



A (IN)COMPATIBILIDADE DA DETERMINAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA *EX OFFICIO* PELO JUIZ À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO E DOS VALORES E FUNDAMENTOS DO PACOTE ANTICRIME

Lívia Rodrigues PORTO¹
Glauco Roberto Marques MOREIRA²

RESUMO: O presente artigo científico pretende analisar a (in)compatibilidade da determinação da interceptação telefônica *ex officio* pelo juiz com base no sistema processual penal acusatório, tal como com os valores e fundamentos do Pacote Anticrime. Pretende também estudar a decadência do sistema processual misto dando lugar ao acusatório, bem como a interceptação telefônica como meio de prova, examinando ainda os valores e fundamentos trazidos pela Lei nº 13.964/19. Busca também analisar a recente discussão acerca da temática com a ADI nº 3.450, examinando quais são os argumentos debatidos nesse julgamento. Neste estudo, o trabalho será desenvolvido por meio de um raciocínio lógico e dedutivo resultante da análise legislativa, jurisprudencial e doutrinária dentro da bibliografia pesquisada, com o objetivo de chegar à uma conclusão acerca da compatibilidade ou não desse meio de prova em confronto com o sistema acusatório.

Palavras-chave: Interceptação telefônica. Determinação *Ex Officio*. Sistema Acusatório. Pacote Anticrime. Processo penal.

1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista a modernização da sociedade, o Direito Penal como instrumento de tutela de direitos também deve se modernizar visando acompanhar as mudanças sociais, sendo assim é certo de que o Direito Penal deve ir se ajustando aos novos tipos de crimes a fim de desenvolver meios probatórios eficientes para comprovar as suas autorias.

Pensando nisso, em 1996 surge a Lei nº 9.296 que autoriza a interceptação telefônica como meio de prova em investigação criminal e instrução processual penal. Referida lei dispõe em seu artigo 3º os legitimados para requerer a

¹ Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail liviarodporto@gmail.com.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, advogado e Delegado de Polícia do Estado de São Paulo aposentado. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP. E-mail glaucomarques@toledoprudente.edu.br.

interceptação telefônica, trazendo a possibilidade de o juiz determinar de ofício a interceptação e, conseqüentemente, trazendo à tona a discussão acerca da compatibilidade dessa medida em relação ao sistema acusatório adotado pelo processo penal brasileiro.

Em consequência dessa controvérsia, foi proposta em 2005 a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.450 no Supremo Tribunal Federal a fim de que seja declarado a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 3º da Lei Federal nº 9.296, de 24 de julho de 1996, como meio para conferir-lhe interpretação conforme a Constituição Federal, e não conforme o Código de Processo Penal, sendo que até o momento da elaboração da pesquisa, essa discussão ainda não foi solucionada.

Referida discussão tem relação com o fato de os dispositivos previstos na Constituição Federal de 1988 estabelecerem um sistema processual acusatório, enquanto os dispositivos do Código de Processo Penal de 1941 instituírem um sistema processual inquisitório. Até a publicação da Lei nº 13.964 em 24 de dezembro de 2019, a doutrina majoritária entendia que o processo penal era regido por um sistema misto, onde a fase de investigação era disciplinada pelo Código de Processo Penal e a fase de julgamento pela Constituição Federal. Todavia, com a promulgação do Pacote Anticrime, a discussão se fez presente principalmente por conta do instituto do juiz das garantias que alterou completamente o entendimento doutrinário.

Assim sendo, busca-se comprovar o sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro como sendo o acusatório e qual o papel do Pacote Anticrime para essa constatação, de tal forma que, após observar os critérios constitucionais, o sistema de avaliação das provas, a natureza jurídica da interceptação telefônica, a possibilidade da atuação instrutória do magistrado dentro do sistema processual penal adotado, bem como os argumentos apontados em um caso prático, possamos chegar à uma conclusão acerca da compatibilidade ou não desse meio de prova em confronto com o sistema acusatório e os valores e fundamentos sustentados pelo Pacote Anticrime.

Nesta pesquisa, foi analisado no segundo capítulo a decadência do sistema processual misto dando lugar ao sistema acusatório, observando as principais características dos três sistemas clássicos e o entendimento atual da doutrina majoritária acerca do sistema adotado. No terceiro capítulo foi estudado a

interceptação telefônica como meio de prova em investigação criminal e instrução processual penal, bem como o sistema utilizado pelo juiz para a avaliação das provas. No quarto capítulo foi explorado o afastamento do juiz do contato direto com a produção probatória por meio dos valores e fundamentos trazidos pelo Pacote Anticrime e por fim, no quinto capítulo analisamos a ADI nº 3.450 que tramita no STF como recente discussão acerca da temática e os principais argumentos trazidos pelas partes.

No desenvolvimento deste trabalho foi realizada uma pesquisa legislativa, jurisprudencial e doutrinária utilizando o raciocínio lógico e dedutivo para a análise dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais brasileiros, bem como o entendimento da jurisprudência para assim analisar os estudos doutrinários presentes na bibliografia pesquisada.

2 A DECADÊNCIA DO SISTEMA PROCESSUAL MISTO DANDO LUGAR AO ACUSATÓRIO

Inicialmente, é importante demarcar o entendimento doutrinário acerca do sistema processual penal adotado atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que, a depender do sistema empregado, haverá ou não a possibilidade da atuação instrutória do magistrado.

Em uma abordagem preliminar acerca da temática, segundo a concepção de Paulo Rangel (2021, p 78), um sistema processual penal “é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”. No que toca ao intuito de um sistema processual penal, Alfredo Veléz Mariconde (1986, p. 19-20) relata que os sistemas processuais penais “refletem a opção e a concepção de Estado e de indivíduo na administração da justiça, isto é, a luta entre os interesses coletivos e os interesses individuais, entre o princípio de autoridade e a liberdade individual”. É com base nesses entendimentos que se percebe a importância do momento político do Estado para com a sua respectiva legislação penal, de modo que o sistema processual penal adotado irá indicar a prevalência do princípio da autoridade Estatal ou a liberdade individual.

Assim sendo, Marcos Zilli (2003, p. 35-36) alega que a simples referência a sistemas processuais penais automaticamente remete à ideia da existência de três sistemas ou corpos distintos: o acusatório, o inquisitório e o misto.

O sistema acusatório pode ser considerado herança do Direito Penal grego e predominou até meados do século XII. Caracterizado pela participação direta do povo no exercício da acusação e também como julgador, o sistema acusatório tem como forma um julgamento oral, público e com pleno contraditório (KHALED JR, 2013, p. 18). Neste sistema, é possível observar a nítida distinção entre as atividades de acusar (como regra, o Ministério Público), defender (o advogado ou defensor público) e julgar (o juiz), bem como o fato de o juiz se manter como um terceiro imparcial, não se comprometendo com a investigação e a coleta de provas (CUNHA, 2022, p. 69).

Gradativamente, como resposta ao Direito Penal canônico, o sistema inquisitivo se fez presente com a instituição do Tribunal da Inquisição (ou Santo Ofício) que teve como principal objetivo a punição dos hereges, isto é, daqueles que se posicionavam de forma contrária aos dogmas estabelecidos pela Igreja católica (LOPES JR, 2022, p. 19). Tal sistema perdurou até o final do século XVIII, se estruturando pela concentração de poder nas mãos do julgador, que também era o acusador, o que comprometia a imparcialidade do magistrado, tendo um procedimento estritamente sigiloso e sem debates orais, não possibilitando o contraditório e muito menos a defesa do acusado (NUCCI, 2011, p. 121).

Observado o fato de o sistema processual penal adotado variar conforme o momento político de um Estado e a nítida distinção entre esses dois primeiros sistemas, Rangel comenta:

Em um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório é a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado. A *contrario sensu*, no Estado totalitário, em que a repressão é a mola mestra e há supressão dos direitos e garantias individuais, o sistema inquisitivo encontra sua guarida (RANGEL, 2021, p. 78).

Com efeito, percebe-se que o sistema acusatório surge com o escopo de limitar o *jus puniendi* do Estado, trazendo ao processo penal as garantias fundamentais necessárias para barrar a repressão de um Estado absolutista e totalitário este que, do contrário, se faz presente em um sistema inquisitivo, no qual há o desfalque dos direitos e garantias individuais dos cidadãos frente ao Estado.

Por fim, o sistema misto abarca características dos dois sistemas tratados acima e sobre ele, Guilherme de Souza Nucci bem expõe:

Surgindo após a Revolução Francesa, uniu as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. Num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas (NUCCI, 2011, p. 121-122).

A partir de tal entendimento, até o advento da Lei nº 13.964/19, conhecida por “Pacote Anticrime”, a doutrina majoritária entendia que o sistema adotado pelo processo penal brasileiro era o sistema misto, tendo em vista estarem presentes duas grandes fases distintas regidas por dispositivos diferentes. O Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, s.p.) prevê em seu livro I, título II, que trata do inquérito policial, elementos do sistema inquisitivo em relação à coleta inicial de provas feita pelo delegado de polícia por meio desse inquérito, este que tem como requisitos um procedimento secreto, escrito, não possibilitando o contraditório e a ampla defesa, entre outros. Já a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988, s.p.) nos traz garantias constitucionais referentes ao sistema acusatório, dentre eles o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII), a publicidade (art. 5º, LX), entre outros. Ademais, o art. 93, inciso IX dispõe que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentados, sendo a publicidade reafirmada no art. 129, inciso I, que dispõe como função institucional do Ministério Público, a promoção de ação penal pública. Estas garantias são aplicadas durante a fase de julgamento.

Em suma, esse sistema pressupõe a apuração inicial de provas por meio do sistema inquisitório, e estas são revistas durante a fase de julgamento pelo juiz observando os elementos do sistema acusatório. Todavia, esse entendimento está enfraquecido atualmente, posto que, mesmo sendo observadas duas fases distintas, os elementos da fase de julgamento se sobressaem em decorrência dos valores e fundamentos trazidos pelo Pacote Anticrime de 2019, o qual altera o Código de Processo Penal e fundamenta um sistema processual penal acusatório com o fim de afastar o magistrado do contato direto com a produção probatória posto que, como visto acima, no sistema acusatório as atividades de acusar, defender e

julgar são claramente distintas de modo que essas não se mesclam entre si. No tocante aos valores e fundamentos trazidos pelo Pacote Anticrime, isso será bem analisado mais adiante.

3 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA

Caracterizado o atual sistema processual penal como sendo o acusatório e observado que a sua adoção está intrinsicamente ligada com a impossibilidade do contato direto do juiz com a produção probatória, é necessário analisar a interceptação telefônica como meio de prova em investigação criminal e instrução processual penal, bem como o sistema utilizado pelo magistrado para a avaliação das provas.

Primeiramente, no que toca ao conceito de interceptação telefônica, Ada Pelegrini Grinover comenta:

Embora etimologicamente, interceptar (de 'inter' e 'capio') tenha o sentido de deter na passagem e, conseqüentemente, de impedir que alguma coisa chegue ao seu destino, entende a doutrina, por interceptação telefônica, a escuta direta e secreta das mensagens, captando-se a conversa no momento mesmo em que se desenvolve, sem o conhecimento de pelo menos um dos interlocutores (GRINOVER, 1980, p. 63).

É importante destacar que a interceptação telefônica se difere da escuta e da gravação telefônica, tendo em conta que os três meios de captação de conversa são distintos e não se confundem. A diferença é bem retratada no Habeas corpus nº 161.053/SP julgado em 2012 pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

A interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, que depende de ordem judicial, nos termos do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. A escuta é a captação de conversa telefônica feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores, ao passo que a gravação telefônica é feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento ou a ciência do outro (BRASIL, 2012. s.p.).

Isto posto, vale ressaltar que a interceptação telefônica como meio de prova é autorizada pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XII que dispõe sobre a inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações

telegráficas e de dados, fazendo uma ressalva para o sigilo das comunicações telefônicas que, por ordem judicial e nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, pode ser violado para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 1988, s.p.). Este inciso veio a ser regulamentado em 1996 pela Lei nº 9.296 que trouxe uma série de requisitos a serem observados para a sua licitude.

Por conseguinte, cumpre pontuarmos o sistema de avaliação das provas preponderante no processo penal brasileiro de forma a analisar a interceptação como meio de prova. Este sistema de avaliação é o da persuasão racional, também chamado de livre convencimento motivado³.

Nesse sistema, conforme o disposto no art. 155 no Código de Processo Penal, o juiz formará e fundamentará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo motivar a sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, salvos se estes forem provas cautelares, não receptíveis ou antecipadas (BRASIL, 1941, s.p.).

Em outros termos, o juiz deve analisar as provas produzidas na fase de julgamento, tendo em conta que foram garantidos os direitos de defesa do acusado. Desse modo, ao fazer a sua análise, o juiz deve fundamentar a sua decisão, no entanto, não puramente com base nos informativos colhidos durante a investigação, considerando que o acusado não teve os seus direitos de defesa garantidos durante a fase de investigação, exceto se essas provas colhidas forem cautelares, não receptíveis ou antecipadas.

Dentre essas exceções, a interceptação telefônica se faz presente ao ser classificada como uma prova cautelar, e esta compreende a prova que corre o risco de desaparecer em consequência do decurso do tempo. Damásio Evangelista de Jesus (1997, p. 458) ressalta que a própria natureza jurídica da interceptação telefônica atribui o caráter acautelador *inaudita altera parte*, isto é, um pedido realizado via medida cautelar sem abrir vista ao réu, posto que ao permitir que o acusado tome conhecimento acerca da interceptação contra ele mesmo seria barrar por completo o sucesso da diligência.

³ Além desse sistema, há também os sistemas da íntima convicção e o da prova legal. No sistema da íntima convicção, utilizado no Tribunal do Júri, o juiz-acusador não avalia as provas racionalmente e de forma fundamentada, apenas forma intimamente e livremente a sua convicção com base nos seus princípios. Já o sistema da prova legal, observado no exame de corpo de delito (art. 158 do CPP), pressupõe a prévia valoração das provas pelo legislador, o qual dá à cada uma delas um valor fixo e imutável (OLIVEIRA, 2008, p. 291).

Nesse quadrante, se a interceptação for lícita e legítima, ela poderá ser usada como fundamento pelo juiz no momento de embasar a sua decisão condenatória, ainda que tenha sido produzida em fase de investigação criminal e sem as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (AVENA, 2022, p. 438).

Esses efeitos demonstram a força probatória do uso da interceptação telefônica como meio de prova, de tal forma que é de suma importância avaliar a compatibilidade da sua determinação de ofício pelo juiz, tendo em vista que, pelo sistema de avaliação das provas adotado, ele poderá formar a sua decisão exclusivamente nessa prova cautelar.

4 O PACOTE ANTICRIME E O AFASTAMENTO DO JUIZ DO CONTATO DIRETO COM A PRODUÇÃO PROBATÓRIA

Feitas as devidas considerações a respeito do sistema adotado no processo penal brasileiro como sendo o acusatório e da preponderância do livre convencimento motivado como sistema de avaliação de provas, observou-se que a presença das garantias constitucionais se dá durante a fase do julgamento, de modo que a produção de provas na fase anterior, a de investigação, não apresenta essas garantias. Ademais, o fato de a interceptação telefônica ser uma prova cautelar, em que o juiz pode motivar a sua decisão exclusivamente nessa espécie de prova, evidencia que sua determinação deve ser minuciosa e que todos os requisitos devem ser preenchidos para a sua autorização, de forma a dar licitude para esse recurso.

Como consequência disso, com a promulgação do Pacote Anticrime, diversas foram as alterações no Código de Processo Penal de 1941 visando estabelecer elementos do sistema acusatório em um código inquisitório criado durante o Estado Novo (1937-1945), ditadura brasileira instaurada por Getúlio Vargas. Neste cenário, dentre essas mudanças, a iniciativa acusatória e probatória do magistrado, que foi vedada com a instituição da figura do juiz das garantias, é a mudança a ser analisada neste trabalho.

Com o objetivo de sanar às dúvidas a respeito do sistema processual penal adotado, referido instituto reafirma os elementos da Constituição Federal ao trazer para o CPP o art. 3º-A (BRASIL, 1941, s.p.) o qual afirma a estrutura

acusatória do processo penal, vedando expressamente a iniciativa do juiz na fase de investigação e a sua atuação probatória, posto que a produção de provas é função do órgão de acusação. Essa vedação foi amplamente discutida em virtude do previsto nos incisos I e II do art. 156⁴ do CPP, dispositivo no qual traz elementos do sistema inquisitorial e que vai contra a alteração pelo Pacote Anticrime ao possibilitar o contato direto do juiz com a produção de provas.

Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 99) comenta que uma interpretação sistemática da Lei 13.964/19 como um todo nos leva a concluir que qualquer iniciativa do magistrado, nem mesmo no curso do processo penal, não será mais admitida e, no que concerne à essa discussão, comenta:

Não se pode mais continuar a insistir, contra a Constituição, em manter um sistema inquisitorial porque assim o preveem os incisos I e II do art. 156 do CPP, em permanente conflito com o modelo acusatório extraído do art. 129, I, da Constituição Federal, e do próprio art. 3º-A, do CPP. [...] Operou-se, pois, a revogação tácita do art. 156, II do CPP, bem como de todos os demais dispositivos constantes do CPP que atribuíam ao juiz da instrução e julgamento iniciativa probatória no curso do processo penal. É bem verdade que o legislador poderia ter sido mais direto e objetivo, revogando-os expressamente, de modo a privilegiar a técnica e a própria segurança jurídica. Mas tal omissão não impede que se produza uma interpretação sistemática, coerente com o próprio espírito das mudanças produzidas pela Lei 13.964/19 e com o sistema acusatório (LIMA, 2020, p. 99-100).

Da análise do apontado, vislumbra-se haver uma omissão legislativa que não impede o jurista de fazer uma análise sistemática acerca da vedação da atuação probatória do magistrado, todavia, não há como garantir que a análise será feita em todos os casos, podendo o juiz muitas vezes ainda continuar tendo um contato direto com a produção probatória, inclusive até determinando de ofício a produção de provas como a interceptação telefônica, por exemplo. Sendo assim, objetivando vedar a atuação probatória do magistrado no processo penal de forma a afastar o juiz durante a fase de investigação, o Pacote Anticrime cria o instituto processual do “juiz das garantias”.

4.1 O Instituto do Juiz das Garantias

⁴ A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (BRASIL, 1941, s.p.).

Tipificado no artigo 3º-A ao 3º-F do Código de Processo Penal, o instituto do juiz das garantias pode ser definido como a principal característica trazida com a tipificação do Processo Penal que fez um sistema processual penal entendido até então como misto passar a ser compreendido como um sistema processual acusatório. Esse instituto busca trazer uma maior imparcialidade ao processo penal brasileiro, estando diretamente relacionado com a adoção do sistema acusatório de forma a assegurar as garantias fundamentais por ele defendidas. Para que a figura do juiz das garantias tenha sido inserida na Lei nº 13.964/19, é certo de que a então situação do processo penal foi observada para chegar à conclusão de que era necessário haver uma separação de funções de forma a assegurar a imparcialidade do magistrado que até então estava sendo prejudicada.

Tal situação anterior ao Pacote Anticrime era a existência de um único juiz que atuava tanto fase investigatória, do inquérito policial, quanto na fase de instrução e julgamento, ou seja, o mesmo juiz que autorizava a determinação da interceptação telefônica e outras provas era o mesmo juiz que iniciava a fase processual com toda a sua convicção previamente formada e imparcialidade corrompida e contaminada devido ao acesso de antemão às provas. A tendência nesses casos é que o réu seja condenado, tendo em vista que o juiz participou de todas as fases e já as conhecia de forma a já possuir uma opinião formada onde está só se alteraria se surgisse algo crucial no meio do processo.

Com base nessa situação que a atuação do juiz das garantias surge como um grande reforço à imparcialidade do magistrado e, no que toca ao objetivo da instituição da figura do juiz das garantias, Rogério Sanches Cunha conclui:

O juiz das garantias é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (Art. 3º-B). Dessa forma, o juiz que julgará o caso-juiz de instrução-somente terá contato com o resultado da investigação depois de oferecida e recebida a inicial acusatória. A ideia que permeia a criação do instituto do juiz das garantias é a de distanciar o juiz da instrução da fase anterior, o que, acredita-se, lhe dará maior imparcialidade (CUNHA, 2020, p. 69).

À vista disso, o processo penal após o Pacote Anticrime conta o fracionamento da competência funcional do magistrado trazendo a atuação de dois juízes: um que participará na fase investigatória, decidindo sobre os requerimentos

de obtenção de provas e outros previstos especialmente a ele nos incisos do art. 3º-B do CPP; e outro que participará na fase processual durante a sua instrução e julgamento, de modo a formar a sua convicção de forma imparcial e, ao final, julgar e sentenciar o réu.

O próprio *caput* do art. 3º-B salienta que o juiz das garantias é o verdadeiro responsável pelo controle da legalidade durante a investigação criminal ao garantir os direitos individuais do investigado. É dessa forma que a fase de investigação, compreendida como uma fase inquisitória por não estarem presentes as garantias fundamentais (o contraditório e a publicidade, por exemplo), está se aperfeiçoando para garantir que esses direitos sejam respeitados de forma efetiva durante a fase processual. Essa garantia só se torna realmente efetiva com a preservação da imparcialidade do magistrado.

Não obstante, em 22 de janeiro de 2020 o Ministro Luiz Fux concedeu a Medida Liminar na Medida Cautelar nas ADI's nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.306 que suspendeu a eficácia de diversos dispositivos do Pacote Anticrime, dentre eles os dispositivos que instituem o juiz das garantias, *in verbis*:

[...] *Ex positis*, na condição de relator das ADI's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, com as vênias de praxe e pelos motivos expostos: (a) Revogo a decisão monocrática constante das ADI's n. 6.298, 6.299, 6.300, e suspendo *sine die* a eficácia ad referendum do Plenário, (a1) da implantação do juiz das garantias e seus consectários (arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal) [...] (BRASIL, 2020, s.p.).

O principal argumento utilizado pelo Ministro Luiz Fux foi em relação a ausência de dotação orçamentária prévia para a instituição do juiz das garantias. A implementação do juiz das garantias poderia gerar um reflexo no orçamento nos Tribunais de Justiça de cada estado em decorrência de a *vacatio legis* da Lei nº 13.964/19 ser de apenas 30 dias para a sua implementação (BRASIL, 2019, s.p.). Para a sua suspensão foi observado que o prazo dado pelo legislador foi absolutamente inviável para que todos os Tribunais de Justiça dos estados criassem na sua organização judiciária um juiz de garantia e isso gerou um desconforto dentro do contexto.

Com a suspensão por tempo indeterminado dos artigos que implantam a figura do juiz das garantias, a dúvida acerca do sistema processual adotado pelo processo penal brasileiro é novamente trazida à tona, haja vista que o art. 3º-A do

CPP que expressamente declara a estrutura do processo penal como acusatória também está suspenso.

Não obstante esteja, a Constituição Federal consagra o sistema acusatório em seu art. 129, inciso I ao dispor que compete ao Ministério Público, privativamente, promover a ação penal pública (BRASIL, 1988, s.p.), ou seja, referido dispositivo elucida a nítida distinção entre as atividades de acusar, defender e julgar, de modo a atribuir exclusivamente a função institucional de acusar ao Ministério Público. Ademais, pelo fato de a Carta Magna já estabelecer o sistema acusatório, o Pacote Anticrime não traz nenhuma novidade sobre o sistema adotado, só consagra expressamente.

No tocante ao art. 156 do Código de Processo Penal que contraria o dispositivo supramencionado ao estabelecer um sistema inquisitório, Aury Lopes Junior comenta:

É absolutamente incompatível com o sistema acusatório (também violando o contraditório e fulminando com a imparcialidade) a prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz, como, por exemplo, a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício, a decretação, de ofício, de busca e apreensão [...] e vários outros dispositivos do Código de Processo Penal que atribuem ao juiz um ativismo tipicamente inquisitivo. (LOPES JR., 2017, p. 49).

Nesse quadrante, a suspensão do artigo que expressamente consagra o sistema como sendo acusatório não interfere no previsto pela Constituição Federal, sendo esta hierarquicamente superior ao Código de Processo Penal, um dispositivo infraconstitucional, devendo ter os seus valores respeitados por este. Desse modo, é totalmente incompatível que a atuação instrutória do magistrado seja possível em um sistema acusatório, do mesmo modo que é incompatível a determinação da interceptação telefônica de ofício pelo juiz sendo que esta é função institucional exclusiva do órgão acusador, e não do julgador.

5 A RECENTE DISCUSSÃO DA DETERMINAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DE OFÍCIO PELO JUIZ E A ADI Nº 3.450

Com o fito de apresentar as principais discussões sobre a temática, torna-se necessário retratar a recente discussão da possibilidade de o juiz determinar de ofício a interceptação telefônica que está sendo debatida na Ação

Direita de Inconstitucionalidade nº 3.450 que tramita no Supremo Tribunal Federal. Apesar de a ADI ter sido proposta em 2005 pelo então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, a fim de excluir a interpretação do art. 3º da Lei nº 9.296/96 que permite ao juiz, na fase de investigação criminal, determinar de ofício a interceptação de comunicações telefônicas, tal discussão ainda está sendo julgada não foi solucionada até o momento, de tal forma que se pode considera-la recente.

Primeiramente, cumpre analisarmos os fundamentos que motivaram o Procurador-Geral da República a promover uma ADI sobre o tema. Em sua petição inicial, Cláudio Fonteles entende que o dispositivo supramencionado é conflitante com o art. 5º, inciso LIV (princípio do devido processo legal), art. 129, incisos I e VIII, e § 2º, e art. 144, § 1º, incisos I e IV, e §4º da Carta Magna, dispositivos nos quais estabelecem um sistema acusatório ao Direito Processual Penal, pedindo que seja declarado a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 3º da Lei Federal nº 9.296, de 24 de julho de 1996, como meio para conferir-lhe interpretação conforme a Constituição (BRASIL, 2005, s.p.).

Em relação ao conflito com tais dispositivos, Fonteles expõe:

A iniciativa da interceptação pelo juiz, na fase que antecede a instrução processual penal, ofende o devido processo legal na medida em que compromete o princípio da imparcialidade que lhe é inerente, e vai de encontro ao sistema acusatório porque usurpa a atribuição investigatória do Ministério Público e das Polícias Cíveis e Federal, permitindo ao julgador a assunção desse mister (BRASIL, 2005, s.p.).

Desse modo, a determinação de ofício da interceptação telefônica pelo juiz, além de violar o sistema acusatório ao apropriar-se da função institucional do Ministério Público e das Polícias Cíveis e Federal, viola também o devido processo legal ao comprometer a imparcialidade do magistrado, indo de encontro com todo o processo penal que depende dessa imparcialidade. Impende destacar que discussão como essa já foi debatida no STF com a ADI nº 1.570 a qual questionou a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.034/95 (lei do combate ao crime organizado) que atribuía ao magistrado realizar a diligência pessoalmente. Os fundamentos dessa decisão são os mesmos utilizados na ADI nº 3.450, *in verbis*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR.

REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. " JUIZ DE INSTRUÇÃO ". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. **MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL.**

1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras.

2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. **Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal.**

3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte (grifos nossos) (BRASIL, 2004, s.p.).

Foi nesse sentido que o Procurador-Geral da República também transcreveu a emenda do julgado em sua inicial. Não obstante, o Consultor-Geral da União, ao emitir parecer opinativo contestou os fundamentos apresentados pela parte requerente alegando que o Código de Processo Penal autoriza o juiz a praticar atos instrutórios tanto na fase processual como na que lhe antecede. Essa autorização se dá pelos artigos 13 e 242 desse estatuto de modo que o art. 13, inserido no título que trata do inquérito policial, estabelece que a autoridade policial deve realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público, e o art. 242 estabelece que a busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes (BRASIL, 2005, s.p.):

Portanto, o Código de Processo Penal confere ao juiz posição ativa na instrução probatória, inclusive na fase do inquérito policial, sem que disso resulte comprometimento da sua imparcialidade na apreciação e julgamento dos fatos. Mesmo porque, tanto na hipótese do art. 13 quanto do art. 242 citados, o juiz apenas expede a ordem; quem cumpre a diligência ou realiza a busca é a autoridade policial, o que afasta o magistrado do envolvimento pessoal com a colheita da prova (BRASIL, 2005, s.p.).

Defendendo que o juiz apenas expede a ordem, sendo a autoridade policial o responsável por cumprir a diligência ou realizar a busca, não havendo assim o comprometimento do princípio da imparcialidade do magistrado, o Consultor-Geral da União ainda impugna a utilização da decisão da ADI nº 1.570 como caso semelhante ao da ADI que está sendo julgada:

Como se observa, o fato de a ordem de interceptação de comunicação telefônica ser dada de ofício não altera a forma de sua execução, que continua a cargo da polícia, com o acompanhamento do Ministério Público. Logo, **não ocorre a situação prevista no art. 3º da Lei nº 9.034/95, haja vista que o juiz não colhe pessoalmente a prova nem emite qualquer juízo de valor sobre ela.** Por conseguinte, não há falar em comprometimento da sua imparcialidade (grifo do autor) (BRASIL, 2005, s.p.).

Este entendimento também é o observado pelo Advogado-Geral da União. Em 2011, o Ministro Gilmar Mendes determinou a oitiva do Advogado-Geral da União e este defendeu o fato de a possibilidade do magistrado determinar, de ofício, a interceptação das comunicações telefônica não é o suficiente para comprometer a sua imparcialidade como forma de acarretar a violação do devido processo legal, haja vista que, mesmo a determinação sendo originada de iniciativa do próprio juiz, a execução da medida está sob os cuidados da autoridade policial (BRASIL, 2005, s.p.).

Em junho de 2022, a Defensoria Pública da União requereu a sua admissão na qualidade de *amicus curiae*, sendo aceita para tal pelo Ministro Gilmar Mendes. Requerendo a procedência da ação e concordando com o exposto pelo Procurador-Geral da República, o Defensor Público Federal (BRASIL, 2005, s.p.) debateu acerca do sistema do livre convencimento motivado utilizado pelo magistrado para a avaliação das provas, já debatido neste trabalho, como sendo um sistema que coloca os critérios subjetivos do julgador acima dos objetivos, onde o processo irá depender da própria consciência do juiz, sendo, portanto, incompatível que ele determine de ofício a interceptação telefônica, posto que, mesmo não colhendo pessoalmente a prova, o juiz pode emitir um juízo de valor sobre ela de modo a formar sua decisão exclusivamente nessa prova cautelar, contrariando o exposto pelo Consultor-Geral da União.

Essa incompatibilidade é bem exposta pela Defensoria Pública da União por meio da pesquisa realizada na Universidade Federal de Minas Gerais:

[...] Não só seria o julgador o destinatário final, mas também, enquanto sujeito processual responsável por presidir o feito, poderia ele determinar, valendo-se de sua discricionariedade, quais são as provas adequadas para a formação do seu próprio convencimento (AQUINO, 2016, p. 96)

Desse modo, não há dúvidas que a imparcialidade do magistrado é prejudicada pela possibilidade da determinação de ofício de uma prova na qual a sua decisão pode ser formada exclusivamente com base nela. Essa atuação confere ao magistrado uma atitude de “jogador” no processo e não a de julgador, fazendo com que um processo no qual a doutrina processual penal brasileira se esforça em salientar que é um sistema acusatório ganhe ares de um sistema inquisitório (SILVA; PAULO, 2019, p. 190).

Em relação ao julgamento da ADI nº 3.450 não há previsões para o seu fim, haja vista que o último ato no processo até o momento da pesquisa, após a admissão da Defensoria Pública da União como *amicus curiae*, foi a sua exclusão do calendário de julgamento pelo Presidente da Sessão em 14 de junho de 2022. No entanto, com base no exposto, é claramente incompatível a atuação instrutória do magistrado em um sistema processual acusatório, de modo que a Constituição Federal estabelece dispositivos para assegurar essas garantias e o Código de Processo Penal e as demais leis infraconstitucionais não devem ir contra o estabelecido pela Lei Maior.

6 CONCLUSÃO

Diante de tais considerações, não há dúvidas acerca da incompatibilidade do art. 3º da Lei nº 9.296/96, o qual prevê a faculdade da interceptação telefônica ser determinada *ex officio* pelo juiz, com o sistema processual penal acusatório e os valores e fundamentos da Constituição Federal de 1988 que foram reafirmados pelo Pacote Anticrime. De fato, o Código de Processo Penal prevê a possibilidade da atuação instrutória do magistrado, no entanto, essa possibilidade é instituída por dispositivos que preveem um sistema inquisitório, indo de encontro com diversos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Magna, sendo esta uma lei hierarquicamente superior ao Código de Processo Penal e a Lei nº 9.296, dispositivos infraconstitucionais, devendo assim prevalecer.

Até a promulgação do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19), entendia-se que o sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro era o misto por conta da presença de duas grandes fases distintas regidas por dispositivos diferentes, porém, com a reafirmação expressa do sistema acusatório previsto na Constituição por meio do instituto do juiz das garantias houve a decadência do

sistema misto dando lugar ao entendimento majoritário de que o processo penal é regido pelo sistema acusatório.

Ao caracterizar o sistema processual penal como sendo o acusatório, já não é mais possível admitir o contato direto do magistrado com a produção probatória, tendo em vista que a sua atuação instrutória se choca com a sua imparcialidade e o devido processo legal ao usurpar a atribuição investigatória exclusiva do Ministério Público, exacerbando a sua função de julgar e adentrando a função de acusar, da qual não lhe é competência.

Observada a natureza jurídica da interceptação telefônica a qual atribui o caráter acautelador *inaudita altera parte*, demonstramos que a prova é colhida sem que tenha sido observado o contraditório e a ampla defesa, sendo essas garantias asseguradas apenas na fase posterior, a de julgamento, ademais, podendo servir de alicerce para que o juiz forme a sua decisão exclusivamente nessa prova cautelar.

Com base no estudo realizado, após a análise da ADI nº 3.450, conclui-se que é absolutamente incompatível a possibilidade da determinação da interceptação telefônica de ofício pelo juiz sabendo que o sistema de avaliação das provas utilizado lhe permite formar um juízo de valor acerca desse meio de prova e a conferir uma decisão com base exclusivamente nela.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Yuri Alvarenga Maringues de. **O sistema do livre convencimento motivado no processo penal em face do ordenamento constitucional**. 2016, p. 96. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUBD-AYSNQ5>. Acesso em: 17 set. 2022.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2022, p. 438.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. **MC ADI n. 6.305/DF**. Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Art. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP. Juiz das Garantias. Regra de Organização Judiciária. Inconstitucionalidade Formal. Artigo 96 da Constituição. Inconstitucionalidade Material. Ausência de Dotação Orçamentária Prévia. Artigo 169 da Constituição. Autonomia Financeira do Poder Judiciário. Artigo 96 da Constituição. Impacto Sistêmico. Artigo 28 do CPP. Alteração Regra Arquivamento. Artigo 28-A do CPP. Acordo de Não Persecução Penal. Sistema de Freios e Contrapesos entre Acusação, Juiz e Defesa. Artigo 310, § 4º, do CPP. Relaxamento Automático da Prisão. Audiência de Custódia. Proporcionalidade. Fumus Boni iuris. Periculum In Mora. Medidas Cautelares Parcialmente Deferidas. Relator: Min. Luiz Fux, 22 jan. 2020. Brasília, DF. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/861439583>. Acesso em: 07 set. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 14 jul. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 27 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **HC n. 161.053/SP**. Habeas Corpus. Impetração Originária. Substituição ao Recurso Ordinário. Impossibilidade. Respeito ao Sistema Recursal Previsto na Carta Magna. Não Conhecimento. Relator: Min. Jorge Mussi, 27 nov. 2012. Brasília, DF. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22841694/habeas-corpus-hc-161053-sp-2010-0017511-6-stj/inteiro-teor-22841695>. Acesso em: 14 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **ADI n. 1570/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 9034/95. Lei Complementar 105/01. Superveniente. Hierarquia Superior. Revogação Implícita. Ação Prejudicada, Em Parte. "Juiz De Instrução". Realização de Diligências Pessoalmente. Competência para Investigar. Inobservância do Devido Processo Legal. Imparcialidade do Magistrado. Ofensa. Funções de Investigar e Inquirir. Mitigação das Atribuições do Ministério Público e das Polícias Federal e Civil. Relator: Min. Maurício Corrêa, 12 fev. 2004. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/769462>. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI n. 3450**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 2005. Brasília, DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2282869>. Acesso em: 14 set. 2022.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” de Presidente Prudente. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. Presidente Prudente, 2020/2021, 133p.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019**: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 69.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Provas Ilícitas. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, nº 16, jun. 1980, p. 63.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Interceptação de comunicações telefônicas:** notas à Lei 9.296, de 24/07/1996. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 86, n. 735, 1997, p. 458.

KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 18.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime:** Comentários à Lei 13.964/19 artigo por artigo. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 99-100.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 19.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 49.

MARICONDE, Alfredo Veléz. **Derecho procesal penal I.** 3. ed. 2. reimp. Cordoba: Marcos Lerner, 1986, p. 19-20.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 121-122.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 10. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2008, p. 291.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, p. 78.

SILVA, Valine Castaldelli; PAULO, Alexandre Ribas de. **Uma visão garantista sobre prova penal produzida de ofício pelo magistrado frente ao processo penal constitucional.** 2019, p. 190. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6868>. Acesso em: 17 set. 2022.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 35-36.