

Dossiê — Privacidade e Proteção de Dados Pessoais na Segurança Pública e no
Processo Penal

Protodefesa à Brasileira: Contraditório e Ampla Defesa em Investigações Sigilosas

The Brazilian Protodefense: Adversarialism and the Right to a Fair Trial in Secret Investigations

NATHALIE FRAGOSO¹

Universidade de São Paulo (USP).

GABRIEL BREZINSKI RODRIGUES²

Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ).

RESUMO: O emprego de métodos ocultos de investigação sem qualquer contrapeso defensivo permitiu um avanço desmedido dos órgãos de persecução penal sobre direitos fundamentais. Uma concepção democrática de processo penal, no entanto, não é harmonizável com intervenções em direitos protegidos, sem que um contraditório mínimo seja assegurado. Neste sentido, a criação da figura do “Protodefensor” para defender os interesses do acusado, mantendo sigilo em relação a este, parece-nos a melhor forma de restabelecer o equilíbrio processual e evitar afetações desproporcionais de direitos fundamentais. A Defensoria Pública, argumentamos, seria a instituição brasileira mais adequada para exercer este papel. Logo, ainda que uma lei regulamentadora deste novo papel processual seja necessária, parece-nos, desde logo, compatível com a Constituição a “Protodefensoria Pública”.

PALAVRAS-CHAVE: Métodos ocultos; processo penal; protodefesa; prova.

ABSTRACT: The use of covert investigative methods in the absence of any defensive checks and balances has allowed an unrestrained advance of the organs of criminal prosecution over fundamental rights. A democratic criminal procedure, however, cannot be harmonized with interventions on protected rights, without ensuring an adversarial procedure. In this sense, the creation of the “Protodefender”, who maintains confidentiality in relation to the accused, but safeguards his interests,

1 Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6514-007X>.

2 Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-5494-5569>.

seems the best way to reestablish the procedural balance and avoid disproportionate interference with fundamental rights. The Public Defender's Office, we argue, would be the most appropriate Brazilian institution to perform this role. Therefore, even though a law regulating this new procedural role is necessary, the "Public Protodefender" is fully compatible with the Constitution.

KEYWORDS: Hidden methods; criminal procedure; protodefense; evidence.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Métodos ocultos e contraditório no cenário pré-processual brasileiro; 1.1 Opacidade das cautelares: o afetado deve ter ciência da quebra de sigilo de dados?; 1.2 O esgarçamento da legalidade estrita em medidas investigativas ocultas; 2 O Ministério Público enquanto parte no processo penal; 3 Primeira ou protodefesa de direitos em procedimentos sigilosos; 4 A (Proto)Defensoria Pública; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Já há uma década que Manoel da Costa Andrade expressa inquietação com a expansão das medidas investigativas sigilosas, especialmente a colheita de elementos informacionais que pressupõem o desconhecimento da medida pelo afetado. Dentre tais métodos, encontra-se o que chamamos no Brasil de quebras de sigilos de dados e interceptações telefônicas e telemáticas.

São dois os eixos de preocupações Andrade (2011, p. 536). O primeiro deles é a institucionalização dos métodos ocultos, já que, nos últimos anos, diversos ordenamentos jurídicos legitimaram material e proceduralmente as então obscuras técnicas de espionagem. O segundo é a massificação dos expedientes invasivos, que, além de terem potencialidade para atingir os direitos fundamentais de múltiplos indivíduos, sejam estes investigados ou não³, tendem a expandir no mesmo ritmo das inovações tecnológicas, sobretudo as do campo informático (Gomes, 2019, p. 36).

As preocupações aventadas por Andrade são pertinentes. Já é possível perceber que os métodos ocultos de investigação provocaram fissuras na estrutura acusatória do processo penal, sobretudo no esgarçamento das garantias individuais, na erosão de direitos fundamentais clássicos, como as inviolabilidades do sigilo de dados e comunicações, e no total abandono da concepção do acusado enquanto sujeito processual titular de direitos.

3 É digno de nota que o Anteprojeto e Lei de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal limite o acesso a dados pessoais sigilosos de pessoas investigadas, quando controlados por pessoas jurídicas de direito privado. Nesse caso, o acesso dependerá de ordem judicial baseada em indícios de envolvimento dos titulares de dados afetados em infração penal e na demonstração de necessidade dos dados à investigação.

Lendo Andrade, Malan (2016, p. 220) também estabelece correlação entre a popularização dos métodos ocultos com a policialização da investigação, com conseguinte hipertrofia dos poderes da polícia judiciária e privatização de certos aspectos da investigação preliminar, já que, por vezes, o particular acaba por atuar como *longa manus* dos órgãos de repressão⁴. Para mais, o autor aponta que a naturalização de tais processos frequentemente deturpa a natureza retrospectiva do processo penal, que passa a desempenhar uma função de prevenção à futura prática de infrações penais, ao contrário do tradicional papel de reconstrução factual (2021, *livro digital*).

No âmbito do processo penal brasileiro, o impacto mais contundente da expansão dos métodos ocultos de investigação é o abandono quase absoluto do respeito ao contraditório durante a fase pré-processual. Por aqui, alega-se que a perseguição só pode ser devidamente construída quando o indivíduo é espionado sem ter conhecimento da vigilância. Aliado ao argumento utilitarista, sustenta-se, no âmbito jurídico-processual, que os elementos colhidos durante a investigação preliminar são apenas informes para estruturação do conjunto probatório que, conforme juízo de conveniência do Ministério Público, serão posteriormente levados à instrução. Consequentemente, durante a fase pré-processual, não se possibilita qualquer tipo de reação do investigado quanto a afetações de seus direitos fundamentais, seja por conta do desconhecimento da medida, seja pela própria concepção inquisitiva de um contraditório diferido ou inexistente.

Diante do panorama narrado, se, de fato, os métodos ocultos são um caminho sem volta (Malan, 2021, *livro digital*), é necessário pensar em filtros de irracionalidade e estruturas de controles viáveis dentro da estrutura constitucional. A lei expressa parece ser a primeira barreira desejável. Porém, no obscuro submundo das cautelares, é preciso que algum contrapeso defensivo atue ainda no âmbito dos procedimentos judiciais que visam à obtenção oculta de dados, sobretudo pelo contraditório não ser oportunizado ao afetado.

A retórica usual sobre o pleito é de que o próprio Ministério Público é capaz de exercer este controle. Contudo, não é incomum que os métodos ocultos de investigação sejam instados, iniciados, requeridos, modulados e executados pelo próprio *Parquet*. Portanto, parece impossível que um mes-

4 Cite-se, como exemplo, o caso dos provedores de aplicações de internet, que, por força do art. 15 do Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016, devem sintetizar e estruturar os dados requisitados por ordem judicial de forma a facilitar o posterior tratamento pelos órgãos de repressão do Estado.

mo ente ocupe o papel de acusador e de freio da persecução. Assim, na busca por uma solução que contemple um modelo acusatório de processo penal, o presente trabalho parte da proposição feita por Schünemann (2007) do Protodefensor, figura que teria como uma de suas atribuições restabelecer a paridade de armas em procedimentos sigilosos, para então verificar se a instituição brasileira da Defensoria Pública poderia atuar como contrapeso defensivo nos procedimentos ocultos nos quais o investigado não pode ser pessoalmente representado.

1 MÉTODOS OCULTOS E CONTRADITÓRIO NO GENÁRIO PRÉ-PROCESSUAL BRASILEIRO

Na experiência brasileira, a convivência com a proliferação dos meios ocultos de investigação é facilmente perceptível pela jurisprudência processual-penal dos últimos vinte anos, que habitualmente preza pela primazia dos interesses relacionados à tutela do poder punitivo, ainda que em detrimento de direitos fundamentais individuais. Cite-se, como exemplo, os reiterados precedentes que, pautados em alegações de complexidade da investigação, permitem sucessivas renovações de interceptações telefônicas, muito embora o corolário lógico-interpretativo de uma medida restritiva de direitos seja pela interpretação de maior garantia⁵. Ou mesmo a controversa decisão do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), nos autos do RMS 61302/RJ⁶, que considerou proporcional a autorização judicial para identificação de um enorme conjunto indeterminado de usuários próximos ao local de um homicídio, aduzindo que a legislação brasileira não exigiria a demonstração da indispensabilidade da medida ou de qualquer elemento de individualização pessoal. Dita decisão demonstra que, mesmo na ausência de previsão

5 A constitucionalidade das renovações sucessivas e, por conseguinte, a interpretação do termo “renovável por igual tempo” descrito no art. 5º da Lei nº 9.296/96 são temas do pendente Recurso Extraordinário nº 625263/PR, interposto pelo Ministério Público Federal e de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Vale notar que, em 13 de junho de 2016, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral do tema.

6 Trata-se de recurso interposto pelo Google, LLC contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que determinou o fornecimento de registros de conexão e Device IDs de usuários que pesquisaram o nome da vereadora e as combinações “Vereadora Marielle”, “Agenda vereadora Marielle”, “Casa das Pretas”, “Agenda vereadora Marielle” e “Rua dos Inválidos”, entre outros termos, nos dias 7 de 14 de março de 2018. A ordem também determinava o fornecimento dos registros de conexão e cruzamento de dados dos dispositivos que passaram pelo pedágio da Transolímpia, via que liga os bairros Recreio dos Bandeirantes e Deodoro, em 2 de dezembro de 2018, entre 11h05 e 11h20. Segundo o Ministério Público do Rio de Janeiro, autor do pedido judicial que deu origem à quebra de sigilo, a quebra genérica destes dados seria a única maneira de identificar os responsáveis pelo homicídio da vereadora Marielle Franco e do motorista Anderson Gomes. A empresa Google, LLC, por outro lado, defende que a medida é desproporcional e ilegal, já que não há norma autorizativa para a quebra de sigilo de dados de uma gama de pessoas não identificadas e sequer individualizadas. Ver: BRASIL. STJ, RMS 61302/RJ, 2019/0199132-0, 3ª S., Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJ 26.08.2020, DJe 04.09.2020.

legal expressa para a prática, tribunais brasileiros recorrem à ponderação de matriz pós-positivista para restringir direitos fundamentais e à analogia à lei ordinária para justificar e legitimar a prova obtida.

Cientes da usual chancela exercida pelo Judiciário, autores como Tavares e Casara (p. 96, 2020), além de Prado (2014, p. 64), sustentam que as informações obtidas durante uma apuração oculta devem ser submetidas em sua totalidade ao contraditório, uma vez que esta é a única forma de possibilitar a reação da parte que não participou da produção. Prado (2014, p. 69), inclusive, defende que todo o processo de obtenção deve ser devidamente registrado e documentado, mantendo-se a cadeia de custódia da prova para que o investigado seja posteriormente capaz de verificar que os dados obtidos não sofreram alteração ou contaminação.

Embora fundamental enquanto filtro do poder punitivo, as diretrizes acima defendidas somente operam efeitos práticos quando o dado colhido furtivamente é submetido à instrução processual penal, já que os métodos ocultos de investigação se desenvolvem ainda no âmbito da investigação preliminar, geralmente em medidas cautelares sigilosas, deferidas por um juiz, mas conduzidas pela polícia judiciária ou pelo aparato de apoio do Ministério Público. Tais autos são os reais detentores dos elementos informativos, pois, na prática, o inquérito é instaurado apenas como formalidade para que a autoridade investigativa possa postular por medidas sigilosas (Malan, 2016, p. 219). Por conseguinte, no âmbito do processo penal brasileiro, a coleta de fontes reais de prova não é submetida a qualquer contraditório, já que o lugar-comum teórico é de que os elementos colhidos não servem diretamente à formação do convencimento do juiz, mas apenas como informe para estruturação do conjunto probatório que posteriormente será levado à instrução. Portanto, se o método oculto de investigação for realizado em completo descompasso com a legislação, sua consequência prática é a inadmissibilidade probatória do elemento colhido, e não a nulidade do ato (Malan, 2021, *livro digital*).

O supracitado sustentáculo teórico confere ao cenário brasileiro das investigações preliminares ocultas duas particularidades. A primeira delas diz respeito à possibilidade quase nula do investigado de conhecer a afetação de direitos, enquanto a segunda relaciona-se com o progressivo abandono da necessidade de lei autorizativa para as medidas, uma vez que, dentre outros constructos argumentativos que serão abordados a seguir, compreende-se que eventuais abusos na coleta de fontes reais de prova poderão ser verificados durante a instrução.

1.1 OPACIDADE DAS CAUTELARES: O AFETADO DEVE TER CIÊNCIA DA QUEBRA DE SIGILO DE DADOS?

A estrutura processual das medidas cautelares, em que apenas Polícia, Ministério Público e Juiz participam, tornam o procedimento bastante opaco⁷. É verdade que, após ser instado por diversas vezes, o Supremo Tribunal Federal emitiu a Súmula Vinculante nº 14, garantindo ao defensor o acesso aos elementos de prova. Contudo, dito acesso restringe-se aos elementos de prova já documentados, pois argumenta-se que o conhecimento completo do feito pelo defensor prejudicaria as diligências ocultas em andamento. Em outras palavras, o defensor somente poderá acessar a cautelar quando o órgão que conduz o procedimento finalizar os trabalhos, pois alega-se que a perseguição só pode ser devidamente construída quando o indivíduo é espionado sem ter conhecimento da vigilância⁸.

Ocorre que, diferente das execuções de medidas cuja manifestação corporal elimina o sigilo (ao exemplo da prisão e a busca e apreensão), a concretização da colheita oculta não pressupõe que o investigado tome ciência do ocorrido. Além disso, a legislação não determina que um investigado seja notificado da existência de um inquérito ou da finalização deste, o que permite que um indivíduo tenha seu sigilo completamente devassado sem jamais tomar consciência do ocorrido, haja vista que não é necessário que a investigação gere uma denúncia ou mesmo, na visão do citado precedente do STJ, que os indivíduos cujo sigilo tenha sido escancarado sejam individualizados como suspeitos. Em fato, ainda que alguém saiba que é formalmente investigado, a nebulosidade burocrática que gravita sobre os

7 Interessante notar que os problemas da parca visibilidade das medidas de interceptação telefônica foram investigados em um passado recente, durante a Comissão Parlamentar de Inquérito sobre escutas telefônicas clandestinas, conhecida como “CPI dos Grampos”. O resultado indireto dos trabalhos foi a elaboração, pelo Conselho Nacional de Justiça, da Resolução nº 59, de 09.09.2008, que disciplina e uniformiza as rotinas de interceptações, além de criar o Sistema Nacional de Controle de Interceptações Telefônicas. Embora pouco tenham impactado sobre a curva ascendente das interceptações, ditas estruturas de controle ao menos trouxeram visibilidade quantitativa do fenômeno. Sucede que, até a publicação deste artigo, ainda não há qualquer controle ou gestão, por parte do Judiciário, sobre ordens judiciais que requisitam dados aos provedores de aplicação. Não obstante, sobre o impacto da CPI e da Resolução do CNJ sobre a série histórica das interceptações, vale conferir o trabalho de: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias; OLIVEIRA, Anderson Affonso de. A interceptação telefônica no contexto dos maxiprocessos no Brasil: uma análise quantitativa e qualitativa dos dados entre 2007 e 2017. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 143, p. 89-116, maio 2018.

8 Alguns delegados de polícia entendem, ainda, que seria lícito optar por sequer responder um requerimento defensivo de listagem de procedimentos sigilosos instaurados contra uma pessoa, já que o simples fato de saber que há um procedimento sigiloso instaurado pode mudar o comportamento do investigado. Ver: BARBOSA, Ruchester Marreiros; COSTA, Adriano Sousa. Não responder a *phishing* ou a *firewall* defensivos não é abuso de autoridade. *Conjur – Consultor Jurídico*, 23 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-23/academia-policia-nao-responder-phishing-ou-firewall-defensivos-nao-abuso-autoridade>. Acesso em: 26 ago. 2021.

procedimentos é suficiente para que, mesmo após a conclusão da medida, o indivíduo sequer tome ciência de que ela ocorreu, especialmente quando a quebra de sigilo não reúne elementos úteis para respaldar a imputação. Por isso, há quem defenda que o Estado deve notificar o afetado tão logo seja encerrada a necessidade do sigilo⁹ (Gleizer, 2021, *livro digital*).

No caminho contrário, encontram-se aqueles que pretendem validar a hipertrofia do estado de polícia, argumentando que, quando os dados obtidos são incapazes de formar uma acusação criminal, inexistente razão para que o afetado tenha ciência da quebra, já que o material obtido continuará restrito ao sistema de justiça criminal. Dito coro parece deliberadamente olvidar que tanto o Superior Tribunal de Justiça quando o Supremo Tribunal Federal¹⁰ já permitiram o compartilhamento, para fins de processo administrativo disciplinar, das informações colhidas por interceptação telefônica, desde que o Juízo Criminal tenha expressamente autorizado (Amorim, 2010, p. 13). Portanto, não parece que a potencialidade deletéria dos dados obtidos com a quebra de sigilo encerre-se quando o Ministério Público decide não oferecer denúncia.

A nosso ver, a questão deveria ser analisada sobre a perspectiva do direito à autodeterminação informacional. Tal como reconhecido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão no BVerfGE 65, 1¹¹, e pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro na ADIn 6387/DF¹², trata-se de um direito fundamental autônomo, com base na proteção constitucional dos dados pessoais, que permite o controle ideal do indivíduo sobre as informações que lhe digam respeito, a fim de concretizar o livre desenvolvimento da persona-

9 É digno de nota que o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para Segurança Pública e Persecução Penal, produzido pela Comissão de juristas liderada pelo Ministro Néfi Cordeiro, do Superior Tribunal de Justiça, e entregue em 5 de novembro de 2020 ao então Presidente da Câmara dos Deputados Rodrigo Maia (DEM-RJ), veda a proibição genérica de notificação dos titulares de dados quando do fornecimento em resposta a requisição administrativa ou judicial sigilosa. A notificação de afetados está em linha com o contraditório previsto no CPP, por exemplo, para imposição de medida cautelar (art. 282, § 3º). Na ausência de notificação, a defesa de direitos do titular de dados depende da disposição do controlador de dados. Texto integral do Anteprojeto em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/comissao-de-juristas-dados-pessoais-seguranca-publica/documentos/outros-documentos/DADOSAnteprojetoComissaoProtecaoDadosSegurancaPersecucaoFINAL.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2021.

10 Respectivamente: ROMS 16429, 200300870460, 6ª T, DJe 23.06.2008 e Inq-QO 2.42404/RJ, J. 24.04.2007.

11 No famoso julgamento da Lei do Censo de 1983, o Tribunal Constitucional Federal Alemão reconheceu o direito fundamental à autodeterminação informativa, declarando que “não existem mais dados insignificantes no contexto do processamento eletrônico de dados”. Ver: ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal Alemão, BVerfGE – Repertório oficial de jurisprudência, 65, 1, “Recenseamento” (Volkszählung), Reclamação Constitucional contra Ato Normativo, 15.12.1983.

12 BRASIL. STF, ADIn 6387/DF, 0090566-08.2020.1.00.0000, Tribunal Pleno, Relª Rosa Weber, DJ 07.05.2020, publ. 12.11.2020.

lidade. Por meio dele, o cidadão deve poder determinar quem sabe o que sobre ele, como, quando e em que circunstância.

Ainda que, em regra, a autodeterminação informativa esteja inserida no paradigma de abstenção que orienta a proteção de direitos fundamentais, no âmbito do interesse do indivíduo em conhecer as medidas informacionais do Estado que afetem seus direitos, dito direito ultrapassa sua função de defesa e incorpora um aspecto positivo (Gleizer *et al.*, p. 39). Nesse sentido, se o problema da notificação do investigado após a conclusão da colheita oculta for enfrentado a partir desta chave, parece inevitável que, se tais dados seguem armazenados nos bancos de dados da justiça e dos órgãos de persecução, é dever do estado cientificar o titular para que este tenha ciência do tratamento¹³, pois o direito do afetado de tomar conhecimento da intervenção informacional tem por fundamento mitigar os prejuízos causados pelo levantamento e processamento de seus dados pessoais ocorridos sem sua ciência e sem o seu consentimento, permitindo, por conseguinte, que o titular possa opor-se a qualquer ilegitimidade (Gleizer *et al.*, p. 148).

1.2 O ESGARÇAMENTO DA LEGALIDADE ESTRITA EM MEDIDAS INVESTIGATIVAS OCULTAS

Voltando à rotina procedimental dos meios de obtenção ocultos, constata-se que, adaptados à estrutura processual das medidas cautelares e cientes de que seu pleito chegará de forma unilateral ao Magistrado, algumas autoridades policiais e representantes do Ministério Público têm avançado interpretações expansivas em seus requerimentos de quebra, especialmente no campo das comunicações armazenadas e dos metadados (Antoniali; Abreu, 2019, p. 63), já que a ausência de leis específicas autorizativas e o ar de inovação no “combate à criminalidade” por meio da informática dão margem para diversos constructos argumentativos. Ditos silogismos, como narram Antoniali e Abreu (2019, p. 63), são frequentemente aceitos pelo Judiciário, seja pela ausência de vozes dissidentes no processo sigiloso, seja por adesão subjetiva do julgador à narrativa. Não é incomum, por exem-

13 Novamente, é digna de nota a solução aventada pelo Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para Segurança Pública e Persecução Penal, produzido pela Comissão de juristas liderada pelo Ministro Néfi Cordeiro, do Superior Tribunal de Justiça, e entreguem, em 5 de novembro de 2020, ao então Presidente da Câmara dos Deputados Rodrigo Maia (DEM-RJ). Consoante o art. 19, I e II, da proposta, o titular terá o direito a obter do controlador, mediante requisição, a confirmação da existência de tratamento e o acesso aos dados. Contudo, o art. 20 permite o adiamento da prestação de informações para evitar prejuízo para a persecução penal, segurança do Estado e para proteger direitos e garantias de terceiros. Não obstante, por força dos parágrafos seguintes, os motivos da recusa ou da limitação do acesso devem restar claros, podendo o titular levar o caso ao Conselho Nacional de Justiça ou iniciar ação judicial.

plo, que diversos anos de conversas armazenadas sejam compreendidos como dados com grau de proteção inferior aos quinze dias prospectivos de uma interceptação telefônica, já que a ausência de norma fundamentadora da intervenção jurisdicional sobre o conteúdo das comunicações privadas, descrita no art. 10, § 2º, do Marco Civil da Internet¹⁴, permitiria, na visão dos órgãos de persecução, que conversas fossem violadas após a ponderação típica das buscas e apreensões (proporcionalidade e razoabilidade), ao revés dos critérios mais rígidos do art. 2º da Lei de Interceptações Telefônicas¹⁵.

Diferentemente do que vem sendo aceito pelos tribunais, as ações estatais de intervenção sobre direitos fundamentais carecem de fundamentação de ordem formal e material (Gleizer, 2021, *livro digital*). A verificação destes fundamentos faz parte do que Orlandino Gleizer denomina de âmbito da justificação, que, no plano dos direitos fundamentais sem reserva de lei, como é o caso do sigilo de dados, deve ser interpretado considerando o direito ao sigilo sob o prisma de garantia de proteção elevada, com maior peso na relação de proporcionalidade (Gleizer *et al.*, 2021, p. 35). Consequentemente, dito sigilo só pode ser restringido para tutelar valores de mesma hierarquia constitucional, ao passo que a intervenção só se torna justificável quando legalmente fundada. Portanto, a autorização legal clara, determinada e específica é pressuposto necessário para execução de qualquer ação interventiva estatal (Gleizer, 2021, *livro digital*), uma vez que o

14 Importante notar que, no âmbito da Constituição Federal, o sigilo das comunicações (art. 5º, XII) é tratado com preponderância, admitindo-se sua violação apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Por conta disso, a possibilidade de violação do conteúdo das comunicações privadas, descrito no art. 10, § 2º, do Marco Civil da Internet, vem sendo compreendida como medida restrita ao processo penal: “Entendo, nessa linha de raciocínio, que a adequada exegese dos arts. 7º, II e III, e 10, § 2º, do Marco Civil da Internet, à luz do art. 5º, XII, da Constituição da República, conduz à conclusão inequívoca de que, à maneira das comunicações telefônicas, a inviolabilidade do sigilo das comunicações realizadas pela internet somente pode ser excepcionada, por ordem judicial, no âmbito da persecução penal. Na expressa dicção da Constituição, ‘para fins de investigação criminal ou instrução processual penal’”. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, prolatado nos autos da ADIn 5.527/DF, 4000753-38.2016.1.00.0000, Relº Min. Rosa Weber.

15 Não obstante a pressão dos órgãos de acusação, alguns tribunais vêm timidamente construindo o entendimento de que, na ausência de norma definidora do art. 10, § 2º, do Marco Civil da Internet, para que uma quebra de sigilos de conversas armazenadas seja proporcional, é necessário que o pedido contenha, por analogia, os requisitos descritos no art. 2º da Lei de Interceptações (Lei nº 9.296/1996), como (i) indícios razoáveis de autoria e participação em infrações penais, (ii) imprescindibilidade da prova (iii) e que o fato investigado constitua infração punida com pena de reclusão. Além de coerente com a dinâmica constitucional descrita no art. 5º, XII, dito entendimento tem o condão de filtrar quebras de sigilo desarrazoadas, como a obtenção de todas as conversas de um indivíduo para apurar o suposto cometimento de uma injúria simples. Ver: HC 315.220/RS, julgado pela Sexta Turma do STJ; RHC 67.379/RN, julgado pela Quinta Turma do STJ; e MS 0101473-97.2020.8.26.9000, MS 5028556-66.2021.8.09.0000 e MS 4020797-90.2017.8.24.0000, julgados, respectivamente, pelos Tribunais de Justiça de São Paulo, Goiás e Santa Catarina.

limite para a perseguição penal democraticamente estabelecido por meio da reserva de lei e parlamentar¹⁶ é uma garantia do próprio indivíduo.

Também desmorona frente à dogmática constitucional da proteção de dados o argumento, usualmente empregada para justificar medidas atípicas no processo penal, de que a autorização para a restrição de direitos fundamentais não carece de norma expressa, já que a competência constitucionalmente estabelecida aos órgãos de perseguição penal (art. 144, § 4º, da CF) conferiria liberdade suficiente para que o investigador inovasse proceduralmente, desde que autorizada por ordem judicial. Calha, como pontua Gleizer *et al.* (2021, p. 42-43), que as normas que distribuem e organizam a estrutura do Estado não se confundem com normas autorizativas, pois o fato de o constituinte atribuir competências para a realização de uma tarefa (como apurar infrações) não implica, automaticamente, que tudo mais esteja autorizado para o exercício desta função. Portanto, são incorretas as decisões que pretendem superar a ausência de lei fundamentadora por meio da ponderação sobre a necessidade de uma intervenção no caso concreto, haja vista que ditos pronunciamentos violam os limites impostos aos poderes Executivo e Judiciário, na medida em que não há prévio consentimento democrático sobre o limite e a forma de execução da medida (Gleizer *et al.*, 2021, p. 45).

Entrando no âmbito das intervenções legitimadas por lei, mesmo nos casos em que há norma autorizativa, como no caso das interceptações telefônicas, são frequentes as decisões sustentando que a disposição que fundamenta a medida é uma lei regulamentadora parcialmente limitante, que tão somente estabelece requisitos gerais e um roteiro mínimo não restritivo para a execução da quebra, ao contrário de autorizar e limitar a intervenção penal sob o direito fundamental (Wolter, 2018, p. 40). A erosão dos limites para a atividade persecutória que esta linha de entendimento proporciona já é sentida pelos Tribunais Superiores, que, nos últimos cinco anos, depa-raram-se com casos-escândalo, demonstrando que a inversão do paradigma “lei limitadora” para “norma reguladora” conferiu liberdade para que os órgãos de perseguição inovassem artificialmente nos meios de obtenção de prova. Nos autos do REsp 1806792/SP¹⁷, p. ex., foi preciso que o STJ

16 A concepção de “reserva parlamentar” parte da ideia de que “as decisões essenciais sobre os pressupostos, as circunstâncias e as consequências das intervenções devem ser tomadas pelo legislador e não podem ser delegadas à administração ou ao tribunal” (Gleizer *et al.*, 2021, p. 43).

17 BRASIL. STJ, REsp 1806792/SP, 2019/0103023-2, 6ª T., Relª Min. Laurita Vaz, DJ 11.05.2021, DJe 25.05.2021.

declarasse a ilegalidade de uma determinação judicial para que uma segunda linha do terminal visado fosse entregue, pela operadora de telefonia, aos promotores do caso, permitindo que estes se substituíssem ao investigado e exercessem controle total do terminal, com conseguinte ingresso no aplicativo de mensageria do investigado. Em outro famoso episódio, foi preciso que o Supremo Tribunal Federal suspendesse a decisão ilegalmente aplicada pelo juízo da 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias, que, fundado abstratamente no art. 5º, XI, da Constituição Federal, determinou – ao arrepio da lei – que um provedor de aplicação alterasse seus serviços, na forma sugerida pelo Ministério Público Estadual, removendo a criptografia de ponta-a-ponta para viabilizar a interceptação telefônica, sob pena de suspensão dos serviços (Colli; Lopes Jr., 2016).

Além da ilegalidade declarada pelos Tribunais Superiores, os supracitados casos guardam outra familiaridade. Ambos tratam de medidas requeridas ativamente pelo Ministério Público, no âmbito de uma medida cautelar sigilosa em que a participação defensiva é nula. Logo, o Magistrado que deferiu a medida teve acesso apenas aos argumentos elaborados pela acusação. Outro ponto importante é que como tais procedimentos correm em sigilo: se, porventura, as empresas comandadas não tivessem judicializado a ordem recebida, ninguém, além do *Parquet* e do Magistrado, teria ciência da colheita oculta ilícita.

As experiências acima narradas levantam dúvidas sobre a retórica usual, de que o Ministério Público é capaz de atuar como defensor da correta aplicação da lei nos procedimentos sigilosos de obtenção de prova. Portanto, como muitos dos métodos ocultos de investigação são instados, iniciados, requeridos, modulados e executados pelo próprio *Parquet*, é imperioso questionar se o papel exercido pelo Ministério Público no atual sistema acusatório ainda coaduna com o lugar-comum teórico de que um mesmo ente pode ocupar o papel de acusador e de freio da persecução penal.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO ENQUANTO PARTE NO PROCESSO PENAL

A Constituição Federal de 1988 atribui um papel historicamente inusitado ao Ministério Público. Originalmente, a instituição foi instaurada no Brasil durante a colonização, a partir dos “procuradores do rei” do Direito lusitano (Lima; Busato, 2010, p. 267), com a intenção de cumprir a vocação originária – tradicionalmente remetida à experiência francesa – de braço re-

pressivo do poder estatal¹⁸. Nos anos que se seguiram, com maior ou menor autonomia, o Ministério Público abraçou sua função primordial de executar a política criminal. Foi somente com o novo pacto constitucional de 1988 que o órgão ganhou nova feição, eis que convertido em instituição igualmente incumbida da defesa da ordem jurídica e dos direitos e interesses sociais e individuais.

No âmbito do sistema de justiça criminal, a Constituição de 1988 atribuiu ao Ministério Público as funções de promover, privativamente, a ação penal pública, exercer o controle externo da atividade policial e requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais (art. 128, I, VII e VIII). Foram também conferidas ao *Parquet* as garantias típicas da magistratura, como vitaliciedade, inamovibilidade e independência funcional.

Diante das incumbências constitucionais e garantias funcionais, argumenta-se que o Ministério Público exerce, no Estado brasileiro, a dupla função de *custus legis* e de acusador. Curiosamente, embora o pressuposto carnelutiano seja justamente o de que, no processo penal, o Ministério Público é uma parte fabricada para salvaguardar a imparcialidade do Magistrado (Lopes Jr., 2015. p. 151), a corrente doutrinária dominante é de que as duas funções não são mutuamente excludentes durante a atividade no âmbito criminal. Logo, a compreensão dessa linha é a de que o Ministério Público é absolutamente imparcial no exercício da persecução penal, sendo capaz de reunir, de forma isenta e durante toda a atividade persecutória (incluindo a fase pré-processual), os elementos acerca do fato criminoso que se mostrem favoráveis ou prejudiciais ao investigado (Souza, 2017, p. 51).

Interessante notar que algumas das batalhas públicas travadas pela própria instituição parecem destoar da ideia de um órgão que atua como *custus legis* da investigação. No RE 593.727/MG¹⁹, por exemplo, a polícia judiciária advogava por sua exclusividade constitucional na apuração de infrações penais, enquanto o Ministério Público pretendia ter seus poderes de investigação reconhecidos. O resultado, proferido pela Suprema Corte em

18 Na conhecida conferência documentada em “A verdade e as formas jurídicas”, Foucault narra a íntima relação entre a formação do Estado moderno e os procuradores dos reis. Representando o Soberano, ditos procuradores eram responsáveis por regular a vida em sociedade, exercer a acusação pública e colocar em prática os processos de acumulação de capital necessários para o fortalecimento do monarca. Ver: FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2002. p. 53-78.

19 BRASIL. STF, Recurso Extraordinário Representativo de Controvérsia nº 593727/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 14.05.2015, publ. 08.09.2015.

2015, foi de que o Ministério Público também dispõe de competência para promover investigações penais, tendo liberdade para instaurar seus procedimentos investigatórios criminais (“PICs”), que hoje são razoavelmente regulados pela Resolução CNMP nº 181/2017²⁰, conquanto, na prática, carreguem muitas das mazelas inquisitoriais inerentes ao inquérito policial.

Ainda que não contestem a imparcialidade do Ministério Público na apuração de infrações penais, autores preocupados com as garantias individuais, como Moreira (2016), alertam para a possível incompatibilidade entre as funções de investigar e acusar, sobretudo diante da cultura acusatória que permeia a instituição. A crítica é relevante, especialmente se pensada sob o viés da teoria da dissonância cognitiva aplicada ao processo penal, clara em demonstrar que os processos mentais inerentes à atividade de perquirição fazem o indivíduo supervalorizar certas informações em detrimento daquelas que descartam a sua premissa (Ritter, 2016, p. 84-128).

Sem olvidar das contribuições da teoria da dissonância cognitiva sobre a atividade investigatória, a reflexão primordial sobre a atuação do *Parquet* na condução ou requisição judicial dos métodos ocultos de investigação parece residir sobre a concepção autocontraditória de “parte imparcial”. Críticas mais brandas ao pressuposto podem ser encontradas naqueles que defendem que a imparcialidade é atributo do Magistrado, cabendo ao *Parquet* somente o dever de conduzir a investigação de forma impessoal (Santin, 2008, p. 231-234). No entanto, embora ditas contribuições não sejam descartáveis, os efeitos práticos deletérios da falaciosa crença na imparcialidade do Ministério Público demandam a desconstrução da ideia de que a instituição atua como *custus legis* no processo penal.

Algo que inicialmente deve restar claro é que as alterações inseridas no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019 deram fim à concepção, bastante pobre em termos argumentativos, de que vigorava uma espécie de sistema “misto” no processo penal brasileiro (Pacelli, 2014, p. 14). Na verdade, como defendia Lopes Jr. (2020, *livro digital*), o processo penal brasileiro sempre foi neoinquisitório, já que a gestão da prova – princípio informador de um sistema processual – estava na mão do juiz durante as fases investigativas e processuais. Ocorre que, frente à expressa definição de uma estrutura acusatória, com conseguinte vedação à iniciativa probatória pelo

20 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017 [Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público]. Publicado em Diário Eletrônico do CNMP, Caderno Processual, edição de 08.09.2017.

juiz (art. 3º-A do CPP), concretizou-se, em 2019²¹, a intenção constitucional de um modelo acusatório, restando apenas os resquícios da mentalidade inquisitiva, percebidos especialmente na fase pré-processual, na qual o sigilo e a ausência de contraditório ainda permanecem²². Não é incomum, entretanto, que estes resquícios transbordem para o processo criminal, já que muitos dos atores do sistema de justiça se limitam a validar o que foi produzido durante o inquérito²³.

Tendo em vista que as alterações legislativas tornaram mais claro o papel do *Parquet* na busca pelo convencimento do juízo e na construção dialética da sentença penal, já não há como negar a vigência de um processo penal de partes, que deve contar com igualdade e equilíbrio no sentido material e simbólico (Casara, 2011). Assim, é preciso desconstruir a concepção de um Ministério Público imparcial, tanto pela semântica contraditória e incompatibilidade ontológica (Casara, 2014, p. 940), já que nenhuma parte com iniciativa probatória deixará de deduzir a hipótese – diametralmente oposta à do adversário – que pretende confirmar pela prova requerida, como pelo resgate da função originária da instituição, que nasce para representar o Estado enquanto adversário do sujeito passivo (Lopes Jr., 2020, *livro digital*).

Mais importante, insistir na construção teórica de imparcialidade, até hoje presente no imaginário de muitos membros da instituição (Casara, 2014, p. 941), é ignorar os efeitos que a brutalidade do sistema penal opera sobre seus atores. Ainda que mascarado pela racionalidade burocrática, o cotidiano do atual sistema penal impele seus atores para a naturalização da barbárie, gerando apatia e morte do juízo de autorreflexão sobre a responsabilidade das suas próprias ações (Boldt; Carvalho, 2017, p. 344). Assim, não é incomum que *Parquets* com longo período de atuação criminal se sintam progressivamente incumbidos da missão de “combate ao crime”. Resultados

21 Importante notar que, embora o art. 3º-A esteja vigente no ordenamento jurídico brasileiro, até a submissão deste artigo, a eficácia do dispositivo encontra-se suspensa por força da medida cautelar proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299, do Distrito Federal.

22 Antes da alteração, Raphael Boldt e Thiago Fabres de Carvalho já alertavam que a pretensão de estruturar um modelo processual acusatório na modernidade esbarra no obstáculo epistemológico da raiz fundadora do processo penal, já que a gênese do instituto é de matriz inquisitorial. Ver: BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Para além do processo: epistemologia inquisitorial e a ilusão do sistema acusatório na modernidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 134, p. 323-349, 2017.

23 Ao exemplo de perguntas comuns no cotidiano forense, geralmente feita ao acusado ou às testemunhas durante a audiência de instrução, que podem ser representadas por: “Os fatos que constam no inquérito policial são verdadeiros?”.

práticos destes efeitos já foram publicamente percebidos em meio à chamada “Operação Lava-Jato”, em especial no que diz respeito à gestão, pelo próprio Ministério Público, de métodos ocultos de investigação (Marques, 2016, p. 205-227). Também é digno de nota a atuação da instituição no já citado RMS 61302/RJ. Neste caso, ao revés de se portar como fiscal impessoal das garantias constitucionais, *Parquets* do Rio de Janeiro abertamente advogaram pela violação dos direitos de diversos não investigados, em prol da eficiência da persecução penal que por eles mesmo era conduzida.

Por último, persistir na noção do Ministério Público como *custus legis* é ignorar o papel da linguagem como legitimante na cultura processual. Não há como existir um processo penal com igualdade de tratamento e paridade de armas quando o *Parquet* é visto em uma posição de superioridade em relação à defesa (Karam, 2009, p. 403). É impossível manter um verdadeiro contraditório quando uma parte é vista como mais digna de credibilidade e mais comprometida com a verdade. Logo, um processo penal equilibrado não depende só da igualdade probatória, mas também que a imparcialidade do Magistrado não seja contaminada por preconceitos (Karam, 2009, p. 404).

A delimitação do verdadeiro papel do Ministério Público na atual estrutura acusatória do processo penal parece responder à pergunta que deu origem à digressão. Resta claro que um órgão cuja função legal é ser parte deve ser percebido como parte. Por óbvio, como todos os funcionários públicos, o *Parquet* deve atuar sempre dentro da estrita observância da legalidade, jamais requisitando a produção de prova quando não há lei autorizativa e indícios razoáveis da prática de um injusto (comportamento que também se exige dos delegados de polícia). No entanto, como o Ministério Público tem o papel de buscar o convencimento do Magistrado, as medidas requeridas por essa parte não podem ser recebidas pelo juízo enquanto pedidos desinteressados, proporcionais e adequados. Do contrário, continuarão despontando no cotidiano forense métodos flagrantemente infundados de obtenção de prova, como aqueles citados anteriormente que foram postulados pelo próprio Ministério Público, mas anulados pelos Tribunais Superiores. Da mesma forma, frente à dialética probatória atual, não parece exigível atribuir ao *Parquet* o dever de zelar pelo comedimento de seus próprios pedidos, mesmo porque isto seria cognitivamente impossível. Assim, é preciso explorar quem, dentre o desenho democrático constitucional, poderia atuar como contrapeso defensivo nos procedimentos ocultos nos quais o investigado não pode ser pessoalmente representado.

3 PRIMEIRA OU PROTODEFESA DE DIREITOS EM PROCEDIMENTOS SIGILOSOS

A Constituição Federal assegura “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral [...] o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (CF, art. 5º, LV). Entre os “acusados em geral”, há hoje pouca dúvida que se encontrem os sujeitos que o Estado investiga e contra quem já pode adotar medidas restritivas, mesmo que não haja denúncia formal.

Embora as disposições constitucionais sejam claras, em se tratando de métodos ocultos de investigação, sustenta-se que o exercício do direito de defesa deva ser relativizado, já que a eficácia da medida está condicionada à ignorância do investigado. Como já esclarecido, isto resulta na condução unilateral da investigação preliminar pela polícia e pelo Ministério Público, sem qualquer participação dos afetados. Quando muito, a dialética entre teses de acusação e defesa ocorre depois que encerrada a colheita de elementos, tendo como objeto discutir a futura admissibilidade dos elementos informativos, num contraditório diferido.

Diante do caráter sigiloso das medidas, é subtraída à defesa a possibilidade de questionar a conformidade do requerimento de quebra com as razões formais e materiais que, em tese, justificariam a intervenção sob direitos fundamentais. Esse desequilíbrio ganha relevância, primeiro porque nem sempre erros e arbitrariedades serão identificados ou poderão ser desfeitos; segundo, porque permite que os órgãos de persecução penal atuem sem um olhar defensivo vigilante, o que, a longo prazo, dissemina e banaliza o uso de métodos de obtenção da prova que exploram novas tecnologias de comunicação e informação²⁴.

Para prevenir afetações desproporcionais de direitos fundamentais, vêm sendo aventados mecanismos de compensação da natureza oculta das medidas (Gleizer, 2021, *livro digital*) e de restabelecimento da paridade de armas (Schünemann, 2007, p. 232) em procedimentos sigilosos. Referimo-nos ao debate europeu em que foi formulada a proposição de criação do Protodefensor (ou Euro-), instituição que teria como uma de suas atribuições participar do procedimento, quando da impossibilidade de o afetado defender-se pessoalmente, de modo a preservar garantias processuais penais e da defesa de seus interesses aparentes (Schünemann, 2007, p. 248).

24 Segundo dados do CNJ, chegam a 300.000 interceptações telefônicas ao ano (Santoro; Tavares, 2019, p. 116).

Trata-se, no contexto em que foi proposto, de uma instituição nova e adicional, cuja tarefa exclusiva seria a proteção dos interesses da defesa, de modo a constituir uma “protodefesa” ou “defesa preliminar”. Financiada pelo Estado, e obrigada a manter sigilo em relação ao acusado em investigações sigilosas, teria como missão salvaguardar os interesses do investigado e, neste sentido, zelar pelo controle das medidas. A proposta aparece em textos que discutem procedimentos de investigação transnacional (Schünemann, 2007), e institutos de justiça negociais (Schünemann, 2013), como mecanismo que visa ao reequilíbrio processual em procedimentos investigativos sigilosos que afetam substancialmente o desfecho do processo.

No âmbito das discussões sobre a reforma do Direito Penal e Processual Penal Europeu, a figura foi batizada de Eurodefensor, instituição incumbida de prestar assistência à defesa em procedimentos transnacionais, e desempenhar a tarefa preventiva de atuar em procedimentos sigilosos, nos quais não pode haver um advogado constituído. Neste último caso, solicitada uma intervenção “transnacional”, o Eurodefensor seria notificado para que um “Protodefensor” representasse os direitos aparentes do réu (Schünemann, 2007, p. 249). Como esclarece Schünemann (2007, p. 250), talvez em resposta às reservas de atores como a *European Criminal Bar Association* (ECBA) que criticam a proposta como uma interferência do Estado no livre exercício da profissão²⁵, a defesa privada não seria substituída por um defensor designado pelo Estado. Ela seria exercida num momento processual de outro modo vedado à representação do investigado, promovendo uma defesa básica dos interesses aparentes do réu, constituindo-se garantia contra a prova ilícita e afetações desproporcionais de direitos fundamentais eventualmente atingidos.

4 A (PROTO-)DEFENSORIA PÚBLICA

Cogitada por Gleizer (2021, *livro digital*) como a instituição brasileira adequada para exercer o papel, a Defensoria Pública tem atribuições constitucionais e legais compatíveis com essa forma de defesa que, referida e limitada a investigações sigilosas, pressupõe a falta de conhecimento do investigado.

25 ECBA. Cornerstones for a draft regulation on the establishment of a European Public Prosecutor's Office (“EPPO”) in accordance with art. 86 par. 1-3 TFEU. Disponível em: http://www.ecba.org/extdocserv/201300207_ECBACORNERSTONESONEPPO.pdf.

A Lei Complementar nº 80/1994, no art. 4º, estabelece entre as funções institucionais da Defensoria Pública a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos; o acompanhamento do inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado; a atuação nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais; a preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas; o exercício da curadoria especial nos casos previstos em lei (XVI); inclusive contra as pessoas jurídicas de direito público, conforme § 2º do mesmo artigo.

A Constituição, desde a Emenda Constitucional nº 80/2014, atribuiu-lhe, “como expressão e instrumento do regime democrático”, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessários, na forma do inciso LXXIV do art. 5º. As alterações no texto constitucional e na Lei nº 80/1994 são, aliás, interpretadas de modo a extrapolar as atribuições da instituição do universo de pessoas ou grupos vulneráveis, à defesa de valores constitucionalmente assegurados de maneira geral (Kirchner; Barbosa, 2014).

As atribuições relacionadas ao exercício da defesa criminal efetiva de indivíduos criminalizados abarcam, portanto, o quanto esperado de um “Protodefensor”. É ainda possível compreender o art. 72, parágrafo único, do CPC/2015, que prevê a nomeação de curador especial, como lastro para a atuação da Defensoria nos procedimentos em comento.

A curadoria especial é instituto processual de caráter protetivo, destinado a garantir a tutela dos interesses de pessoas cuja situação de vulnerabilidade obsta a ciência do processo e o exercício da defesa (Esteves; Silva, 2015). É nessa qualidade que a Defensoria atua, por exemplo, em substituição ao réu revel preso e réu revel citado por edital ou com hora certa; e atua independente da condição econômica do sujeito.

A vulnerabilidade, nestes casos, não é econômica, mas jurídica. Portanto, no exercício da curatela especial, enquanto defende interesses do réu, a Defensoria Pública exerce a função institucional para proteger valores relevantes do ordenamento (González, 2018, p. 97). Embora o instituto

nos pareça desde logo aplicável por analogia, há especificidades relevantes desta forma de representação, que seriam mais bem endereçadas por lei, ao exemplo do dever de guardar sigilo em relação ao investigado. Ademais, dos termos do CPC e da Lei Complementar nº 80/1994, do art. 4º, XVI, entende-se que a legitimação extraordinária deve ser outorgada expressamente pela legislação processual para viabilizar o contraditório e o devido processo legal.

À afinidade com o instituto da curadoria especial, soma-se às razões para indicação da instituição o trabalho que já vem conduzindo na defesa institucional de garantias. A Defensoria Pública desempenha a defesa de um enorme contingente de pessoas em âmbito penal e, como instituição, reúne condições informacionais²⁶ e humanas para a incidência estratégica sobre a atuação das agências penais do País, seja no exercício da defesa criminal, seja nessa primeira ou protodefesa. Claro, há desafios inerentes ao encargo operacional que uma proposta dessa magnitude implica, já que a defensoria passaria a atuar em uma fase processual a qual, até então, não lhe era exigível a presença. Ainda assim, com a devida dotação orçamentária, a instituição, cuja missão é garantir a assistência jurídica integral gratuita, judicial e extrajudicial, poderia colocar a proposta em prática.

Por fim, embora não seja propriamente uma controvérsia, cabe indicar que a defesa de direitos de sujeitos, com fundamento outro que a condição econômica, vem sendo admitida no Judiciário. A esse respeito, cabe lembrar o primeiro *habeas corpus*²⁷ coletivo admitido pelo Supremo Tribunal Federal e as considerações sobre a admissibilidade da ação, que compreenderam a ponderação sobre a legitimidade ativa na modalidade coletiva do *writ*. O relator, Ministro Ricardo Lewandowski, seguido pela maioria da 2ª Turma, considerou necessária a eleição de certos parâmetros de legitimidade, como aliás, comum, no processo em coletivização, e o fez por analogia ao instituto do mandado de injunção coletivo (art. 12, IV, da Lei nº 13.300/2016). A Defensoria Pública teria então legitimidade para a defesa das pacientes, já que se tratava de tutela relevante para a promoção

26 São notáveis, por exemplo, a sistematização de dados sobre audiências de custódia e o estudo sobre sentenças em processos relacionados ao tráfico de drogas no Rio de Janeiro. No primeiro, a DPRJ apresenta uma análise das decisões tomadas em audiência de custódia, como meio de acompanhar o cumprimento do HC 143.641. No último, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro analisou a motivação e critérios de condenação em sentenças judiciais em processos que apuram crimes relacionados ao tráfico de drogas na cidade do Rio de Janeiro e sua Região Metropolitana (Haber, 2018).

27 BRASIL. STF, HC 143641/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 24.10.2018, DJe-228 26.10.2018.

dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. Dentre os legitimados do rol previsto na Lei nº 13.300/2016, foi a Defensoria Pública da União a instituição intimada para assumir o polo ativo da ação, numa ação que apontava a violação de direitos individuais de um contingente indeterminado, porém determinável de pessoas, as gestantes e mães submetidas à prisão cautelar no País.

Desde então, outros *habeas corpus* foram apresentados em favor de adolescentes internados (HC 143988/ES²⁸), em favor de pessoas condenadas pelo crime de tráfico privilegiado (HC 596.603/SP²⁹), relacionados à pandemia de Covid-19 (HC 575495/MG³⁰ e HC 570440/DF³¹).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As linhas antecedentes demonstraram que a estrutura processual hoje adotada no Brasil tolera o emprego de métodos ocultos de investigação à revelia de qualquer contrapeso defensivo. A narrativa sobre a experiência nacional comprovou que, no campo da colheita de dados informáticos, os vestígios da mentalidade inquisitiva e a falta de legislação expressa sobre o tema permitiram um avanço desmedido dos órgãos de persecução penal sobre direitos fundamentais.

Se, após as alterações operadas no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, já não é possível tratar o Ministério Público como um ente que não é parte no processo penal, tem-se claro que o art. 5º, LV, da Constituição Federal só restará verdadeiramente concretizado quando a igualdade de tratamento e a paridade de armas estiverem presentes nos espaços burocráticos em que o Estado exerce o poder punitivo, incluindo o que se conveniu chamar de fase pré-processual. Portanto, não obstante a última década tenha representado um avanço contra a obscuridade do inquérito, uma concepção democrática de processo penal que queira preservar a noção de acusado enquanto sujeito titular de direitos não pode aceitar que alguém sofra diversas intervenções em sua esfera de liberdades sem que um contraditório mínimo lhe seja assegurado.

28 BRASIL. STF, HC 143988/ES, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 18.06.2019, DJe-135 21.06.2019.

29 BRASIL. STJ, HC 596603/SP, 2020/0170612-1, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 04.08.2020.

30 BRASIL. STJ, HC 575495/MG, 2020/0093487-0, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 28.04.2020.

31 BRASIL. STJ, HC 570440/DF, 2020/0079174-0, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJ 06.04.2020.

Neste sentido, a criação da figura do Protodefensor, causídico obrigado a manter sigilo em relação ao acusado, mas cuja missão é salvaguardar os interesses deste e zelar pelo controle das medidas, parece-nos a melhor forma de restabelecer o equilíbrio processual. Além disso, no cenário brasileiro, a figura do Protodefensor poderia evitar afetações desproporcionais de direitos fundamentais, especialmente quando se considera que tribunais têm chancelado interceptações por longos períodos e quebras de sigilo de dados contra um conjunto indeterminado de usuários. Crê-se, por exemplo, que quebras de sigilo de dados desproporcionais ao crime investigado poderiam ser evitadas caso o Protodefensor fosse ouvido antes da análise do pedido pelo magistrado. Além disso, ficaria menos a cargo das empresas comandadas insurgir-se contra situações eminentemente ilegais, como o caso dos promotores que requereram uma linha telefônica para substituir o investigado, já que o Protodefensor poderia opor-se à medida ainda em sede de requerimento. No mais, cumpre notar que, na sistemática processual penal brasileira, não há nenhum empecilho de ordem legal que proíba o juiz incumbido do controle da legalidade da investigação criminal de ouvir um causídico público que esteja obrigado a manter sigilo em relação ao acusado. Logo, eventuais entraves da proposta parecem estar mais ligados à falta de interesse de que um contrapeso defensivo atue na fase pré-processual.

Por fim, a nosso ver, ante o desenho democrático da Carta de 1988, a Defensoria Pública é a instituição brasileira mais adequada para exercer o papel de Protodefensor. Como sustentado, o exercício da protodefesa não apenas coaduna com as atribuições constitucionais da instituição, mas também é coerente com atribuições atípicas, como a curadoria especial. Logo, ainda que uma lei regulamentadora deste novo papel processual seja desejável, parece-nos que já há espaço para a construção de uma “Protodefensoria Pública”.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Maria Carolina de Melo. Considerações sobre o segredo judicial e as provas colhidas com a quebra de sigilo das comunicações telefônicas. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 18, n. 211, p. 13-14, jun. 2010.

ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação (*Pladoyer* para uma teoria geral). In: *Processo penal – Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ANTONIALLI, Dennys; ABREU, Jacqueline de Souza. O conto do baú do tesouro: a expansão da vigilância pela evolução e popularização de celulares no Brasil.

In: *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*: doutrina e prática em debate. São Paulo: InternetLab, v. 2, p. 60-89, 2019. Disponível em:

<https://congresso.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2020/08/Direitos-Fundamentais-e-Processo-Penal-na-era-digital-Volume-2.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2021.

BARBOSA, Ruchester Marreiros; COSTA, Adriano Sousa. Não responder a *phishing* ou a *firewall* defensivos não é abuso de autoridade. *Conjur*, 23 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-23/academia-policial-nao-responder-phishing-ou-firewall-defensivos-nao-abuso-autoridade>. Acesso em: 26 ago. 2021.

BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Para além do processo: epistemologia inquisitória e a ilusão do sistema acusatório na modernidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 134, p. 323-349, 2017.

CASARA, Rubens. Igualdade entre MP e defesa contribui para democracia. *Conjur*, 29 de julho de 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jul-29/ministerio-publico-constituicao-busca-espaco-publico-republicano>. Acesso em: 27 ago. 2021.

_____. O mito da imparcialidade do Ministério Público no processo penal brasileiro: o desvelamento necessário. In: PEDRINHA, Roberta Duboc; FERNANDES, Márcia Adriana (Org.). *Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal*: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

COLLI, Maciel; LOPES JUNIOR, Aury. Bloqueio do WhatsApp não resolve nenhum problema da investigação. *Conjur*, 22 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-22/limite-penal-bloqueio-WhatsApp-nao-resolve-nenhum-problema-investigacao>. Acesso em: 14 fev. 2018.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A curadoria especial no novo Código de Processo Civil. In: SOUSA, José Augusto Garcia. *Repercussões do novo CPC – Defensoria Pública*. Salvador: JusPodivm, 2015.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

GLEIZER, Orlandino. A dogmática dos métodos ocultos de investigação no processo penal. In: *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*: doutrina e prática em debate. São Paulo: InternetLab, v. 4, 2021. Disponível em: <https://congresso.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2021/08/Direitos-fundamentais-e-processo-penal-na-era-digital-Teoria-e-pra%CC%81tica-em-debate-Vol-4.epub>. Acesso em: 26 ago. 2021.

GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. *O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública*. 1. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

GOMES, Felismina Solange. A admissibilidade de métodos ocultos de investigação criminal em processo penal: intervenções nas telecomunicações ou comunicações electrónicas. Contributo para a sua reflexão. 2019. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2019.

GONZÁLEZ, Pedro. Defensoria Pública nos 30 anos de Constituição: uma instituição em transformação. *Revista Publicum*, Edição Comemorativa, Rio de Janeiro, v. 4, p. 85-109, 2018.

KARAM, Maria Lúcia. O direito à defesa e a paridade de armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo penal e democracia*. Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KIRCHNER, Felipe; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. In: ROSENBLATT, Ana et al. *Manual de mediação para a Defensoria Pública*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília/FUB, 2014.

LIMA, Ana Maria Bourguignon de; BUSATO, Paulo Cesar. A formação histórica do Ministério Público. Origens do Ministério Público na França, em Portugal e no Brasil. *Revista Justiça e Sistema Criminal: Modernas Tendências do Sistema Criminal*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 245-278, jul./dez. 2010.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. [livro digital]. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 213-238, 2016.

_____. Métodos ocultos, devido processo e o enfrentamento à criminalidade organizada. In: *Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate*. São Paulo: InternetLab, v. 4, 2021. Disponível em: <https://congresso.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2021/08/Direitos-fundamentais-e-processo-penal-na-era-digital-Teoria-e-pra%CC%81tica-em-debate-Vol-4.epub>. Acesso em: 26 ago. 2021.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Interceptação telefônica e obscurantismo inquisitório: o que aprende com a Lava Jato? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 205-227, ago. 2016.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Reforma do Código de Processo Penal: a implementação do sistema acusatório no Brasil – O papel do Ministério Público. Palestra proferida no evento “O papel do Ministério Público no processo penal e o sistema acusatório”. Bahia, 29 de agosto de 2016.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e controle de sistemas epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2016. 196 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2016.

SANTIN, Valter Foletto. Impessoalidade e imparcialidade do Ministério Público na ação penal. *Justitia*, São Paulo, v. 65, n. 199, p. 231-234, jul./dez. 2008.

SANTORO, A. E. R.; TAVARES, N. L. F. (nov. 2019). Diagnóstico sobre o uso da interceptação telefônica no Brasil: uma análise quantitativa e comparativa dos dados até 2018. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 161(27), p. 101-130.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias; OLIVEIRA, Anderson Affonso de. A interceptação telefônica no contexto dos maxiprocessos no Brasil: uma análise quantitativa e qualitativa dos dados entre 2007 e 2017. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 143, p. 89-116, maio 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. Alternative-Project for a European Criminal Law and Procedure. *Crim. Law Forum*, 18, 227-251, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10609-007-9031-z>.

_____. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. Risse im Fundament, Flammen im Gebälk: Die Strafprozessordnung nach 130 Jahren. *ZIS*, p. 484-493, 2009. Disponível em: http://www.zisonline.com/dat/artikel/2009_10_358.pdf.

SOUZA, Alexander Araujo de. Ainda e sempre a imparcialidade do Ministério Público no processo penal: uma tese decididamente garantista. In: DE BEM, Leonardo Schmitt (Org.). *Estudos de Direito Público 1: aspectos penais e processuais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

WOLTERS, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Trad. e org. Luís Greco. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

Sobre a autora e o autor:**Nathalie Fragoso** | *E-mail:* nathalie.fragoso@gmail.com

Advogada Criminalista e Pesquisadora. Ex-Coordenadora da área de Privacidade e Vigilância do InternetLab. Doutorado e Graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Possui o Zertifikat in den Grundzügen des deutschen Rechts e o LLM na Ludwig-Maximilians-Universität München.

Gabriel Brezinski Rodrigues | *E-mail:* gbr@tutamail.com

Mestre (2019) e Doutorando em Direito Penal pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Damásio (2015). Graduado pela Faculdade de Direito de Vitória, FDV (2014). Advogado.

Data de submissão: 30 de setembro de 2021.

Data de aceite: 2 de dezembro de 2021.