ministério Público, a atuação das advogadas como assistentes jurídicas do testificante e seu comportamento pessoal (abstratamente considerado), taxado de infracional pelo *Parquet*, o que levou as pacientes à condição de investigadas.

Como sabido, a inviolabilidade não pode servir de escudo para a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico, o qual o advogado assume o compromisso formal de sempre defender, *ex vi*, Artigo 8º, VII, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94).

A propósito, lembra o Ministro Edson Fachin que, embora “*não caiba ao Estado o deferimento de medida de busca e apreensão para o fim [de] devassar informações sigilosas de interesse dos clientes de advogados*”, nos termos da Lei n. 8.906/1994, *essa inviolabilidade “é limitada quando o próprio advogado é o investigado [...]*. Isso porque, naturalmente, o sigilo profissional se presta a assegurar o exercício do direito de defesa, não tendo como vocação a proteção da prática de ilícitos” (HC n. 169.505/PR, DJe de 19/12/2019).

## 3. DAS FUNDADAS SUSPEITAS A AUTORIZAR A INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL N. 2020.00659710 E A MEDIDA DE BUSCA E APREENSÃO – ATIPICIDADE DA CONDUTA INDIGITA ÀS PACIENTES

Nos termos do art. 240, § 1º, “e”, primeira parte, do CPP, “*proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: “[...] descobrir objetos necessários à prova de infração [...]”*. Evidentemente, por ter natureza invasiva, referida

medida somente deve ser autorizada quando demonstrados indícios razoáveis de materialidade e autoria, da prática delitiva, lastreados em prova pré-constituída, que justifiquem a necessidade da medida. Nesse sentido: AgRg no AREsp n. 1.712.852/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 15/9/2020.

Aliás, como se vê especificamente das alíneas “d” e “e”, do § 1º, do art. 240, do CPP, existem expressas menções à “prática de crime” e “prova da infração”, sendo intuitivo que as “fundadas razões” devem recair sobre um mínimo de prova preexistente relativa a um determinado crime ou infração penal que se pretenda apurar.

No caso concreto, uma vez refutada a adequação típica alvitrada na portaria de instauração do procedimento investigatório, esse pressuposto lógico da medida se esvai, acarretando a ilegitimidade do ato.

Em suma, uma análise técnica, interna e unilateral do Ministério Público do Rio de Janeiro concluiu que uma gravação que, supostamente, estaria circulando em estabelecimentos penitenciários do Estado, tratar-se-ia de “escuta ambiental” clandestina, realizada pela paciente Eloisa, durante inquirição da testemunha Jorge Moreth, por si juridicamente assistida, em repartição ministerial. O ato foi formalmente reduzido a termo e formalmente gravado em equipamento audiovisual.

Realmente, diante da análise técnica feita pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, era razoável admitir-se que a advogada Eloisa poderia ter sido a autora da gravação ambiental, suspeita posteriormente confirmada na própria peça de impetração do *writ*.

Ainda com maior relevância para a compreensão dos fatos e exame de legalidade da conduta investigada, tem-se por incontroverso que a advogada participou do ato, o que inclusive é usado pelos técnicos do MP para concluir ser ela a autora, repetindo-se que a gravação ambiental, mesmo que clandestina, por parte de um dos interlocutores, não se amolda à figura típica alvitrada pelo *Parquet* como pressuposto para a deflagração da investigação quanto às condutas das advogadas e que deu azo, ainda, à busca domiciliar.

Nesse contexto, aduziu o Ministério Público existir sigilo juridicamente decretado na investigação, extensível ao procedimento administrativo instaurado pelo GAECO/RJ para controle externo da atividade policial. A propósito, eis a assertiva da portaria de instauração do processado:

*Considerando que os fatos em apuração sugerem a prática, em tese, de crime previsto no artigo 10 da Lei nº 9.296/96, qual seja, “promover escuta ambiental ou quebrar segredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, sem prejuízo da identificação de outras condutas delitivas no curso da investigação.”*

Todavia, a premissa maior do encadeamento lógico do Ministério Público, encampada pela decisão judicial inquinada de abusiva, se revela inconsistente. Com

efeito, o sigilo tutelado pela norma do art. 10, da Lei n. 9.296/1996 é tão somente aquele atinente às gravações obtidas a partir de interceptações telefônicas judicialmente autorizadas ou, ainda, a realização de interceptação telefônica ou escuta ambiental sem a ordem judicial legitimadora.

*PENAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DENÚNCIA POR CORRUPÇÃO PASSIVA, LAVAGEM DE DINHEIRO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA IMPUTADA A MEMBRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESPÍRITO SANTO. ESCUTA AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. ADMISSIBILIDADE. LICITUDE DA PROVA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. DILIGÊNCIAS NÃO REALIZADAS NO CURSO DA INVESTIGAÇÃO. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE EXAURIMENTO DAS DILIGÊNCIAS REQUERIDAS PARA A FORMAÇÃO DA OPINIO DELICTI DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE OITIVA DO DENUNCIADO NA FASE INQUISITORIAL. FACULDADE QUE NÃO É REQUISITO PARA A VALIDADE DA DENÚNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. PRECEDENTES. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. MOMENTO PROCESSUAL DE JUÍZO DE DELIBAÇÃO E NÃO DE COGNIÇÃO EXAURIENTE. PRECEDENTES. PRELIMINARES REJEITADAS. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CPP. VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO FATO E DOS INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA A FIM DE DEMONSTRAR A JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. MEDIDAS CAUTELARES. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO.*

*1. Cuida-se de denúncia ofertada em face de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, pela suposta prática de corrupção passiva majorada (art. 317, § 1º, CP), lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei nº 9.613/98) e integrar organização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.850/2013), descrevendo a exordial que o acusado teria praticado os delitos mediante o recebimento de valores em troca de facilitação e favorecimento para a aprovação de contas perante o Tribunal de Contas Estadual, além do oferecimento de expertise e apoio técnico no direcionamento de processos licitatórios em diversos municípios daquele estado.*

*2. A escuta ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro não torna a prova ilícita, tampouco pode ser confundida com a quebra do sigilo de comunicação, que depende de prévia autorização judicial. Precedentes do STF e do STJ.*

*3. Ademais, o denunciado não nega a realização da reunião nem o conteúdo da gravação, tampouco alega que ela teria sido editada ou adulterada para fins de acusação, limitando-se a dizer que se trata de*

*gravação clandestina e que as conversas foram retiradas do verdadeiro contexto de seu significado, o que não cabe ser avaliado nesta fase de recebimento da exordial acusatória.*

[...]

(APn 869/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2017, DJe 1º/3/2018).

Em primeiro lugar, ressalta-se que a realização da gravação, nas circunstâncias em que levada a efeito – em oitiva formal de assistido seu, oficial e notoriamente registrada em sistema audiovisual pela autoridade administrativa responsável pelo ato – é legalmente permitida, independentemente de prévia autorização da autoridade incumbida da presidência do ato, nos explícitos termos do art. 387, § 6º, do Código de Processo Civil, diploma jurídico de aplicação supletiva aos procedimentos administrativos em geral.

Em segundo lugar, por força da aplicação analógica do § 5º do mesmo artigo, a gravação realizada pelo Ministério Público já deveria ter sido integralmente disponibilizada às advogadas. Portanto, não haveria, também por esse motivo, sentido lógico algum na responsabilização pela conduta a elas imputada:

*Art. 367. O servidor lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferida no ato.*

[...]

*§ 5º A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica.*

*§ 6º A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.*

Conquanto seja essa diretriz inquestionavelmente dirigida aos atos judiciais, sua aplicação analógica às audiências realizadas no âmbito de procedimentos investigatórios do Ministério Público é ululante e dispensa maiores digressões. Daí não se conceber como válida a exigência de prévia autorização pela autoridade incumbida do ato e, por conseguinte, a ilegalidade da captura do áudio da solenidade.

Portanto, há de se fazer estreme de dúvida tratar-se de uma gravação ambiental em que as advogadas participaram do ato, na presença do inquirido e dos representantes do Ministério Público, inclusive se manifestando oralmente durante

a sua realização, sendo certo que a gravação, ainda que clandestina ou inadvertida, realizada por um dos interlocutores, não configura crime, escuta ambiental, muito menos interceptação telefônica, mas apenas gravação ambiental.

Essa é a concepção doutrinária majoritária:

*Escuta ambiental é a captação de uma comunicação feita por terceiro em local público ou privado com o consentimento de um dos comunicadores e desconhecimento do outro. Na escuta, um dos comunicadores tem ciência da intromissão alheia na comunicação. Por exemplo, imagine-se a hipótese de cidadão vítima de concussão que, com o auxílio da autoridade policial, efetue o registro audiovisual do exato momento em que funcionário público exige vantagem indevida para si em razão de sua função.*

[...]

*Gravação ambiental “é a captação da comunicação ambiental no ambiente em que ocorre feita por um dos comunicadores sem o conhecimento do outro, daí por que é conhecida como gravação clandestina (ex. gravador, câmeras ocultas etc.)”*

[...]

*Por outro lado, não está abrangida pelo regime jurídico do art. 8º-A da Lei n. 9.296/96 a gravação ambiental clandestina, espécie de captação feita diretamente por um dos comunicadores, sem a interveniência de um terceiro, cuja licitude deve ser analisada casuisticamente. Prova disso, aliás, é o fato de, ao tratar do crime de captação ambiental sem autorização judicial, o art. 10-A, § 1º, da Lei n. 9.296/96, também incluído pelo Pacote Anticrime, dispor expressamente que não haverá tal crime se a captação for realizada por um dos interlocutores. Evidentemente, por cautela, nada impede que o juiz autorize a gravação ambiental, se houver requerimento nesse sentido.*

(LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, volume único, 9. ed. Salvador: JusPODVIM, 2021, p. 721/722).

Em reforço argumentativo, ainda que se desconsiderasse a extensão do permissivo do artigo 387, § 6º, do Código de Processo Civil às inquirições realizadas em procedimentos administrativos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público, mesmo assim não se haveria presumir a ilegalidade da gravação ambiental, conforme lição sagaz de MENDRONI:

*Na gravação clandestina, ao contrário da interceptação, que é praticada por terceira pessoa, um dos interlocutores realiza a gravação. Participa, portanto, da conversa e assim divide a intimidade com a outra pessoa. Assim considerado, nada impede o faça sem autorização judicial. Não se pode interpretar, neste caso, a existência de violação de intimidade ou privacidade, já que esta é na verdade compartilhada e, uma vez externada, ou mesmo confidenciada ao conhecimento do seu interlocutor, aberto também o seu sigilo, resta ao outro (interlocutor) tão somente a confiança pela manutenção do sigilo. Não pode, por isso mesmo, ser considerada prova produzida por meio ilícito, já que o ilícito reside no fato de se invadir conversa alheia e não própria.*

[...]

*Não há, portanto, qualquer ilícito no fato de um dos participantes da conversa gravá-la. Para tanto, não há necessidade de autorização judicial. A gravação nestas condições poderá ser admitida como prova lícita, tanto no âmbito da investigação preliminar como também no âmbito do processo penal, servindo tanto como prova para a Defensoria como para o Ministério Público, conforme o conteúdo e a posterior valoração judicial no momento oportuno.*

*(MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 236/238, E-book [1]).*

A distinção valorativa entre as modalidades de gravação, no mesmo sentido argumentativo da impetração, também é remansosa na jurisprudência dos Tribunais Superiores:

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PRETENDIDA NULIDADE DE GRAVAÇÃO AMBIENTAL. GRAVAÇÃO REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. VALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.** 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Pacíficou-se nos Tribunais Superiores o entendimento de que a gravação ambiental feita por um dos interlocutores é válida como prova no processo penal, independentemente de prévia autorização judicial. Precedentes do STJ e do STF.

*3. Ademais, o arresto impugnado consignou que a autoria delitiva não foi constatada apenas com base na gravação ora impugnada, o que reforça a inexistência de qualquer eiva apta a contaminar a ação penal.*

*4. Habeas corpus não conhecido.*

*(HC 422.285/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 2/10/2018, DJe 11/10/2018).*

No mesmo diapasão, há muito o Supremo Tribunal Federal já consolidara seu entendimento, cristalizado no Tema com Repercussão Geral 237:

*É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.*

Em arremate, não se há confundir situações completamente diferentes. Não se tratou de registro clandestino de áudio de uma reunião qualquer, mas, isto sim, de depoimento formal, em procedimento administrativo instaurado pelo Ministério Público do Rio de Janeiro. Esse ato, inquestionavelmente, sujeita-se à ordenação geral do Código de Processo Civil.

Premissa diversa é a suposta violação do sigilo judicialmente decretado, teoricamente concretizada a partir do espreiamento da gravação encartada aos autos e atribuída, unilateralmente, pelo Ministério Público à paciente Eloisa.

Nesse aspecto, as meras ilações e conjecturas não revelam a imprescindível justa causa à persecução. Por sinal, a inconsistência desses fundamentos põe-se em evidência pela própria motivação do Ministério Público para a instauração do indigitado procedimento investigatório criminal:

*[...] fontes humanas levaram ao conhecimento deste grupo de atuação especial que a oitiva realizada no dia 10/09/2020 foi clandestinamente gravada e enviada para acautelados no estabelecimento prisional BANDEIRA STAMPA - BANGU 3 [...] o áudio da oitiva do custodiado, transmitido para internos do estabelecimento prisional BANDEIRA STAMPA - BANGU 3 foi encaminhado por informante a este órgão de execução, confirmando-se a veracidade das informações.*

Com sagacidade, o juízo singular, ao indeferir o pedido de busca e apreensão, ponderou a inexistência das elementares típicas da hipótese de incidência penal que embasou o pedido do Ministério Público:

*De fato, não se tem notícia de qualquer interceptação telefônica legal e judicialmente autorizada nos autos, e mesmo que houvesse, a conduta*

*que se pretende incriminar tivera por objeto gravação que não decorreu de nenhuma interceptação telefônica regular. Ao contrário, trata-se de uma gravação ambiental em que as advogadas participaram do ato, na presença do inquirido e da ilustre representante do MP, inclusive se manifestando oralmente durante a sua realização, sendo certo que a gravação, ainda que clandestina, realizada por um dos interlocutores, não configura crime, podendo apenas a sua divulgação ser incriminada com base em outro tipo penal, tais como os arts. 153 e 325, do CP, os quais, aqui também não oferecem qualquer adequação típica à conduta.*

Enfim, embora não se afigure ética e moralmente louvável a realização de gravação inadvertida, contrária às diretrizes preconizadas pela autoridade incumbida para o ato, a realidade é que, naquela conjuntura, não se revelou ilegal, muito menos criminosa.

Concluindo, tenho que a instauração do PIC n. 2020.00659710 pelo GAECOMPRJ, sem a menor plausibilidade da adequação típica alvitada no ato de instauração, configurou patente abuso de autoridade, violador das garantias constitucionais das pacientes à ampla defesa e ao devido processo legal.

Diante de todo o exposto, conheço em parte do *writ* e, nessa extensão, concedo a ordem de *habeas corpus* para trancamento do procedimento investigatório criminal n. 2020.00659710, instaurado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, anulando, de consequente, todos os atos de investigação e atos judiciais derivados de requerimentos nele formulados, notadamente a busca e apreensão realizada. Determino, ainda, a restituição dos bens das pacientes ilegalmente apreendidos.

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

**Número Registro: 2021/0126576-1**

**PROCESSO ELETRÔNICO HC 662.690 / RJ**

**MATÉRIA CRIMINAL**

**Números Origem: 00801791820208190000 02090921520208190001  
2090921520208190001 801791820208190000**

**EM MESA**

**JULGADO: 17/05/2022**

**Relator**

**Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK**

**Presidente da Sessão**

**Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK**

**Subprocuradora-Geral da República**

**Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

**Secretário**

**Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

**AUTUAÇÃO**

**IMPETRANTE: ZOSER PLATA BONDIM HARDMAN DE ARAUJO**

**ADVOGADO: ZOSER PLATA BONDIM HARDMAN DE ARAUJO - RJ142478**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PACIENTE: KENYA VANESSA LIMA ARAUJO DE JESUS**

**PACIENTE: ELOISA REIS DE ASSIS DO NASCIMENTO**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Medidas Assecuratórias - Busca e Apreensão de Bens**

**SUSTENTAÇÃO ORAL**

**PRESENTE NA VIDEOCONFERÊNCIA: DR. ZOSER PLATA BONDIM HARDMAN DE ARAUJO (P/PACTES)**

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do *habeas corpus* e, nessa parte, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.