



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 150343 - GO (2021/0217561-8)
RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : -----
AGRAVANTE : -----
ADVOGADO : GILLES SEBASTIAO GOMES - GO046102
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

VOTO-VISTA

Trata-se de agravo regimental em recurso em *habeas corpus* de ----- e de ---- contra decisão proferida pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, que negou provimento ao recurso ordinário (fls. 870/879).

Os agravantes alegam, em síntese, que as investigações tiveram *origem em captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, realizadas por particular que concorreu para a prática de crime e que atuou, paramentado e monitorado pelo órgão acusador, como se agente infiltrado fosse, tudo sob a égide da Lei n. 9.034/95 e sem a prévia e circunstanciada autorização judicial* (fl. 882).

Argumentam que os precedentes mencionados versam sobre casos em que a captação ambiental foi feita pela vítima do crime, por particular em exercício de autodefesa ou de particular vítima de crime, com auxílio material da polícia. Já no presente caso, trata-se de coautor preparado e monitorado pelo Ministério Público como se fosse agente infiltrado, situação para a qual a Lei n. 9.034/1995 exigia decisão judicial. Afirmam que os precedentes suscitados na decisão não se aplicam ao caso.

Pedem o reconhecimento de nulidade das captações, dos registros e das análises promovidas pelo MPGO, bem como se reconheça e declare, de ofício, a ilicitude da utilização de particular como agente infiltrado, bem como das provas derivadas, trancando os processos (fls. 881/897).

O Ministério Público Federal pugna pelo não conhecimento do agravo (fl. 1.086).

É o relatório.

O presente agravo regimental deve ser conhecido, já que reúne os requisitos de admissibilidade.

No mérito, divirjo do eminente Relator e entendo assistir razão aos ora agravantes.

O excelentíssimo Relator destacou o seguinte trecho do acórdão recorrido (fls. 872/875):

É o relatório. Passa-se ao voto. Conforme relatado, busca-se por meio desta via mandamental a concessão da ordem em favor de ----- e -----, que estariam sofrendo constrangimento ilegal, por estarem sendo processados a partir de provas produzidas de forma ilícita, já que em desconformidade com o artigo 2º, inciso IV, da Lei 9.034/95, vigente à época que disponha que “a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro análise” deveria se precedida de autorização judicial. Por consequência, almeja também o reconhecimento de ilicitude por derivação de toda prova contida no bojo dos autos 0267324-69.2014.8.09.0175 e daquelas produzidas no procedimento cautelar 161912-29.2013.8.09.0000, com o devido desentranhamento, bem assim, que se determine a liberação, baixa no gravame, desbloqueio e/ou restituição de todo o patrimônio dos pacientes, que estão constrictos na referida ação penal. Inicialmente, ao contrário do que sustenta o Órgão ministerial de cúpula, entendo que a ordem pode ser conhecida porque a questão cinge-se em perquirir se alegada “captação ambiental” ocorreu em desconformidade com a lei (em sentido amplo) ou não, e para este propósito a impetração está suficientemente instruída. Vale mencionar que de acordo com o magistério de Auri Lopes Jr., “(. . .) a complexidade das teses jurídicas discutidas e a conseqüente análise de documentos ou provas já constituídas não são obstáculos para o HC”, a não ser que a decisão “(. . .) exija a mesma profundidade da cognição do processo de conhecimento (ou seja, aquela necessária para se alcançar a sentença de mérito)” (in Direito Processual Penal – 11ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, Capítulo XXII, item 2). Consigne-se que, de outra banda, que eventual apreciação concernente à contaminação das demais provas por derivação seria questão a demandar exame mais detido, tornando inapropriada a cognição nesta via eleita, pois haveria necessidade de aprofundamento em todo caderno processual para que se pudesse rechaçar as hipóteses de outras provas terem sido colhidas de forma independente ou de poderem ter sido produzidas de qualquer maneira diante do empreendimento de tarefas investigativas autônomas. A propósito: [...]

Contudo, adiante-se que por se tratar de pedido sucessivo, ficará prejudicado pelo desfecho contido neste voto. Isso porque não se vislumbra qualquer ilicitude que possa ser reconhecida neste writ, ressalvado os limites cognitivos das questões de fato e de direito ventiladas pelo impetrante e somente em relação aos pacientes, já que se refere à ação penal em que figuram no polo passivo outras 34 (trinta e quatro) pessoas. Nesta ordem de ideias, colhe-se da leitura da introdução do relatório de análise 001/0020/014/3096/16JAN2013/CSI (autos 026732469.2014.8.09.0175, mov. 03, arquivo 2), que as medidas investigativas levadas a efeito pela GAECO ocorreram após o comparecimento de ----- a sede do Ministério Público, no dia 02/04/2013, quando este noticiou as supostas irregularidades na contratação de servidores públicos comissionados, junto a Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. Então, com a anuência de ----, os promotores com atuação junto ao GAECO, o muniram com instrumento apto a permitir a gravação de áudio, sendo registrados os diálogos havidos entre ele e o processado ----, ocasião em que o primeiro teria entregado ao segundo uma quantia em dinheiro, o que havia sido previamente combinado (e ocorreu por duas vezes). Vale transcrever trecho do aludido documento:

[...]A investigação do Gaeco iniciou-se no dia 02/04/2013, quando compareceu ao órgão o Sr. ----, então suposto "servidor fantasma" da Assembleia Legislativa de Goiás, mais especificamente, do gabinete do deputado do Estadual ----. ---- informou, em síntese, que havia sido nomeado para um cargo em comissão no gabinete do referido deputado, mas que nunca havia prestado qualquer serviço. Além disso, tinha que devolver (repassar) quase a totalidade de seus proventos a pessoas ligadas ao deputado. Relatou, inclusive, que naquele mesmo dia estava indo entregar parte de seu salário a ----, suposto emissário de ----, chefe de gabinete do Deputado ----. Diante da gravidade dos fatos narrados, e visando colher elementos mínimos para iniciar as investigações, o CIS/MPGO foi acionado pelo Gaeco para acompanhar, em concordância com ----, a mencionada entrega do dinheiro, que ocorreria na Praça Universitária, em Goiânia, por volta das 21h. Tudo isso no próprio dia 02/04/2013. Conforme havia sido dito por ---- aos Promotores do GAECO, a entregue dinheiro (R\$ 4.000,00 – quatro mil reais) de fato, ocorreu, tendo sido devidamente comprovada através de fotografias e vídeos colhidos em local público, qual seja, na Praça Universitária de Goiânia. Mencionado fato foi objeto de relatório de informação do CIS de nº037/021/019/3102/05ABR2013/CSI (Anexo A)

[...]

Após a 'denúncia' feita por ---- I ter sido preliminarmente confirmada, os Promotores do Gaeco colheram suas declarações em termo próprio, no dia 05/04/2013, no qual ele relatou vários detalhes do modo como suposta fraude ocorre/ocorria. [...]

Vê-se, portanto, que esses elementos coletados, acrescidos de outros, subsidiaram a continuidade das investigações e o deferimento de medidas judiciais cautelares de natureza probatória, resultando, por fim, na instauração da ação penal. **Ressalte-se que as conversas entre ---- e ---- ocorreram na Praça Universitária de Goiânia e nas dependências externas da Assembleia Legislativa, o que permitiu que o GAECO registrasse também por imagens o ocorrido.**

Nesta ordem de ideias, os fatos aconteceram em local público, em que a tutela da intimidade e da vida privada é mitigada por se tratar de espaços em que qualquer pessoa pode ter acesso e, por isso, poderiam ter presenciado o acontecido, não havendo qualquer expectativa de proteção aos aludidos preceitos constitucionais. A esse respeito, transcrevo o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: [...]

No tocante ao registro dos diálogos havidos entre ---- e ----, não se descarta quanto à previsão legal vigente à época, de que "a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro análise", demandaria prévia e circunstância da autorização judicial (art. 2º, inciso IV, da Lei 9.034/95).

Ressalte-se, igualmente, que ainda que a Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/13), que disciplina atualmente a questão, não preveja a necessidade de autorização judicial, também será exigível o juízo de garantia sempre que a captação ensejar em violação aos direitos fundamentais da vida privada, da intimidade, ou da inviolabilidade do domicílio.

Mas é necessário fazer a distinção entre a interceptação e captação ambiental e a gravação ambiental.

Nas primeiras espécies citadas, o diálogo havido entre dois interlocutores é registrado por terceira pessoa sem o conhecimento destes.

Já a gravação ambiental é realizada por um dos interlocutores, hipótese em que não há a exigência de autorização judicial.

Neste sentido, ao discorrer sobre a teoria do risco, Renato Brasileiro, pontua que embora no Brasil não tenha registro de sua aplicação expressa, "em relação às gravações clandestinas, em que um dos interlocutores grava uma conversa telefônica sem o conhecimento do outro, o Supremo tem concluído pela sua admissibilidade no processo, desde que não haja causa legal de sigilo ou de reserva de conversação" (in Manual de Processo Penal: 8ª ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p.697).

Dessarte, o fato de a gravação ter sido realizada com o consentimento de um dos interlocutores, por telefone ou pessoalmente, leva-se ao entendimento

de que ele próprio em depoimento como testemunha poderia revelar o conteúdo da conversa, como de fato aconteceu após a gravação ora impugnada, a quem em que ---- detalhou a forma de atuação da suposta organização criminosa, relatando elementos para além daquilo que teria sido colhido no procedimento investigativo impugnado.

Ademais, o fato de ---- ter utilizado de aparelho de gravação de áudio fornecido pelo Ministério Público não é passível de contaminação da prova produzida já que, ainda assim, o registro foi realizado por vontade própria e de forma espontânea.

Significa dizer que ---- compareceu ao Ministério Público exatamente no dia que havia combinado de encontrar com ----, o que denota o seu intuito de fazer cessar a suposta relação espúria a que havia se submetido.

Nestes termos, colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: [...]

Portanto, a necessidade de prévia autorização judicial seria somente no caso de interceptações/captações ambientais, ou seja, aquela coleta de prova realizada sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores ou acaso fossem realizadas diligências invasivas de registro de imagens em ambientes restritos/privativos, ou quando devassados os limites invioláveis do domicílio de algum deles, o que não ocorreu na espécie, já que as conversas se passaram em ambiente público e, repiso, a gravação do áudio foi efetivada por um dos interlocutores, pouco importando que o aparelhamento utilizado para o desiderato tenha sido fornecido pelo Ministério Público.

Assim, sob qualquer ótica não se vislumbra a existência de gravame a ser reparado por esta via mandamental, pois a captação de imagens em ambiente público prescinde de autorização judicial, já que, nestas hipóteses, não há falar em violação à intimidade ou à vida privada, ao passo que a gravação por um dos interlocutores de conversa que não esteja submetida à proteção legal de sigilo é válida e não necessita de prévio controle jurisdicional.

Por consequência, diante da solução adotada, fica prejudicado o pedido visando à liberação, baixa no gravame, desbloqueio e/ou restituição de todo o patrimônio dos pacientes, que esteja constringido na referida ação penal.

Conclusão: desacolho o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do pedido e denego a ordem impetrada.

É como voto. (fls. 798-808)

Ao final da decisão monocrática, o Relator destacou o seguinte (fl. 878):

Da leitura dos julgados mencionados, observa-se que não há exigência de autorização judicial prévia para que a gravação ambiental, realizada por um dos interlocutores, seja utilizada como meio de prova no processo penal, exatamente como ocorreu na hipótese dos autos.

A decisão proferida pelo Ministro Relator não destoia da jurisprudência dominante até então sobre o tema. Ouso divergir, no entanto, porque proponho superação do entendimento vigente sobre a validade da captação ambiental realizada por particular sem conhecimento do interlocutor, com auxílio do Ministério Público.

Meu dissenso se ancora, principalmente, quanto ao parâmetro normativo deste julgado, que deve ser a Lei n. 9.034/1995, tendo em vista que vigente à época da produção da prova, 2/4/2013 (fl. 800). A revogação desse diploma se deu

expressamente, nos termos do art. 26 da Lei n. 12.850/2013, que entrou em vigor 45 dias após sua publicação (5/8/2013), posteriormente à realização das gravações.

Não dirirjo quanto à validade em tese de gravação realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, não protegida por um sigilo legal (QO no Inq. n. 2116, Supremo Tribunal Federal). Trata-se de hipótese pacífica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pois se considera que os interlocutores podem, em depoimento pessoal ou em testemunho, revelar o teor dos diálogos.

No entanto, tenho ressalvas quanto a gravação realizada por interlocutor **com apoio dos órgãos de persecução penal**, à revelia das formas legais.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha se pronunciado sobre o tema no Inq. n. 4.506, Ministro Roberto Barroso, DJe 3/9/2018, necessário pontuar que tal decisão, além de ter se dado em recebimento de denúncia, estava no contexto da "Operação Lava-Jato", cujas repercussões jurisprudenciais ainda estão sendo revistas e reposicionadas.

Também esta Corte Superior admite o auxílio de órgão da persecução na produção dessa prova.

No julgamento do REsp n. 1.689.365/RR, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 18/12/2017, foram explicitadas as seguintes razões pelo eminente Relator (grifo nosso):

Pondere-se que a circunstância de a polícia haver fornecido o equipamento usado para a gravação também não macula o procedimento, porque **a lei não exige autorização judicial para a gravação ambiental, realizada por um dos interlocutores, na condição de vítima, a fim de resguardar direito próprio. Diante disso, mostra-se irrelevante a propriedade do gravador.**

Até porque, no presente caso, não foram os policiais que induziram ou instigaram o réu para que ele cometesse o delito de corrupção passiva, tampouco criou a conduta por ele praticada, mas ele próprio que iniciou a empreitada, uma vez que já havia combinado com a vítima o recebimento do valor.

Esse também foi o entendimento seguido no AgRg no HC n. 547.920/RJ, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 19/9/2022.

Aqui é importante afirmar que a produção da prova obtida com colaboração

de órgão estatal deve observar as fórmulas legais, tendo em conta a contenção da atuação estatal, cingindo-o, por princípio, às fórmulas do devido processo legal. **Ao permitir a cooperação de órgão de persecução, a jurisprudência pode encorajar atuação abusiva, violadora de direitos e garantias do cidadão, até porque sempre vai pairar a dúvida se a iniciativa da gravação partiu da própria parte envolvida ou do órgão estatal envolvido.**

Sem contar que, mesmo se procurado de forma espontânea pela parte interessada, difícil crer que o Ministério Público tenha se limitado a fornecer o equipamento necessário e deixado de dar qualquer tipo de orientação quanto ao teor do diálogo a ser tentado.

A norma vigente à época, a Lei n. 9.034/1995, com redação dada pela Lei n. 10.217/2011, exigia, expressamente, para captação ambiental, "circunstanciada autorização judicial" (art. 2º, IV).

No caso em apreço, ----, o responsável pela captação do áudio, era integrante da organização e compareceu perante o Ministério Público de Goiás, **que o paramentou para gravar encontro com ----. O procedimento foi novamente realizado em 8/4/2013, quando, munido de câmera e gravador preparado pelo GAECO, ---- entregou R\$ 4.000,00 a ---- (fl. 801).**

A posição que ora submeto ao colegiado é de **superação do entendimento acerca da legalidade da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, com auxílio da política ou do Ministério Público.**

Entendo que a participação de um órgão oficial na produção da prova atrai a incidência dos parâmetros normativos e exige transparência e apego às formulas. **Não estamos mais diante de uma conversa privada em que um dos interlocutores toma a iniciativa de gravar a conversa para eventual ação futura. Estamos diante de uma conversa entre particulares, gravada por iniciativa de um dos interlocutores, mas com orientação e acompanhamento direto do órgão de investigação estatal. São situações bem distintas.**

Quando o Ministério Público fornece equipamento, entra, indubitavelmente, em contato com o agente particular, aproximando-o da figura de um agente colaborador ou de um agente infiltrado e, conseqüentemente, de suas restrições. Insisto: **difícil crer**

que, em situações assim, o Ministério Público não oriente o interlocutor a como conduzir a conversa quanto às quais as informações seriam necessárias e relevantes, limitando-se apenas a fornecer o equipamento necessário para a gravação.

É uma demanda republicana e democrática limitar essa atuação, submetendo-a ao crivo judicial. Não havia qualquer impeditivo para, à época, obtê-la.

Tal preocupação encontra amparo no direito comparado. Antonio Suxberger e Vladimir Aras elencam pertinentes casos de direito comparado em preprint disponível em <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/2722/version/2876>.

Primeiro, destacam caso de admissão de captação ambiental produzida por particular sem conhecimento de órgão de persecução penal, julgado pelo Tribunal Supremo da Espanha^[1].

Nesse caso, o réu foi condenado por reiterados estupros perpetrados contra sua filha menor. A condenação foi amparada, entre outras provas, por gravação realizada por terceiro, de diálogo entre o réu e a vítima.

A Corte espanhola distinguiu a ação de autoridades estatais e de particulares sem vinculação ao exercício do *jus puniendi*, admitindo o ingresso de documentos obtidos, nesse último caso, como prova para condenação, pois a regra de exclusão de provas ilícitas opera como limitação ao abuso por parte dos agentes estatais.

Os autores também trazem caso tratado pela Suprema Corte NorteAmericana, no qual fixaram posição de que a regra de exclusão da busca e apreensão não razoável só opera para proteger os cidadãos de agentes públicos ou de terceiros sob sua orientação^[2].

Outro caso enumerado no preprint supramencionado refere-se à decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos e possui bastante similaridade com o caso em questão.

Diz respeito ao caso de 1993, A. Vs. França^[3], ocasião na qual aquela Corte

tratou de captação de prova realizada por particular com apoio técnico de autoridade pública. O particular Serge Gehrling noticiou à polícia que Nelly Azerad, médica da administração penitenciária, teria encomendado a morte de Pierre de Vargas. O noticiante aceitou colaborar com a investigação, com assistência policial, e ligou do próprio departamento de polícia, gravando a ligação com equipamento estatal.

Todo o apoio material prestado pela polícia acarretou na invalidade da prova, pois convalidou a gravação em atividade investigativa não amparada por autorização judicial, como exigia a legislação francesa.

Toda essa preocupação externada pelo direito internacional, também encontra aporte jurídico no nosso Direito interno, entendo.

Ora, a participação da polícia ou do Ministério Público na produção da prova exerce a atração dos marcos legais, que, no caso, exigiam, repito, "circunstanciada autorização judicial". Não obtida a chancela do Poder Judiciário, opera a regra de exclusão, pois a prova em questão é ilícita.

Esse reposicionamento que proponho ainda antevê debate sobre o teor do § 4º do art. 8º-A da Lei n. 9.296/1996, inserido pela Lei n. 13.964/2019, que reabre discussão sobre a amplitude da validade da captação ambiental feita por um dos interlocutores . Tal dispositivo não se aplica ao caso, mas busca restringir esse meio de prova, considerando que essa prova só será válida sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público.

No caso concreto, considerando a efetiva e reconhecida participação do órgão de persecução estatal na obtenção da prova aqui questionada sem prévia autorização judicial, entendo como ilegal a gravação obtida e, por isso, deve ser excluída, bem como todas as provas derivadas.

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo regimental para prover o recurso em *habeas corpus* e reputar nulas as captações ambientais realizadas com auxílio do Ministério Público de Goiás sem autorização judicial, determinando sua exclusão dos autos e das provas derivadas, a serem especificadas pelo Juízo de primeiro grau.

Referências

1. [^] *ESPAÑA. Tribunal Supremo. Recurso de Casación. Sentencia STS 2932/2020. Sala de lo Penal. Ponente: Pablo Llarena Conde. Julgamento: 17 set. 2020. Disponível em:*

2. [^] *ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. Skinner, Secretary of Transportation et Al. v. Railway Labor Executives' Association et Al. 489 U.S. 602 (1989). Decided March 21, 1989. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep489/usrep489602/usrep489602.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2023. Vide a p. 614: "Although the Fourth Amendment does not apply to a search or seizure, even an arbitrary one, effected by a private party on his own initiative, the Amendment protects against such intrusions if the private party acted as an instrument or agent of the Government".*

3. [^] *CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Affaire A. c. France. Arrêt, Strasbourg, 23 Novembre 1993. Disponível em: <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/CHAMBER/1993/CEDH001-62405>. Acesso em: 26 jul. 2023.*