

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE 6298, 6299, 6300 E 6305

Min. Luiz Fux

A **ASSOCIAÇÃO INTERNETLAB DE PESQUISA EM DIREITO E TECNOLOGIA**, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ sob o n. 20.069.623/0001-28, com sede à Rua Antonio Bicudo, n. 238, apartamento 4, Pinheiros, CEP 05418-010 São Paulo, SP (doc. 01), vem, respeitosamente, por meio de seus representantes legais e advogados que esta subscrevem, nos autos das **AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE 6298, 6299, 6300 e 6305**, em atenção aos despachos conjuntos publicados em 27 de setembro de 2021, que convocou a audiência pública a ser realizada nos dias 25 e 26 de outubro de 2021, e de 13 de outubro de 2021, que confirmou sua participação na audiência, apresentar a sua

MANIFESTAÇÃO POR ESCRITO

A presente manifestação tem como objetivos:

- (i) Demonstrar a importância da criação da figura do Juiz das Garantias para o fortalecimento das garantias processuais e da imparcialidade do magistrado;
- (ii) Discorrer sobre os desafios advindos das novas formas de investigação e dos meios de provas desenvolvidos pela evolução tecnológica para as garantias processuais;
- (iii) Apontar para experiências exitosas obtidas por países que instituíram semelhante figura;



- (iv) Argumentar pela constitucionalidade dos dispositivos atacados.

Para municiar esta C. Corte com o trabalho de pesquisa em direito e tecnologia realizado pelo InternetLab, desenvolvemos os seguintes pontos na presente manifestação:

I. A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL.	2
I.1. As incompatibilidades entre o sistema estabelecido no Código de Processo Penal e as garantias constitucionais	3
I.2. A difícil garantia de imparcialidade e igualdade processual segundo a atual redação do Código de Processo Penal	5
II. DOS DESAFIOS DA ERA DIGITAL ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS E DA IMPRESCINDIBILIDADE DE UM JUIZ DAS GARANTIAS PARA ATUAÇÃO NA FASE INVESTIGATIVA.	9
II.1. A ampla capacidade de intrusão estatal sobre a vida privada do investigado e de terceiros: os métodos ocultos de investigação	12
II.2. A Necessidade de controle da atividade policial e afastamento dos elementos probatórios obtidos ilegalmente	14
II.3. Os desafios com relação à preservação da cadeia de custódia	15
II.4. A necessidade de adequada valoração das provas obtidas	18
III. DA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA COM FIGURAS CORRELATAS AO JUIZ DAS GARANTIAS	21
IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS.	24

I. A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL.

1. A Lei 13.964/2019 introduziu, no Código de Processo Penal (CPP), os artigos 3-A a 3-F para consagrar o sistema acusatório e criar a figura do Juiz das Garantias, magistrado responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais. Sua atuação ocorre exclusivamente na fase pré-processual, devendo decidir sobre a pertinência de medidas cautelares pessoais, meios de obtenção de provas, controle de legalidade da investigação e recebimento da denúncia ou queixa. Na estrutura acusatória do processo penal, o julgador apresenta posição de mero



espectador e a imparcialidade é princípio estruturante da jurisdição. Esta se dá não apenas pela proibição de acusar, mas, principalmente, por determinar que a decisão da causa deve se dar a partir da análise de duas alternativas às quais o julgador permanece equidistante.

2. Para efetivar o modelo acusatório e garantir a imparcialidade judicial, a introdução conduz à superação da regra de prevenção da competência, disposta no art. 83 do CPP, levando à completa separação entre o Juiz das Garantias e o órgão julgador, devendo os autos da investigação criminal permanecerem na secretaria do Juízo das Garantias, à disposição das partes, mas não incorporados aos autos do processo criminal, ressalvados os casos de “provas irrepetíveis” e “medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas”, que devem ser remetidos para apensamento em apartado (artigo 3º-C, §3º, do CPP).

3. Apesar de produzirem alterações no processo penal vigente, os dispositivos atacados apenas consagram garantias presentes na Constituição Federal de 1988 (CF), sendo que a reforma do sistema processual para a instituição do Juiz das Garantias é uma demanda antiga de parcela da doutrina¹. A proposta da figura do Juízo das Garantias tem origem em um movimento de mais de 10 anos, no qual passou a ser discutida dentro de um contexto de demandas por reforma do Código de Processo Penal, inseridas no Projeto de Lei 156/2010 do Senado Federal, distribuído na Câmara dos Deputados com o nº 8045/2010. A iniciativa, entretanto, permaneceu esquecida até sua introdução na Lei 13.964/2019 e a sua retomada e aprovação legislativa se faz medida imprescindível para que o Brasil caminhe no sentido de um sistema judicial penal acusatório e democrático.

1.1. As incompatibilidades entre o sistema estabelecido no Código de Processo Penal e as garantias constitucionais

4. O sistema acusatório contrapõe-se ao chamado inquisitivo². O acusatório, ou “adversarial”, desenvolve-se pela disputa entre dois adversários diante de um juiz relativamente passivo, que tem o dever de oferecer um veredito, e a ação judicial é conduzida pelos dois adversários, que possuem gestão das provas. O modelo inquisitivo, por

¹ Como CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 01 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

² DAMASKA, Mirjan R. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 13-14.



sua vez, é característico de um sistema antidemocrático e se estrutura como investigação oficial, em que a maior parte das ações são conduzidas pelos funcionários encarregados da administração da justiça. Apesar dessas diferenciações elementares entre os modelos, os sistemas processuais penais não constituem modelos puros, mas apresentam características distintivas e preponderantes associadas a um ou outro modelo, permitindo sua classificação dentro dessas categorias.

5. O Juiz de Garantias de Santiago (Chile), Eduardo Gallardo Frías, identifica princípios fundamentais irrenunciáveis do modelo acusatório: primeiramente, a separação estrita entre acusador e julgador, em segundo, a congruência entre a acusação e a condenação, e em terceiro, a privação ao juiz dos poderes de direção na produção de provas ou informação, de competência exclusiva das partes³.

6. No Brasil, há a percepção de que rege um sistema misto, pois o CPP prevê práticas inquisitoriais, enquanto a CF consagra tradições e valores do sistema acusatório. De um lado, entre os elementos que aproximam o processo penal nacional do modelo inquisitorial estão a possibilidade de autorização de atuação judicial *ex officio* no inquérito policial (art. 5º, II do CPP); a determinação da produção de provas (art. 156 do CPP); a inquirição de testemunhas (art. 209 do CPP); a decretação da prisão preventiva (art. 311 do CPP); a possibilidade de condenar o acusado mesmo se a parte acusadora solicitar a absolvição (art. 385 do CPP) e competência de apresentar qualificação jurídica diversa daquela apresentada pela acusação (art. 383 do CPP)⁴.

7. Por outro lado, a Constituição Federal adotou o modelo acusatório ao processo penal (art. 129 da CF), assim como consagrou direitos fundamentais e garantias aos acusados, o processo e a sentença por autoridade competente (art. 5º, LIII), a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF), o direito de defesa e de contraditório (art. 5º, LV da CF) e a inadmissão de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI). A partir de sua redação, qualquer indivíduo somente pode ser julgado por juiz independente e imparcial, perante acusação clara, objetiva e previamente conhecida, apresentada por órgão de acusação diferente daquele de julgamento, assim como toda acusação deve ser provada, com

³ GALLARDO FRÍAS, Eduardo. La reforma al proceso penal chileno y el juez de garantía. *Boletim IBCCRIM*, ano 28, v. 330, 2020.

⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 1, n. 1. Porto Alegre, 2015, p. 148-149.



fundamentação da decisão (art. 93, IV da CF), de forma a permitir controle pelas partes envolvidas.

8. Entretanto, a Constituição não levou a uma ruptura ao modelo vigente no CPP. O magistrado permanece em posição central na produção da prova e com sua livre apreciação, percebendo-se que a consagração de direitos constitucionais não garante, por si só, a alteração das práticas inquisitoriais. Ademais, até a inovação trazida pela Lei 13.964/2019, foram realizadas reformas apenas pontuais em sentido à lógica adversarial, como a Lei 12.403/2011, que ampliou as medidas cautelares diversas da prisão, e a Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, que introduziu as Audiências de Custódia.

9. **A figura do Juiz das Garantias consiste, portanto, em recente iniciativa para assegurar a imparcialidade do julgador e o equilíbrio entre as partes do processo penal.** Essa categoria funcionalmente se refere à ideia de um juiz que faz o controle de investigação, fiscalizando e limitando o exercício das atividades de persecução penal de competência do Ministério Público e da polícia, tutelando a efetividade dos limites à averiguação da verdade em um Estado Democrático de Direito.

1.2. A difícil garantia de imparcialidade e igualdade processual segundo a atual redação do Código de Processo Penal

10. Considerando que o mero exercício da persecução penal afeta direitos fundamentais e que a própria legitimidade da persecução advém do respeito aos limites constitucionais, faz-se essencial a existência de figura institucional que assegure a imparcialidade e o afastamento de qualquer compromisso do magistrado com o êxito da investigação.

11. Para isso, duas mudanças estruturais devem ser feitas no processo penal: o afastamento do magistrado da possibilidade de determinação da produção probatória permitida pelo art. 156 do CPP, e o afastamento do magistrado sentenciante da investigação, com a superação da regra da Prevenção (art. 83 do CPP).

12. **A imparcialidade fica gravemente comprometida quando o processo penal consagra a posição de um juiz-instrutor, com poderes investigatórios, ou com poderes de gestão ou iniciativa probatória.** A possibilidade de o julgador buscar a produção de provas



de ofício pela acusação e passar a atuar de forma substitutiva ao órgão acusador constitui marca característica do sistema inquisitorial. Quando há uma mistura entre a parte acusadora e o julgador, a imparcialidade se torna objetivo inalcançável. Nesse sentido, a doutrina é pacífica quanto ao impedimento de produção judicial de evidências para garantir o princípio da imparcialidade⁵. Essa também é a posição adotada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁶.

13. Além de trazer prejuízos à imparcialidade, quando há o dever judicial de impulsionar a construção da verdade, por meio de investigações de ofício, como a determinação de produção de provas e decretação de medidas cautelares, o magistrado tende a apresentar um interesse próprio sobre a decisão com a intenção de manter a coerência entre seus atos no decorrer da investigação e do processo. Essa prática o conduz a abandonar a posição neutra que deveria adotar ao determinar seu julgamento⁷.

14. Para que o juiz atue com independência e imparcialidade de modo a garantir os direitos fundamentais protegidos pela constituição no processo penal, é essencial que o sistema de justiça criminal apresente condições funcionais e estruturais para preservar a atuação de julgador de influxos externos (materiais) e/ou internos (psíquicos)⁸.

15. Os influxos materiais referem-se às garantias funcionais e os psíquicos a preservação da capacidade cognitiva do magistrado. A CF assegurou garantias funcionais ao magistrado, como a vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos, prerrogativa de foro, possibilitando-lhe formar decisões com autonomia, independência e imparcialidade. **Entretanto, no processo penal, essa imparcialidade não foi garantida em seu aspecto subjetivo, relativa à possível contaminação cognitiva do julgador, sem considerar que a atuação do juiz na investigação poderia igualmente levar à eliminação da imparcialidade.**

16. Essa situação se faz ainda mais grave na atual dinâmica da fase investigativa, com longa duração, aplicação de diversas medidas cautelares e necessidade de

⁵ Nesse sentido, Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, I. Fundamentos, Editores del Puerto, 1999, p. 740; Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*. Editorial Trotta, 2001, pag. 563.

⁶ Em julgamento do caso Piersack e Cubber, no qual concluiu que a atuação do juiz instrutor no tribunal sentenciador supõe uma violação do direito do juiz imparcial.

⁷ Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad-Hoc, segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2000, pag. 59.; GALLARDO FRÍAS, Eduardo. La reforma al proceso penal chileno y el juez de garantía. *Boletim IBCCRIM*, ano 28, v. 330, 2020.

⁸ RODRIGUES JÚNIOR, José Romeu. Juiz das Garantias: uma exigência do Estado Democrático de Direito. *Boletim IBCCRIM*, ano 28, v. 330, 2020.



autorização de meios invasivos de obtenção de prova, o que demandam constante apreciação judicial. Há, com isso, verdadeira contaminação cognitiva do magistrado que o leva a formar conceitos e preconceções sobre o investigado que poderão exercer influência sobre o julgamento final da causa.

17. A situação de subjetividade e manipulação (in)consciente do julgador que participa ou tem conhecimento da investigação é compreendida pela teoria da Dissonância Cognitiva, também chamada de “incoerência cognitiva”, concebida em 1957 por Leon Festinger. A teoria explica que a psique humana busca convalidar decisões anteriormente tomadas, e é com esse viés que os fatos são dotados de coerência⁹. Com isso, uma pessoa tende a facilmente aceitar informações que corroboram sua impressão inicial e a desprezar aquelas que vão contra esta, para afastar-se de um estado de dissonância¹⁰.

18. A aplicação da teoria ao processo penal faz concluir que o contato do juiz com os elementos do inquérito policial produz pré-conhecimentos que, se não servirem à convicção plena do julgador, ao menos apresentarão uma aparência inicial sobre os fatos em julgamento e sobre o investigado que poderão influenciar sua decisão final. A hipótese já foi inclusive confirmada por pesquisas empíricas que evidenciaram as possíveis distorções da atuação cumulativa do magistrado sobre o inquérito policial e sobre o procedimento criminal¹¹.

19. As conclusões obtidas fazem ressaltar que há intrínseco prejuízo à imparcialidade judicial no processo penal brasileiro. Essa circunstância advém do fato deste já apresentar impressões prévias sobre o caso antes da instrução penal e tender a fomentar, mesmo inconscientemente, uma busca seletiva de informações que a corroborem.

⁹ RITTER, Ruiz. Imparcialidade no Processo Penal. Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. 2016. 197 p. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Porto Alegre, 2016, p. 93.

¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 73, ago./set. 2016, p. 18.

¹¹ O professor Bernd Schünemann, conduziu pesquisa que averiguava se a atuação cumulativa do magistrado sobre o inquérito policial e sobre o procedimento criminal possuía influência sobre sua sentença final. Concluiu que sim: a atuação do mesmo magistrado desde a investigação preliminar gerava um prejuízo à “objetividade” do órgão julgador, com maior tendência à condenação e menor apreensão do conteúdo defensivo produzido na audiência de instrução e julgamento. Eram privilegiadas as informações incriminadoras que confirmavam as informações previamente já contidas nos autos da investigação, em detrimento daquelas apresentadas pela defesa. O estudo concluiu que há, efetivamente, uma distorção do processamento de informações pelo juiz em favor daquela construída nos atos da investigação e pelo órgão acusador. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 205-221.



20. Essa situação, por sua vez, faz expandir violações às garantias dos indivíduos acusados. A vigente regra de prevenção produz um comprometimento da imparcialidade do julgador sentenciante de duas formas. Primeiramente, ao levar o caso a julgamento por juiz que já conheceu os fatos do inquérito e já possui suas pré-impressões que podem provocar influências injustificadas e até mesmo inconscientes sobre sua decisão de mérito. Em segundo lugar, o instituto da prevenção, aliado à possibilidade de atuação de ofício do juiz para produzir elementos probatórios, faz com que o magistrado, desde a investigação, fomenta práticas investigativas para buscar mais informações que sustentem suas pré-concepções e auxiliar na construção de argumentos para sua sentença, dada a natural inclinação humana de buscar a maior quantidade de informações que sustentem sua posição. No modelo atual, são, portanto, favorecidos atos de ingerência e direcionamento sobre as atividades da acusação.

21. Assim, a violação à imparcialidade pelo modelo atual é evidente: aquele que já conhece os autos na etapa preliminar, tendo muitas vezes decretado medidas restritivas de direitos, não apresenta condições objetivas de atuar como juiz imparcial no juízo. A prevenção da competência constitui impedimento à consecução dos princípios de imparcialidade e de presunção de inocência, uma vez que não há modo de excluir as informações obtidas na investigação, que já são de conhecimento do juiz.

22. Pelo modo como é estruturada, a investigação preliminar é a principal fase na persecução penal brasileira: é nessa fase em que há a produção das principais provas que irão levar à formação da convicção do juiz. E é em oposição à sua importância que se acumulam arbitrariedades e em que há limitação do papel da defesa, com predominância de poderes da acusação. Dessa forma, a investigação concentra a produção probatória e o processo se torna simples meio de ratificação judicial da investigação, um “apêndice” da fase investigatória¹².

23. A figura do Juiz das Garantias é importante para mitigar esse enviesamento inconsciente do julgador que atuou na fase pré-processual. Um juiz atuando somente na fase processual não estará vinculado a atos praticados anteriormente, podendo analisar com maior potencial de imparcialidade as medidas cautelares aplicadas, a

¹² MELO, Marcos Eugênio Vieira. *Oralidade e contraditório no processo penal brasileiro: em busca da superação da tradição inquisitorial*. São Paulo: IBCCRIM, 2020 p. 118-119. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Inquérito policial: novas tendências e práticas*. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 84, novembro, 1999.



legalidade e o mérito dos elementos probatórios, de forma a potencializar a viabilidade do exercício do direito de defesa.

24. Além do aumento de sua imparcialidade, o fato dos elementos coletados na investigação criminal não serem anexados aos autos processuais (art. 3-B, § 3º CPP), evita que uma “primeira impressão” negativa sobre o investigado influencie o processo de instrução e julgamento. Há assim uma relevante mudança: o magistrado que atuou na investigação resta impedido de conduzir a fase processual, assim como há impedimento à comunicação direta entre os elementos produzidos em cada uma das etapas.

25. Ressalte-se que esse argumento não questiona a capacidade ou a idoneidade do órgão julgador, mas somente demonstra a necessidade da aplicação da regra da separação de juízes e da não anexação dos autos de investigação ao processo, medidas objetivas de garantia de imparcialidade. A exigência de que o julgador esqueça das concepções previamente formadas sobre o investigado para decidir sobre o caso no processo é humanamente impossível, devendo o sistema penal ser estruturado de modo a superar a comprovada contaminação cognitiva. O instituto do juiz das garantias representa, assim, valioso instrumento de efetividade dos direitos e garantias individuais, para a preservação da liberdade cognitiva do julgador e a garantia de sua imparcialidade.

II. DOS DESAFIOS DA ERA DIGITAL ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS E DA IMPRESCINDIBILIDADE DE UM JUIZ DAS GARANTIAS PARA ATUAÇÃO NA FASE INVESTIGATIVA.

26. Para além dos efeitos positivos em relação à imparcialidade do julgador, a criação da figura do Juiz das Garantias se faz cada vez mais premente e atual ao se verificar a expansão da utilização de técnicas invasivas de investigação, do potencial de abusos da autoridade policial e do órgão de acusação, da amplitude de direitos e indivíduos afetados por essas técnicas e da importância desses elementos probatórios para a formação da cognição do juiz na sentença.

27. São inegáveis os desafios que a era digital traz para as dinâmicas de investigação e persecução penal. Diferentes tecnologias e técnicas podem hoje ser utilizadas enquanto meios de prova por autoridades de investigação, o que também gera questões a respeito dos limites e possibilidades de obtenção e utilização para fins de instrução



processual: interceptação de comunicações, acesso a dados armazenados em dispositivos eletrônicos, prerrogativas de acesso a dados mantidos por aplicações da internet, uso de dados biométricos ou genéticos, dentre outras possibilidades.

28. O InternetLab tem, desde a sua fundação, conduzido estudos, pesquisas e eventos relacionados à preservação das garantias penais diante das novas tecnologias. Desde 2017, o InternetLab organiza o Congresso Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital, com o intuito de sediar debates na intersecção entre processo penal e tecnologia, endereçando desafios enfrentados pelo judiciário e por operadores do direito diante do desenvolvimento e absorção de novas tecnologias na prevenção, repressão e processamento de delitos, bem como nas próprias dinâmicas de incidência criminal¹³. Com o objetivo de contribuir para o aprofundamento e atualização das doutrinas jurídicas do direito processual, publicam-se anualmente livros com os anais das discussões ocorridas no congresso¹⁴.

29. É certo que a expansão de novas medidas de investigação faz ressaltar a intrínseca tensão existente entre as finalidades do processo penal: por um lado, há o objetivo de dotar a persecução estatal de máxima eficácia e realização da justiça; por outro, há a necessidade e de limitação do poder punitivo para proteção dos direitos fundamentais¹⁵. Esse embate tem sido questão crucial nas discussões sobre o uso das tecnologias para a segurança pública e a persecução penal, expressando-se na ampliação de prerrogativas de investigação do Estado, especialmente com novidades inseridas em instrumentos como a Lei de Interceptações Telefônicas, a Lei de Organizações Criminosas e a Lei nº 13.964/2019.

30. **Dada a crescente normatização das capacidades de vigilância do Estado na atividade de persecução penal, de extrema importância também se faz a implementação de salvaguardas e garantias aptas a equilibrar as possibilidades de coleta de dados com direitos fundamentais de cidadãos.** Nessa esteira, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) prevê a proteção da privacidade e dos dados pessoais segundo os princípios de autodeterminação informativa, da liberdade de expressão e da inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, de acordo com os preceitos da Constituição Federal.

¹³ Ver: <https://congresso.internetlab.org.br/>

¹⁴ Ver: <https://congresso.internetlab.org.br/livros/>

¹⁵ MALAN, Diogo. Métodos ocultos, devido processo e o enfrentamento à criminalidade organizada. CRUZ, Francisco Brito; SIMÃO, Bárbara. *Direitos Fundamentais e processo penal na era digital: Doutrina e prática em debate*, v. IV. São Paulo: InternetLab, 2021.



31. Considerada a necessidade de se avançar nessas salvaguardas, em discussão hoje está o anteprojeto de lei da LGPD Penal, cujo objetivo é criar um arcabouço normativo robusto aplicável ao tratamento de dados para fins de segurança pública e persecução penal. A exposição de motivos do anteprojeto reconhece que:

“(…) há um enorme déficit de proteção dos cidadãos, visto que não há regulação geral sobre a licitude, a transparência ou a segurança do tratamento de dados em matéria penal, tampouco direitos estabelecidos ou requisitos para utilização de novas tecnologias que possibilitam um grau de vigilância e monitoramento impensável há alguns anos. Apesar do crescimento vertiginoso de novas técnicas de vigilância e de investigação, a ausência de regulamentação sobre o tema gera uma assimetria de poder muito grande entre os atores envolvidos (Estado e cidadão). Nesse contexto, o titular dos dados é deixado sem garantias normativas mínimas e mecanismos institucionais aplicáveis para resguardar seus direitos de personalidade, suas liberdades individuais e até a observância do devido processo legal.”¹⁶

32. Nesse contexto, enfatiza-se a essencialidade da figura do juiz de garantias enquanto crivo da lisura do inquérito policial e das atividades de investigação. A ele caberá decidir sobre requerimentos de interceptação telefônica, de afastamento dos sigilos de dados ou telefônico, de busca e apreensão domiciliar e de acesso a informações sigilosas (art. 3º, Lei nº 13.964/2019). Ou seja, seu papel será central para a efetividade de garantias penais diante da absorção de novas tecnologias de investigação.

33. Aqui descrevemos quatro temas que merecem destaque em relação à preservação das garantias penais do acusado: (a) a ampla capacidade de intrusão estatal sobre a vida privada do investigado e de terceiros a partir do uso de meios ocultos de investigação; (b) a necessidade de controle da atividade policial; (c) os desafios com relação à preservação da cadeia de custódia e (d) a necessidade de adequada valoração das provas obtidas. As discussões aqui dispostas fazem ressaltar os dois latentes desafios ao processo penal: a salvaguarda da privacidade e a garantia do direito de defesa mesmo em casos de contraditório diferido.

¹⁶ Exposição de Motivos do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal. 2020. p. 2.



II.1. A ampla capacidade de intrusão estatal sobre a vida privada do investigado e de terceiros: os métodos ocultos de investigação

34. A massificação dos métodos de investigação possibilitados pela tecnologia permite uma crescente capacidade das forças de segurança pública e a acusação de reconstrução dos fatos. Isso ocorre, porém, em ampla colisão com direitos fundamentais, não somente de suspeitos, como também de terceiros que não apresentem qualquer envolvimento com o caso.

35. Os métodos disciplinados pela Lei das Intercepções Telefônicas, pela Lei das Organizações Criminosas e pela Lei nº 13.964/2019 denotam a expansão dos métodos ocultos de investigação¹⁷. A eficácia desses métodos de coleta de elementos informacionais pressupõe o desconhecimento da medida pelo afetado, pois caso contrário poderá alterar seu comportamento de modo a obstar a investigação. Esses meios são extraprocessuais e devem constituir apenas métodos de obtenção de provas, não servindo diretamente à formação do convencimento do magistrado¹⁸.

36. As intervenções ocultas impõem verdadeira redução das possibilidades de defesa jurídica do titular do direito fundamental, pois não podem ser contestadas, representando uma violação da privacidade do indivíduo em toda a sua duração. Em razão de seu caráter secreto, o afetado não tem conhecimento da medida e não pode opor-se juridicamente a ela. Tais medidas só podem ser verificadas pelo interessado após esgotamento da sua eficácia, com a intervenção encerrada, de modo que, para que elas sejam justificadas, são necessários regramentos e controles que aumentem a proteção da esfera individual. **A utilização legítima desses métodos em um sistema democrático somente será possível em um sistema processual penal que garanta a imparcialidade do magistrado e a limitação da atuação da autoridade policial e do órgão acusatório.**

¹⁷ A expressiva ampliação dessas práticas pode ser verificada no Painel do Sistema Nacional de Controle de Intercepções de comunicações (SNCI), desenvolvido pelo conselho Nacional de Justiça (CNJ), disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=cfde9f38-d323-446f-b8a6-4c37e5ad98c3&sheet=b9380606-9a69-40b4-91b7-c83297cf8fec&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel&select=clearall>

¹⁸ MALAN, Diogo. Métodos ocultos, devido processo e o enfrentamento à criminalidade organizada. CRUZ, Francisco Brito; SIMÃO, Bárbara. Direitos Fundamentais e processo penal na era digital. São Paulo: InternetLab, Doutrina e prática em debate, v. 4, 2021.



37. Dois exemplos podem evidenciar esse ponto: a utilização de tecnologias de interceptação para acesso a dados de comunicações e as possibilidades de captação ambiental, regulamentadas pela Lei nº 13.964/2019.

38. Quantidades imensas de informação podem hoje ser obtidas por meio de simples acesso a um dispositivo eletrônico: arquivos, fotos, registros de muitos anos, dados de geolocalização, informações financeiras ou diálogos em aplicativos de mensagem. São atingidos direitos fundamentais de uma ampla gama de pessoas, com quem o alvo da investigação tenha tido relações profissionais, sociais e pessoais, mesmo que nada significativas para investigação em si.

39. Embora o entendimento de que haveria uma distinção na extensão do sigilo sobre dados de comunicação *em fluxo* e *armazenados* já tenha sido acertadamente superado por esta C. Corte¹⁹, faz-se ainda premente o debate sobre garantias necessárias à obtenção de dados armazenados, já que a extensão da coleta nesses casos certamente não irá se restringir a uma comunicação específica, mas todos os arquivos e comunicações armazenadas em um dispositivo eletrônico, atuais ou pretéritas. Assim, conclui-se que parâmetros e salvaguardas ainda mais restritivos que aqueles previstos na Lei de Interceptações Telefônicas deveriam ser aplicados²⁰.

40. De maneira semelhante apresenta-se a questão da captação ambiental. Ao regulamentar o tema, a Lei nº 13.964/2019 prevê a possibilidade de captação de “sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos”²¹. Tal concepção não abarca apenas um diálogo entre poucos interlocutores, podendo incluir uso de câmeras de vigilância ou captação de sinais emitidos por dispositivos eletrônicos. Sua capacidade invasiva é substancialmente mais ampla que a possibilidade de interceptações telefônicas, abrangendo mais de uma comunicação específica e outras conversas presenciais de terceiros não envolvidos com o

¹⁹ A segunda turma do Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão de 20/10/2020 no HC 168052, relatada pelo Min. Gilmar Mendes, declarou a nulidade de provas obtidas sem ordem judicial a partir do acesso ao celular de um homem abordado por policiais. Neste julgado, o STF superou o entendimento de que haveria alguma diferença entre “fluxo de dados” e “dados armazenados”, esposado por parte da jurisprudência e pelo próprio STF até então, ao entender que que “a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, a promulgação de leis posteriores e o significativo desenvolvimento das tecnologias da comunicação, do tráfego de dados e dos aparelhos smartphones leva, nos dias atuais, à solução distinta [da tomada anteriormente pela Corte]”.

²⁰ ANTONIALLI, Dennis; FRAGOSO, Nathalie; MASSARO, Heloísa. Da investigação ao encarceramento: as propostas de incremento do uso da tecnologia no Projeto de Lei Anticrime. Boletim Ibccrim - Ano 27 - Nº 318 - Edição Especial - Maio/2019.

²¹ *Ibid.*



caso. Assim, a hipótese exige contornos regulatórios específicos e uma preocupação ainda maior com as garantias do acusado e a fundamentação do pedido e da decisão judicial²².

41. Dada a extensão das prerrogativas de acesso a dados e ausência de controle por parte da defesa nessa etapa da investigação, reforça-se a necessidade de garantias capazes de certificar a lisura do processo e a adequada justificação e proporcionalidade das medidas aplicadas. O juiz de garantias, enquanto responsável pela verificação de requerimentos de afastamento dos sigilos de dados ou telefônico, seria figura central e indispensável para a o exercício desse papel, modulando a aplicação das medidas de acordo com sua real necessidade.

II.2. A Necessidade de controle da atividade policial e afastamento dos elementos probatórios obtidos ilegalmente

42. Enquanto se percebe verdadeira hipertrofia dos poderes policiais, é patente a ausência de supervisão e controle judicial efetivo sobre o uso desses poderes. Novamente, tal preocupação é evidenciada quando se discutem possibilidades de acesso às informações armazenadas em dispositivos eletrônicos por autoridades policiais.

43. Em casos de abordagens policiais ou flagrante delito, o argumento de que houve *consentimento* do acusado é não raras vezes mobilizado para se afastar a necessidade de ordem judicial de acesso a dispositivos pela autoridade policial, admitindo-se a validade da prova. Faz-se referência, aqui, a julgados de tribunais de justiça em que o consentimento foi considerado validamente concedido em vista da *ausência* de informação ou prova nos autos de que tenha ocorrido coação policial ou de que o acusado tenha se oposto ao acesso ao seu celular. Ou, ainda, a julgados onde o *fornecimento da senha* do aparelho pelo indivíduo foi considerado como indicativo suficiente de concessão do consentimento²³.

44. Este entendimento, no entanto, parte de concepção errônea da função do consentimento e dos limites da atuação policial. Considerando-se a situação fática da obtenção dos dados (celulares apreendidos por forças policiais) e a finalidade de seu

²² DE SOUZA ABREU, Jacqueline; SMANIO, Gianluca Martins. Compatibilizando o uso de tecnologia em investigações com direitos fundamentais: o caso das interceptações ambientais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 5, n. 3, p. 1449-1482, 2019.

²³ Cf. ANTONIALLI, Dennis; ABREU, Jacqueline de Souza, MASSARO, Heloisa, LUCIANO, Maria. Acesso de autoridades policiais a celulares em abordagens e flagrantes: retrato e análise da jurisprudência de tribunais estaduais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. V. 154. 2019.



tratamento (instrução processual penal ou meio de prova penal) não se pode falar de obtenção de consentimento válido, sendo a ordem judicial a única maneira legítima de acessá-los nessa hipótese.

45. Em primeiro lugar, não há que se falar em consentimento inequívoco ou expresso (tampouco por escrito), no caso de mero fornecimento de uma senha, e muito menos no caso de simples ausência de provas ou informações nos autos que apontem que ele não tenha sido concedido. Em segundo, há também evidentes vícios na possibilidade de o consentimento ser livre e informado, como dispõe o art. 7º da Lei Geral de Proteção de Dados. Afinal, trata-se de situação de uso de forças policiais e de ambiente muito provavelmente intimidatório, onde é discutível a autonomia do indivíduo de livremente consentir com o uso de seus dados pessoais.

46. Assim, o consentimento não pode servir de maneira a substituir a ordem judicial nesses casos. Esse argumento é também defendido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 168052 de 2020. Ali, enfatiza-se a necessidade de ordem judicial como único meio válido de acesso a tais dados: “Essas medidas [de acesso a aparelhos telefônicos e a residência de suspeitos] devem ser submetidas à prévia decisão judicial, enquanto garantia procedimental *in concreto* através da qual sejam analisados e registrados, especificamente, os fundamentos que possam afastar os direitos fundamentais envolvidos”.

47. A partir deste exemplo, frisa-se a necessidade de controle de legalidade dos elementos probatórios e da atividade policial. A existência de prévia decisão judicial é capaz de demonstrar a necessidade, adequação e proporcionalidade da pretensão dos órgãos de segurança de acesso aos dados, informações e residência dos suspeitos. Permite, ainda, o controle desses fundamentos. **A separação das instâncias judiciárias entre o Juiz das Garantias é essencial para evitar a contaminação do magistrado sentenciante de provas obtidas ilegalmente.**

II.3. Os desafios com relação à preservação da cadeia de custódia

48. A preservação da cadeia de custódia é requisito para a garantia da efetivação de direitos fundamentais no processo penal, mas não se encontra adequadamente regulamentada para o uso dos meios tecnológicos de investigação.



49. A cadeia de custódia da prova é o conjunto de procedimentos que devem ser adotados com o objetivo de proteger a prova penal, desde o momento do acesso às fontes de prova e colheita dos vestígios no local da prática criminosa até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ela configura uma forma de garantia da autenticidade de elementos colhidos e que serão usados como prova no processo penal, assegurando sua segurança, rastreabilidade e licitude²⁴, para possibilitar, assim, a ampla defesa, o contraditório e o direito à prova lícita²⁵, configurando um direito subjetivo das partes²⁶, com respaldo no artigo 5º, incisos LV, LVII, LVI da Constituição Federal e no princípio do sistema acusatório.

50. Esse mecanismo não representa um questionamento à credibilidade da atuação da autoridade policial, mas somente busca assegurar a memória de todas as fases processuais, segundo critérios objetivos²⁷. Antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, havia reduzida normatização sobre o tema²⁸ e a inovação legislativa inseriu os artigos 158-A a 158-F no CPP, dispondo sobre sua definição, início, agentes responsáveis pela sua observância,

²⁴ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A cadeia de custódia na interceptação telefônica. BRITO CRUZ, Francisco; FRAGOSO, Nathalie (eds.). Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate. Vol. III. São Paulo. InternetLab, 2020, p. 294.

²⁵ Menezes, I. A.; Borri, L. A.; & Soares, R. J. (jan./abr. 2018). A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. Revista brasileira de direito processual penal, 4(1), p. 281. <https://bit.ly/2AheF5U>. Nesse sentido, Prado, G. (2014). Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. Marcial Pons, p. 80.

²⁶ Azevedo, Y. (2017). A importância da cadeia de custódia das provas para o devido processo legal. In Prado, G.; & Malan, D. (orgs.). Ensaio sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro, p. 106. Empório do Direito, p. 106

²⁷ Carvalho, J. L. (2016). Cadeia de custódia e sua relevância na persecução penal. Brazilian journal of forensic sciences, medical law and bioethics, v. 5 (4), p. 371. <https://bit.ly/2Amq0kS>; Moraes, A. L. Z. de. (jun. 2017). Prova penal: da semiótica à importância da cadeia de custódia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 132, p. 136

²⁸ Não obstante estabelecer providências à prova pericial (artigos 154 a 184), o CPP não apresentava regulamentação detalhada da cadeia de custódia, sua conceituação nem critérios objetivos de documentação, de modo que o professor Gustavo Badaró sugeria uma interpretação sistemática para aduzir sua importância. Essa interpretação se daria a partir de dispositivos como o artigo 6º, incisos I e II do Código de Processo Penal, que impõe à autoridade policial a preservação do local do crime até a chegada dos peritos e a apreensão dos objetos após a liberação pelos experts; o artigo 158, que exige a obrigatoriedade da realização de exame de corpo de delito quando houver sinais indicativos da ocorrência de infração penal; o artigo 170, de que “nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas.” Houve, ainda, progresso com a Lei 11.690 de 2008, que inseriu a figura do assistente técnico no processo penal, a Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública, e a Súmula Vinculante nº 14 desta e. Corte. Cf. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A cadeia de custódia na interceptação telefônica. BRITO CRUZ, Francisco; FRAGOSO, Nathalie (eds.). Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate. Vol. III. São Paulo. InternetLab, 2020, p. 298.



caracterização de suas etapas, normatização para a atividade pericial e a previsão de uma central de custódia em todos os Institutos de Criminalística.

51. Não obstante constituir um avanço necessário à normatização sobre o procedimento da cadeia de custódia, há dois problemas na regulamentação inserida pela Lei nº 13.964/2019: 1) não há previsão de controle da cadeia de custódia sobre a atuação de provedores de acesso e de sistema de Tecnologia da Informação (TI) e 2) não há disposição sobre a consequência da quebra da cadeia de custódia para a validade ou valor dos elementos de prova.

52. O primeiro problema faz ressaltar uma questão já existente com relação às interceptações telefônicas quanto à lacuna normativa sobre a cadeia de custódia dos meios de obtenção de provas. As interceptações telefônicas encontram previsão na Lei nº 12.850/2013 e na Lei nº 9.296/1996, são realizadas mediante decisão judicial fundamentada, devem ser conduzidas pela autoridade policial com a ciência e possível acompanhamento do Ministério Público (art. 6º da Lei 9.296/96) e há a possibilidade de atuação das concessionárias de serviço público de telefonia e provedores de acesso, mediante requisição da autoridade policial (art. 7º da Lei 9.296/96).

53. Em contraposição à breve menção legal do art. 7º, o avanço tecnológico das últimas décadas transformou os sistemas de TI e os provedores de acesso em parte integrante da produção probatória penal. Os sistemas majoritariamente utilizados pelas autoridades policiais exigem a participação das operadoras de telefonia para a realização da interceptação telefônica, e, na realidade, são estes os atores tecnicamente responsáveis pela realização e duração da interceptação, acesso aos dados e manipulação das informações²⁹. Atualmente, o sistema possibilita somente um rastreamento limitado dos dados coletados na interceptação (apenas de seu *backup*, por meio do sistema de logs do sistema de TI) e mesmo essas limitadas informações se têm mantido indisponíveis à defesa, sob o argumento de que tal acesso colocaria em risco o sistema e o sigilo de outras operações, sem que outros mecanismos lhes sejam dispostos para aferir a idoneidade das informações³⁰.

²⁹ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A cadeia de custódia na interceptação telefônica. BRITO CRUZ, Francisco; FRAGOSO, Nathalie (eds.). *Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate*. Vol. III. São Paulo. InternetLab, 2020, p. 318

³⁰ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A cadeia de custódia na interceptação telefônica. BRITO CRUZ, Francisco; FRAGOSO, Nathalie (eds.). *Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate*. Vol. III. São Paulo. InternetLab, 2020, p. 321.



54. Quanto ao segundo problema, há ausência de disposição sobre a *quebra da cadeia de custódia da prova*. O §2º do art. 158-C apenas prevê conduta de fraude processual, mas não apresenta qualquer previsão sobre a ilicitude da prova, sobre a obrigatoriedade de seu desentranhamento ou de sua não valoração. A quebra da cadeia de custódia, consistente na falha de preservação de elementos probatórios, provocará influências sobre todo o conjunto probatório³¹, com perda de credibilidade do lastro probatório³² e interferência no entendimento final do magistrado. A consequência da quebra da cadeia de custódia é, portanto, a sua configuração como prova ilícita³³, devendo haver a proibição de sua valoração probatória e exclusão física desta e de tudo o que se derivou dela dos autos³⁴, em consonância com a teoria dos frutos da árvore envenenada³⁵.

55. A figura do juiz de garantias enquanto agente de controle e limitação da atuação da polícia também se faz primordial à garantia de preservação da integridade dos indícios reunidos. Assim, preservando-se a cadeia de custódia da prova, com o registro e documentação para manter sua integridade, garantindo que não houve qualquer alteração, contaminação ou perda. Ainda, garantindo-se que as partes possam ter acesso à prova idêntica àquela que foi colhida e tenham condições de recorrer à tutela jurisdicional caso considerem ter sofrido método abusivo.

II.4. A necessidade de adequada valoração das provas obtidas

56. Aliada à questão da garantia da cadeia de custódia, o crescente uso de meios de obtenção de prova por meio da tecnologia exige reflexão sobre a forma como as provas obtidas são valoradas pelo Juízo. É preciso adotar cautelas quanto à sua admissibilidade e valoração, de modo a superar a ideia equivocada de infalibilidade que se costuma atribuir a essas provas.

³¹ Prado, G. (2014). Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. Marcial Pons, p. 82.

³² Edinger, C. (maio/jun. 2016). Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. Revista brasileira de ciências criminais, 120, p. 251.

³³ Prado, G. (2014). Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. Marcial Pons, p. 87

³⁴ Lopes Júnior, A. (2017). Direito processual penal (14. ed.). Saraiva, p. 414

³⁵ Prado, G. (2014). Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. Marcial Pons, p. 296)



57. Essa presunção decorre da percepção generalizada de que a ciência e os meios técnicos de obtenção de prova são símbolos inquestionáveis da verdade objetiva sobre qualquer fato, estando além do escopo de análise dos atores processuais, como advogados e juízes.³⁶ A partir dessas concepções, elas deixam de ser adequadamente valoradas e são admitidas no processo como provas dedutivas, não sendo analisadas sob um raciocínio indutivo.³⁷ **Essa percepção gera graves riscos ao processo penal, uma vez que, caso as provas científicas sejam admitidas sob o véu da infalibilidade, qualquer quebra da cadeia de custódia das provas se tornará imperceptível³⁸.**

58. A valoração das provas é atividade central ao proferimento da sentença. Para Nieva Fenoll, a valoração das provas é “a atividade de percepção por parte do juiz dos resultados da atividade probatória que se realiza em um processo”³⁹. Para Taruffo, essa atividade tem por objetivo “estabelecer a conexão final entre os meios de prova apresentados e a verdade ou falsidade dos enunciados sobre os fatos em litígio”⁴⁰. A professora Marina Gascón entende que a valoração seria a verificação dos enunciados fáticos introduzidos no processo através dos meios de prova, assim como no reconhecimento aos mesmos de um determinado valor ou peso na formação da convicção do julgador sobre os fatos que se julgam⁴¹.

59. **Enquanto a valoração dessas provas na Era Digital resulta em uma das mais difíceis tarefas dos magistrados, ela constitui elemento-chave do processo judicial.** Para a conclusão da validade das provas científicas e a confiabilidade de seus resultados, é essencial a análise segundo determinados fatores: (i) validade científica e metodológica da prova; e (ii) qualidade técnica, tanto em relação à correção técnico-procedimental (todo o

³⁶ Taruffo, M. (2005). Conocimiento Científico y estándares de prueba judicial. Carbonell, M.; & Salazar, P. (tradutores). Boletín Mexicano de Derecho Comparado, ano XXXVIII (114), p. 1287.

³⁷ GODOI, Evanilda. A necessidade de valoração das provas científicas como garantia mínima de justiça processual. BRITO CRUZ, Francisco; FRAGOSO, Nathalie (eds.). *Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate*. Vol. III. São Paulo. InternetLab, 2020.

³⁸ GODOI, Evanilda. A necessidade de valoração das provas científicas como garantia mínima de justiça processual. BRITO CRUZ, Francisco; FRAGOSO, Nathalie (eds.). *Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate*. Vol. III. São Paulo. InternetLab, 2020. Ausente semelhante controle, permite-se a que a chamada *junk science* integre o processo, isso é, elementos probatórios que não têm qualquer fundamento científico e são incluídos no processo. Cf. Gascón Abellan, M.; & Lucena Molina, J.J. (nov. 2010). Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma. *Jueces para la democracia*, vol. 69, p. 99.

³⁹ Nieva Fenoll, J. (2010). La valoración de la prueba. Marcial Pons, p. 34.

⁴⁰ Taruffo, M. (2008). La Prueba. Marcial Pons, p. 132.

⁴¹ Gascón Abellán, M. (2010). Los hechos en el derecho (3. ed.). Marcial Pons, pp. 140-141.



processo de análise da prova) quanto à correção técnico-científica (controles e protocolos de realização da prova).

60. Ressalta-se, ademais, que mesmo a observância desses fatores não afasta o dever do magistrado de oferecer justificativas à sua decisão.⁴² A falta do controle judicial faz proliferar elementos probatórios sem qualquer validade científica e processual, abrindo espaço para o cometimento de erros judiciais e condenações de inocentes.⁴³ Esse problema foi muito debatido nos EUA nos casos *Agent Orange Case* e nas causas de amianto e Bendectina, conhecidos como *mass toxic torts*, casos que explicitaram que

os dados científicos podem ser pouco confiáveis ou insuficientes para apoiar uma conclusão acerca dos fatos em litígio, as provas periciais podem estar equivocadas ou ser confusas, os peritos podem não ser imparciais tampouco ter credibilidade, os juízes e jurados podem ser enganados na valoração dos dados científicos, as provas científicas podem ser aplicadas de maneiras pouco apropriadas etc.⁴⁴

61. Faz-se, assim, elementar uma mudança de paradigma da concepção de infalibilidade da prova científica e técnica. Para isso, é necessária a normatização de critérios técnico-científicos que auxiliem o juiz a avaliar as provas (como certificação de aptidão ou certificado de garantia de qualidade do laboratório, metodologias admitidas para o exame, capacidade técnica dos especialistas que assinam o relatório final, requisitos para a elaboração do laudo técnico, definição de critérios mínimos de qualidade), de forma a estabelecer regras que garantam a segurança jurídica das partes, da cadeia de custódia e o controle das técnicas e métodos usados.⁴⁵

62. Finalmente, a prova científica não pode ser automaticamente transformada em um tipo de “prova legal” que se sobrepõe ao princípio do livre convencimento motivado do juiz, não sendo suficiente a mera menção ao laudo (mesmo àquele com devido valor probatório). Permanece o dever judicial de demonstração do seu

⁴² GODOI, Evanilda. A necessidade de valoração das provas científicas como garantia mínima de justiça processual. BRITO CRUZ, Francisco; FRAGOSO, Nathalie (eds.). *Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate*. Vol. III. São Paulo. InternetLab, 2020.

⁴³ GODOI, Evanilda. A necessidade de valoração das provas científicas como garantia mínima de justiça processual. BRITO CRUZ, Francisco; FRAGOSO, Nathalie (eds.). *Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate*. Vol. III. São Paulo. InternetLab, 2020.

⁴⁴ Taruffo, M. (2008). La Prueba. Marcial Pons, p. 98-99.

⁴⁵ GODOI, Evanilda. A necessidade de valoração das provas científicas como garantia mínima de justiça processual. BRITO CRUZ, Francisco; FRAGOSO, Nathalie (eds.). *Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate*. Vol. III. São Paulo. InternetLab, 2020.



raciocínio jurídico até a decisão final, levando em consideração todo o conjunto probatório trazido ao processo⁴⁶. **A separação entre as figuras do juiz do processo e do juiz de garantias é essencial para que exista o efetivo distanciamento necessário para a cognição do juiz durante a valoração da prova e elaboração da sentença.**

63. Percebe-se, assim, que os desafios advindos do uso da tecnologia nas investigações criminais e no processo penal não são poucos. O uso crescente de meios invasivos de investigação, especialmente como meios de obtenção de provas, faz com que a persecução penal se concentre cada vez mais na fase de investigação, muitas vezes restando pouco a se produzir durante a instrução processual. **A ampliação da capacidade de monitoramento do Estado tensiona as finalidades do processo penal e, atualmente, garante-se maior eficácia ao poder punitivo em detrimento de direitos fundamentais. Esse cenário, entretanto, pode e deve ser alterado - e a inserção da figura do Juiz das Garantias configura um passo crucial nesse sentido.**

64. A inovação trazida pela Lei 13.964/2019 explicita as obrigações do magistrado pela observância das garantias individuais durante o cumprimento de medidas investigativas e sua figura de agente de controle e limitação da atuação da polícia também se faz primordial à preservação da integridade dos indícios reunidos, mantendo a cadeia de custódia da prova. Finalmente, a exigência de valoração objetiva e imparcial das provas corrobora a necessidade de separação das figuras do juiz que acompanha a investigação e daquele que prolatará a sentença.

III. DA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA COM FIGURAS CORRELATAS AO JUIZ DAS GARANTIAS

65. O juiz das garantias não é uma novidade no processo penal. Figuras semelhantes já estão previstas em países como Itália, Portugal e na quase totalidade da América Latina, onde, desde a década de 1980 têm sido realizadas reformas de forma a aproximar o processo penal da lógica acusatorial. Foi dentro dessa lógica que países como Paraguai, Chile, Colômbia e Bolívia fizeram alterações substanciais aos seus códigos de

⁴⁶ GODOI, Evanilda. A necessidade de valoração das provas científicas como garantia mínima de justiça processual. BRITO CRUZ, Francisco; FRAGOSO, Nathalie (eds.). *Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate*. Vol. III. São Paulo. InternetLab, 2020.



Processo Penal, para prever procedimentos orais, públicos e desburocratizados, voltados à maior participação do investigado no procedimento. Em todos os países as investigações preliminares passaram a ficar sob o controle do juiz de garantias, como garantia de imparcialidade das decisões finais. A atual reforma para implementação do juiz das garantias representa, portanto, uma oportunidade de democratizar e constitucionalizar o processo penal brasileiro, com atraso em relação aos vizinhos.

66. Na Itália, há a figura do “*giudice per le indagini preliminari*”, prevista no artigo 328 do Codice di Procedura Penale, que é equivalente à do Juiz das Garantias e se difere do órgão de julgamento do caso. Essa figura foi criada após reforma de 1989, na qual se extinguiu o instituto do “*giudice istruttore*” e o substituiu pela do “*giudice per le indagini preliminari*”. Há, ademais, expressa previsão de incompatibilidade entre este e o órgão julgador, conforme disposto pelo art. 34.2-bis do CPP italiano. Em Portugal, há a previsão do chamado “juiz de instrução”, disposto no artigo 17º do Código de Processo Penal, que se contrapõe àquela do “juiz de julgamento”. O art. 40 do Código do código português prevê expressamente a separação das funções desses magistrados, determinando que nenhum juiz pode participar “no julgamento de um processo a cujo debate instrutório tiver presidido ou em que, no inquérito ou na instrução, tiver aplicado e posteriormente mantido a prisão preventiva do arguido”.

67. São inúmeros os exemplos que podem ser retirados entre os países latino-americanos quanto à institucionalização de figuras correlatas ao juiz das garantias em um esforço de superação de sistemas inquisitoriais.

68. Na Argentina, a sua implementação tem-se dado de forma gradual em suas províncias, desde 1991. No Chile, está previsto no artigo 70 do Código Procesal Penal do Chile e no art. 195, inciso 3º Código Orgánico de Tribunales. Na Colômbia, há previsão no artigo 39 do Código de Procedimiento Penal colombiano, tendo sido inserido, em 1991, procedimento no qual a primeira fase é constituída por uma investigação prévia facultativa e por uma instrução obrigatória, ambas conduzidas pelo MP, sob fiscalização do juiz de controle de garantias⁴⁷. No Uruguai, o impedimento de julgamento por juiz que atuou antes da audiência processual está constante no artigo 29 do novo Código del Proceso Penal Uruguayo,

⁴⁷ MAYA, André Machado. O juiz de garantias no Brasil e nos países latino-americanos: semelhanças e diferenças determinantes à estrutura democrática do sistema de justiça criminal. *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*, Centro de Estudos de Justiça das Américas (CEJA), 2017, p. 285.



após reforma do sistema criminal que visou superar o sistema inquisitorial pelo acusatório em 2017. E por fim, para finalizar o rol exemplificativo, menciona-se a sua adoção pela província de Oaxaca, no México, que determina que os magistrados devem atuar como moderadores do processo e sentinelas da legalidade da investigação criminal conduzida pelo Ministério Público, tendo o dever de acautelar os direitos constitucionais e materiais do suspeito⁴⁸.

69. Cabe detida atenção sobre o caso chileno para compreender a importância do fortalecimento do sistema acusatório e a experiência concreta de superação do modelo inquisitório.

70. Nesse país, já há figura do “*juez de garantía*”, que atua na fase investigativa e para decisão de recebimento da denúncia, e o “*miembro del tribunal de juicio oral*”, competente para julgamento do processo. O “*juez de garantía*” é responsável por se pronunciar sobre solicitações do Ministério Público que privarem, restringirem ou perturbarem o exercício de direitos garantidos pela constituição (art do CPP chileno, Ley n. 19.696/2000), detendo manifesta função de garantidor dos direitos de todos os envolvidos no caso. Ao mesmo tempo, estão impedidos de atuar no julgamento do caso os magistrados que já tiverem atuado no caso como “*juez de garantías*” (art. 195, inciso 3º Código Orgánico de Tribunales – Ley n. 7.421/1943, a Lei de Organização Judiciária do Chile). Uma marca da implementação do modelo chileno do “*juez de garantías*” foi a evolução gradual em que a mudança ocorreu, tanto no tempo, aplicando-se para os fatos ocorridos após a entrada em vigência da lei (art. 483 do CPP chileno), quanto no território, tendo-se iniciado nas comarcas menores até sua implementação em cidades grandes e em todo o país.

71. A reforma processual penal chilena teve como objetivo ser uma transformação profunda, como contraposição ao sistema de então que advinha do Código de Procedimento Penal de 1906, de forte marca inquisitiva. No modelo anterior, todo o procedimento era dirigido por um juiz com poderes de atuação de ofício, que poderia decretar medidas cautelares, a produção de provas, o processamento, acusação e julgamento, além de haver alto grau de burocratização decorrente do procedimento marcadamente escrito e por ser competente, também, da administração do tribunal. Essa concentração de funções e a mentalidade inquisitiva vigente abriam espaço para amplo abuso policial, com reduzida

⁴⁸ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal: Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias*. São Paulo: Atlas, 2014.



margem de eficácia para que indivíduos afetados pudessem buscar a tutela de direitos fundamentais⁴⁹.

72. Após a reforma, o procedimento penal chileno passou a ser dividido em três fases distintas: i. Fase de investigação, com a intervenção do juiz de garantia pela função cautelar e de controle de legalidade dos atos do Ministério Público e das polícias; ii. Etapa intermediária, momento em que o juiz de garantia faz o controle de admissibilidade das provas do Ministério Público dispostas na acusação, há um debate prévio sobre o juízo de mérito, e as partes apresentam suas fontes de provas e discutem questões preparatórias ao julgamento; e iii. Juízo oral, perante três juízes que não atuaram nas etapas prévias e que serão responsáveis pelo julgamento do caso. Com o início da instrução processual, os autos da investigação não são juntados aos do processo penal, de modo que os magistrados responsáveis por julgar o caso terão contato apenas com as provas produzidas na instrução.

73. Percebe-se a centralidade do “juez de garantía” no sistema judicial: além de apresentar amplas funções de limitação da acusação e proteção dos direitos do investigado, ele é também essencial para filtrar e vedar elementos de prova ilícitos que poderiam contaminar o juiz do processo. O juiz do processo não possui qualquer contato com os indícios reunidos pela investigação, exceto aqueles irrepetíveis e que foram obtidos com respeito ao contraditório, de forma a justificar a escolha de que o juízo de admissibilidade da acusação seja de competência do juiz de garantias.

74. Além de introduzir a figura do “juez de garantías”, a reforma também fortaleceu a defensoria pública, a atuação do ministério público na supervisão de investigações policiais, promoveu investimento em capacitação dos servidores da justiça, e configurou uma mudança institucional em direção ao modelo acusatorial⁵⁰.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

75. Com essa manifestação, o InternetLab buscou argumentar que os dispositivos em discussão estão plenamente em acordo com a Constituição Federal. Ainda que

⁴⁹ GALLARDO FRÍAS, Eduardo. La reforma al proceso penal chileno y el juez de garantía. *Boletim IBCCRIM*, ano 28, v. 330, 2020.

⁵⁰ GALLARDO FRÍAS, Eduardo. La reforma al proceso penal chileno y el juez de garantía. *Boletim IBCCRIM*, ano 28, v. 330, 2020.



constituam uma inovação, eles somente fazem constar expresso o sistema processual penal constitucional e em consonância com compromissos internacionais multilaterais e interamericanos de limitação à repressão estatal. A instituição da figura do Juiz das Garantias e das regras previstas nos artigos 3º-A a F do CPP configura importante iniciativa para a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais, da imparcialidade, da igualdade entre as partes processuais, assim como do contraditório e da ampla defesa, basilares em um Estado que se proponha democrático e de direito.

76. Ainda, a figura do juiz de garantias torna-se essencial para a preservação das garantias penais no âmbito da investigação quando consideradas as mudanças nas dinâmicas de incidência penal trazidas por novas tecnologias e capacidades de vigilância do Estado. Somam-se a esses desafios a necessidade de figura imparcial, capaz de certificar a lisura do processo e garantir a proporcionalidade e legalidade da obtenção de provas na fase de investigação.

77. Finalmente, o InternetLab agradece o espaço de contribuição concedido para compartilhamento de informações com os Exmos. Ministros do Supremo Tribunal Federal, requerendo que os quesitos presentes em sua manifestação sejam levados em conta no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6298, 6299, 6300 e 6305.

São Paulo, 24 de outubro de 2021

Bárbara Prado Simão
OAB/SP nº 428.335

Paula Pécora de Barros
OAB/SP nº 427.302

Francisco Brito Cruz
Diretor do InternetLab
OAB/SP 314.332

