



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2022.0000071049**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2200070-67.2021.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é paciente JACKSON DE CRISTO SANTANA e Impetrante MARCOS REBOTINI, é impetrado MMJD DA 5ª VARA CRIMINAL DO FORO DE CAMPINAS.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por maioria, concederam a ordem de habeas corpus para decretar a ilicitude da prova produzida de ofício pelo juízo, devendo ser desentranhada dos autos, juntamente com todas as provas produzidas em derivação e pela prova ilícita contaminadas. Vencido o Terceiro Juiz, Des. Cláudio Marques, que negava a ordem e não declarará.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO SEMER (Presidente), AUGUSTO DE SIQUEIRA E CLÁUDIO MARQUES.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2022.

**MARCELO SEMER**  
**Relator(a)**  
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

HABEAS CORPUS Nº 2200070-67.2021.8.26.0000  
COMARCA: CAMPINAS – 5ª. VARA CRIMINAL  
IMPETRANTE: MARCOS REBOTINI  
PACIENTE: JACKSON DE CRISTO SANTANA  
VOTO Nº 19368

HABEAS CORPUS. Quebra de sigilo telefônico. Pleito do impetrante de que fosse desentranhado o laudo pericial produzido, ante a ilegalidade da produção de prova, de ofício, pelo juiz, o que afronta o sistema acusatório. Constrangimento ilegal. Nulidade da prova. Produção de prova de ofício, pelo juízo, que atenta contra o sistema acusatório, já consagrado em sede constitucional e ora reforçado pela égide do art. 3º-A, do CPP, introduzido pela Lei n.º 13.964/2019. Liminar do Min. Fux, na MC na ADI n.º 6299/DF, que não suspendeu a eficácia do aludido artigo no que tange ao reforço do sistema acusatório, mas apenas quanto à implantação do juiz de garantias, que demanda mudança estrutural do Judiciário. Revogação tácita do art. 156, do CPP. Precedente deste Eg. TJSP. Ordem concedida, para decretar a ilicitude da prova produzida de ofício pelo juízo, devendo ser desentranhada dos autos, juntamente com todas as provas produzidas em derivação e pela prova ilícita contaminadas.

Cuida-se de ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de Jackson de Cristo Santana, por meio da qual pleiteia o impetrante seja desentranhado dos autos laudo pericial, vez que produzido de forma ilegal, de ofício, pelo juízo. Narra, em resumo (fls. 01/06), que: (i) a decisão judicial que determinou a quebra do sigilo telefônico do paciente viola o sistema acusatório, constituindo constrangimento ilegal, uma vez que foi determinada sem qualquer manifestação dos órgãos de acusação nesse sentido; (ii) o laudo pericial produzido constitui prova ilícita, tendo sido confeccionado em violação ao art. 3º-A, do CPP, que instituiu o sistema acusatório como direito fundamental no ordenamento jurídico nacional. Pleiteia, liminarmente, o desentranhamento do laudo pericial de fls. 240/250 e, ao final, seja

concedida a ordem.

Houve, então, decisão liminar, de minha lavra (fls. 41/42), por meio da qual indeferi o pedido.

Manifestou-se a PGJ (fls. 51/56), opinando pela denegação da ordem.

### **É O RELATÓRIO.**

Trata-se de *habeas corpus* pretendendo seja desentranhado laudo pericial, que teria sido produzido ilegalmente, em violação ao sistema acusatório.

E, melhor analisando os autos, é o caso de se conceder a ordem, desentranhando-se o laudo pericial produzido após determinação de ofício pela magistrada *a quo*.

Com efeito, foi a magistrada quem determinou, de ofício, a produção de prova pericial sobre os celulares apreendidos, sem pedido nem do MP, nem da autoridade policial: *“em atenção às versões apresentadas pelos acusados, sobretudo de Jackson com quem mantinha envolvimento amoroso, verifica-se a participação de terceira na prática delitiva, apenas identificada por “Ane”. Tendo em vista a apreensão dos celulares dos acusados...entendo ser o caso de quebra de sigilo com intuito de identifica-la”* (fl. 112 da origem, g.n.).

E, de fato, não cabe ao juízo determinar, de ofício, a produção de provas não requeridas pela acusação, em especial após as alterações trazidas pela Lei 13.964/2019, que, como se sabe, reforçou o sistema acusatório ao vedar certas iniciativas por parte do juiz, preservando, assim, a sua imparcialidade.

Nesse sentido, afirmam Guilherme Madeira Dezem e Luciano Anderson de Souza, que: *“este novo artigo 3<sup>a</sup>-A do CPP positiva, de maneira indiscutível, a opção pelo sistema acusatório. Trata-se do coração da reforma processual penal operada e é fundamental à sua compreensão. Em primeiro lugar, é importante notar que o sistema acusatório implica essencialmente a separação das funções de acusar, defender e julgar. Não pode o juiz atuar em substituição às partes, devendo atuar como árbitro imparcial na disputa havida entre as partes”* (in *Comentários ao pacote anticrime*, Revista dos Tribunais, 2020).

Conforme o referido art. 3<sup>o</sup>-A, do CPP, não mais se admite iniciativa do juiz em substituição da atuação probatória do órgão acusador:

*“Art. 3<sup>o</sup>-A – 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”* (g.n.).

É cristalino, assim, o objetivo da nova legislação de afastar o ativismo judicial, impossibilitando a substituição do órgão acusador pelo juiz, no ônus de iniciativa probatória.

E essa previsão nada mais faz do que confirmar o quanto já explicitado na Constituição da República, em seu art. 129, I e VIII, ao reservar tal ônus probatório de acusador ao Ministério Público:

*“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:*

*I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;*

*(...)*

*VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.*

E mesmo a suspensão da eficácia do art. 3º-A, do CPP, levada a cabo pelo Min. Fux, na MC em ADI n.º 6299/DF, melhor analisando o tema, não deve prosperar para afastar a conclusão pela ilegalidade da produção de prova de ofício pelo juízo.

A uma, pois não foi o art. 3º-A, do CPP, que instituiu o sistema acusatório no processo penal brasileiro - o que já se encontrava claro em sede constitucional – mas, antes, o reforçou.

E, a duas, pois a decisão liminar do Min. Fux não visou a afastar esse reforço ao sistema acusatório, mas à suspensão da “*implantação do juiz das garantias e seus consectários*”, eis que tal figura, na visão do Ministro, geraria mudanças estruturais no Poder Judiciário, cujos impactos demandariam maior reflexão.

Assim, não houve pelo Min. Fux a suspensão da eficácia da norma no que concerne ao reforço dado pelo art. 3º-A ao

sistema acusatório, o que afasta a aplicação do art. 156, do CPP, que já antes se incompatibilizava com a Constituição da República e ora expressamente, com a legislação processual penal infraconstitucional.

Nessa linha, sustenta Aury Lopes Junior que: “*é importante destacar que a posição do “juiz” é fundante da estrutura processual. Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador...Em última análise, é a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador) que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive...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, ou, como existia no sistema brasileiro até a reforma de 2019, em que se permitia que o juiz decretasse a prisão preventiva de ofício, pudesse determinar de ofício a produção de provas ou ainda pudesse condenar o réu sem pedido do Ministério Público. Portanto, são absolutamente incompatíveis com o sistema acusatório e estão tacitamente revogados (no todo ou em parte, conforme o caso), entre outros, os arts. 156, 385, 209, 242 (...)*” (in *Direito processual penal*, 18ª. edição, São Paulo, Saraiva Educação, 2021, pp. 46-47, g.n.).

Assim também já entendeu este Eg. Tribunal:

*“Habeas corpus. Processual Penal. **Decisão judicial que determinou ex officio a produção antecipada de prova. Alegação de nulidade decorrente de ofensa ao sistema acusatório estampado na Constituição Federal e, agora, também no Estatuto Processual Penal. Artigos 156 e 366 do CPP. Fundamentação idônea proferida pelo juízo a quo. Contudo, configurada patente violação ao sistema acusatório. Art. 3º-A do Código de Processo Penal, com nova redação dada pela Lei 13.964/2019. Parte do dispositivo que não sofreu suspensão de sua eficácia na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6299 MC/DF. Ofensa ao sistema acusatório, nos termos do art. 129, incisos I e VIII da Constituição da República. Nulidade da decisão que se impõe diante da ausência de requerimento pelo órgão ministerial. Ordem concedida”*** (Habeas Corpus n.º 2188778-22.2020.8.26.0000, Rel. Amable Lopez Soto, 12ª. Câmara Criminal, j. 15.10.2020, g.n.).

Assim, ante a revogação tácita do art. 156, do CPP, pelo art. 3º-A, do CPP, em reforço ao sistema acusatório já expressamente adotado pelo Brasil em sede constitucional, entendo pela ilicitude da prova produzida às fls. 240/249, consubstanciada em laudo pericial dos telefones celulares dos acusados, cuja prova foi determinada de ofício pelo juízo, devendo ser desentranhada dos autos, assim como as provas que dela derivarem, devendo haver a descontaminação do processo.

Ante o exposto, pelo meu voto, concedo a ordem, para **decretar a ilicitude da prova produzida de ofício pelo juízo, devendo ser desentranhada dos autos, juntamente com todas as provas produzidas em derivação e pela prova ilícita contaminadas.**

**MARCELO SEMER**  
**Relator**