

Charles Frajdenberg: Interceptação telefônica de ofício

04/10/2022

O artigo 3º, caput, da Lei 9.296/96 [1], autoriza que o juiz determine de ofício a interceptação telefônica desde que presentes os requisitos autorizadores do artigo 2º do mesmo diploma legal.



A possibilidade de decretação, por iniciativa do juiz, de

medida drástica com o desiderato de se obter prova (meio de obtenção de prova limitadora do direito fundamental à intimidade) foi alvo de muitas críticas por parte da doutrina, sob o argumento principal de que menoscaba o sistema acusatório, insculpido no artigo 129, I, da Constituição.

Foi ajuizada ação direta de inconstitucionalidade, pelo então procurador-geral da República Cláudio Fonteles, em 29/3/2005, requerendo a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do artigo 3º, da indigitada lei, para conferir a interpretação de que é inconstitucional a decretação da interceptação de ofício na fase pré-processual.

Tal ação foi autuada como ADI 3.450 e ainda pende de apreciação pela Suprema Corte, sendo que não houve formulação de pedido de concessão de tutela provisória de urgência (denominada de medida cautelar pelos artigos 10 a 12 da Lei 9.868/99).

Com o advento da lei 13.964/2019, denominado "pacote anticrime", que alterou diversos diplomas legais, entre eles a Lei 9.296/96 e o Código de Processo Penal, aperfeiçoando a legislação em diversos aspectos, a fim de ficar mais adequada ao sistema acusatório, resta mais evidente a inconstitucionalidade latente da decretação de ofício da interceptação telefônica (seja na fase pré-processual quanto na processual) e sua total incompatibilidade com uma leitura sistêmica das leis processuais penais em vigor.

Natureza jurídica da interceptação telefônica

A Constituição protege o direito fundamental de primeira dimensão da intimidade,

determinando que a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas só pode ocorrer de forma excepcional, por determinação judicial e na forma da lei, conforme preceitua o artigo 5º, XII, da Constituição.

Ou seja, há uma reserva jurisdicional e legal para determinação de medida tão extrema e excepcional.

A Lei 9.296/96 veio a regulamentar o aludido dispositivo constitucional. Na cabeça do artigo primeiro já há menção de que a interceptação é para prova e não prova em si. A Lei 12.850/13, nessa mesma esteira, aduz que a interceptação telefônica é um meio de obtenção de prova.

O doutrinador Nestor Távora vai além e leciona que a interceptação telefônica pode se apresentar como meio de prova, meio de obtenção de prova ou fonte de prova, a depender do seu conteúdo e finalidade [2].

Já o provimento jurisdicional que autoriza a interceptação telefônica é de natureza cautelar probatória (incidental ou preparatória), com o desiderato de assegurar a colheita das conversas entre os interlocutores que podem servir como prova dos fatos supostamente criminosos que estão sendo investigados (fase pré-processual) ou já objetos de denúncia ofertada pelo órgão de acusação.

Da incompatibilidade da decretação de ofício da interceptação telefônica com as recentes alterações legislativas promovidas pelo pacote anticrime

O sistema processual penal acusatório pressupõe uma total separação entre as funções de acusar e julgar, não podendo um mesmo órgão exercer as duas funções. Trata-se de uma característica salutar para um processo penal democrático, como bem aduz o professor e ministro do Superior Tribunal Rogério Schietti [3]:

"Há, sem dúvida, em qualquer processo penal o qual se possa adjetivar de democrático, um conjunto mínimo de princípios e regras, como pequenas variações, voltadas predominantemente para a proteção do indivíduo, porquanto (...) a liberdade é maximizada e o poder de punir minimizado (MEDEIROS & SILVA NETO, 2010).

Assim, em quase todos os atuais códigos de processo penal e/ou constituição dos países centrais será possível inferir que: (a) a acusação contra alguém não pode ser feita pelo mesmo órgão que irá julgar o acusado (...)"

Assim, em quase todos os atuais códigos de processo(...) o juiz não deve conceder de ofício a medida cautelar preparatória, pois esta deverá ser requerida pelo Ministério Público (dominus litis) ou mediante representação da autoridade policial, pois pelo sistema acusatório, adotado entre nós, o juiz foi afastado da persecução penal. Porém, nada obsta, que a medida cautelar incidental (adotada no curso do processo) possa ser deferida pelo juiz de ofício em nome do princípio da verdade real e de acordo com o sistema do livre convencimento. Pois, se sustentarmos tese contrária, o juiz também não mais poderia decretar medida cautelar pessoal de ofício (prisão preventiva) ou medida cautela real (busca e apreensão)."

Diversas das alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 vieram a aperfeiçoar essa separação de funções entre os órgãos de acusação e de julgamento, tolhendo iniciativas probatórias do órgão judicante.



A novel lei inseriu o artigo 3-A, no CPP, com o seguinte teor: "*O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*".

O mencionado dispositivo não constou da proposta original da Câmara dos Deputados (seja no PL nº 10.372/2018 ou no PL nº 882/2019), tendo sido inserido apenas no âmbito do Senado Federal (PLS nº 6.341/2019).

Em que pese a falta de maior detalhamento do artigo 3º-A acerca do papel do juiz na gestão das provas, resta nítido que, pelo menos na fase de investigação, ainda preparatória para eventual oferecimento de denúncia, não há possibilidade de o juiz determinar a produção de provas de ofício, sem provocação (seja por requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial). Há nesse ponto uma maior aproximação com o sistema adversarial (sistema acusatório puro ou radical), com maior protagonismo das partes e um órgão jurisdicional menos interveniente no processo penal.

Referido dispositivo teve a eficácia suspensa por decisão monocrática do ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, em decisão datada de 22 de janeiro de 2020, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 do Distrito Federal. Ao que me parece, com a devida licença, constar expressamente esse preceito legal como suspenso trata-se de equívoco (quijá descuido) da decisão, pois o objetivo da suspensão dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal foi impedir, até decisão ulterior, a implantação do juiz das garantias e o artigo 3º-A tem vida própria, independentemente ou não da efetivação do juiz das garantias.

Continuando, as medidas cautelares que importem restrições aos direitos fundamentais dos investigados passam a ser decididas pelo juiz das garantias, que deve exercer o controle de legalidade da investigação criminal e salvaguardar os direitos individuais.

Nesse aspecto, o inciso XI do artigo 3º-B, do Código de Processo Penal, com redação dada pela lei 13.964/2019, estabelece que o juiz de garantia é competente para decidir sobre requerimentos de diversos meios de prova (nominados — alíneas "a" a "d" — ou inominados). Ou seja, usou-se o termo requerimento a fim de justamente se estabelecer que é vedada a concessão de tais medidas, dentre elas a interceptação telefônica, de ofício [4].

Mesmo os que eventualmente propugnam que o artigo 3º da L. 9.296/96 é constitucional na parte que autoriza a interceptação telefônica de ofício pelo juiz na fase investigativa, devem ter em mente que tal norma está, ao menos, revogada tacitamente pelo inciso XI, alínea "a", do artigo 3º-B, do Código de Processo Penal [5]. Não é possível o convívio entre as duas normas, já que são totalmente incompatíveis, pois o juiz de garantias (artigo 3-B a 3-F, da lei 13.964/2019) não tem qualquer iniciativa probatória de ofício na fase investigativa. Ainda que tais artigos estejam com a eficácia suspensa sob argumentos pragmáticos de impossibilidade fática de implementação, os princípios e nortes por ele trazidos devem influenciar o intérprete na aplicação do direito, sob pena de uma visão capenga e não inteiriça do sistema e com desrespeito à vontade popular manifestada pelo Poder Legislativo.

A *mens legis* de conferir um papel mais passivo ao juiz durante, ao menos, a fase investigativa, é perfeitamente aplicável, mesmo inexistindo, por ora, a cisão de determinadas competências

jurisdicionais.

No tocante à fase processual, a ideia de um juiz mais inerte está, por vezes, nítida em outras normas, como, por exemplo, na vedação de decretação de prisão preventiva de ofício na novel redação do artigo 311 do Código de Processo Penal ou subjacente, como é o caso da franquia às partes a formulação de perguntas diretamente as testemunhas, sem necessidade de passar pelo crivo prévio do juiz, nos termos do artigo 212 do Código de Processo Penal, com redação dada pela lei 11.690 de 2008.

Um trecho doutrinário citado na ADI 3.450 para justificar que a inconstitucionalidade da interceptação telefônica *ex officio* limita-se à fase investigativa é do professor Paulo Rangel, assim transcrito [6]:

"(...) o Juiz não deve conceder de ofício a medida cautelar preparatória, pois esta deverá ser requerida pelo Ministério Público (dominus littis) ou mediante representação da autoridade policial, pois pelo sistema acusatório, adotado entre nós, o Juiz foi afastado da persecução penal. Porém, nada obsta, que a medida cautelar incidental (adotada no curso do processo) possa ser deferida pelo Juiz de ofício em nome do princípio da verdade real e de acordo com o sistema do livre convencimento. Pois, se sustentarmos tese contrária, o Juiz também não mais poderia decretar medida cautelar pessoal de ofício (prisão preventiva) ou medida cautela real (busca e apreensão)."

Hodiernamente, como afirmado supra, já não subsiste mais a possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício, o que demonstra, mais uma vez, que o legislador está caminhando cada vez mais para tentar evitar um eventual comprometimento da imparcialidade do juiz que determina medidas cautelares probatórias.

Ainda na mesma toada, para demonstrar a incompatibilidade da decretação de ofício da interceptação telefônica, em qualquer fase, pelo juiz, em uma interpretação sistêmica das leis processuais penais, podemos citar o artigo 8º-A da Lei 9.296/96, com redação conferida pela Lei 13.964/2019. Tal norma veio para regulamentar a possibilidade de captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. Isso porque antes do advento deste artigo, apenas havia previsão genérica da possibilidade de utilização da captação ambiental como meio de prova nas leis de organização criminosa, primeiramente no artigo 2º, IV, da revogada Lei 9.034/1995 e, posteriormente, no artigo 3º, II, da L. 12.850/13, mas sem qualquer regulamentação sobre o assunto.

A redação do artigo é clara ao exigir requerimento do órgão de acusação ou representação da autoridade policial para autorização judicial, sendo vedada a autorização de ofício.

Observe-se que tal norma está inserta na lei de interceptação telefônica e não há sentido lógico permitir que a interceptação telefônica seja decretada de ofício e a captação não. São medidas cautelares probatórias que têm graus de violação ao direito de intimidade muito parecidos e nada justifica que tenham tratamento diferente quanto à possibilidade de atuação oficiosa pelo órgão judicante.

Essa postura mais comedida na gestão das provas, de um juiz mais observador, deve ser um guia interpretativo para uma leitura sistêmica e uniforme do ordenamento jurídico processual penal à luz das recentes reformas legislativas.

Não se está a asseverar que já estamos diante de um sistema acusatório puro, de matiz liberal, anglo-saxão, em que o juiz é totalmente passivo. Mas não se pode negar que houve a inserção de diversas normas que aproxima nosso sistema acusatório a um modelo mais adversarial, no qual o juiz deve ter muita parcimônia para intervir na gestão da prova.

Conclusão

Estamos ainda sob a égide de um Código de Processo Penal de 1941, promulgado durante o governo de Getúlio Vargas, inspirado no Código Rocco da Itália, de matiz inquisitorial.

A Constituição de 1988 é pródiga em direitos fundamentais, muitos deles verdadeiras garantias do cidadão frente ao poder punitivo estatal. A partir do advento da Constituição Cidadã, o Código de Processo Penal necessitou passar por uma releitura (constitucionalização dos direitos) e diversas normas não foram recepcionadas. A título de exemplo, podemos citar o artigo 21 do diploma adjetivo que permite que o juiz decrete a incomunicabilidade do indiciado, quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir, sendo que a Constituição atual não permite, nem mesmo na vigência do Estado de Defesa, a incomunicabilidade do preso (artigo 136, §3, IV CF).

O Código de Processo Penal está sendo objeto de diversas reformas legislativas ao longo do tempo, muitas delas inspiradas em normas de direito estrangeiro, existindo um verdadeiro intercâmbio normativo de institutos e uma aproximação dos sistemas da *Common* e *Civil Law*.

O problema é que muitas vezes as normas insertas pelas reformas, ainda que não sejam explicitamente revogadoras de normas anteriores, soam incompatíveis com as normas originárias e reforçam o argumento de não recepção (pois o Código de Processo Penal é anterior ao advento da Constituição de 1988, não se podendo falar em inconstitucionalidade).

Na legislação adjetiva extravagante também acontece o mesmo. A Lei 9.296/96 ao permitir a decretação de ofício da interceptação telefônica pareceu se inspirar nos valores do Código de Processo Penal, que ainda permite, mesmo após a Constituição de 1988, diversas atuações oficiosas do juiz, como no caso de medidas cautelares probatórias, a exemplo da busca e apreensão.

Sucedem que as recentes alterações legislativas promovidas pelo denominado Pacote Anticrime reforçam os argumentos antes já existentes de que a decretação de ofício da interceptação telefônica é inconstitucional, não só na fase investigativa propriamente dita, como na fase processual.

O caminho na direção de uma atuação do juiz menos ativa e mais observadora na gestão da prova (exercendo o controle da juridicidade da prova requerida pelas partes) está traçado pelas novas normas incorporadas no ordenamento jurídico (a exemplo do juízo das garantias e vedação de determinação de captação ambiental de ofício) e cabe ao intérprete da lei saber seguir esse novo vetor hermenêutico em respeito às ideias subjacentes de que as normas são

dotadas.

Referências

Cunha, Rogério Sanches, Pacote Anticrime – Lei 13.946: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP, Salvador: Editora JusPodivm

Rangel, Paulo, Breves Considerações sobre a Lei 9.296. [sítio jus.com.br](http://jus.com.br), 2000 – <https://jus.com.br/artigos/195/breves-consideracoes-sobre-a-lei-9296-96-interceptacao-telefonica>

Schietti, Rogério Machado Cruz, Rumo a um Processo Penal Democrático, Revista Direito em Ação, v. 12, número 1, 2014, pg. 173 – <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/view/5867/3814>

Távora, Nestor, Curso de Direito Processual Penal, Editora JusPodivm, 2016

[1] "Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I – da autoridade policial, na investigação criminal;

II – do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal."

[2] Távora, Nestor. Curso de Direito Processual Penal, Editora JusPodivm, 2016, pg. 1012.

[3] Schietti, Rogério Machado Cruz, Rumo a um Processo Penal Democrático, Revista Direito em Ação, v. 12, número 1, 2014, pg. 173 – <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/view/5867/3814>

[4] O autor Rogério Sanches da Cunha assevera que tal norma está em consonância com o sistema acusatório: "O inciso XI do artigo 3º-B do CPP estabelece que cabe ao juiz das garantias decidir sobre os requerimentos de interceptação de comunicações em geral, afastamento dos sigilo bancário, de dados e telefônico e de busca e apreensão domiciliar, o que está em perfeito acordo com o sistema acusatório e com o papel reservado a tal autoridade jurisdicional". Cunha, Rogério Sanches, Pacote Anticrime – Lei 13.946: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP, Salvador: Editora JusPodivm, 2020, pg. 87.

[5] Lei posterior revoga a anterior quando seja com ela incompatível, nos termos do artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei número 4.657 de 1942.



[6] <https://jus.com.br/artigos/195/breves-consideracoes-sobre-a-lei-9296-96-interceptacao-telefonica>

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-out-04/charles-frajdenberg-interceptacao-telefonica-oficio/>