



Revista
Brasileira de
Direito
Processual
Penal

Volume 11 - Nº 01 - jan./abr. 2025

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i1>



Publicação fomentada pelo CNPq
(Chamada 30/2023 Programa Editorial)



IBRASPP

EXPEDIENTE / MASTHEAD

EDITORES-CHEFES / EDITORS-IN-CHIEF

Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos (Universidade de São Paulo, São Paulo/SP; Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF; Universidade Católica de Brasília, - Brasília/DF, Brasil)  

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, Brasil)  

EDITORES-ASSOCIADOS / ASSOCIATE-EDITORS

Prof. Dr. André Machado Maya (Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul– Porto Alegre/RS, Brasil)  

Prof. Dra. Bruna Capparelli (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, Bologna, Italia) 

Prof. Dr. Caíque Ribeiro Galícia (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Faculdade Campo Grande e Faculdade Mato Grosso do Sul – Campo Grande/MS, Brasil)  

EDITORES-ASSISTENTES / ASSISTANT-EDITORS

Prof. Dr. Bruno Augusto Vigo Milanez (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)  

Dra. Daniela Dora Eilberg (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes, Kuala Lumpur, Malásia)  

Prof. Dra. Elisa Lorenzetto (Università degli Studi di Verona, Verona, Italia) 

Prof. Dr. Felipe da Costa De-Lorenzi (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/SC, Brasil)  

Prof. Dra. Fernanda Vilares (Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil)



Prof. Dr. Luiz Eduardo Cani (Faculdade Avantis, Balneario Camboriu/SC, Brasil)



Prof. Dra. Manuela Abath Valença (Universidade Federal de Pernambuco, Recife/PE, Brasil)



Me. Mattia Giangreco (Università degli Studi di Catania, Catania, Italia)



Dra. Michelle Barbosa de Brito (Pesquisadora independente, Belém/PA, Brasil)



Prof. Dr. Rafael de Deus Garcia (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)



CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Profa. Dra. Claudia Cesari, Università degli Studi di Macerata, Macerata, Italia

Prof. Dr. Gabriel Ignacio Anitua, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Germano Marques da Silva, Universidade Católica de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Giulio Illuminati, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia

Prof. Dr. Juan Montero Aroca, Universidad de Valencia, Valencia, España

Profa. Dra. Livia Giuliani, Università degli Studi di Pavia, Pavia, Italia

Profa. Dra. Lorena Bachmaier Winter, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España

Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Máximo Langer, University of California, Los Angeles, United States

Prof. Dr. Michele Caianiello, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia

Prof. Dr. Paolo Ferrua, Università degli Studi di Torino, Torino, Italia

Prof. Dr. Rafael Hinojosa Segovia, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España

Prof. Dr. Raúl Cervini, Universidad Católica de Uruguay, Montevideo, Uruguay

Prof. Dr. Renzo Orlandi, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia

Prof. Dr. Rui Cunha Martins, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal
Prof. Dr. Stefano Ruggeri, Università degli Studi di Messina, Messina, Italia
Prof. Dra. Teresa Armenta Deu, Universidad de Girona, Girona, España
Prof. Dra. Vania Patanè, Università degli Studi di Catania, Catania, Italia

PARECERISTAS (DESTE NÚMERO) / REVIEWERS (OF THIS NUMBER)

Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca, Salamanca, Espanha)
Anamaria Prates Barroso (Pesquisadora independente, Brasília, DF, Brasil)
André Mirza (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Brasília, DF, Brasil)
Carlos Viveiros (pesquisador independente, Brasília, DF, Brasil)
Carmen Walentina Amorim Gaudêncio Bezerra (Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil)
Daiana Santos Ryu (Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil)
Enrique Letelier Loyola (Universidad de Valparaíso, Chile)
Érica Babini Lapa do Amaral Machado (Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil)
Fábio Ramazzini Bechara (Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil)
Fauzi Hassan Choukr (Faculdades de Campinas, Campinas, São Paulo, Brasil)
Fernando Braga Damasceno (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, Brasília, DF, Brasil)
Flavia Siqueira (Faculdade Getúlio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil)
Gabriela Mendes Machado (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil)
Guilherme Madeira Dezem (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil)
Heloisa Estellita (Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil)
Hugo Leonardo Santos (Universidade Federal de Alagoas, Maceió/AL, Brasil)
Jádia Larissa Timm dos Santos (Faculdade de Integração do Ensino Superior do Cone Sul, Garibaldi, RS, Brasil)
João Pedro Barione Ayrosa (Humboldt-Universität zu Berlin, Berlin, Alemanha)
José Elias Gabriel Neto (Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília/DF, Brasil)

Leonardo Costa de Paula (Faculdade Cenecista - Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil)

Maite Aguirrezabal Grünstein (Universidad de los Andes, Chile)

Marina Cerqueira (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil)

Patrick Cacicedo (Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil)

Poliana da Silva Ferreira (Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil)

Ramón Beltrán Calfurrapa (Universidad de Atacama, Chile)

Raquel Lima Scalcon (Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil)

Rodrigo Régnier Chemim Guimarães (Centro Universitário de Curitiba - Curitiba/PR, Brasil)

Vitor de Paula Ramos (Universitat de Girona, Girona, Espanha)

William Ceconello (Faculdade Atitus, Passo Fundo, RS, Brasil)

PROJETO GRÁFICO [DIAGRAMAÇÃO E CAPA] Camila Provenzi (be.net/camilaprovenzi)

Sumário

Editorial

A avaliação de revistas jurídicas no Brasil: perspectivas futuras em um cenário “pós-Qualis”

The evaluation of law journals in Brazil: future perspectives in a scenario “after Qualis”

Daniel Wunder Hachem

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Persecução penal: investigação, juízo oral e etapa recursal

Criminal prosecution: investigation, public oral trial and appeal

Public prosecutor's independence in Morocco: in a difficult search for a judicial authority

Independência do Ministério Público no Marrocos: na difícil busca de uma autoridade judicial

Anouar Hatim

A eficácia do acordo de não persecução penal aos crimes de racismo: uma análise do RHC 222.599/SC do Supremo Tribunal Federal

The effectiveness of the non-prosecution agreement for crimes of racism: an analysis of RHC 222.599/SC of the Brazilian Supreme Court

Ana Beatriz da Silva Pinto

Gustavo Menon

Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory

A luta pelas garantias processuais e a mudança de paradigma em matéria de prova: do liberalismo à **mass surveillance** no processo penal europeu

The fight for fair trial rights and the paradigm shift in evidence: from liberalism to mass surveillance in criminal proceedings in Europe

Lorena Bachmaier Winter

Interrogatório de suspeitos: a entrevista investigativa como técnica de redução de falsas confissões induzidas por sugestibilidade

Interrogation of suspects: the investigative interview as a technique for reducing false confessions provoked by suggestion

Giovanna Paula Vieira Oliveira Gomes

Ederaldo José Lopes

Investigação criminal e tecnologias digitais: algumas reflexões sobre o policiamento preditivo e a admissibilidade de provas digitais

Criminal investigation and digital technologies: some considerations on predictive policing and the admissibility of digital evidence

Andrey Bruno Cavalcante Vieira

Hugo Leonardo Rodrigues Santos

A Lei n. 14.245/2021 e seus reflexos na prova penal: relevância, admissibilidade e proteção contra vitimização secundária

Law 14.245/2021 and its implications on criminal evidence: relevance, admissibility and protection against secondary victimization

Fernando Martinho de Barros Penteado

Repensando a «contrariedade à evidência dos autos»: o «erro na valoração da prova» e seu controle via revisão criminal

Rethinking the "contrariety to the evidence in the case records": controlling errors in evidence evaluation through criminal review

Fernando Braga

Reconhecimento pessoal e seletividade penal: uma análise acerca da necessidade da estrita aplicabilidade do rito previsto no Código de Processo Penal

Personal recognition and criminal selectivity: an analysis of the need for strict application of the procedure laid down in the Code of Criminal Procedure

Luis Alberto Oliveira da Costa

Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Extração compulsória de material biológico para fins de identificação criminal: a resposta adequada à Constituição à luz da Crítica Hermenêutica do Direito

Compulsory extraction of biological material for criminal identification purposes: the appropriate response to the Constitution in light of the Hermeneutic Critique of Law

Fátima Aurora Guedes Afonso Archangelo

Interrupção dos processos salvadores e prova da causalidade acima da dúvida razoável: uma análise de casos

Interruption of life-saving processes and proof of causality beyond reasonable doubt: a case analysis

Wictória Passos Alves

Execução Penal

Criminal Execution

Primeras diligencias en la investigación de delitos intracarcelarios en Chile: confusión de roles, prueba ilícita y desprotección a víctimas

First proceedings in the investigation of prison crimes in Chile: role confusion, illicit evidence and lack of victim protection

Jörg Alfred Stippel

Paula Medina González

Editorial

A avaliação de revistas jurídicas no Brasil: perspectivas futuras em um cenário “pós-Qualis”

*The evaluation of law journals in Brazil: future
perspectives in a scenario “after Qualis”*

Daniel Wunder Hachem¹

Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil

Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil

danielhachem@gmail.com

 lattes.cnpq.br/3961234292193598

 orcid.org/0000-0001-8519-8420

Vinicius Gomes de Vasconcellos²

Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, DF, Brasil

Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil

vinicius.vasconcellos@usp.br

 lattes.cnpq.br/9628659956663949

 orcid.org/0000-0003-2020-5516

¹ Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutorado pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Bolsa CAPES/Pós-Doutorado no Exterior). Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Editor-chefe da Revista de Investigações Constitucionais. Presidente da RERJ – Rede de Editores de Revistas Jurídicas (www.rerj.com.br). Advogado.

² Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, com período de sanduiche na Universidad Complutense de Madrid/ESP (bolsa PDSE/CAPES) e estágio de pós-doutoramento pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor efetivo da Universidade de São Paulo (USP). Professor permanente do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP/DF (mestrado/doutorado) e da Universidade Católica de Brasília – UCB/DF (mestrado). Editor-chefe da *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, premiado pela Associação Brasileira de Editores Científicos (Prêmio Jovem Editor 2020). Secretário-Geral da RERJ – Rede de Editores de Revistas Jurídicas (www.rerj.com.br). Advogado.

Artigo desenvolvido no contexto de pesquisa realizada com fomento da Fundação de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal (FAPDF, Brasil) no edital 05/2024 (Demanda Espontânea), e dos financiamentos parciais a ambas as revistas (RINC e RBDPP), em que os autores são editores-chefes, pelo CNPq no Programa Editorial (Edital N. 30/2023).

RESUMO: A extinção do Qualis Periódicos pela CAPES marca uma transformação na avaliação da produção de artigos científicos no Brasil, especialmente na área do Direito. Durante anos, o Qualis foi o principal (e talvez o único) critério de classificação das revistas jurídicas no Brasil, influenciando tanto a escolha dos periódicos pelos(as) pesquisadores(as) quanto a avaliação dos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu*. O sistema trouxe avanços significativos, como a objetividade na avaliação, a valorização das revistas científicas e o fortalecimento da revisão por pares. No entanto, também gerou críticas, como a falta de previsibilidade nos primeiros ciclos avaliativos, a morosidade na classificação e a imposição de critérios uniformes inadequados para determinadas áreas. Com a nova metodologia da CAPES, a avaliação afirma pretender focar nos artigos e não mais apenas nos periódicos que os publicam. As áreas de avaliação terão autonomia para adotar diferentes critérios, combinando indicadores bibliométricos, análise qualitativa dos artigos e critérios qualitativos das revistas. No caso do Direito, a indexação em bases de dados reconhecidas, como Scopus, Web of Science, SciELO e Redalyc, desponta como um parâmetro relevante para a qualificação das publicações. A adaptação das revistas jurídicas às exigências desses indexadores torna-se essencial para ampliar o rol de periódicos indexados. Medidas como aprimoramento das práticas editoriais e adesão a padrões internacionais de indexação são fundamentais para assegurar a continuidade da valorização dos periódicos jurídicos no novo cenário de avaliação da CAPES.

PALAVRAS-CHAVE: revistas científicas; revistas jurídicas; indexadores; avaliação; regulação; CAPES.

ABSTRACT: *The extinction of "Qualis Periódicos" by CAPES marks a transformation in the evaluation of scientific article production in Brazil, particularly in the field of Law. For years, Qualis was the main (and perhaps the only) criterion for classifying law journals in Brazil, influencing both scholars' choice of periodicals and the evaluation of stricto sensu Graduate Programs. The system brought significant advancements, such as increased objectivity in evaluation, greater recognition of scientific journals, and the strengthening of peer review. However, it also faced criticism, including a lack of predictability in the early evaluation cycles, delays in classification, and the imposition of uniform criteria that were inadequate for certain fields. With CAPES' new methodology, the evaluation aims to focus on individual*

articles rather than just the journals that publish them. Each evaluation area will have the autonomy to adopt different criteria, combining bibliometric indicators, qualitative analysis of articles, and qualitative criteria for journals. In the case of Law, indexing in recognized databases such as Scopus, Web of Science, SciELO, and Redalyc emerges as a relevant parameter for assessing publication quality. The adaptation of law journals to the requirements of these indexing databases becomes essential to expanding the number of indexed periodicals. Measures such as improving editorial practices and adhering to international indexing standards are fundamental to ensuring the continued recognition of law journals within CAPES' new evaluation framework.

KEYWORDS: scientific journals; law journals; indexing databases; evaluation; regulation; CAPES.

INTRODUÇÃO

As preocupações com relação às sistemáticas de avaliação da produção científica são marcantes há muito tempo.³ Sem dúvidas, definir critérios perfeitos para a qualificação de revistas é uma tarefa extremamente complexa. Por um lado, a enorme quantidade de produções inviabiliza a realização de uma avaliação qualitativa quanto ao mérito científico, mas, por outro, a adoção de sistemáticas automatizadas e quantitativas gera um exagero de produtivismo tendencialmente sem qualidade.⁴

No Brasil, entre 2010 e 2024, a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), fundação pública federal vinculada ao Ministério da Educação, adotou o Sistema Qualis como mecanismo de aferição da qualidade das revistas científicas onde pesquisadores(as) de Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* (PPGs) publicavam seus artigos. Trata-se de um dos mais relevantes instrumentos de avaliação da produção bibliográfica dos Programas de Mestrado e Doutorado no país

³ FERREIRA, Renata; ANTONELI, Fernando; BRIONES, Marcelo. The hidden factors in impact factors: a perspective from Brazilian science. *Frontiers in Genetics*, v. 4, article 130, jul. 2013.

⁴ Sobre as dificuldades na área de Direito: VARELLA, Marcelo Dias; ROESLER, Claudia Rosane. Dificuldades de avaliação de publicações na área de Direito. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, v. 9, n. 18, p. 663-701, dez. 2012.

pela CAPES, que durante 14 anos foi utilizado como principal critério para aferir a qualidade dos periódicos científicos no Brasil. Durante esse período, diversas metodologias foram adotadas, com maiores ou menos variações e críticas.

Em outubro de 2024, a CAPES anunciou que o Qualis deixará de ser utilizado a partir do quadriênio 2025-2028.⁵ Em outras áreas do conhecimento, como nas Ciências da Vida, Exatas e Tecnológicas, a extinção do Qualis talvez não seja tão fortemente sentida, pois muito antes da sua criação já era comum o uso de outros parâmetros largamente consolidados para identificar a relevância e impacto de um periódico, como o SJR – *Scimago Journal Rank Indicator* e o JIF – *Journal Impact Factor*. No caso do Direito, como a vastíssima maioria das revistas nas quais os(as) pesquisadores(as) da área publicam não está indexada no Scopus e na Web of Science, elas sequer possuem tais indicadores bibliométricos (atribuídos somente aos periódicos presentes nessas bases), razão pela qual eles não são utilizados (nem mesmo conhecidos) pela comunidade acadêmica. Logo, o Qualis era o único critério adotado no ambiente universitário jurídico para identificar a qualidade de uma revista científica.

Em face dessa mudança impactante para a área, é momento de refletir sobre as perspectivas futuras para as revistas jurídicas no Brasil, a partir dos novos procedimentos que serão adotados pela CAPES para a avaliação dos artigos científicos publicados no âmbito dos Programas de Pós-Graduação em Direito (PPGDs).

1. O LEGADO DO QUALIS COMO INSTRUMENTO DE AVALIAÇÃO DE REVISTAS CIENTÍFICAS: VANTAGENS E DESVANTAGENS DO SISTEMA

Conforme Rita Barata, a partir dos anos 90, a CAPES, por meio de seu Conselho Técnico-Científico da Educação Superior (CTC-ES),

⁵ BRASIL. Ministério da Educação. Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. *Ofício Circular nº 46/2024-DAV/CAPES, de 3 out. 2024*. Brasília, DF, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/capes/pt-br/centrais-de-conteudo/documentos/conselho-tecnico-cientifico-da-educacao-superior/oficios-ctc-es/14102024SEI_2470019_Oficio_Circular_46_resumoCTC_232.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2024.

“sentiu a necessidade de qualificar a produção dos programas e não mais apenas contabilizar o número de artigos publicados”. Considerando que já naquele momento seria inviável realizar uma avaliação individualizada da qualidade de cada artigo publicado, decidiu-se adotar uma sistemática de avaliação de revistas, “pressupondo-se que a aceitação de um artigo por periódico indexado e com sistema de *peer review* garantia, de certo modo, a sua qualidade”.⁶

Assim nasce o Qualis Periódicos, como mecanismo de avaliação da produção científica dos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* (PPGs), por meio da classificação de revistas científicas e da atribuição de pontos para artigos nelas publicados, conforme o estrato obtido por cada uma: artigos publicados em revistas A1 obteriam a pontuação mais elevada, ao passo que artigos publicados em revistas C não receberiam pontuação, no momento de avaliação do PPG pela CAPES.

Ao ser concebido como uma ferramenta para auxiliar a avaliação dos Programas de Pós-Graduação (PPGs), o Qualis foi gerido a partir de algumas premissas de certo modo contrafactuais. Por exemplo, a CAPES sempre sustentou que a sua finalidade *exclusiva* era servir como mecanismo de avaliação de PPGs,⁷ não devendo ser utilizado para outras funções, como concursos públicos, seleções de bolsas e financiamentos etc.,⁸ embora o seja com muita frequência, inclusive por órgãos e entidades públicas.⁹

⁶ BARATA, Rita C. B. Dez coisas que você deveria saber sobre o Qualis. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, v. 13, n. 30, p. 13-40, jan./abr. 2016. p. 14-15.

⁷ BRASIL. Ministério da Educação. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Diretoria de Avaliação. *Documento Técnico do Qualis Periódicos*. Brasília, DF: CAPES, 2023. p. 1. Disponível em: <<https://www.gov.br/capes/pt-br/centrais-de-conteudo/documentos/avaliacao/avaliacao-quadrinial-2017/DocumentotecnicoQualisPeridicosfinal.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2024.

⁸ A postura é criticada por autores como Nicolas Addor, segundo o qual: “O modelo de avaliação das revistas científicas não pode ser considerado apenas como mero instrumento a ser utilizado no processo de avaliação dos programas de pós-graduação *stricto sensu*. Sua função ultrapassa essa concepção inicial. Restringir materialmente sua atuação é ignorar os impactos reais que ele causa sobre a comunidade científica (...)” (ADDOR, Nicolas. *Qualis Periódicos: a regulação da pesquisa no Brasil*. Curitiba: Íthala, 2019. p. 90).

⁹ Basta digitar “Qualis” na busca do Diário Oficial da União para encontrar milhares de editais de órgãos e entidades públicas federais que utilizam o

Além disso, as revistas não podiam requerer a inclusão e avaliação no Qualis, pois somente eram analisadas – de ofício e de forma compulsória pela CAPES, mesmo que não pretendessem ser avaliadas¹⁰ – aquelas que, no quadriênio anterior, tivessem publicado artigo de pesquisador/a vinculado a um PPG.¹¹

Sem dúvidas, o sistema Qualis induziu aprimoramentos relevantes nos periódicos jurídicos brasileiros, na produção científica da área e na avaliação dos PPGDs.¹² Entre as *vantagens* da adoção dessa política, destacam-se:

(a) *Objetividade na avaliação das produções bibliográficas dos PPGDs pela CAPES*: o critério primordial que prevaleceu por muito tempo no sistema de avaliação dos programas pela CAPES foi a produção bibliográfica qualificada, assim considerada aquela situada nos estratos mais elevados do Qualis Periódicos. Com a classificação das revistas

Qualis como critério em concursos públicos e processos de seleção. BRASIL. Imprensa Nacional. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/>>. Acesso em: 29 dez. 2024.

¹⁰ Segundo Guilherme Hamada, “mostra-se equivocada a posição de que não há sentido a inclusão na lista do Qualis de publicações sem que os programas de pós-graduação tenham solicitado sua classificação. As funções regulatórias exercidas pelo mecanismo de qualificação de periódicos extrapolam a mera utilização no procedimento de avaliação dos programas de pós-graduação *stricto sensu*. (...) A posição restritiva da Capes ignora seu papel regulatório e distancia a pesquisa científica existente dentro dos programas de pós-graduação com as realizadas fora deles” (HAMADA, Guilherme. *Avaliação CAPES: o modelo de regulação dos Programas de Mestrado e Doutorado no Brasil*. Curitiba: Íthala, 2019. p. 125).

¹¹ RODACKI, André. Qualis: implicações para a avaliação de programas de pós-graduação das diferentes áreas do conhecimento – uma análise preliminar. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, v. 13, n. 30, p. 65–76, jan./abr. 2016. p. 66-68.

¹² Sobre isso, em geral, além do Direito: FRIGERI, Mônica; MONTEIRO, Marko Synésio Alves. Qualis periódicos: indicador da política científica no Brasil? *Estudos de Sociologia*, v. 19, n. 37, p. 299-315, 2014; SENE, Laís Z.; BIZELLI, José Luís. Sistema de avaliação de periódicos no Brasil: impactos da evolução dos critérios do qualis-periódicos da área de educação. *Revista Praxis Educacional*, v. 18, n. 49, 2022. Sobre as premissas adotadas na área do Direito e na RBDPP: VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: A função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* v. 3, n. 1, p. 9–17, 2017.

pautada em critérios objetivos, tal como a indexação em bases de dados exigentes e de elevada reputação, a avaliação da produção bibliográfica dos programas vinculava-se a fatores objetivos, sem depender somente da apreciação subjetiva de um consultor nomeado pela Coordenação de Área para analisar o PPGD.

(b) *Direcionamento das publicações para revistas científicas*: nos últimos 15 anos, com a valorização das publicações em periódicos por conta do Qualis, houve uma indução do encaminhamento das produções de pesquisadores(as) do Direito para as revistas científicas, mitigando a cultura praticamente hegemônica de publicação em livros, que prevalecia no Direito.

(c) *Ampliação do acesso às publicações jurídicas por meio das revistas*: o Qualis provocou uma proliferação de revistas jurídicas, em sua maioria no formato digital e de acesso aberto, gerando com isso uma democratização do conhecimento produzido nos PPGDs, que passa a ser veiculado em grande parte por meio de periódicos de livre acesso na internet, ao contrário do modelo anterior, concentrado na publicação em livros impressos de alto custo.

(d) *Aumento da qualidade das publicações em razão do processo de avaliação por pares*: os periódicos científicos de Direito consolidaram a adoção do sistema de controle por pares e a busca por maior respeito aos critérios de integridade científica na editoração, estimulados pela necessidade de cumprir os critérios definidos pela CAPES e obter uma boa avaliação no Qualis. Como consequência, as produções passam a cumprir critérios mais rigorosos para alcançarem aprovação pelas revistas bem avaliadas, gerando um aumento da qualidade da produção científica na área.

(e) *Elevação da qualidade editorial das revistas jurídicas*: para alcançar os estratos mais elevados no Qualis, um dos caminhos possíveis na área do Direito era a indexação em bases de dados como Scopus e Web of Science. A busca pelo cumprimento de padrões editoriais elevados para atender aos requisitos rigorosos desses indexadores resultou no aumento da qualidade das práticas editoriais dos periódicos jurídicos, com uma tendência de maior profissionalização da área.

Por outro lado, o Sistema Qualis também gerou intensos debates e sofreu relevantes críticas. Algumas de suas principais *desvantagens* identificadas pela comunidade científica do Direito foram:

(a) *Ausência de previsibilidade e segurança jurídica em razão da definição de critérios de avaliação a posteriori com aplicação retroativa:* pela sistemática geral da CAPES para avaliação das revistas, estas eram classificadas após o encerramento do período avaliativo (até 2012, triênio; após 2013, quadriênio), com base em parâmetros estabelecidos de forma definitiva somente ao final do ciclo para avaliar o que já havia sido publicado anteriormente, conduta vedada pela legislação brasileira.¹³ Na área do Direito, grande instabilidade e mudança de critérios ocorreram nas duas edições iniciais do Qualis, no triênio 2010-2012 e no quadriênio 2013-2016, de modo que não havia como as equipes editoriais adotarem com segurança posturas prévias para orientar as publicações durante a sua produção.¹⁴

(b) *Demora no processo de classificação das revistas:* o resultado definitivo do Qualis 2013-2016 foi divulgado em 2017, ao passo que o resultado definitivo do Qualis 2017-2020 foi publicado em julho de 2024,¹⁵ após a apreciação dos recursos contra o resultado preliminar divulgado em dezembro de 2022. Ou seja, foram 7 anos entre o resultado definitivo do ciclo avaliativo anterior até a publicação da versão final do período de avaliação seguinte, um lapso temporal demasiadamente longo, em especial para revistas que já cumpriam os critérios dos estratos mais elevados há quase 7 anos sem obter uma majoração em sua classificação.

(c) *Equívocos no processo de classificação e morosidade na correção:* como todo processo avaliativo que envolve grande quantidade de dados, o Qualis estava suscetível a erros no curso da verificação do cumprimento dos critérios pelas revistas. Contudo, a morosidade no processo de correção desses equívocos de classificação pela via dos recursos administrativos é

¹³ Art. 2º, parágrafo único, XIII da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo Federal) e arts. 23 e 24 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB).

¹⁴ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder; HAMADA, Guilherme. Sistema Qualis: análise crítica da política de avaliação de periódicos científicos no Brasil. *Revista do Direito*, v. 1, n. 54, p. 144-185, jun. 2018.

¹⁵ BRASIL. Ministério da Educação. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Aviso: análise de recursos relativos à classificação Qualis (Avaliação Quadrienal 2017-2020 – Resultado Final). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, seção 3, n. 136, p. 77, 17 jul. 2024. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/aviso-572519462>>. Acesso em: 29 dez. 2024.

outro problema que se constatou nesse sistema, fazendo com que revistas que foram incorretamente rebaixadas na classificação tivessem que esperar mais de 18 meses pela correção,¹⁶ o que impactava negativamente na imagem do periódico e na recepção de artigos de qualidade.

(d) *Imposição, pelos outros Colégios da CAPES, de critérios uniformes de avaliação para as diferentes áreas, baseados em indicadores bibliométricos*: as áreas de avaliação da CAPES são reunidas em três grandes Colégios: (i) Ciências da Vida; (ii) Ciências Exatas, Tecnológicas e Multidisciplinar; (iii) Humanidades. No quadriênio 2017-2020, a Diretoria de Avaliação (DAV) da CAPES pretendeu criar o chamado Qualis Referência, e com ele estabelecer um critério único para avaliar os periódicos de todas as áreas: a classificação baseada em indicadores bibliométricos de citação de determinados indexadores (Scopus, Web of Science e Google Scholar Metrics). Tais critérios fazem muito sentido para determinadas áreas de avaliação, dos dois primeiros colégios, mas não para outras (como o Direito e a Filosofia), o que gerou acirradas divergências internas. Após muitos embates, o Colégio de Humanidades¹⁷ conseguiu combinar o critério dos indicadores bibliométricos de citação com outros critérios específicos de suas áreas de avaliação,¹⁸ mas permaneceu obrigado a adotar como parâmetro principal o impacto de citação das revistas.

(e) *Criação de uma cultura de produtivismo acadêmico exacerbado*: a avaliação da produção bibliográfica do corpo docente dos PPGDs baseada em pontos atribuídos a artigos publicados em periódicos de Qualis mais

¹⁶ BRASIL. Ministério da Educação. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Aviso: análise de recursos relativos à classificação Qualis (Avaliação Quadrienal 2017-2020 – Resultado Final). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, seção 3, n. 136, p. 77, 17 jul. 2024. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/aviso-572519462>>. Acesso em: 29 dez. 2024.

¹⁷ Reúne as áreas de Administração, Antropologia, Arquitetura, Artes, Ciência Política, Ciências da Religião, Comunicação, Direito, Economia, Educação, Filosofia, Geografia, História, Linguística, Planejamento Urbano, Psicologia, Serviço Social e Sociologia.

¹⁸ BRASIL. Ministério da Educação. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). *Relatório Qualis Periódicos – Colégio de Humanidades*. Brasília, DF: CAPES, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/capes/pt-br/centrais-de-conteudo/18012023Relatorio_Qualis_Humanidades.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2024.

elevados criou uma lógica fordista no âmbito da Pós-Graduação *stricto sensu*. A pressão das coordenações dos programas pela publicação em grandes quantidades em revistas qualificadas, sob pena de descredenciamento dos(s) professores(as) do programa nas instituições públicas e até mesmo dispensa nas instituições privadas, é vista como uma das grandes desvantagens desse sistema.¹⁹

Tais problemas, somados às dificuldades operacionais que envolvem o processo de avaliação de mais de dois mil periódicos, ensejaram forte debate no sentido de abolir o Sistema Qualis. Após inúmeras discussões, em 3.10.2024, a CAPES, por meio do Ofício Circular n. 46/2024-DAV/CAPES, informou que, na avaliação do Quadriênio 2025-2028, haverá uma mudança relevante a partir da meta de “focar na classificação do artigo e não do veículo onde ele é publicado” e que, “nessa abordagem, os veículos não serão mais classificados com os estratos Qualis”.²⁰

2. O FIM DO QUALIS E A PROPOSTA DE NOVA METODOLOGIA DA CAPES PARA AVALIAÇÃO DE ARTIGOS CIENTÍFICOS (E NÃO MAIS DE PERIÓDICOS)

Ao anunciar a extinção do Qualis e da classificação de periódicos, a CAPES indicou que no Quadriênio 2025-2028, para avaliar a produção bibliográfica dos PPGs, será realizada uma classificação de artigos. Cada uma das 50 áreas de avaliação da CAPES, segundo o documento, terá autonomia para utilizar qualquer um dos seguintes procedimentos e suas combinações:

¹⁹ ANDRADE, Juliana de Souza; CASSUNDÉ, Fernanda Roda de Souza Araújo; BARBOSA, Milka Alves Correia. Da liberdade à “gaiola de cristal”: sobre o produtivismo acadêmico na pós-graduação. *Perspectivas em Gestão & Conhecimento*, v. 9, n. 1, p. 169-197, jan./abr. 2019.

²⁰ BRASIL. Ministério da Educação. Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. *Ofício Circular nº 46/2024-DAV/CAPES, de 3 out. 2024*. Brasília, DF, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/capes/pt-br/centrais-de-conteudo/documentos/conselho-tecnico-cientifico-da-educacao-superior/oficios-ctc-es/14102024SEI_2470019_Oficio_Circular_46_resumoCTC_232.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2024.

“I - Procedimento 1: Classificação do artigo pelos indicadores bibliométricos do periódico (metodologia estatística que preserva os preceitos da metodologia atual).

II - Procedimento 2: Classificação do artigo por indicadores bibliométricos diretos do artigo (índice de citação e altmetria, para a análise quantitativa) e classificação do artigo por critérios qualitativos do veículo (critérios de indexação, valorização de periódicos nacionais, acesso aberto, dentre outros, cujos fatores e metodologias serão divulgados pelas áreas de avaliação); e

III - Procedimento 3: Análise qualitativa de artigos, baseada em fatores e metodologias definidos pela área que podem abarcar uma análise de pertinência temática, avanço conceitual proveniente do trabalho, dentre outros).”²¹

O *Procedimento 1* baseia-se no mesmo critério adotado atualmente pelo Qualis Referência, que, por sua vez, é utilizado como base para o Qualis por todas as áreas de avaliação da CAPES: os indicadores bibliométricos do periódico. Estes são empregados para medir e analisar a influência, o impacto e a relevância do que é publicado em uma determinada revista, levando em conta aspectos como número (ou média) de citações recebidas pelos artigos do periódico, quantidade de artigos publicados, entre outros. Os indicadores utilizados pelo Qualis eram: (a) CiteScore, atribuído a revistas indexadas no Scopus (administrado pela empresa Elsevier), com base exclusivamente nas citações recebidas em artigos de revistas presentes na própria base de dados Scopus; (b) Journal Impact Factor, atribuído a revistas indexadas na Web of Science (administrada pela empresa Clarivate Analytics), com base nas citações recebidas em artigos de revistas presentes na própria base de dados WoS; (c) Índice H do Google Scholar Metrics, atribuído a revistas com metadados acessíveis online, com base nas citações recebidas em documentos disponíveis online e suscetíveis de identificação pelo Google Scholar.

²¹ BRASIL. Ministério da Educação. Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. *Ofício Circular nº 46/2024-DAV/CAPES, de 3 out. 2024*. Brasília, DF, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/capes/pt-br/centrais-de-conteudo/documentos/conselho-tecnico-cientifico-da-educacao-superior/oficios-ctc-es/14102024SEI_2470019_Oficio_Circular_46_resumoCTC_232.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2024.

Na prática, esse primeiro procedimento reproduz a sistemática atual, adotada na última avaliação Qualis, para avaliação de revistas por meio de seu impacto nos indexadores internacionais de referência. Portanto, ainda que se exclua a denominação Qualis e seus os estratos, os critérios de avaliação continuariam iguais. As áreas de avaliação da CAPES que, mesmo antes do Qualis, já se pautavam em tais indicadores bibliométricos, tendem a seguir com a adoção desse primeiro procedimento (combinado ou não com os demais), por refletir uma prática já consolidada e habitual em determinados ramos do conhecimento. As áreas que relutavam a empregar esse mecanismo para a classificação de seus periódicos, como as que integram o Colégio de Humanidades (entre as quais situa-se o Direito), tendem a privilegiar outros critérios.

O *Procedimento 2* faz referência a dois critérios distintos. O primeiro é o da (a) *classificação do artigo por indicadores próprios*, que podem ser: (a.i) *índice de citação do artigo*; e (a.ii) *altmetria*. Quanto ao (a.i) *índice de citação do artigo*, assim como é possível calcular o índice de citações de um periódico em determinada base de dados, também é possível calcular o de um artigo específico. A lógica é a mesma que se emprega em relação aos indicadores bibliométricos do periódico: verificar o seu *impacto acadêmico*, ou seja, o quanto o artigo é citado em outros trabalhos científicos. Já a (a.ii) *altmetria* diz respeito ao uso de métricas alternativas (também chamadas de “altmétricas”), que não medem apenas o *impacto acadêmico* do artigo, mas também o seu *impacto social*: elas calculam o grau de “circulação das publicações científicas na *web* social, blogs, portais de notícias, redes sociais como Twitter [X] e Facebook, ou gestores de referências como Mendeley”.²² Com esse critério, um artigo que seja altamente citado em redes sociais receberá uma boa avaliação, por demonstrar que alcançou um alto nível de divulgação científica, contribuindo com a democratização do conhecimento acadêmico com a sociedade. Nos dois casos – (a.i) e (a.ii) – o foco será no impacto acadêmico e social do artigo de modo específico, isto é, no quanto ele é, singularmente, citado em outros trabalhos científicos e em mídias sociais.

²² TRAVIESO-RODRIGUEZ, Crispulo; ARAÚJO, Ronaldo Ferreira de. Indicadores altmétricos y de citación en la producción científica en ScienceOpen: estudio descriptivo para Brasil, España y Portugal. *Bibliotecas. Anales de investigación*, v. 14, n. 2, p. 124-137, ene./jun. 2018. p. 126.

O principal problema desse primeiro critério – (a) – do *Procedimento 2* está no fato de que, em áreas como o Direito, o tempo que costuma levar para um artigo ser publicado e, posteriormente, citado em trabalhos acadêmicos, é muito mais extenso do que em outras áreas, como aquelas pertencentes às Ciências da Vida, por exemplo. Em tais áreas, o tempo entre a submissão e publicação dos artigos costuma ser curto, de poucos meses, de modo que o artigo recém-publicado já será citado logo em seguida por outros artigos que serão avaliados e publicados também em um curto espaço de tempo, dentro do mesmo quadriênio. Já no Direito, é comum que um artigo submetido a um periódico jurídico leve entre um e dois anos para ser publicado. É necessário um tempo para que ele venha a ser conhecido, lido, e depois citado por outro artigo, que por sua vez levará de um a dois anos para ser publicado. Ou seja: um artigo produzido em 2025 (primeiro ano do quadriênio 2025-2028) pode ser publicado em 2027 e será lido e citado em um artigo escrito em 2027 (supondo-se, de forma otimista, que seja lido no mesmo ano de sua publicação), que possivelmente só será publicado em 2028 ou 2029, já no próximo quadriênio. Como avaliar um artigo publicado em 2025-2028 com base em citações que ele provavelmente só receberá no quadriênio seguinte?

Além disso, não há um catálogo de fácil acesso que liste os artigos de determinada área por seu número de citações. Seria necessário buscar os índices específicos de cada produto, em cada base, e organizar um ranking para avaliar comparativamente. Por fim, a adoção de métricas alternativas é interessante como mecanismo adicional, mas muito arriscado se em substituição às métricas tradicionais, que se pautam por citações em meio cientificamente legitimados.

Conjuntamente a esse primeiro critério, o *Procedimento 2* faz alusão a um *segundo*: a (b) *classificação do artigo por critérios qualitativos do periódico* que o veiculou. De forma exemplificativa, o documento da CAPES cita “critérios de indexação, valorização de periódicos nacionais, acesso aberto, dentre outros”, mas deixa livre para cada área de avaliação estabelecer quais parâmetros serão valorizados. De um lado, nota-se que a preocupação com a indexação do periódico em bases de dados tradicionais e prestigiosas – como Scopus e Web of Science – assumirá um peso importante no processo, além de outras como SciELO e Redalyc que indexam apenas periódicos de acesso aberto e são altamente exigentes

no processo de seleção de títulos. De outro, o documento deixa bastante aberto para as áreas de avaliação definirem os critérios específicos que serão utilizados, além de não explicar como será feita a combinação desses dois critérios – (a) *classificação do artigo por indicadores próprios* e (b) *classificação do artigo por critérios qualitativos do periódico* – dentro do *Procedimento 2*.

Esse segundo critério do *Procedimento 2*, parece retomar a sistemática de avaliação de revistas adotada pelo Qualis na área de Direito em avaliações anteriores (2013-2016, por exemplo), em que cada periódico preenchia uma tabela com seus dados qualitativos. Sem dúvidas, é fundamental incentivar a qualidade das revistas por meio de análises específicas e valorar positivamente questões extremamente relevantes que até hoje não foram devidamente consideradas (como adoção de parâmetros de *ciência aberta*, indexação em SciELO e Redalyc, etc.). Contudo, nesse cenário haveria novamente a dificuldade do excessivo trabalho a ser realizado pela Comissão e a necessidade de definição dos critérios previamente ao quadriênio.

Finalmente, o *Procedimento 3* faz referência a uma análise qualitativa do artigo por meio de metodologia a ser estabelecida por cada área. Aqui, não há como supor o que cada área de avaliação adotará como parâmetro, eis que o documento traz apenas breves indícios exemplificativos do que poderá ser utilizado, como “análise de pertinência temática” e “avanço conceitual proveniente do trabalho”. Esse último procedimento parece abrir margem para uma elevada subjetividade no processo de avaliação da qualidade dos artigos, além de ser acompanhado de uma dificuldade prática que é a análise qualitativa individualizada de cada trabalho em um cenário marcado pela enorme quantidade de produção bibliográfica que precisará ser avaliada, sem a indicação de parâmetros objetivos que possam auxiliar na automatização do processo.

Ainda sem saber ao certo como tais procedimentos serão implementados na prática, algumas preocupações devem ser apontadas. Por um lado, embora uma análise qualitativa de artigos possa ser o ideal em termos de verificar a efetiva contribuição ao campo, parece impossível a sua realização na prática, caso a Coordenação de Área adote parâmetros que demandem uma análise individualizada de artigos publicados, ainda que limitados às produções indicadas como de destaque por cada PPG.

Ademais, corre-se o risco de que o processo de avaliação dos artigos incorra em demasiada subjetividade dos consultores designados para avaliar os programas, caso não sejam estabelecidos critérios objetivos para a análise.

Dos procedimentos mencionados no documento da CAPES, considera-se que a *classificação do artigo por critérios qualitativos do periódico* que o veiculou, indicada no *Procedimento 2*, é provavelmente o melhor e mais objetivo de todos os possíveis critérios a serem adotados pelas áreas, entre elas, o Direito. Tal metodologia, de certo modo, uniria a sistemática do *Procedimento 1*, ao também considerar, na análise qualitativa, a indexação das revistas nas bases de referência e seus indicadores bibliométricos. Além disso, se definidos critérios objetivos e for viável a definição de uma amostra de produções dos PPGs que possa ser devidamente avaliada no lapso temporal disponível na Avaliação Quadrienal, a adoção do *Procedimento 3*, com a análise qualitativa de artigos e sua contribuição para a área específica pode ser também bem-vinda.

3. A INDEXAÇÃO DO PERIÓDICO COMO CRITÉRIO RELEVANTE PARA A AVALIAÇÃO DOS ARTIGOS CIENTÍFICOS NA ÁREA DO DIREITO

Com o encerramento do Sistema Qualis, que por 14 anos serviu como principal critério de classificação dos periódicos acadêmicos brasileiros, docentes e discentes vinculados a Programas de Pós-Graduação em Direito precisarão adotar novos referenciais para a escolha de onde publicar os resultados de suas pesquisas. Diante desse cenário, a indexação do periódico em bases de dados acadêmicas reconhecidas emerge como o critério mais seguro para garantir a qualidade e a visibilidade da produção científica. É preciso, portanto, que os periódicos da área do Direito no Brasil passem a se preocupar com a sua indexação nessas bases.

A indexação de um periódico em bases de dados relevantes indica que ele segue padrões rigorosos de qualidade, revisão por pares, integridade científica e boas práticas editoriais. Os indexadores são utilizados por pesquisadores para medir a relevância e a influência dos trabalhos publicados, bem como para assegurar a integridade acadêmica do processo editorial. Certamente, existem outros critérios que também devem ser considerados, mas a escolha de um periódico indexado em uma dessas

bases indica que a publicação do artigo seja veiculada por uma revista que passou por um processo criterioso de avaliação de sua qualidade editorial.

Atualmente, entre os indexadores que admitem revistas científicas na área do Direito, os de maior reputação, por serem os mais seletivos e exigentes para a inclusão de periódicos, são quatro: *Scopus*, *Web of Science*, *SciELO* e *Redalyc*. O processo de avaliação de propostas de indexação pode chegar a (ou até mesmo ultrapassar) um ano. A presença do periódico nessas bases é um forte indicativo da sua qualidade e cumprimento de requisitos considerados necessários para uma revista científica de alto padrão editorial.

Entre elas, as duas bases de dados de maior visibilidade e prestígio internacional em termos globais são hoje *Scopus* e *Web of Science*,²³ ambas conhecidas por um elevado rigor na seleção dos periódicos que ingressam em seus catálogos. A inclusão de uma revista científica em um desses indexadores significa que ela preenche um rol extenso de requisitos que atestam sua seriedade, relevância e impacto acadêmico internacional. Tais indexadores concentram, em sua maioria, periódicos com publicações em inglês promovidos por instituições do norte global, tanto de acesso restrito (pago) quanto de acesso aberto.²⁴

Por sua vez, as bases *SciELO* e *Redalyc* possuem critérios de seleção tão ou mais rigorosos que os adotados por *Scopus* e *Web of Science*, mas

²³ PRANCKUTE, Raminta. Web of Science (WoS) and Scopus: The Titans of Bibliographic Information in Today's Academic World. *Publications*, v. 9, n. 1, e12, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.3390/publications9010012>>. Acesso em 12 jan. 2025.

²⁴ Tanto Scopus quanto Web of Science são bases geridas por grandes empresas privadas, sediadas em países do hemisfério norte e compostas por um número expressivamente dominante de revistas da referida região. Diante disso, há críticas quanto à seletividade do ingresso, dificultando o acesso de revistas do sul global, o que acarreta reflexos nas métricas e no impacto de produções de modo distinto em relação àquelas originadas nos denominados “países em desenvolvimento” (GUERRA, Paulo. ¿Cómo evaluar las revistas científicas? Acerca de las limitaciones del Índice de Impacto por citas. *Revista de la Facultad de Derecho*, n. 44, e20184407, ene./jun. 2018). Há indicativos de que a inclusão não é determinada somente pela qualidade editorial da revista, mas também por critérios quanto ao país de origem, o idioma da publicação e a temática de seu escopo (CHAVARRO, Diego; RÁFOLS, Ismael; TANG, Puay. To what extent is inclusion in the Web of Science an indicator of journal ‘quality’? *Research Evaluation*, v. 27, n. 2, p. 106–118, apr. 2018).

delas se diferenciam porque: (i) exigem que o periódico possua acesso aberto e adote práticas de Ciência Aberta, alinhando-se a um movimento global de democratização do conhecimento; (ii) indexam, em sua vasta maioria, periódicos da América Latina, promovendo a visibilidade e o impacto da produção científica da região.

Além desses 4, merecem destaque outros dois indexadores: o *DOAJ – Directory of Open Access Journals* e o *Latindex Catálogo 2.0*. Ambos possuem uma lista de critérios obrigatórios que os periódicos precisam atender para serem indexados, tais como avaliação por pares, corpo editorial, disponibilidade dos artigos online e políticas editoriais transparentes. O *DOAJ* possui uma série de requisitos específicos, tais como acesso livre e imediato ao conteúdo dos artigos e clareza quanto à licença adotada em relação ao conteúdo do site e dos artigos publicados. O *Latindex Catálogo 2.0* exige para a indexação o cumprimento de no mínimo 30 características de qualidade editorial entre 38 possíveis, sendo 7 delas indispensáveis (não confundir o Catálogo 2.0 com o *Latindex Diretório*, que é apenas um índice para localizar revistas, que registra informações bibliográficas de periódicos sem avaliação do cumprimento de critérios específicos). O processo para a indexação de revistas no *DOAJ* e *Latindex Catálogo 2.0* costuma ser mais célere e não ultrapassar três meses.

Com o propósito de mapear as revistas jurídicas brasileiras indexadas nessas seis bases de dados, a *RERJ – Rede de Editores de Revistas Jurídicas*²⁵ criou o *Selo de Revistas Jurídicas*,²⁶ dividido em três categorias: Selo Diamante, Selo Ouro e Selo Prata. Trata-se de uma iniciativa voltada a identificar revistas científicas brasileiras da área do Direito que estejam presentes em indexadores relevantes, assim compreendidos aqueles que realizam um processo de seleção rigoroso de periódicos, com base na avaliação da sua qualidade editorial. A concessão do selo se baseia nas seguintes premissas:

²⁵ Informações sobre rede podem ser obtidas em seu site: *RERJ – Rede de Editores de Revistas Jurídicas*. Disponível em: <<https://www.rerj.com.br/>>. Acesso em: 5 fev. 2025.

²⁶ Para mais informações: *RERJ – Rede de Editores de Revistas Jurídicas*. *Selo de Revistas Jurídicas*. Disponível em: <<https://www.rerj.com.br/selo-de-revistas-juridicas/>>. Acesso em: 5 fev. 2025.

(a) *Análise objetiva da presença das revistas em indexadores relevantes*: o processo de classificação das revistas envolve a constatação objetiva da presença do periódico em indexadores relevantes, não incluindo uma apreciação subjetiva da sua qualidade editorial. Parte-se do pressuposto de que essa avaliação já foi realizada por indexadores confiáveis, dotados de elevada reputação perante a comunidade científica.

(b) *Valorização dos periódicos científicos de acesso aberto*: além do critério da presença das revistas em indexadores relevantes, optou-se por reservar a qualificação mais alta (Selo Diamante) aos periódicos científicos de acesso aberto, como forma de reconhecer as iniciativas editoriais que priorizam a democratização do conhecimento científico e a ampliação do acesso aos saberes produzidos na academia.

(c) *Desconsideração de indicadores bibliométricos e índices de impacto*: o impacto das revistas medido por indicadores bibliométricos, tais como Journal Impact Factor (Web of Science), CiteScore (Scopus), SJR (Scimago Journal Rank Indicator) e Índice H (Google Scholar Metrics) não é levado em consideração, pois o propósito do selo é mapear revistas cuja qualidade editorial tenha sido reconhecida por indexadores relevantes. Não se pretende, com o selo, identificar revistas com alto índice de citação, uma vez que isso já é feito por esses indicadores bibliométricos e a RERJ considera haver outros critérios para aferir a qualidade editorial de um periódico que não o índice de citação de seus artigos em outras publicações.

Os critérios de classificação das revistas são os seguintes:

(a) *Crítérios de elegibilidade para os selos*: (i) Ser revista científica promovida por instituição brasileira; (ii) Ter como foco e escopo principal a publicação de artigos científicos sobre Direito; (iii) Ter número publicado no ano anterior ao da concessão do selo.

(b) *Selo Diamante*: (i) Indexação em pelo menos 2 das 4 bases de dados a seguir: Scopus, Web of Science, SciELO e Redalyc; e, (ii) Possuir acesso aberto.

(c) *Selo Ouro*: (i) Indexação em pelo menos 1 das 4 bases de dados a seguir: Scopus, Web of Science, SciELO e Redalyc

(d) *Selo Prata*: (i) Indexação no Latindex Catálogo 2.0; ou, (ii) Indexação no DOAJ.

O período de publicação de novas edições do selo será entre janeiro e fevereiro dos anos ímpares. A concessão do selo será realizada de forma automática, sem necessidade de postulação, mediante verificação de ofício pela Rede da presença da revista nos indexadores, com a possibilidade de abertura para postulação da concessão do selo, dentro do período de certificação anunciado publicamente em edital no site da Rede. A validade do selo será de dois anos, incluindo o ano de publicação da edição e o ano subsequente (ex.: 2025-2026). A consulta das revistas indexadas que foram identificadas com os selos pode ser realizada pelo link: <https://www.rerj.com.br/consulta/>.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema Qualis foi, durante 14 anos, a principal referência para pesquisadores(as) da área do Direito escolherem onde publicar seus artigos científicos. O mecanismo criado pela CAPES induziu uma série de aprimoramentos na forma de produção bibliográfica na área jurídica, que direcionou o foco das publicações para os periódicos, com avaliação por pares dos artigos submetidos, aperfeiçoamento da qualidade e das práticas editoriais das revistas jurídicas e democratização do conhecimento com a ampliação das revistas de acesso aberto. Além disso, trouxe avanços no sistema de avaliação dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito no país, com a adoção de critérios objetivos de avaliação da produção bibliográfica qualificada. Todavia, diante dos problemas e dificuldades inerentes ao sistema, sua utilização parece ter chegado ao fim, tornando-se necessário pensar em novos parâmetros de avaliação.

Diante desse cenário, um dos critérios mais seguros para pesquisadores(as) selecionarem em quais periódicos publicar seus artigos é o da indexação da revista em bases de dados relevantes, indicado pela CAPES como um dos parâmetros possíveis para a avaliação de artigos científicos no *Procedimento 2*.²⁷ Isso significa que as revistas científicas

²⁷ BRASIL. Ministério da Educação. Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. *Ofício Circular nº 46/2024-DAV/CAPES, de 3 out. 2024*. Brasília, DF, 2024. Disponível em: <<https://www.gov.br/capes/pt-br/centrais-de-conteudo/documentos/conselho-tecnico-cientifico-da-educacao-superior/>>

na área do Direito devem se preocupar com a adaptação de suas práticas editoriais às normas desses indexadores e postular a sua inclusão nas bases de dados mais relevantes, de modo a ampliar o rol de periódicos jurídicos indexados e, com isso, contribuir com a futura avaliação dos artigos pela CAPES. É fundamental e urgente que editoras e editores adotem medidas para aprimorar suas revistas em termos de conformidade com as políticas internacionais de modo a viabilizar a indexação de um maior número de periódicos na área do Direito. Além disso, outros parâmetros devem ser bem valorados, como a adoção de acesso aberto e, de modo mais amplo, políticas de ciência aberta, com transparência e seriedade do processo de produção do conhecimento científico e da sua avaliação na sistemática de controle por pares.

REFERÊNCIAS

ADDOR, Nicolas. *Qualis Periódicos: a regulação da pesquisa no Brasil*. Curitiba: Íthala, 2019.

ANDRADE, Juliana de Souza; CASSUNDÉ, Fernanda Roda de Souza Araújo; BARBOSA, Milka Alves Correia. Da liberdade à “gaiola de cristal”: sobre o produtivismo acadêmico na pós-graduação. *Perspectivas em Gestão & Conhecimento*, v. 9, n. 1, p. 169-197, jan./abr. 2019.

BARATA, Rita C. B. Dez coisas que você deveria saber sobre o Qualis. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, v. 13, n. 30, p. 13-40, jan./abr. 2016.

BRASIL. Imprensa Nacional. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/>>. Acesso em: 29 dez. 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Diretoria de Avaliação. *Documento Técnico do Qualis Periódicos*. Brasília, DF: CAPES, 2023. p. 1. Disponível em: <<https://www.gov.br/capes/pt-br/centrais-de-conteudo/documentos/avaliacao/avaliacao-quadrinial-2017/DocumentotecnicoQualisPeridicosfinal.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2024.

oficios-ctc-es/14102024SEI_2470019_Oficio_Circular_46_resumoCTC_232.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Aviso: análise de recursos relativos à classificação Qualis (Avaliação Quadrienal 2017-2020 – Resultado Final). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, seção 3, n. 136, p. 77, 17 jul. 2024. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/aviso-572519462>>. Acesso em: 29 dez. 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). *Relatório Qualis Periódicos – Colégio de Humanidades*. Brasília, DF: CAPES, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/capes/pt-br/centrais-de-conteudo/18012023Relatorio_Qualis_Humanidades.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. *Ofício Circular nº 46/2024-DAV/CAPES, de 3 out. 2024*. Brasília, DF, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/capes/pt-br/centrais-de-conteudo/documentos/conselho-tecnico-cientifico-da-educacao-superior/oficios-ctc-es/14102024SEI_2470019_Oficio_Circular_46_resumoCTC_232.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2024.

CHAVARRO, Diego; RÀFOLS, Ismael; TANG, Puay. To what extent is inclusion in the Web of Science an indicator of journal ‘quality’? *Research Evaluation*, v. 27, n. 2, p. 106–118, apr. 2018.

FERREIRA, Renata; ANTONELLI, Fernando; BRIONES, Marcelo. The hidden factors in impact factors: a perspective from Brazilian science. *Frontiers in Genetics*, v. 4, article 130, jul. 2013.

FRIGERI, Mônica; MONTEIRO, Marko Synésio Alves. Qualis periódicos: indicador da política científica no Brasil? *Estudos de Sociologia*, v. 19, n. 37, p. 299-315, 2014.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder; HAMADA, Guilherme. Sistema Qualis: análise crítica da política de avaliação de periódicos científicos no Brasil. *Revista do Direito*, v. 1, n. 54, p. 144-185, jun. 2018.

GUERRA, Paulo. ¿Cómo evaluar las revistas científicas? Acerca de las limitaciones del Índice de Impacto por citas. *Revista de la Facultad de Derecho*, n. 44, e20184407, ene./jun. 2018.

HAMADA, Guilherme. *Avaliação CAPES: o modelo de regulação dos Programas de Mestrado e Doutorado no Brasil*. Curitiba: Íthala, 2019

PRANCKUTE, Raminta. Web of Science (WoS) and Scopus: The Titans of Bibliographic Information in Today’s Academic World. *Publications*, v. 9, n. 1,

e12, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.3390/publications9010012>>. Acesso em 12 jan. 2025.

RERJ – Rede de Editores de Revistas Jurídicas. Disponível em: <<https://www.rerj.com.br/>>. Acesso em: 5 fev. 2025.

RERJ – Rede de Editores de Revistas Jurídicas. *Selo de Revistas Jurídicas*. Disponível em: <<https://www.rerj.com.br/selo-de-revistas-juridicas/>>. Acesso em: 5 fev. 2025

RODACKI, André. Qualis: implicações para a avaliação de programas de pós-graduação das diferentes áreas do conhecimento – uma análise preliminar. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, v. 13, n. 30, p. 65 –76, jan./abr. 2016. p. 66-68.

SENE, Laís Z.; BIZELLI, José Luís. Sistema de avaliação de periódicos no Brasil: impactos da evolução dos critérios do qualis-periódicos da área de educação. *Revista Práxis Educacional*, v. 18, n. 49, 2022.

TRAVIESO-RODRIGUEZ, Crispulo; ARAÚJO, Ronaldo Ferreira de. Indicadores altmétricos y de citación en la producción científica en ScienceOpen: estudio descriptivo para Brasil, España y Portugal. *Bibliotecas. Anales de investigación*, v. 14, n. 2, p. 124-137, ene./jun. 2018. p. 126.

VARELLA, Marcelo Dias; ROESLER, Claudia Rosane. Dificuldades de avaliação de publicações na área de Direito. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, v. 9, n. 18, p. 663-701, dez. 2012.

VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: A função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* v. 3, n. 1, p. 9–17, 2017.

Authorship information

Daniel Wunder Hachem. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutorado pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Bolsa CAPES/Pós-Doutorado no Exterior). Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Editor-chefe da Revista de Investigações Constitucionais. Presidente da RERJ – Rede de Editores de Revistas Jurídicas (www.rerj.com.br). Advogado.

Vinicius Gomes de Vasconcellos. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, com período de sanduíche na Universidad Complutense de Madrid/ESP (bolsa PDSE/CAPES) e estágio de pós-doutoramento pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor efetivo da Universidade de São Paulo (USP). Professor permanente do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP/DF (mestrado/doutorado) e da Universidade Católica de Brasília – UCB/DF (mestrado). Editor-chefe da Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Secretário-Geral da RERJ – Rede de Editores de Revistas Jurídicas (www.rerj.com.br). Advogado. vinicius.vasconcellos@usp.br

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgment: As editors of RBDPP and RINC, we thank CNPq for the partial funding of the journals under the Editorial Program (No. 30/2023).

Conflict of interest declaration: The authors are editors-in-chief of the Brazilian Journal of Criminal Procedure and the Journal of Constitutional Research, both indexed in WoS, Scopus, Scielo and Redalyc. The authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 06/02/2025
- Editorial review: 10/02/2025
- Final version: 10/02/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (NJG)
- Associated-editor: 1 (CRG)

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

HACHEM, Daniel Wunder; VASCONCELLOS, Vinicius G. A avaliação de revistas jurídicas no Brasil: perspectivas futuras em um cenário “pós-Qualis”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 1, e1166, jan./abr. 2025. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i1.1166>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

**Persecução penal:
investigação, juízo
oral e etapa recursal**

*Criminal prosecution:
investigation, public
oral trial and appeal*

Public prosecutor's independence in Morocco: in a difficult search for a judicial authority

*Independência do Ministério Público no Marrocos:
na difícil busca de uma autoridade judicial*

Anouar Hatim¹

Université Sidi Mohamed Ben Abd Lah Fes – Fes, Marrocos

anouar.hatim@usmba.ac.ma

 <https://orcid.org/0000-0001-9025-2903>

ABSTRACT: Over the last decade, the Kingdom of Morocco has opted for the independence of the Public Prosecutor's Office from the executive, severing any link that might have existed between it and the Ministry of Justice. This choice was not straightforward to make. Today, while the change is a step in the right direction and may dispel the suspicions that some people like to harbour about the links between the public prosecutor and executive institution, the new status is nonetheless the subject of several controversies and concerns. In this article, the author highlights the experience of the independence of the Public Prosecutor's Office in Morocco and the efforts to intensify the independence of the judicial institution. By studying the challenges and opportunities raised by the new status of the Public Prosecutor's Office, the author tries to prove that the choice based on the limitation of independence to the absolute separation of the Public Prosecutor's Office from the Ministry of Justice remains a narrow approach to independence and pleads for a general renewal of the status and missions of the Public Prosecutor's Office.

KEYWORDS: independence; impartiality; public prosecutor; judicial authority; judicial police.

¹ PhD candidate, Faculty of Law, Economics and Social Sciences, University Sidi Mohamed Ben Abdellah Fes Morocco.

RESUMO: *Durante a última década, o Reino de Marrocos optou pela independência do Ministério Público em relação ao poder executivo, cortando qualquer ligação que pudesse existir entre este e o Ministério da Justiça. Esta opção não foi fácil de adotar. Hoje, embora a mudança seja um passo na direção certa e possa dissipar as suspeitas que algumas pessoas gostam de alimentar sobre as ligações entre a instituição do Ministério Público e o executivo, o novo estatuto é, no entanto, objeto de várias controvérsias e preocupações. No presente artigo, o autor procura destacar a experiência da independência do Ministério Público no Marrocos e os esforços para intensificar a independência da instituição. Ao estudar os desafios e as oportunidades suscitadas pelo novo estatuto do Ministério Público, o autor tenta provar que a escolha baseada na limitação da independência à separação absoluta do Ministério Público do Ministério da Justiça continua a ser uma abordagem estreita da independência e apela a uma renovação geral do estatuto e das missões do Ministério Público.*

PALAVRAS-CHAVE: *independência; imparcialidade; Ministério Público; autoridade judiciária; polícia judiciária.*

SUMMARY: Introduction; 1. Public prosecution: second facet of judicial authority; 2. Public prosecutors: between external independence and internal dependence; 2.1. An authority with absolute external independence; 2.2. An authority with rigid internal dependence; 1. Public prosecutors' independence in Morocco: shortcomings and proposals for change; 1.1. Public prosecutors, an impartial judicial authority?; 1.2. A public prosecutor independent of the executive, what about the parties?; 3.3. Police and public prosecutor relationship: what impact on judicial independence?; Conclusions; References.

INTRODUCTION

At United Nations congresses on the prevention of crime and the treatment of offenders, the status of the public prosecutor has always been the subject of discussions and recommendations, as an institution essential to the balance of any criminal trial. Given this institution's decisive interest and crucial role in the repression of crime, many democratic countries have undertaken structural and recurrent reforms of its functions and role.

In this context, in early 2013, the Kingdom of Morocco launched the first steps of a project promising to bring about a comprehensive reform of the justice system. This project has continued throughout 2018 and has given rise to demands and lively political and doctrinal debates. Historically, under the executive's control, the public prosecutor's status and independence from the Ministry of Justice have received particular attention because of the great importance of an independent and impartial judicial institution in a democratic society.

In light of the historical relationship with the French Judiciary² and the opposition to it,³ the decision to make the Public Prosecutor's Office independent was not easy to adopt. A body dependent on the executive for some and independent of the Judiciary for others, the actors in the debate - politicians, magistrates, and law professors - set out their legal arguments to defend their positions.

At present, the independence of the Public Prosecutor's Office is guaranteed by the state, enshrined in the Constitution and respected by all government institutions. In addition, the Moroccan state ensures all the structural and functional guarantees against political or other interference in the Public Prosecutor's Office. However, while this development is a step in the right direction and may dispel the suspicions that some people like to harbour about the links between the public prosecutor and the executive, the new status is nonetheless the subject of several controversies and concerns.

This article examines the challenges and opportunities raised by the new constitutional status of the Moroccan public prosecutor as an independent judicial authority and argues for a general renewal of its status and missions. To this end, the first part will be devoted to highlighting the status of the public prosecutor as an integral part of the Judiciary under the principle of the unity of the Judiciary. While the

² Since independence, French legislation has always exerted its influence on Moroccan legislators, both in legal and judicial terms.

³ Several organisations militating for reform of the judicial system have shown their strong opposition to any independence of the Public Prosecutor's Office from the executive. Politically, the Justice and Development Party (PJD) - one of the parties forming the government majority in 2017 - initially defended the standing judiciary's dependence on executive authority.

Public Prosecutor’s Office is an independent part of the Judiciary, the second part attempts to clarify that the independence of its members is different from that of judges. An authority with absolute external independence, the Public Prosecutor’s Office is subject to a particular hierarchical organisation, characterised by rigid internal dependence. Certainly, the approach of limiting independence to the separation of the prosecution service from the Ministry of Justice remains a very narrow approach to independence. For this reason, the third part will address the significant concerns raised by the constitutional and functional status of prosecutors. By forming part of the independent Judiciary and combining the powers of a prosecuting party with the exercise of judicial functions, the question of the impartiality of the Public Prosecutor’s Office and its independence from the parties to the proceedings needs to be explored in depth. Moreover, the nature of the relationship between the Judiciary and the judicial police is always a source of debate about its impact not only on the independence of the Public Prosecutor’s Office but also on the independence of the Judiciary as a whole.

1. PUBLIC PROSECUTION: SECOND FACET OF JUDICIAL AUTHORITY

Moroccan judicial institutions are based on the principle of unity.⁴ The Judiciary comprises judges and prosecutors, who form the second level of the body. According to the Moroccan Constitutional Council (MCC), “the Constitution grants the status of “magistrate” to judges and prosecutors, which means that they all belong to the Judiciary - a unified power - and are thus protected by the principle of independence associated with that power.”⁵

Public Prosecutor’s Office members enjoy judicial independence as part of the unified Judiciary. They benefit from the same guarantees as

⁴ Article 1 of Organic Law No. 106-13 on the Status of Magistrates (SM). Available at: <http://www.sgg.gov.ma/Portals/0/lois/Loiorganique_106-13_fr.pdf?ver=2017-02-16-152003-580>. Accessed on: July 27, 2024

⁵ MCC, decision No. 992-16, 15 March 2016, official bulletin No. 6452 of March 31, 2016. Available at: <<https://www.cour-constitutionnelle.ma/Decision?id=992&Page=Decision>>. (In Arabic) Accessed on: July 27, 2024

judges,⁶ which the Supreme Council of the Judiciary is keen to respect.⁷ In addition, they have taken the same oath and share the same judicial quality and legal nature, which has long been exclusive to the judges. In the view of the MCC, the new Constitution of 2011⁸ “differentiates between judges and prosecutors only in certain aspects inherent, like their work,”⁹ which consists of defending the general interests of society while respecting individual freedoms.

As previously established, public prosecutors and judges form the same judicial body.¹⁰ This desire for unity stems from the nature of prosecutors’ functions, which are based on defending the interests of society while respecting individual freedoms.¹¹ However, while both types of magistrate are subject to an independent and unified judiciary, the independence of public prosecutors differs from that established for the rest of the Judiciary.¹²

In fact, unlike judges, public prosecutors are subject to special status. The Constitution provides for establishing a hierarchical authority

⁶ Except for the guarantee of irremovability and internal independence from their hierarchical authority. See VARINARD, André; GUINCHARD, Serge; DEBARD, Thierry. *Institutions juridictionnelles*, Paris: Dalloz, 2019, p. 904.

⁷ The Constitution has granted “all magistrates, without distinction (judges and prosecutors) the same rights and they are subject to the same obligations and the same requirements....”. See Decision No. 992-16 of 15 March 2016 concerning the constitutionality of Article 25 of the Magistrates’ Statute (Official Bulletin No. 6452 of March 31, 2016).

⁸ The Constitution of the Kingdom of Morocco, promulgated by Dahir No. 1-11-91 of 27 Chaabane 1432, July 29, 2011. Available at: <http://www.sgg.gov.ma/Portals/0/constitution/constitution_2011_Fr.pdf>. Accessed on: July 22, 2024.

⁹ MCC, Decision No. 992-16, 15 March 2016, Official Bulletin No. 6452 of 31 March 2016.

¹⁰ According to Article 3 of Organic Law No. 106-13 on the SM “the body of magistrates of the Kingdom, subject to the present statute, is made up of a single body comprising judges and prosecutors...”

¹¹ EL HILA, Abd Aziz. *Précis des droits de l’homme : dimension internationale et dynamique marocaine*, Rabat: Al Oumnia, 2008, p. 45.

¹² HOURQUEBIE, Fabrice. *L’indépendance de la justice dans les pays francophones*, Les Cahiers de la Justice, Paris, v.2 n.2, p.41-61, 2012. <https://doi.org/10.3917/cdlj.1202.0041>.

to which public prosecutors are subordinate,¹³ and they must comply with its instructions.¹⁴ The second paragraph of Article 110 of the Constitution states that “the law binds public prosecutors and must comply with written instructions, under the law, issued by the hierarchical authority to which they report.” In addition, Article 116 of the Constitution¹⁵ also makes a distinction between the tasks of the High Council of the Judiciary (HCJ), which relate to the management of the professional careers of public prosecutors, including their appointment, the rules of disciplinary procedure, their promotion and their retirement; and the management of their judicial tasks, which is entrusted to a hierarchical authority outside the Council. In this respect, Article 110 of the same Organic Law states that the King’s Attorney General to the Court of Cassation, in his capacity as head of the Public Prosecution Service, shall submit a report to the HCJ on the implementation of criminal policy and the functioning of the Public Prosecution Service. However, Article 25 of Organic Law No. 106-13 on the SM states that “public prosecutors are placed under the

¹³ Article 66 of Organic Law No. 100-13 on the HCJ determined the hierarchical authority to which the magistrates of the Public Prosecutor’s Office are subject, and entrusted it to the King’s General Prosecutor at the Court of Cassation in his capacity as President of the Public Prosecutor’s Office, stipulating that “(...) in application of the provisions of the last paragraph of Article 116 of the Constitution, the Council shall take into consideration, with regard to public prosecutors, the assessment reports submitted by the King’s Attorney General at the Court of Cassation in his capacity as head of the Public Prosecution Service.” Available at: <http://www.sgg.gov.ma/Portals/0/lois/Loiorganique_100.13%20_fr.pdf?ver=2017-02-16-151709-520>. Accessed on: July 27, 2024

¹⁴ According to the MCC, “given that the principle of subordination of public prosecutors, provided for in the second paragraph of Article 110 of the Constitution, requiring them to comply with written instructions, in accordance with the law, issued by the hierarchical authority, is considered to be an internal dependence established according to the hierarchy of the public prosecutors and the degrees of their responsibilities, and cannot - without prejudice to the principle of the independence of the Judiciary from the legislative and executive powers - constitute a dependence on a body outside the judiciary.” See MCC, Decision No. 992-16, 15 March 2016, Official Bulletin No. 6452 of March 31, 2016.

¹⁵ Article 116 § 2 of the Constitution states that, “In matters concerning public prosecutors, the HCJ shall consider the assessment reports drawn up by the hierarchical authority to which they report.”

authority and control of the King's Prosecutor General at the Court of Cassation and their hierarchical superiors.”

In addition, to promote equality, consistency and efficiency in implementing criminal policy, Public Prosecutor's Office members are subject to a specific hierarchical organisation. In performing their duties, they form a pyramidal organisation, a hierarchical judicial body independent, indivisible, irresponsible and irrecusable. In other words, by remaining bound by the application of the law, Public Prosecutor's Office members are independent in their decisions. At the same time, they must follow the written instructions under the law issued by their hierarchical superiors.¹⁶ While judges are only required to apply the law, Public Prosecutor's Office members are obliged to comply with written instructions by the law from their hierarchical authority.

Moreover, the President of the Public Prosecutor's Office may issue instructions to members of the Public Prosecutor's Office, which must be in writing and comply with the law. These instructions, which may be general or relate to individual cases, are given in the form of notes or periodic circulars sent to all members of the Public Prosecutor's Office or members of the public prosecutor's office responsible for certain types of cases. These instructions may apply to specific cases.¹⁷

In summary, the Constitution has ensured, on the one hand, that the unity of the Public Prosecutor's Office is maintained and that its members belong to a pyramidal hierarchical authority. On the other hand, it has ensured the independence of magistrates, empowering them not to comply with unwritten or unlawful instructions from the President of the Public Prosecutor's Office.¹⁸

¹⁶ Article 110 § 2 of the Constitution stipulates that “the law binds public prosecutors and must comply with written instructions, under the law, issued by the hierarchical authority to which they report.” Similarly, Articles 25 and 43 of Organic Law No. 106-13 on the SM provide that, “public prosecutors are placed under the authority and control of the King's Public Prosecutor at the Court of Cassation and their hierarchical superiors.”

¹⁷ See Presidency of the Public Prosecutor's Office. Report by the Presidency of the Public Prosecutor's Office on the implementation of criminal policy and the operation of the Public Prosecutor's Office for 2018, p. 20. Available at: <<https://bitly.cx/JXNp>>. Accessed on: July 22, 2024. (in Arabic)

¹⁸ See Article 110 § 2 of the 2011 Constitution.

2. PUBLIC PROSECUTORS: BETWEEN EXTERNAL INDEPENDENCE AND INTERNAL DEPENDENCE

2.1. AN AUTHORITY WITH ABSOLUTE EXTERNAL INDEPENDENCE

In the years leading up to 2018, the Public Prosecutor's Office remained under the supervision of the Minister of Justice, who exercised real powers concerning the direction of the prosecutors' judicial functions and the management of their professional status. In fact, at that time, as Vice-Chairman of the former HCJ, the Ministry of Justice had the power to propose, appoint or transfer public prosecutors and could arrest a magistrate and refer him to the disciplinary board or appoint a rapporteur in disciplinary proceedings and impose sanctions at first instance.

This situation has provoked strong criticism at both national and international level because it violates the principle of the independence of the Judiciary stipulated by the Constitution and as a universal principle enshrined in the human rights covenants and conventions ratified by the Moroccan State.¹⁹

With the advent of the 2011 Constitution, Morocco enshrined the independence of the Judiciary, which became a constitutional authority independent of the legislative and executive powers. The HCJ²⁰ is

¹⁹ See Presidency of the Public Prosecutor's Office. Report by the Presidency of the Public Prosecutor's Office on the implementation of criminal policy and the operation of the Public Prosecutor's Office for 2017, p. 16-17. Available at: <<https://bitly.cx/JXNp>>. Accessed on: July 22, 2024. (in Arabic)

²⁰ Under Article 115 of the Constitution, the HCJ is composed of: "the First President of the Court of Cassation as President-Delegate; - the King's General Prosecutor at the Court of Cassation; - the President of the First Chamber of the Court of Cassation; - 4 representatives elected from among their number by the magistrates of the Courts of Appeal; - 6 representatives elected from among their number by the magistrates of the courts of first instance, women magistrates must be represented among the ten elected members, in proportion to their presence in the magistrature; - the Ombudsman; - the President of the National Council for Human Rights; - 5 personalities appointed by the King, recognised for their competence, impartiality and probity, as well as for their distinguished contribution to the independence of justice and the rule of law, one of whom is proposed by the Secretary General of the Supreme Council of Ulemas."

responsible for protecting the independence of judges and prosecutors.²¹

In this respect, the 2011 Constitution incorporated the Public Prosecutor's Office into the independent judiciary.²² However, it also provides for an independent authority, the HCJ, to which the magistrates of the Public Prosecutor's Office are subject. Article 110 states that, "magistrates of the Public Prosecutor's Office must apply the law. They must also comply with the written legal instructions issued by the authority to which they report."²³ Consequently, it is clear that the Public Prosecutor's Office is submitted to an authority other than the HCJ and that the latter is obliged to take into account the assessment reports prepared by this authority concerning the magistrates of the Public Prosecutor's Office when managing their professional status. In assessing the constitutionality of Article 25 of Organic Law 106-13 on the SM, the MCC considered that, "the Constitution has granted the status of "magistrate" to both judges and magistrates of the Public Prosecutor's Office, which places them all

²¹ Article 103 of Organic Law No. 100-13 on the HCJ stipulates that "the Council shall ensure respect for and commitment to judicial values, and promote a culture of integrity and moral standards, so as to strengthen the independence of the judiciary. To this end, it takes all measures it deems appropriate." In addition, it ensures that the guarantees granted to magistrates are respected, in particular as regards the management of their professional situation, the protection of their independence, the drafting of reports on the state of justice and the judicial system at the initiative of the Council, the presentation of appropriate recommendations in this area, and the issuing of detailed opinions on any issue relating to justice, taking into account the principle of the separation of powers (section 4 of the second chapter of Organic Law No. 100-13 (Articles 65 to 113) and Article 113 of the Constitution).

²² As illustrated by several chapters in which reference was made to the Public Prosecutor's Office, especially Title Seven of the Constitution, devoted to the judicial authority, in particular Article 110, which incorporated the King's General Prosecutor into the composition of the HCJ, to which he is entrusted with the tasks of managing the professional status of other judges, or by referring to some of the specific features relating to magistrates of the Public Prosecutor's Office (Articles 110, 116 and 128 of the Constitution).

²³ Article 116 also stipulates that "in matters concerning magistrates of the Public Prosecutor's Office, the HCJ shall take into account the assessment reports submitted by the authority to which they are subject."

within the judiciary, which is a unified authority, and they are therefore subject to the independence inherent in that authority.”²⁴

Furthermore, although the Constitution does not explicitly name the authority to which the public prosecutors belong, Organic Law No. 100.13 on the HCJ does and entrusts it to the King’s Procurator General at the Court of Cassation as Head of the Public Prosecution Service.²⁵ Thus, Article 110 provides that the HCJ shall receive reports from the Public Prosecutor at the Court of Cassation as Head of the Public Prosecution Service. Article 25 of Organic Law No. 106.13 on the SM stipulates that “magistrates in the Public Prosecutor’s Office are placed under the authority and control of the public prosecutor at the Court of Cassation and their hierarchical superiors.”²⁶

²⁴ MCC, Decision No. 992-16, March 15, 2016, Official Bulletin No. 6452 of March 31, 2016.

The MCC confirmed this opinion, saying, “independence from the legislative and executive powers being an essential condition for belonging to the judiciary, which excludes the possibility for a person not belonging to the judiciary to exercise judicial functions, or rather, to preside over the public prosecutor’s office.

Whereas the principle of subordination of magistrates of the Public Prosecutor’s Office contained in the second paragraph of Article 110 of the Constitution, which requires them to comply with written legal instructions issued by the authority on which they depend, is an internal subordination which operates according to the hierarchy of magistrates of the Public Prosecutor’s Office and their levels of responsibility, and there cannot be - without prejudice to the principle of independence of the judiciary from the legislative and executive authorities - a subordination to a party outside the judicial authority.” See MCC, Decision No. 992-16, March 15, 2016, Official Bulletin No. 6452 of March 31, 2016.

²⁵ Presidency of the Public Prosecutor’s Office. Report by the Presidency of the Public Prosecutor’s Office on the implementation of criminal policy and the operation of the Public Prosecutor’s Office for 2018, p. 15. Available at: <<https://bitly.cx/JXNp>>. Accessed on: July 22, 2024. (in Arabic)

²⁶ Article 66 states, “In addition, and the application of the provisions of the last paragraph of Article 116 of the Constitution, the Council takes into account, concerning public prosecutors, the assessment reports submitted by the General Prosecutor at the Court of Cassation in his capacity as Head of the Public Prosecutor’s Office.” Similarly, the last paragraph of Article 116 of the Constitution stipulates that, “In matters concerning magistrates of the Public Prosecutor’s Office, the Supreme Council of the Judiciary shall take

As a result of these requirements, Act No. 33-17,²⁷ promulgated on 30 August 2017, on the transfer of powers from the government authority in charge of justice to the King's Prosecutor General at the Court of Cassation in his capacity as Head of the Public Prosecutor's Office was promulgated enacting rules for organising the presidency of the Public Prosecutor's Office, which granted the President of the Public Prosecutor's Office the powers stipulated under the Constitution and the two aforementioned regulatory acts.²⁸

Moreover, the independence of public prosecutors is different from that of other judges. The MCC referred to this situation when it stated that the Constitution "made no distinction between judges and magistrates of the public prosecutor's office other than in respect of certain aspects relating to the nature of their function..."²⁹ However, the Constitution has added an essential characteristic to public prosecutors compatible with their membership in the presidential hierarchy by making them subject to written legal instructions from their presidents, unlike judges, who are subject only to the law.³⁰

It is clear that the legislator has established the total independence of the Public Prosecutor's Office from the legislative and executive authorities. The Constitution, which elevates the Judiciary, of which the Public Prosecutor's Office is an integral part, to the rank of constitutional authority, confers on this authority the function of managing its affairs and powers in complete independence from Parliament and the Government,

into consideration the assessment reports drawn up by the hierarchical authority to which they report."

²⁷ Published in Official Bulletin No. 6632 of December 21, 2017. Available at: <http://www.sgg.gov.ma/BO/bo_fr/2017/BO_6632_Fr.pdf>. Accessed on: July 22, 2024.

²⁸ While the Constitution provides for establishing a hierarchical authority over public prosecutors without specifying it by name, this same authority has been designated under Organic Law No. 100-13 on the HCJ and No. 106-13 on the SM.

²⁹ MCC, Decision No. 992-16, March 15, 2016, Official Bulletin No. 6452 of March 31, 2016.

³⁰ While Article 110 of the Constitution obliges public prosecutors to apply the law, "they must also adhere to the legal written instructions issued by the authority on which they depend."

which cannot interfere in the affairs of the Judiciary, which is not only considered distinct from the two aforementioned authorities but is also independent of them.³¹ On the other hand, if the separation of powers does not prevent overlapping relationships authorised by different constitutions, allowing one authority to dissolve the other or withdraw confidence from it, then independence prevents the existence of such relationships. The constitution, therefore, endeavours to preserve the independence of the judiciary so that it is not influenced by other authorities that primarily implement political agendas.³²

Nevertheless, according to the MCC “the constitutional principle of the correlation between responsibility and accountability cannot be applied to the judicial authority, which is independent of other authorities, in the same way, and with the same tools as in other areas, given the nature of the judicial authority, its independence, its operating mechanisms and the methods established to correct its errors.”³³ In this respect, the independence of the Public Prosecutor’s Office does not mean that it is exempt from control and responsibility; on the contrary, it is subject to the control of the Judiciary regarding the decisions it takes, as well as to the control of the HCJ, to which periodic reports are submitted regarding the implementation of criminal policy and the conduct of the Public Prosecutor’s Office. Similarly, the President of the Public Prosecutor’s Office remains accountable for how he has implemented

³¹ Under MCC Decision No. 991-16, the Constitution does not require the General Prosecutor to present his report before the two committees responsible for legislation in the two chambers of Parliament. In other words, the presentation of the report by the General Prosecutor, or his presence to discuss it before the two parliamentary committees, violates the Constitution, as it undermines independence. The MCC has also emphasised the importance of Parliament’s discussion of the General Prosecutor’s report as a report concerning judicial affairs, with the possibility of taking into account the recommendations contained therein, taking into account the principle of separation of powers and the respect due to the independence of the judiciary.

³² Presidency of the Public Prosecutor’s Office. Report by the Presidency of the Public Prosecutor’s Office on the implementation of criminal policy and the operation of the Public Prosecutor’s Office for 2018, p. 20. Available at: <<https://bitly.cx/JXNp>>. Accessed on: July 22, 2024. (in Arabic)

³³ MCC, Decision No. 991-16, March 15, 2016.

criminal policy, primarily to the authority that appointed him, represented by the President of the HCJ.

In parallel, the Minister of Justice remains responsible for overseeing the management and administrative direction of the courts. In this context, Article 72 of the Organic Law of the Supreme Council of the Judiciary stipulates that the Supreme Council of the Judiciary shall take into account - when appointing judicial officials - the reports drawn up by the Minister of Justice on the level of performance of judicial officials in supervising the management and administrative direction of the courts. In addition, Article 54 of the same Organic Law created a joint body between the Supreme Council of the Judiciary and the Ministry of Justice to ensure coordination in judicial administration.³⁴ In addition, under Article 55 of the same law, the Ministry of Justice is also responsible for taking the necessary measures to implement the decisions of the HCJ relating to the administrative and financial situation of magistrates in cooperation with the relevant departments of the Council.

2.1. AN AUTHORITY WITH RIGID INTERNAL DEPENDENCE

The hierarchical subordination of the Public Prosecutor's Office members is one of its fundamental and historical characteristics of purely Napoleonic origin. Given the problems posed by the Judiciary's independence in France, linked to political traditions that showed no acceptance of Judicial authority, with Napoleon's legalisation, the Public Prosecutor's Office³⁵ took on the role of judge, employee and administrator.³⁶

³⁴ The Ministry of Justice may also attend "board meetings to provide data and information relating to judicial administration or any subject connected with the operation of the judicial establishment, in a manner that does not undermine the independence of the Judiciary, at the request of the board or the minister."

³⁵ The idea of a substitute or public prosecutor makes no sense in Islamic and customary law, but it is a purely French heritage.

³⁶ Moroccan judicial organisation is still based on the Napoleonic concept of a hierarchically organised judiciary.

In fact, to impose the control of political power over the courts, it used two mechanisms: firstly, a public prosecutor was set up within each court, a public prosecutor before each court of first instance and a general public prosecutor before each court of second instance. They and their representatives are organised hierarchically and are subject to a central executive power. On the other hand, they are submitted to the Judiciary by the principle of the unity while retaining certain guarantees for sitting magistrates, such as security of tenure.

However, the hierarchy that characterises the relationship within the Public Prosecutor's Office can negatively influence the assessment of promotions and the direction of magistrates' career paths.³⁷ The Moroccan constitutional legislator explicitly approved this observation when it obliged the HCJ to take into account the assessment reports submitted by the authority to which the magistrates of the Public Prosecutor's Office are subject, in all matters relating to their career path, in particular the promotions they may receive.³⁸

Clearly, the Moroccan legislator's choice to establish a hierarchical system based on which public prosecutors are organised, and to link their submission to orders and instructions issued by their hierarchical superiors to the need to give them according to the law and in writing, has strengths and weaknesses. Indeed, while the last two conditions may appear at first sight to be a guarantee against any hegemony emanating from the hierarchical superior and a protection of the accused against arbitrariness, this guarantee loses all sense of its existence and collapses in the face of a criminal procedure many of whose requirements, even the most serious, are too general and broad. However, the legislature has given the public prosecutor a wide discretionary power that is difficult to control, surrounded by vague and ambiguous concepts.

In approving the hierarchical system and the legal and written instructions addressed to the magistrate of the Public Prosecutor's Office

³⁷ HATIM, Anouar. Remote Hearing in Morocco: Limits of Technology and Their Impact on the Fairness of Trials, *African Journal of Legal Studies*, v.16, n.2, p. 106-136, 2024. <https://doi.org/10.1163/17087384-12340104>

³⁸ Article 116 of Morocco's 2011 Constitution. Available at: <http://www.sgg.gov.ma/Portals/0/constitution/constitution_2011_Fr.pdf>. Accessed on: July 22, 2024.

by his superior, the Moroccan legislator should have distinguished between general instructions and orders concerning the guidelines of criminal policy and those that take the form of written instructions relating to individual matters likely to affect the private interests of individuals.

while the first type of instruction remains acceptable and even desirable because it ensures the unified application of criminal policy and the embodiment of an indispensable unity in its application throughout the national territory, its generality prevents it from undermining the independence of the Public Prosecutor's Office members.³⁹ Furthermore, it does not prevent magistrates from exercising their discretionary powers and thus establishes equality in applying criminal policy.

On the other hand, the second type of instructions, which are of a private and individual nature, or the possibility of substituting themselves for the public prosecutor, involve an explicit threat to his independence and constitute a source of arbitrariness for the rights of individuals, and a direct violation of the principle of equality of those subject to trial, as it abolishes the discretionary power of the magistrate of the Public Prosecutor's Office, as long as he is the most and best informed about the merits of the case.

In addition, given the impossibility of opposing the instructions of their superiors, with all that this may entail, whether, in terms of their professional career or the progress of the case as a whole, the magistrates of the Public Prosecutor's Office are obliged to carry out at least the written orders, on pain of exposing themselves to disciplinary liability in the event of any breach, which makes them magistrates of instructions.

However, when regulating judicial instructions to prosecutors, the Moroccan legislator insisted on issuing them in written form, ruling out any possibility of responding to oral instructions. Conversely, it has not determined the fate of these written instructions, nor has it required their written text to be attached to the case file so that their legal legitimacy and the extent of their impact on the rights of the parties and the conduct of the trial can be monitored at a later date.

³⁹ Two ways the Public Prosecutor's Office can ensure the effectiveness of criminal policy are the management of the judicial police and the principle of hierarchical subordination.

In the same context, the removability to which prosecutors are subject is a sign of strong dependence. Although the Moroccan Constitution has adopted the principle of the unity of the judiciary⁴⁰ and made the Public Prosecutor's Office an integral part of the judicial authority, it has not granted prosecutors the same guarantees as those provided for judges, in particular, the guarantee against irremovability, which limits the effectiveness of the guarantee of independence granted to them and reinforces their submission to the pyramid hierarchy. Thus, prosecutors can be transferred automatically without their approval and disciplinary procedure.

It is clear that the relationship based on hierarchy and mandatory instructions remains very special. It weakens the Public Prosecutor's Office more than it strengthens it, especially as it leaves discretion and special authority to the heads of the Public Prosecutor's Office. Similarly, this relationship remains very sensitive regarding its impact on appearances and even on the requirement for independence. In addition, the hierarchy also contributes to intensifying the fear and anxiety surrounding the public prosecutor. It fuels legitimate doubts, particularly in the event of the application of its judicial powers.

Furthermore, the distinction between the prosecutor's submissions during the hearing, in which he enjoys a certain freedom of speech, and the binding orders he receives in writing, or the adage 'the pen is served, but speech is free,' allows him only limited independence and is often symbolic, even illusory. Similarly, this freedom is threatened by the principle of the indivisibility of the Public Prosecutor's Office members, as long as a subordinate who is not convinced by the written submissions can always be replaced by another during the hearing.

In summary, any criminal policy must be limited to general guidelines, excluding instructions relating to individual cases. The relationship between all the Public Prosecutor's pyramidal hierarchy components must be clear, transparent and balanced. In other words, all instructions of a general nature must be in written form and justified before being attached to the file to establish a reconciliation between hierarchical

⁴⁰ Article 3 of Organic Law No. 106-13 on the SM.

subordination and independence. Similarly, a subordinate claiming the illegality of his instructions must be guaranteed a right of appeal.

3. PUBLIC PROSECUTORS' INDEPENDENCE IN MOROCCO: SHORTCOMINGS AND PROPOSALS FOR CHANGE

3.1. PUBLIC PROSECUTORS, AN IMPARTIAL JUDICIAL AUTHORITY?

Impartiality is the cornerstone of the right to a fair trial.⁴¹ It lies at the heart of judicial functions,⁴² establishes the legitimacy and credibility of the judge as an impartial,⁴³ disinterested third party and, consequently, increases the parties' confidence in the decisions handed down.⁴⁴ Impartiality, which is enshrined in several international instruments for the protection of human rights⁴⁵ and reflected in national constitutions⁴⁶ and laws,⁴⁷ is a quality that merges with the idea of

⁴¹ HOOLEY, Tristram. Impartiality: A critical review, *Journal of the National Institute for Career Education and Counselling*, v.50, n.1, p. 41-53, 2023. <https://doi.org/10.20856/jnicec.5005>

⁴² RENAULT-BRAHINSKY, Corinne. *Procédure pénale*, Paris: Gualino, 2019, p. 34.

⁴³ BERTRAND, Mathieu. tiers impartial, l'engagement politique est-il compatible avec la fonction de magistrat?, *J.C.P édition. général*, Paris, No. 39, p. 1005, 2005; FATHI SOROUR, Ahmed. *Traité de procédure pénale*, Caire: Dar Nahda Arabia, 2016, p. 200. (In Arabic)

⁴⁴ MCINTYRE, Joe. Principles of Judicial Impartiality: Threats to the Independence and Impartiality of Judges, In: *The Judicial Function*, Springer, Singapore, 2019, p. 159-180. https://doi.org/10.1007/978-981-32-9115-7_10

⁴⁵ Article 11 of the Universal Declaration of Human Rights; Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights; Article 7 of the African Charter on Human and Peoples' Rights; Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

⁴⁶ Under paragraphs 3 and 4 of Article 109 of the Moroccan Constitution, "any breach by a judge of his duties of independence and impartiality constitutes serious professional misconduct, without prejudice to any legal proceedings that may be brought. The law punishes any person who attempts to influence the judge in an unlawful manner." Similarly, according to the first paragraph of Article 110, "judicial decisions shall be rendered solely based on the impartial application of the law."

⁴⁷ Article 40 of Organic Law No. 106-13 on the SM.

justice,⁴⁸ maintaining a close link with the principle of equality of arms.⁴⁹ In this respect, impartiality can be defined as being impartial and fair, showing no prejudice or bias, and carrying out one's duties by "excluding all considerations extraneous to the case."⁵⁰ It is a human quality, "a state of mind in which the subject is in perfect balance between the parties."⁵¹

Classically, impartiality is assessed both subjectively and objectively.⁵² Subjective or personal impartiality refers to personal conviction⁵³ and requires that "the judge approach each case brought before him without prejudice."⁵⁴ In this case, the magistrate remains presumed impartial as long as the defendant has not provided proof of serious elements, prejudice or bias on his part. Hence, the magistrate's presumption of personal impartiality may be denounced.⁵⁵ Furthermore, objective or functional impartiality involves assessing whether the member

⁴⁸ FATHI SOROUR, Ahmed. op. cit., p. 200.

⁴⁹ DINTILHAC, Jean- Pierre. *l'égalité des armes dans les enceintes judiciaires*, In : *Rapport de la Cour de cassation 2003*, Paris: 2003, p. 143; DALLAT, Patrick. *Droit Européen et droit de l'union Européenne*, Paris: Sirey, 2010, p. 466; TERCIER, Pierre. *l'éthique des arbitres*, In : KEUTGEN, Guy (dir.). *l'éthique dans l'arbitrage*, Bruxelles: Bruylant, 2012, p. 29.

⁵⁰ LACABARATS, Alain. *Indépendance et impartialité, responsabilité du magistrat*, In: DESCAMPS, Olivier. *Le statut du magistrat*, Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 117-122; COLLET, Philippe. *La conception de l'impartialité du juge par la chambre criminelle de la Cour de cassation*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, v.3, n.3, p.485-504, 2016. <https://doi.org/10.3917/rsc.1603.0485>.

⁵¹ CANIVET, Guy; JOLY-HURARD, Julie. *la déontologie du magistrat*, Paris: Dalloz, 2009, p. 100; TRECHSEL, Stefan. *Human rights in Criminal Proceedings*, NewYork: Oxford University Press, 2005, p. 61.

⁵² MADONDO, Isaac. *Accessibility, Independence and Impartiality of the Traditional Court System*, *Journal of Law, Society & Development*, v.10, p. 1-34, 2023. <https://doi.org/10.25159/2520-9515/12134>

⁵³ FRANCHIMONT, Michel; JACOBS, Ann; MASSET, Adrien. *Manuel de Procédure pénale*, Bruxelles: Larcier, 2012, p. 1279.

⁵⁴ PAPAYANNIS M. Diego. *Independence, impartiality and neutrality in legal adjudication*, *Revus*, v.28, p. 33-52, 2016. <https://doi.org/10.4000/revus.3546>

⁵⁵ KUTY, Franklin. *l'impartialité du juge en procédure pénale, de la confiance décrétee à la confiance justifiée*, Bruxelles: Larcier, 2005, p. 47- 48.

of the judiciary offers sufficient guarantees to exclude any objective factors that might give rise to legitimate doubts of partiality.⁵⁶ Thus, the assessment of objective impartiality is essentially based on hierarchical relationships, the internal organisation of the courts, how judicial functions were performed during the proceedings or other relationships between members of the Judiciary and other parties involved in the proceedings. Functional partiality can only be ruled out by establishing a right of recusal.⁵⁷

Moreover, the Moroccan legislature inherited the provisions laid down by the French legislature concerning the irrecusability of the Public Prosecutor's Office⁵⁸ when the new Code of Criminal Procedure was adopted. Thus, Article 274 of the new code expressly states that public prosecutors are irrecusable. Impartiality is a quality inherent in the very status of a judge.⁵⁹ The public prosecutor is excluded from this requirement; he is always represented as an accusing party in the trial who does not decide based on a charge. It is not a judge, even if the law confers several judicial powers.⁶⁰ His role is limited to requesting summonses, and the court that decides cases by issuing judgements.⁶¹ For the Criminal Chamber of the French Court of Cassation, "because the

⁵⁶ SUDRE, Frédéric. *Convention européenne des droits de l'homme : droits garantis, droit à un procès équitable*, Paris: Presses Universitaires de France, 2018.

⁵⁷ YVES, Mayaud. *l'affaire AZF entre impartialité et légalité*, *AJ pénal*, Paris, p. 191, 2015.

⁵⁸ Article 668 of the French Code of Criminal Procedure. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071154/>. Accessed on: July 22, 2024.

⁵⁹ The same provision is set out in Article 669 of the French Code of Criminal Procedure and the second paragraph of Article 248 of the Egyptian Code of Criminal Procedure. Available at: <https://menarights.org/sites/default/files/201611/EGY_code%20of%20criminal%20procedure_1950_AR.pdf>. Accessed on: July 22, 2024. (In Arabic)

⁶⁰ This justification is established by the Egyptian Court of Cassation in order to dismiss the application to challenge the magistrate of the Public Prosecutor's Office. See Cassation du 2 février 2005, pourvoi No. 60195, année judiciaire No. 73. Available at: <<https://www.cc.gov.eg/>>. Accessed on: July 22, 2024. (In Arabic)

⁶¹ KHAMLICH, Ahmed. *Treatise on Criminal Procedure*, Rabat: Al Maarif Print- ing House, 2002, p. 48-49. (In Arabic)

Public Prosecutor’s Office does not decide on the merits of the charge in criminal cases, a magistrate of the Public Prosecutor’s Office cannot be criticised for his impartiality during the conduct of the prosecution.”⁶² The same chamber, in ruling out the guarantee of impartiality, considered that “the public prosecutor, whose role is to support the prosecution, takes no part in the trial of the accused; it follows that this magistrate does not fall within the scope of Article 6⁶³ of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,”⁶⁴ which “applies only to judges and not to the representative of the prosecution or the representative of the defence,”⁶⁵ even though the representative of the prosecution is bound by a duty of loyalty that consists in not distorting the reality of the case before the criminal court.⁶⁶

Nevertheless, the Moroccan criminal legislator has allowed judges to recuse themselves without offering the same possibility to those of the public prosecutor.⁶⁷ In Article 275 of the Code of Criminal Procedure, the same legislator obliges any judge - the Article uses the term ‘judicial quality’ without specifying the judicial body concerned - between himself

⁶² See *Crim. 9 mars 2016*, No. 14-86.795. Available at: <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000032194111>>. Accessed on: July 22, 2024.

⁶³ Under this Article, “everyone is entitled to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.”

⁶⁴ See *Crim. 21 mai 2003*, No. 02-87.150, *Bull. Crim. No. 103*. Available at: <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007069071>>. Accessed on: July 22, 2024.

⁶⁵ See *Crim. 6 mai 1996*, No. 95-81.766, *Bull. crim. no.187*. Available at: <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007066167>>. Accessed on: July 22, 2024.

See also MARIN, Jean-Claude. *Réflexions sur le statut du magistrat du parquet*, In: DESCAMPS, Olivier. *Le statut du magistrat*, Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 187-193.

⁶⁶ The same French chamber rejected any suspicion of bias on the part of the court when an attorney general is the godfather of the defendant against whom he is prosecuting. See *Crim, 6 janvier 1998*, No. *pourvoi: 97-81.466*. Available at: <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007069906/>>. Accessed on: July 22, 2024.

⁶⁷ Article 273 of the Moroccan Code of Criminal Procedure (MCCP). Available at: <<https://shorturl.at/SRdik>>. Accessed on: July 12, 2024. (In Arabic)

and the accused a ground for recusal to declare it to the first president of the Court of Cassation or the Court of Appeal, as appropriate.

On the other hand, legal logic requires the public prosecutor to be recused for sharing the same judicial status as the judges responsible for handing down sentences.⁶⁸ In theory, Moroccan Public Prosecutor's Office members should enjoy the same guarantees as judges. Thus, they are constitutionally part of the Judiciary. Their statutory independence from the executive is a guarantee of their impartiality, which justifies requests to subject them to the recusal procedure.

Furthermore, Public Prosecutors are subject to the principle of impartiality⁶⁹ in executing their duties.⁷⁰ Under Article 40 of Organic Law No. 106-13 on the SM, all magistrates, whether prosecutors or judges, must take an oath when they are first appointed to the Judiciary and before taking up their duties, in the following terms "I swear before Almighty God to perform my duties impartially (...) and to commit myself to the impartial application of the law."⁷¹ The Moroccan legislator has deemed any breach of the undertakings contained in the oath to be a breach of professional duty.⁷²

Furthermore, in his practical treatise on the functions of the King's Prosecutor, De Molène referred to the versatility of the powers of the public prosecutor "the powers of the public prosecutor, properly understood, are the finest in existence."⁷³ In this respect, the Moroccan public prosecutor is not simply a prosecuting authority. It has two distinct roles: a party to criminal proceedings and a magistrate empowered by

⁶⁸ The 1996 Moroccan Constitution does not designate the Public Prosecutor's Office as a judicial authority, unlike the 2011 Constitution, which explicitly granted members of the Public Prosecutor's Office the status of the judiciary.

⁶⁹ The principle of the impartiality of public prosecutors in Morocco has always been seen as an ethical obligation.

⁷⁰ Paragraph 13/a of the guiding principles applicable to the role of public prosecutors; Article 24 of Recommendation Rec (2000)19 on the role of public prosecutors in the criminal justice system.

⁷¹ Referring back to Article 18 of the former Moroccan Magistrates' Statute, impartiality is not contained in the oath taken by magistrates.

⁷² Article 40 of Organic law No. 106-13 on the SM.

⁷³ DE MOLENES, Alexandre. *Traité pratique des fonctions de procureur du roi*, Tome 1, Paris: Hachette Bnf, 2021.

law to exercise judicial functions. In this regard, the public prosecutor is a prosecuting party. It initiates public proceedings on a vague principle of discretionary prosecution, with no definition of the general guidelines serving as a reference for decisions in individual cases, which increases the chances of partiality on the part of the public prosecutor, who may resort to motivations guided by private interest, given the hierarchical instructions to which he is bound. In other words, the risk of partiality on the part of the public prosecutor may be intensified if he uses his power to prosecute or not to prosecute, which is dominated by the principle of opportunity.⁷⁴ Thus, the prosecutor's family and personal considerations may influence his decision to initiate a prosecution, which may affect his personal impartiality.

In addition to the powers of the prosecution, the public prosecutor performs judicial functions.⁷⁵ While impartiality is a requirement that is consubstantial with the judicial function, the purpose is to decide between adversaries fairly and equitably.⁷⁶ For this reason, the magistrates of the Public Prosecutor's Office only have legitimacy in the exercise of judicial functions, especially about the qualification of prosecutions and infringements of liberty, when appearances do not show a prejudice, just as the accumulation of functions does not appear to be a commitment on the part of this magistrate in favour of one of the parties to the criminal proceedings.

In contrast, functional impartiality presupposes that the Public Prosecutor's Office does not perform both prosecution functions and functions relating to detention and release.⁷⁷ Consequently, if the public

⁷⁴ SUNNQVIST, Martin. Impartiality and Independence of Judges: The Development in European Case Law, *Nordic Journal of European Law*, v.5, n.1, p. 67-95, 2022. <https://doi.org/10.36969/njel.v5i1.24499>

⁷⁵ The functions of the Public Prosecutor's Office are not limited to the criminal field; it also plays an important role in civil cases, which involve disputes between two private individuals. While their presence in civil hearings is optional, they must be represented in cases where they are the main party or in cases determined by law and during all Supreme Court hearings.

⁷⁶ CORNU, Gérard. *vocabulaire juridique*, Paris: P.U.F., 2024, p. 1122.

⁷⁷ The European Court of Human Rights has ruled on several occasions that the combination of the decision on liberty and the prosecution is sufficient to establish the partiality of the public prosecutor. See Cour eur. dr. h., arrêt

prosecutor combines prosecution and judicial functions, whether in the same case or several cases, this can only be a legitimate reason to fear for the impartiality of the public prosecutor.⁷⁸ In other words, while appearances are undeniably important in criminal trials, there can be no denying any doubt of bias on the part of the standing magistrate when he makes a decision on a person's liberty before later becoming a prosecuting party in the same case.

Certainly, the magistrate of the Public Prosecutor's Office cannot be recused if he were only a principal and necessary party to the criminal trial, an adversary of the accused who exercises the public prosecution, conducts the investigations and uses the remedies. In this case, irrecusability may be justified, as the adversary cannot recuse his adversary. Whereas the latter holds judicial functions that belong to a judge bound by guarantees of independence and impartiality, which makes any partiality or prejudice potentially detrimental to the interests of the accused.⁷⁹

In addition, despite the significant weight of the competence to qualify the facts conferred on the public prosecutor and its impact on the trial's outcome, the law did not authorise the accused to recuse the magistrate who took this decision, even if there were grounds for doing so. Also, the chances of the existence of reasons contrary to the presumed impartiality increase in the case of the public prosecutor, given the broad judicial powers granted to him, which are based on discretion, which intensifies the risk of miscarriages of justice.

In summary, the enshrinement of the public prosecutor's right of recusal and the obligation to give reasons will lead to greater transparency in initiating prosecutions and, consequently, greater impartiality.

Moroccan legal writers supported the idea that all magistrates should be recused during the drafting and discussion of Moroccan criminal

De Jong, Baljet et Van Den Brink c. Pays-Bas, 22 mai 1984, 8805/79 et autres, § 49; Cour eur. dr. h., arrêt Medvedyev et autres c. France, 29 mars 2010, 3394/03, § 124.

⁷⁸ MACAYA, Ariana. Le parquet dans la jurisprudence constitutionnelle et conventionnelle, In : BERTRAND, Mathieu; VERPEAUX, Michel. (dir.). *le statut constitutionnel du parquet*, Paris: Dalloz, 2012, p. 96.

⁷⁹ KHAMLICH, Ahmed. op. cit., p. 49; FATHI SOROUR, Ahmed. op. cit., p. 277.

procedure legislation.⁸⁰ Nevertheless, the legislator has departed from this approach by limiting the scope of the recusal procedure to trial and investigating judges without including public prosecutors.

However, the recusal procedure introduced by the Code of Criminal Procedure is not a judicial.⁸¹ On the contrary, it is an administrative procedure with special rules. The magistrate recused is not a party to the proceedings but a passive subject. The procedure is neither public nor adversarial. In addition, the decision is not subject to the obligation to state the reasons it is based, and there is no right of appeal. Similarly, no legal provision requiring the first president to rule on a recusal request. Therefore, the first president's failure to respond to a request appears to be an interesting alternative. The legislator has not set any deadline for responding to a request for recusal.⁸²

This obscurity that characterises the recusal procedure impact the civil penalty decision handed down if the plaintiff's application is rejected, as the plaintiff will have no right to defend himself or lodge an appeal. The prerogative of recusal entrusted to the parties to the trial whose unfavourable outcome would always result in a pecuniary penalty.⁸³ All unfounded claims result in a fine, which remains open to criticism regarding the rights of the defence. This situation can leave the claimant in a state of uncertainty and lack of confidence in the judicial institution.

Nevertheless, a recusal procedure to guarantee impartiality must be judicial and subject to the procedural requirement of the right to a fair trial. It must comply with the adversarial principle through the communication of the submissions and documents of the recused magistrate to the applicant, in addition to the opening of a judicial debate. Moreover, the order ruling on the recusal must state the reasons on which it is based, be handed down within a specific time limit and be subject

⁸⁰ ALAMI, ABD-OUAHED. *Treatise on the new code of criminal procedure*, Casablanca: Dar Assalam, 2011, p. 94. (In Arabic)

⁸¹ MERLE, Roger; VITU, André. *Traité de droit criminel : Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Paris: Cujas, 2000, p. 974.

⁸² DE BAETS, Frédéric. Récusation : crime de lèse magistrat ?, *AJ pénal*, Paris, p. 291, 2011.

⁸³ DEFFERRERD, FABRICE. Récusation, *JurisClasseur, procédure pénale*, Paris, p. 222, 2019.

to appeal. However, if the public prosecutor is not impartial, what about independence from the parties?

3.1. A PUBLIC PROSECUTOR INDEPENDENT OF THE EXECUTIVE, WHAT ABOUT THE PARTIES?

Independence is one of the foundations of the concept of the rule of law, a guarantee of the fairness of criminal proceedings⁸⁴ and a corollary of the principle of equality before the law.⁸⁵ It guarantees fair justice and is a prerequisite for any legal system.⁸⁶ It strengthens the role of the public prosecutor in the rule of law, therefore, enhances the effectiveness of the judicial system.

Similarly, the guarantee of independence is always associated with impartiality, but the two requirements are conceptually distinct.⁸⁷ Independence is a precondition for impartiality; you cannot be impartial if you are not independent, but an independent judge can be partial in a particular case.⁸⁸

Therefore, independence means that no member of the judiciary is subject to undue influence from outside or inside the Judiciary. Thus, it means independence not only from the executive and legislative powers⁸⁹

⁸⁴ HATIMI, Abd-Latif. Independence of the Judiciary and impartiality of the court and judges: how can we distinguish between these principles?, *Ouidadia Al Hassania magazine for magistrates*, Rabat, v. 1, p. 129, 2009. (In Arabic)

⁸⁵ ANJAR, Tayeb. The role of the criminal judge in the protection of human rights and the censorship of the court of cassation on the legitimacy of the sentence, In: *the role of the Judiciary in the protection of human rights*, Rabat, 2005, p. 91. (In Arabic)

⁸⁶ ALLARD, Julie. L'impartialité au cœur de l'autorité du juge. Approches philosophiques, *Les Cahiers de la Justice*, Paris, v.4, n.4, p.661-672, 2020. <https://doi.org/10.3917/cdlj.2004.0661>.

⁸⁷ "If one can be independent of any power and partial towards the parties, having prejudices on a case, it seems difficult to be impartial if one depends on a power or on others." See GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FER-RAND, Frédérique; MAYER, Lucie. *Procédure Civile : Droit interne et européen du procès civil*, Paris: Dalloz, 2022, p. 767.

⁸⁸ VARINARD, André; GUINCHARD, Serge; DEBARD, Thierry. op. cit., p. 233.

⁸⁹ In particular, it concerns the method of appointment and term of office of members of the Public Prosecutor's Office, the existence of protection

but also from the parties to the proceedings.⁹⁰ In other words, the Public Prosecutor's Office members must offer the requisite guarantees of independence from the executive and from the parties, which means that he cannot subsequently act against the applicant in the criminal proceedings.

Independence from the parties is the same as the requirement for impartiality, which involves verifying the magistrate's independence from the parties to the proceedings.

Constitutionally part of the Judiciary, the Moroccan public prosecutor shares the same judicial status as the judges and exercises several judicial functions but is primarily a party to the criminal proceedings, an accusing party whose role is to support the prosecution. Whereas in civil proceedings, the public prosecutor is usually a party in interest, in criminal proceedings, he is always the primary and necessary party, acting on behalf of and in the interests of society.⁹¹ No criminal court can validly rule on a criminal case without the presence of a representative of the public prosecutor.

In this respect, the public prosecutor is a prosecuting party. He assumes the powers of a prosecuting authority, which initiates the trial by initiating and exercising the public prosecution in applying the principle of discretionary prosecution. It also conducts investigations, requests summonses and uses legal remedies. The prosecutor is the defendant's adversary. As the plaintiff at the hearing, the public prosecutor presents his conclusions in an oral indictment and all the evidence supporting his claims before requesting the conviction of the accused.

In summary, while the Public Prosecutor's Office was statutorily independent of the executive, it depended on the parties to the proceedings since they initiated the prosecution and directed the investigations. Consequently, it did not satisfy the independence requirement concerning the parties, ruling out the possibility of their subsequently acting against the applicant in the criminal proceedings. In these circumstances, and taking into account the principle of the indivisibility of the Public Prosecutor's

against external pressure and whether or not there is an appearance of independence.

⁹⁰ VARINARD, André; GUINCHARD, Serge; DEBARD, Thierry. *op. cit.*, p. 233.

⁹¹ Articles 6, 7 and 8 of the M CCP.

Office and its monopoly on the exercise of public prosecution, it is considered that the King's Public Prosecutors in Morocco did not meet the guarantees of independence to qualify, within the meaning of the international covenants signed by the Kingdom, as magistrates authorised by law to exercise judicial functions.

3.3. POLICE AND PUBLIC PROSECUTOR RELATIONSHIP: WHAT IMPACT ON JUDICIAL INDEPENDENCE?

The relationship between the Judiciary and the police⁹² has always been the subject of debate in Moroccan legal doctrine. It remains highly complex and particularly sensitive, notably due to the sensitivity of the judicial police's missions and the duality of its subordination. Given the great diversity of its functions, the judicial police is of great importance. It intervenes before, during and at the end of criminal proceedings. It is directed and controlled by the Public Prosecutor's Office.

In this respect, while the Constitution makes the relationship between the public prosecutor and the judicial police an authoritative one,⁹³ criminal procedure distinguishes between the public prosecutor and the general public prosecutor. Even though the latter two share the status of a superior judicial police officer and are affiliated to the same judicial system, the legislator has made the relationship between the public prosecutor and the judicial police officer a management relationship. In contrast, the relationship between the latter and the general public prosecutor is one of authority.

Certainly, this latter relationship is broader than the management relationship, representing only a marginal part of the former. This implies restricting the influence of the Public Prosecutor's Office in favour of the

⁹² On the history of the police, see CHEVALLIER, Jacques. *la police est-elle encore une activité régaliennne*, *archives de politique Criminelle*, Paris, v.33, n.1, pp, 13-27, 2011. <https://doi.org/10.3917/apc.033.0013>.

⁹³ According to Article 128 of the Moroccan Constitution, "The judicial police acts under the authority of the public prosecutor and investigating judges in all matters relating to the enquiries and investigations necessary for the detection of offences, the arrest of offenders and the establishment of the truth."

original authority: the Ministry of the Interior. It often makes the control of the judicial authority over the judicial police more theoretical than real.⁹⁴ For Dintilhac, “the notion of direction does not necessarily imply depriving those who are directed of their own powers: it is both by a posteriori control and by the possibility he has of initiating investigations or intervening in investigations in progress that the public prosecutor exercises his power of direction.”⁹⁵

Furthermore, the control relationship has to contend with the complexity of the judicial police’s dual-functional organisation, which makes it very difficult.⁹⁶ In addition, judicial police officers are not only under the command of the public prosecutor but also under the authority of their superiors.⁹⁷ However, absolute authority still rests with administrative superiors as straightforward and binding authority of origin. Their instructions and orders take precedence over the instructions of the public prosecutor.

In addition, the judicial police’s affiliation with an independent, non-judicial authority gives them greater freedom of manoeuvre, which limits the effect of judicial control on their actions. Their hierarchical subordinates pursue their pure objectives and priorities, which the Ministry of the Interior generally determines.⁹⁸

Consequently, implementing the public prosecutor’s instructions is often subject to the goodwill of judicial police officers, who are not placed under his direct authority. They may resort to procrastination or

⁹⁴ FROMENT, Blandine. les contrôles de la police, *Revue Pouvoir*. Paris, v.102, n.3, p, 52, 2002. <https://doi.org/10.3917/pouv.102.0043>.

⁹⁵ DINTILHAC, Jean-Pierre. Le contrôle du parquet sur la police judiciaire, *Archives de politique criminelle*, Paris, v.33, n.1, p. 31, 2011. <https://doi.org/10.3917/apc.033.0029>.

⁹⁶ Some judicial police forces are affiliated to the Ministry of the Interior and others to the Ministry of Defence. See DANET, Jean. *Défendre, pour une défense pénale critique*, Paris: Dalloz, 2004, p. 25.

⁹⁷ EI HILA, Abd Aziz. L’enquête policière entre les impératifs de l’ordre public et de la sécurité et les exigences des droits de l’homme, In: *Réflexions sur le procès équitable*, Casablanca: coll. Réforme du droit et développement socio-économique, 2009, p.67.

⁹⁸ KHAMLICHI, Ahmed. op. cit., p. 193.

not attach much importance to the case.⁹⁹ According to Cedras, “judicial police officers are answerable to an administrative hierarchy to which they send reports and from which they may seek or receive instructions in the course of their investigations. As these are sensitive cases, the possibilities open to the executive to influence the course of these judicial investigations are therefore not small. Remember that a police truth often becomes a judicial truth.”¹⁰⁰

In the same context, the judicial police officer always works under the authority of his administrative superiors, who control the management of resources that are subject to numerous restrictions and who are also often responsible for operational management and determining the most appropriate material and human resources to achieve efficiency in carrying out the instructions of the judicial authority.¹⁰¹ As a result, the relationship between the administrative head and the public prosecutor impacts the effectiveness of the judicial police’s interventions.¹⁰²

However, as long as magistrates are absent from the field, they need the judicial police. In addition, they deal with dozens of cases simultaneously, leaving them little time to work closely together on each case. Mohanna adds that “not only are magistrates never in the field, which limits their ability to control the work of the police or gendarmes effectively, but they are also subject to a more direct and binding authority than that of the public prosecutor or the investigating judge: their hierarchy, which pursues its own objectives and priorities, generally set by the Ministry of the Interior.”¹⁰³

⁹⁹ AJOUID, Ahmed. A contemplative pause before the texts of criminal procedure, *Moroccan review of local administration and development*, Rabat, v.39, p. 46-47, 2003. (In Arabic)

¹⁰⁰ CEDRAS, Jean. la spécificité des juges d’instruction français au sein des procédures pénales européennes, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, v.81 n.1, p. 243, 2010. <https://doi.org/10.3917/ridp.811.0233>.

¹⁰¹ MOUHANNA, Christian. Les relations Police-Justice : de la confiance à la gestion de flux, *revue après-demain*, Paris, v.30, n.2, p, 388, 2014. <https://doi.org/10.3917/apdem.030.0019>.

¹⁰² Police judiciaire - Justice : la complémentarité n’exige pas l’intégration, (SC PN, Syndicat des commissaires de la police nationale), *AJ Pénal*, Paris, p. 381, 2013.

¹⁰³ MOUHANNA, Christian. op. cit., p, 388.

Morocco has a significant shortfall in public prosecutors, with no more than three per 100,000 inhabitants, compared with a European average of 12. This makes it challenging to exercise any control over judicial police officers or even to ensure the independence of the Public Prosecutor's Office.¹⁰⁴ Therefore, a considerable discrepancy exists between the formal powers that the Code of Criminal Procedure confers on public prosecutors and their resources to assert themselves against the police and their administrative and hierarchical apparatus.¹⁰⁵ As a result, the management of judicial affairs remains in the hands of the police and their goodwill.¹⁰⁶

Furthermore, the role of the judicial police is decisively enhanced by the probative value of the minutes. Thus, investigations carried out by the judicial police are recorded in minutes and compiled in an official file kept by the Public Prosecutor's Office, which forms the backbone of the trial.¹⁰⁷ As a result, all procedural acts are recorded in minutes to which criminal procedure accords probative value.¹⁰⁸ This file, containing all the facts of the investigation, is given to the judge, who bases his decisions mainly on the written evidence gathered by the judicial authorities.

¹⁰⁴ Bologna gave up on adopting an independent Public Prosecutor's Office after an experiment that lasted more than 40 years, even though it has more than 15 public prosecutors for every 100,000 inhabitants. See WALTOS, Stanislaw. le rôle du parquet en Pologne, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, v.63, pp, 1231-1232, 1999.

¹⁰⁵ HATIM, Anouar; MILOUDI, Mohammed; EL ARAJ, Najib. Promoting the Defence's Role in the Preliminary Investigation, a Challenge in Maghrebian Criminal Proceedings, *The Age of Human Rights Journal*, n.19, p. 47-69, 2022. <https://doi.org/10.17561/tahrj.v19.7123>

¹⁰⁶ MOUHANNA, Christian. Les limites effectives du pouvoir du parquet sur la police, *AJ Pénal*, Paris, p, 388, 2013.

¹⁰⁷ JAOUHAR, Mohamed. présomption d'innocence et procès-verbaux de la police judiciaire, In : *Mélanges Jalal Essaid*, Rabat: Publication du Centre marocain d'études juridiques, 2005, p.225; MOHIEDDINE, Amzazi. *Essai sur le système pénal marocain*, Rabat: Centre Jacques-Berque, 2013. <https://doi.org/10.4000/books.cjb.384>

¹⁰⁸ In Morocco, minutes of criminal offences are only valid for information purposes (Article 291 of the MCCP). For misdemeanours and infractions, which account for almost all offences committed in Morocco (around 95%) and which carry a penalty of up to 5 years' imprisonment, minutes are authentic until proven otherwise by any means (Article 291 of the MCCP).

In other words, the evidence gathered during the police investigation generally determines the framework within which the crime will be examined. This leads to the principles of orality and adversarial, governing the criminal hearing, being emptied of their substance.¹⁰⁹

For the Moroccan National Council for Human Rights, “this probative value is not compatible with the presumption of innocence and limits the judge’s authority to control and assess the means of proof.”¹¹⁰ In addition, it reverses the burden of proof, forcing the accused to prove his innocence, which encourages torture and ill-treatment of suspects.¹¹¹ Paradoxically, the various changes made to criminal procedure only reinforce the strength of the case file, consisting mainly of minutes prepared during the police investigation.

In summary, the general environment, the organisation of the Public Prosecutor’s Office and local police and gendarmerie services, and the nature of the case in question are all criteria that shape any professional relationship between a public prosecutor and a judicial police officer.¹¹² For this reason, any approach to the independence of the Public Prosecutor’s Office remains very difficult, given the presence of the judicial police on the ground, while retaining an administrative affiliation with elements of strength that limit the supervisory role of the judicial authority. Most requests sent to the police by the latter leave them a great deal of room for manoeuvre.¹¹³

¹⁰⁹ ESSAID, Mohamed Jalal. De la présomption d’innocence au procès équitable, In: *Réflexions sur le procès équitable*, Casablanca: coll. Réforme du droit et développement socio-économique, 2009, p. 21.

¹¹⁰ Conseil Consultatif des Droits de l’Homme (CNDH). Rapport sur la situation des droits de l’Homme au Maroc 2003, Avril 2004, p. 61. Available at: < <https://www.cndh.ma/fr/rapport-annuel-sur-la-situation-des-droits-de-lhomme-2003>>. Accessed on: July 22, 2024.

¹¹¹ Conseil des Droits de l’Homme. Rapport du groupe du travail sur la détention arbitraire (Mission au Maroc), A/HRC/27/48/Add.5, 4 aout 2014, para, 33. Available at: < <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g14/100/01/pdf/g1410001.pdf>>. Accessed on: July 22, 2024.

¹¹² DELMAS-MARTY Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris: Seuil, 2010, p. 56.

¹¹³ ARMIL, Bouchaieb. The judicial police and its relationship with justice: the challenges of the future, *publications of the association for the publication of legal and judicial information*, Rabat, v.4, p, 410, 2005. (In Arabic)

Moreover, the Public Prosecutor's Office's material and human organisation will further weaken it. In the same way, the freedom of intervention of the judicial police, the absence of a legal deadline for the presentation of their reports to the judicial authority and the failure to set a deadline for the intervention of the Public Prosecutor's Office in investigations are all causes that weaken the effectiveness of control by the judicial authority. Under such conditions, it would be illusory to claim to be directing police action from the Public Prosecutor's Office, given that the deputies assigned to real-time processing give the impression of being more subject than initiators of anything.¹¹⁴ Practice shows they have no real authority over the judicial police officers because they were not placed directly under their authority.¹¹⁵

CONCLUSIONS

The independence of the Public Prosecutor's Office in Morocco has always been at the forefront. Since 2018, the Moroccan legislature has chosen to proclaim the complete independence of the Judiciary from the executive. While the move may seem innovative and promising, it is the subject of several concerns.

The Public Prosecutor's Office in Morocco has a hybrid status. Submitted to a rigid hierarchical subordination, it is simultaneously totally independent of the executive and remains dependent on the parties to the proceedings. As a magistrate and guardian of individual freedom, the public prosecutor directs the judicial police, supervises investigations and ensures that infringements of freedom are legitimate. Moreover, the independence of the Public Prosecutor's Office remains very fragile. The human and financial resources it needs to enshrine this independence and function effectively are not guaranteed.

The real problem at the heart of the status of a public prosecutor is not its lack of independence or impartiality but its ambiguous status. Thus, it combines the functions of an investigating magistrate,

¹¹⁴ MOUHANNA, Christian. *op. cit.*, p. 388.

¹¹⁵ AJOUID, Ahmed. *op. cit.*, p. 47.

a prosecuting authority, a liberty and detention magistrate, a party to the trial, and a quasi-judge.

Establishing independence remains a pressing need and a necessary response to several concerns. However, such independence can only be achieved as part of a comprehensive and far-reaching reform of the procedural system to establish compatibility with the primary principles governing any right to a fair trial.

REFERENCES

AJOUID, Ahmed. A contemplative pause before the texts of criminal procedure, *Moroccan review of local administration and development*, Rabat, v.39, p. 46-47, 2003. (In Arabic)

ALAMI, ABD-OUAHED. *Treatise on the new code of criminal procedure*, Casablanca: Dar Assalam, 2011, p. 94. (In Arabic)

ALLARD, Julie. L'impartialité au cœur de l'autorité du juge. Approches philosophiques, *Les Cahiers de la Justice*, Paris, v.4, n.4, p.661-672, 2020. <https://doi.org/10.3917/cdlj.2004.0661>

AMZAZI, Mohieddine. *Essai sur le système pénal marocain*, Rabat: Centre Jacques-Berque, 2013. <https://doi.org/10.4000/books.cjb.384>

ANJAR, Tayeb. The role of the criminal judge in the protection of human rights and the censorship of the court of cassation on the legitimacy of the sentence, In: *the role of the Judiciary in the protection of human rights*, Rabat, 2005, p. 91. (In Arabic)

ARMIL, Bouchaieb. The judicial police and its relationship with justice: the challenges of the future, *publications of the association for the publication of legal and judicial information*, Rabat, v.4, p. 410, 2005. (In Arabic)

BERTRAND, Mathieu. tiers impartial, l'engagement politique est-il compatible avec la fonction de magistrat?, *J.C.P édition. général*, Paris, No. 39, p. 1005, 2005.

CANIVET, Guy; JOLY-HURARD, Julie. *la déontologie du magistrat*, Paris: Dalloz, 2009, p. 100.

CEDRAS, Jean. la spécificité des juges d'instruction français au sein des procédures pénales européennes, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, v.81 n.1, p. 243, 2010.

CHEVALLIER, Jacques. La police est-elle encore une activité régaliennne, *archives de politique Criminel*, Paris, v.33, n.1, pp, 13-27, 2011. <https://doi.org/10.3917/apc.033.0013>

COLLET, Philippe. La conception de l'impartialité du juge par la chambre criminelle de la Cour de cassation, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, v.3, n.3, p.485-504, 2016. <https://doi.org/10.3917/rsc.1603.0485>

Conseil Consultatif des Droits de l'Homme (CNDH). Rapport sur la situation des droits de l'Homme au Maroc 2003, Avril 2004, p. 61. Available at: <<https://www.cndh.ma/fr/rapport-annuel-sur-la-situation-des-droits-de-lhomme-2003>>. Accessed on July 22, 2024.

CORNU, Gérard. *vocabulaire juridique*, Paris: P.U.F., 2024, p. 1122.

DANET, Jean. *Défendre, pour une défense pénale critique*, Paris: Dalloz, 2004, p. 25.

DELMAS-MARTY Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris: Seuil, 2010, p. 56.

DE MOLENES, Alexandre. *Traité pratique des fonctions de procureur du roi*, Tome 1, Paris: Hachette Bnf, 2021.

DE BAETS, Frédéric. Récusation: crime de lèse magistrat?, *AJ pénal*, Paris, p. 291, 2011.

DEFFERRERD, FABRICE. Récusation, *JurisClasseur, procédure pénale*, Paris, p. 222, 2019.

DINTILHAC, Jean- Pierre. l'égalité des armes dans les enceintes judiciaires, In: *Rapport de la Cour de cassation 2003*, Paris: 2003, p. 143.

DINTILHAC, Jean-Pierre. Le contrôle du parquet sur la police judiciaire, *Archives de politique criminelle*, Paris, v.33, n.1, p. 31, 2011. <https://doi.org/10.3917/apc.033.0029>

DALLAT, Patrick. *Droit Européen et droit de l'union Européenne*, Paris: Sirey, 2010, p. 466.

EI HILA, Abd Aziz. L'enquête policière entre les impératifs de l'ordre public et de la sécurité et les exigences des droits de l'homme, In: *Réflexions sur le procès équitable*, Casablanca: coll. Réforme du droit et développement socio-économique, 2009, p.67.

El HILA, Abd Aziz. Précis des droits de l'homme: dimension internationale et dynamique marocaine, Rabat: Al Oumnia, 2008, p. 45.

ESSAID, Mohamed Jalal. De la présomption d'innocence au procès équitable, In: *Réflexions sur le procès équitable*, Casablanca: coll. Réforme du droit et développement socio-économique, 2009, p. 21.

FATHI SOROUR, Ahmed. *Traité de procédure pénale*, Caire: Dar Nahda Arabia, 2016, p. 200. (En arabe) FATHI SOROUR, Ahmed. *Traité de procédure pénale*, Caire: Dar Nahda Arabia, 2016, p. 200. (In Arabic)

FRANCHIMONT, Michel; JACOBS, Ann; MASSET, Adrien. *Manuel de Procédure pénale*, Bruxelles: Larcier, 2012, p. 1279.

FROMENT, Blandine. les contrôles de la police, *Revue Pouvoir*. Paris, v.102, n.3, p, 52, 2002. <https://doi.org/10.3917/pouv.102.0043>

GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; MAYER, Lucie. *Procédure Civile: Droit interne et européen du procès civil*, Paris: Dalloz, 2022, p. 767.

HATIM, Anouar. Remote Hearing in Morocco: Limits of Technology and Their Impact on the Fairness of Trials, *African Journal of Legal Studies*, v.16, n.2, p. 106-136, 2024. <https://doi.org/10.1163/17087384-12340104>

HATIM, Anouar; MILOUDI, Mohammed; EL ARAJ, Najib. Promoting the Defence's Role in the Preliminary Investigation, a Challenge in Maghrebian Criminal Proceedings, *The Age of Human Rights Journal*, n.19, p. 47-69, 2022. <https://doi.org/10.17561/tahrj.v19.7123>

HATIMI, Abd-Latif. Independence of the Judiciary and impartiality of the court and judges: how can we distinguish between these principles?, *Ouidadia Al Hassania magazine for magistrates*, Rabat, v. 1, p. 129, 2009. (In Arabic)

HOUREBIE, Fabrice. L'indépendance de la justice dans les pays francophones, *Les Cahiers de la Justice*, Paris, v.2 n.2, p.41-61, 2012. <https://doi.org/10.3917/cdlj.1202.0041>

HOOLEY, Tristram. Impartiality: A critical review, *Journal of the National Institute for Career Education and Counselling*, v.50, n.1, p. 41-53, 2023. <https://doi.org/10.20856/jniecec.5005>

JAOUHAR, Mohamed. présomption d'innocence et procès-verbaux de la police judiciaire, In: *Mélanges Jalal Essaid*, Rabat: Publication du Centre marocain d'études juridiques, 2015, p. 225.

KHAMLICHI, Ahmed. *Treatise on Criminal Procedure*, Rabat: Al Maarif Printing House, 2002, p. 48-49. (In Arabic)

KUTY, Franklin. *l'impartialité du juge en procédure pénale, de la confiance décrétée à la confiance justifiée*, Bruxelles: Larcier, 2005, p. 47- 48.

LACABARATS, Alain. Indépendance et impartialité, responsabilité du magistrat, In: DESCAMPS, Olivier. *Le statut du magistrat*, Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 117-122.

MARIN, Jean-Claude. Réflexions sur le statut du magistrat du parquet, In: DESCAMPS, Olivier. *Le statut du magistrat*, Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 187-193.

MADONDO, Isaac. Accessibility, Independence and Impartiality of the Traditional Court System, *Journal of Law, Society & Development*, v.10, p. 1-34, 2023. <https://doi.org/10.25159/2520-9515/12134>

MOUHANNA, Christian. Les relations Police-Justice: de la confiance à la gestion de flux, *revue après-demain*, Paris, v.30, n. 2, p. 388, 2014.

MOUHANNA, Christian. Les limites effectives du pouvoir du parquet sur la police, *AJ Pénal*, Paris, p. 388, 2013.

MACAYA, Ariana. Le parquet dans la jurisprudence constitutionnelle et conventionnelle, In: BERTRAND, Mathieu; VERPEAUX, Michel. (dir.). *le statut constitutionnel du parquet*, Paris: Dalloz, 2012, p. 96.

MCINTYRE, Joe. Principles of Judicial Impartiality: Threats to the Independence and Impartiality of Judges, In: *The Judicial Function*, Springer, Singapore, 2019, p. 159-180. https://doi.org/10.1007/978-981-32-9115-7_10

MERLE, Roger; VITU, André. *Traité de droit criminel: Problèmes généraux de la science criminelle*, droit pénal général, Paris: Cujas, 2000, p. 974.

PAPAYANNIS M. Diego. Independence, impartiality and neutrality in legal adjudication, *Revus*, v.28, p. 33-52, 2016. <https://doi.org/10.4000/revus.3546>

Presidency of the Public Prosecutor's Office. Report by the Presidency of the Public Prosecutor's Office on the implementation of criminal policy and the operation of the Public Prosecutor's Office for 2018, p. 20. Available at: <<https://bitly.cx/JXNp>>. Accessed on July 22, 2024.

Presidency of the Public Prosecutor's Office. Report by the Presidency of the Public Prosecutor's Office on the implementation of criminal policy and the operation of the Public Prosecutor's Office for 2017, p. 16-17. Available at: <<https://bitly.cx/JXNp>>. Accessed on July 22, 2024.

RENAULT-BRAHINSKY, Corinne. *Procédure pénale*, Paris: Gualino, 2019, p. 34.

SUNNQVIST, Martin. Impartiality and Independence of Judges: The Development in European Case Law, *Nordic Journal of European Law*, v.5, n.1, p. 67-95, 2022. <https://doi.org/10.36969/njel.v5i1.24499>

SUDRE, Frédéric. *Convention européenne des droits de l'homme: droits garantis, droit à un procès équitable*, Paris: Presses Universitaires de France, 2018.

TERCIER, Pierre. l'éthique des arbitres, In: KEUTGEN, Guy (dir.). *l'éthique dans l'arbitrage*, Bruxelles: Bruylant, 2012, p. 29.

TRECHSEL, Stefan. *Human rights in Criminal Proceedings*, NewYork: Oxford University Press, 2005, p. 61;

VARINARD, André; GUINCHARD, Serge; DEBARD, Thierry. *Institutions juridictionnelles*, Paris: Dalloz, 2019, p. 904.

WALTOS, Stanislaw. le rôle du parquet en Pologne, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, v.63, pp, 1231-1232, 2010.

YVES, Mayaud. l'affaire AZF entre impartialité et légalité, *AJ pénal*, Paris, p. 191, 2015.

Authorship information

Anouar Hatim. PhD candidate, Faculty of Law, Economics and Social Sciences, University Sidi Mohamed Ben Abdellah Fes Morocco. anouar.hatim@usmba.ac.ma

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 07/10/2024
 - Desk review and plagiarism check: 20/11/2024
 - Review 1: 27/01/2025
 - Review 2: 03/02/2025
 - Preliminary editorial decision: 17/02/2025
 - Correction round return: 28/02/2025
 - Final editorial decision: 09/03/2025
- Editorial team**
- Editor-in-chief: 1 (VGV)
 - Reviewers: 2
-

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

HATIM, Anouar. Public prosecutor's independence in Morocco: in a difficult search for a judicial authority. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 1, e1109, jan./abr. 2025. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i1.1109>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

A eficácia do acordo de não persecução penal aos crimes de racismo: uma análise do RHC 222.599/SC do Supremo Tribunal Federal

The effectiveness of the non-prosecution agreement for crimes of racism: an analysis of RHC 222.599/SC of the Brazilian Supreme Court

Ana Beatriz da Silva Pinto¹

Universidade Católica de Brasília, Brasília/DF, Brasil

anabeatrizdaspinto@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/4086025674162630>

 <http://orcid.org/0009-0004-2704-7105>

Gustavo Menon²

Universidade Católica de Brasília, Brasília/DF, Brasil

Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

gustavo.menon@usp.br

 <http://lattes.cnpq.br/9027785526016734>

 <http://orcid.org/0000-0003-1057-027X>

RESUMO: O racismo é parte integrante da estrutura social brasileira, e, portanto, o direito à igualdade e à não-discriminação e o repúdio ao

¹ Graduada em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Servidora pública no Tribunal Superior Eleitoral – TSE.

² Pós-doutorado em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (USAL-Espanha). Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina na Universidade de São Paulo - PROLAM/USP. Foi professor substituto na Escola de Artes, Ciências e Humanidades no curso de Gestão de Políticas Públicas na Universidade de São Paulo (EACH/USP). Coordenador no Grupo de Estudos de História, Direito, Democracia e Estado na América Latina (GEHD-DEAL) e membro do Grupo de Trabalho «China e o Mapa do Poder Mundial», do Conselho Latino-americano de Ciências Sociais - CLACSO, Argentina. Docente no PROLAM-USP, Faculdade CET e na Universidade Católica de Brasília (UCB). Coordenador do Curso de Graduação em Relações Internacionais na UCB.

racismo recebem tratamento constitucional. Posto isso, o Estado prevê medidas penais de enfrentamento às práticas decorrentes do racismo, sobretudo por meio da instituição de normas incriminadoras, que viabilizam a instrução investigativa e processual penal e promovem uma resposta estatal ao autor e à vítima da prática delitiva. Paralelamente, a Justiça Negocial apresenta-se, no âmbito penal, como forma de antecipação da medida punitiva, a qual privilegia os princípios da economia e celeridade processual e promove o reconhecimento da vítima como sujeito de direitos e garantias. Todavia, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 222.599 de Santa Catarina, decidiu pela não extensão material do acordo às hipóteses de crimes raciais. Nesse contexto, o presente artigo busca analisar a eficácia do acordo de não persecução penal (ANPP), instituto da Justiça Negocial, quando aplicado aos crimes dessa natureza. Para isso, valendo-se de pesquisa bibliográfica, o texto situa o racismo e as respectivas medidas penais a seu combate no Brasil, assim como apresenta o ANPP e seus consabidos benefícios para a Justiça Criminal, ao que se refere à celeridade e economia processual, diminuição da política de encarceramento, e prestígio e reconhecimento da vítima como sujeito de direitos. E, por fim, recorrendo-se à metodologia hipotético-dedutiva e análise bibliográfica, o artigo se dedica a analisar a decisão da suprema corte e a eficácia da aplicação do instituto aos crimes de racismo, sobretudo no tocante à garantia de acesso à justiça para as vítimas da prática delitiva.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de não persecução penal; Racismo; Crimes de racismo; Eficácia; Reparação de danos.

ABSTRACT: *Racism is an integral part of the Brazilian social structure, and, therefore, the right to equality and non-discrimination, as well as the repudiation of racism, are constitutionally protected. Thus, the State provides penal measures to address practices resulting from racism, particularly through the establishment of incriminating norms that enable criminal investigative and procedural instruction and promote a state response to both the perpetrator and the victim of the criminal act. In parallel, Negotiated Justice appears, within the criminal scope, as a form of anticipatory punitive measure, which prioritizes the principles of procedural efficiency and celerity, and promotes the recognition of the victim as a subject of rights and guarantees. However, the Second Chamber of the Brazilian Supreme Court, in the judgment of the Ordinary Appeal in Habeas Corpus 222.599*

of Santa Catarina, decided not to extend the agreement materially to cases of racial crimes. In this context, the present article seeks to analyze the effectiveness of the non-prosecution agreement (ANPP), a Negotiated Justice institution, when applied to crimes of this nature. For this purpose, using bibliographic research, the text situates racism and the respective penal measures to combat it in Brazil, as well as presenting the ANPP and its well-known benefits for Criminal Justice, regarding procedural celerity and efficiency, reduction of incarceration policies, and the prestige and recognition of the victim as a subject of rights. Finally, using the hypothetical-deductive methodology and bibliographic analysis, the article focuses on analyzing the Supreme Court's decision and the effectiveness of applying the institution to crimes of racism, particularly in relation to ensuring access to justice for the victims of the criminal act.

KEYWORDS: *Non-prosecution agreement; Racism; Crimes of racism; Effectiveness; Damages restitution.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Racismo no Brasil; 2. Acordo de Não Persecução Penal; 3. (In)eficácia do ANPP aos crimes de racismo; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A igualdade racial é direito fundamental previsto por normas pactuadas em âmbito internacional, sobretudo ao que se refere à Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da qual o Brasil é signatário, com vigência a partir de 1969. Esse tratado propõe-se a descrever discriminação racial e a comprometer os Estados membros ao estabelecimento de políticas de eliminação dessa discriminação.

Em decorrência de tal instrumento, em 2006 o Estado brasileiro foi condenado perante a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos no caso n. 12.001, Simone André Diniz. No Relatório n. 66/06³, emitido

³ Caso disponível em: <http://cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>. Acesso em: 23 out. 2023. Acesso: 02.abr.2024.

pela Comissão, concluiu-se que o Brasil não assegura às vítimas de crimes de racismo o direito à igualdade perante a lei, à proteção judicial e às garantias judiciais, consagradas nos artigos 24, 25 e 8⁴, respectivamente, do Pacto São José da Costa Rica (OEA, 2006).

Posteriormente, em 2013, a Organização das Nações Unidas (ONU), em sede da Resolução da Assembleia Geral 68/237, proclamou a Década Internacional de Povos Afrodescendentes, que teve início em 2015 e término em 2024 (ONU, 2013a). Na ocasião, fixou-se como objetivo geral da Década, apresentado na Resolução 67/879, a promoção do respeito, da proteção e a concretização de todos os direitos e liberdades fundamentais à população afrodescendente (ONU, 2013b, p. 3/4, tradução própria).

Todavia, findada a referida década, nota-se que o racismo e as práticas delitivas decorrentes – injúria e discriminação racial, por exemplo – ainda são partes integrantes do Estado brasileiro.

Paralelamente às disposições internacionais, o Estado Democrático Brasileiro prevê na Constituição Federal (CF), no art. 5^o, *caput*⁵, a igualdade sem distinção de qualquer natureza como direito fundamental,

⁴ Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), Artigo 8^o - Garantias judiciais: 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Artigo 24 - Igualdade perante a lei: Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.

Artigo 25 - Proteção judicial: 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais (OEA, 2006).

⁵ Constituição Federal, Art. 5^o. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

bem como, no art. 4º, VIII⁶, o repúdio ao terrorismo e ao racismo como princípio regente das relações internacionais (Brasil, 1988). Assim como, com vistas à reprovação e prevenção de práticas discriminatórias raciais, o Estado promulgou a Lei n. 7.716/1989, a qual criminaliza condutas resultantes de preconceito de raça ou de cor.

No entanto, é notório que as referidas previsões são insuficientes para a efetiva garantia de igualdade racial. Com efeito, a raça ainda é um fator dominante no estabelecimento das relações de poder e na conferência de tratamento a indivíduos de uma mesma sociedade.

No Brasil, percebe-se tal situação quando da análise do sistema de justiça criminal, cujo funcionamento garante a manutenção do racismo e das desigualdades baseadas na hierarquização racial (Borges, 2018).

Primeiramente, note-se que enquanto o perfil demográfico brasileiro é composto por 56% de negros⁷ (IBGE, 2022), estes totalizam 67,5% dos indivíduos alvos do encarceramento estatal (FBSP, 2022). Com alicerce nesse quantitativo, a priorização da penalização da população negra torna-se evidente.

Em segundo lugar, ao analisar a população negra no polo passivo das condutas delitivas, enquanto vítimas de crimes de racismo, é percebido um abismo entre a prática criminosa e a correspondente resposta penal estatal.

Como abordado por Moreira (2019), em se tratando do racismo recreativo, meio pelo qual o humor é utilizado para hostilizar minorias raciais, nota-se a recorrência do judiciário em desclassificar a injúria racial para ato lícito com mera intenção humorística.

Ademais, pesquisa realizada pelo Laboratório de Análises Econômicas, Históricas, Sociais e Estatísticas das Relações Raciais (Laeser) nos anos de 2005 e 2006 verificou que 57,7% das vítimas de crimes de racismo perdem os casos em segunda instância (Maia, 2008).

⁶ Constituição Federal, Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

⁷ Considerando os critérios de cor ou raça utilizados pelo IBGE, segundo os quais pretos e pardos compreendem o conjunto “negros”.

Por outro lado, nos poucos casos em que, após longo processo – o qual promove a revitimização –, há a condenação do autor de crime racial, a pena aplicada, em razão de seu *quantum*, é substituída por privativa de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal (CP). E, frise-se que, conforme levantamento realizado pelo Ministério Público do Estado da Bahia, somente 6% das condenações em crimes raciais resultam em reparação às vítimas (Azevedo, 2023).

Posto isso, visando à celeridade e à eficácia processual, assim como à conferência de maior prestígio à vítima, insere-se o acordo de não persecução penal (ANPP). Trata-se de instituto da Justiça Negocial previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP), que, por meio de solução consensual, promove a fixação de condições à pessoa investigada – dentre as quais a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima⁸ – em detrimento da instauração de uma ação penal.

Todavia, em fevereiro de 2023, em sede do julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 222.599 de Santa Catarina (RHC 222.599/SC) o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pelo não cabimento do ANPP aos crimes de racismo.

Diante dessas problemáticas sumariamente descritas, cabe se perguntar: de que forma o Estado tem assegurado o acesso à justiça para a vítima de crimes de racismo? O impedimento da propositura de acordo de persecução penal é meio eficaz no combate ao racismo no Brasil? A partir desses questionamentos, busca-se examinar o aspecto teleológico do referido julgado, que decidiu pelo não cabimento do ANPP aos crimes de racismo.

Portanto, o presente artigo dispõe-se a tratar do racismo no Brasil e das medidas adotadas pela justiça criminal para combatê-lo, e do acordo

⁸ O Código de Processo Penal fixou esta como condição indispensável para a propositura do ANPP, salvo na impossibilidade de fazê-la, como forma de minimizar os danos sofridos pela vítima. É o que se extrai do art. 28-A, inciso I: Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo.

de não persecução penal e de sua aplicação aos crimes de racismo. Para tanto, vale-se de normas do direito nacional e de análise doutrinária com vistas ao desenvolvimento de uma investigação de natureza qualitativa, por meio de metodologia hipotético-dedutiva.

Nesse cenário, o artigo está dividido em três seções. A primeira situa o racismo no Brasil, assim como as práticas penais decorrentes e as medidas adotadas pela justiça criminal para combatê-las. Nesse ponto é abordada a dificuldade do sistema criminal em garantir uma resposta estatal aos delitos dessa natureza.

A segunda seção apresenta e descreve o acordo de não persecução penal, como forma de abreviação processual e de prestígio à vítima.

Por fim, a última seção dedica-se a explorar a decisão da Segunda Turma do STF proferida no RHC 222.599/SC e analisar a eficácia da aplicação desse instituto aos crimes de racismo.

1. RACISMO NO BRASIL

O conceito de raça, já utilizado para demarcar a “inferioridade das populações não europeias” (Banton, 1977, p. 29) não é compreendido, atualmente, como um conceito puramente biológico que estratifica os seres humanos em razão de suas características físicas. Com efeito, a raça se refere a uma realidade histórica, política e social (Munanga, 2010, p. 193), a qual

continua a funcionar como um dos critérios mais importantes na distribuição de pessoas na hierarquia social. Em outras palavras, a raça se relaciona fundamentalmente com um dos aspectos da reprodução das classes sociais, isto é, a distribuição dos indivíduos nas posições da estrutura de classes e dimensões distributivas da estratificação social. (Hasenbalg, 1982, p. 89)

Impende trazer o conceito de Racismo apresentado por Silvio Almeida, segundo o qual:

é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens e privilégios

para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertença (Almeida, 2018, p. 25).

De acordo com Telles (2003), a cultura racista do Brasil, como um dos fatores determinantes da desigualdade social, pauta-se na crença de que o espaço social apropriado para os negros seria o de posições subordinadas, enquanto aos brancos é destinado o controle e o acesso aos recursos. De igual forma, é notória a prática racista em detrimento das demais minorias raciais.

Ainda em se tratando da comunidade negra, decorridos mais de cem anos da abolição do escravismo no Brasil, a existência de desvantagens e a conferência de privilégios sociais ainda é uma realidade. Conforme Carlos Hasenbalg (1982, p. 98), isso não ocorre exclusivamente em razão de “um simples legado do passado”, a desigualdade é continuada e perpetuada pela “estrutura desigual de oportunidades sociais”.

Segundo dispõe Silvio Almeida (2018), sob a perspectiva da interpretação estrutural do racismo, isto é, como parte integrante da organização política e econômica da sociedade, ele não se trata de uma “anomalia” ou “desarranjo institucional”, mas é o “modo ‘normal’ como se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares” (Almeida, 2018, p. 40).

Conforme dispõe Moreira (2019), o racismo não se restringe exclusivamente a práticas discriminatórias e preconceituosas decorrentes de comportamento individual e arbitrário. Trata-se, segundo Dennis de Oliveira (2021, p.67), de “um produto de uma estrutura sócio-histórica de produção e reprodução de riquezas”, sobretudo ao compreender a raça como conceito decorrente do colonialismo que, conforme Quijano (2005), situa os dominados em posição natural de inferioridade em relação aos dominantes, o que se estende a seu fenótipo e cultura⁹.

⁹ Anibal Quijano (2005), ao tratar da colonialidade do poder, explica como os traços fenótipos dos colonizados converteram-se em meio de categorização racial. Termos que antes indicavam tão somente a procedência geográfica do indivíduo, como “português” e “espanhol”, passaram a determinar a hierarquia e o papel desempenhado na sociedade. “A idéia [*sic*] de raça foi uma maneira de outorgar legitimidade às relações de dominação impostas pela conquista” (Quijano, 2005, p. 118).

Diferentemente do ocorrido nos Estados Unidos da América (EUA) e na África do Sul, onde vigoraram sistemas segregacionistas, isto é, com explícita finalidade de discriminação; no Brasil, o racismo se apresenta como um “emaranhado de sutilezas”, como bem descreve Beatriz Nascimento (2006, p. 108).

Tal distinção e latência é tratada por Lélia Gonzales (1984) ao reproduzir, em sua crítica irônica, a naturalidade do racismo na sociedade brasileira:

Racismo? No Brasil? Quem foi que disse? Isso é coisa de americano. Aqui não tem diferença porque todo mundo é brasileiro acima de tudo, graças a Deus. Preto aqui é bem tratado, tem o mesmo direito que a gente tem. Tanto é que, quando se esforça, ele sobe na vida como qualquer um. Conheço um que é médico; educadíssimo, culto, elegante e com umas feições tão finas... Nem parece preto (Gonzales, 1984, p. 226)

No Brasil, o racismo oculta-se na tolerância e abusa de constatações distorcidas e precárias: alegado humor que retrata a negritude com características esteticamente desagradáveis ou moralmente inferiores (Moreira, 2019, p. 12); argumentos meritocráticos acerca das “escolhas” feitas por pessoas não brancas¹⁰; e alegações de insucesso social em razão da precária educação básica da comunidade negra (Almeida, 2018, p. 49).

Como dispõe Beatriz Nascimento:

A todo o momento o preconceito racial é demonstrado diante de nós, é sentido. Porém como se reveste de uma certa tolerância, nem sempre é possível percebermos até onde a intenção de nos humilhar existiu. De certa forma, algumas destas manifestações já foram inclusive incorporadas como parte nossa. *Quando, entretanto, a agressão aflora, manifesta-se uma violência incontida por*

¹⁰ O autor elenca ideias utilizadas em determinados espaços sociais para justificar a segregação entre negros e brancos na sociedade. Entre elas, Silvio Almeida trata da seguinte explicação “pessoas negras, como todas as outras pessoas, são afetadas por suas escolhas individuais, e sua condição racial nada tem a ver com a situação socioeconômica” (Almeida, 2018, p. 49). Trata-se de argumento substancialmente meritocrático, que desconsidera fatores externos ao indivíduo, como sociedade, Estado e família.

parte do branco, e, mesmo nestas ocasiões, “pensamos duas vezes” antes de reagir, pois, como expus acima, no nosso “ego histórico” as mistificações agiram a contento. De tal forma o preconceito racial contra o negro é violento e ao mesmo tempo sutil, que ele existe latente e muitas vezes vem à tona nas relações entre nós mesmos (Nascimento, 2006, p. 94) (grifo nosso)

Nas práticas sociais cotidianas, Sales Jr (2006) verifica a figura da cordialidade racial, manifestada como a tolerância aos negros, desde que mantida a hierarquia e a desigualdade racial. E o rompimento da reciprocidade assimétrica entre os dominados e os dominantes, motivaria o fim da cordialidade e a adoção de violência por parte destes, em forma de discriminação ou injúria racial.

Denise Rodrigues (2018), ao analisar as experiências de injúria racial no estado de São Paulo, evidenciou nos autores da prática delitiva a crença de uma clara disparidade entre brancos e não-brancos, pensamento fundado na base racista da sociedade brasileira. A população negra comumente encontra-se no polo ativo das condutas delitivas, como agente da prática criminosa, e no polo passivo dos processos penais, como pessoa acusada, violadora de direitos alheios. É o que se observa ao lançar o olhar à cor da população carcerária brasileira, conforme exposto anteriormente.

Sales Jr (2006) observa que o sistema jurídico criminal é rigoroso no tratamento de pessoas negras enquanto investigadas. E, em contrapartida, é desproporcionalmente brando quando a população negra necessita de acesso à justiça, na posição de vítima.

Posto isso, importa trazer a inquietante indagação de Lima (2017, p. 33):

[...] como transformar esta população negra, de violadores de direitos e comportamentos penalmente protegidos, em beneficiários destes direitos, sobretudo dos comportamentos penalmente protegidos, estendendo-lhes os benefícios da lei penal, através da punição da prática racista da injúria racial?

Percebe-se, portanto, que o racismo, como parte integrante da organização social, corrobora, inclusive, com a obstrução da aplicação da

legislação antirracista, e, por conseguinte, afeta negativamente o acesso à justiça dessas vítimas, como constatado por Lima (2017).

A partir dessa questão, passa-se à indicação das medidas penais de combate ao racismo no Brasil.

1.1 MEDIDAS PENAIS DE COMBATE AO RACISMO NO BRASIL

Em que pesem as diferentes formas com que o racismo se manifesta, a atuação da política brasileira a seu combate se concentra na legislação penal, por meio da incriminação das práticas dele decorrentes (Machado; Lima; Neris, 2016).

O marco inicial do enfrentamento penal às práticas racistas no Brasil, durante o período republicano, foi a Lei n. 1.390/1951, conhecida como Lei Afonso Arinos, a qual incluiu entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor (Brasil, 1951).

As condutas previstas na referida lei relacionavam-se a: i) recusar alguém hospedagem; ii) recusar venda de mercadorias; iii) recusar entrada em estabelecimentos; iv) recusar inscrição de alunos; e v) obstar acesso em cargos públicos e empregos na administração indireta (Brasil, 1951). Com efeito, tais tipificações restringiram a amplitude da norma a casos notadamente específicos.

Nota-se, portanto, a criminalização de práticas “por localização de espaço – sim, por ter-se manifestado em determinados espaços – e não pela conduta em si” (Santos, 2013, p. 62). Não há de se falar em abrangência impessoal da norma penal quando esta claramente está vinculada à critérios de classe.

Conforme análise realizada por Thula Pires (2013), tal previsão legal foi ineficaz contra o enfrentamento do racismo e das desigualdades decorrentes. Todavia, promoveu um salto fundamental para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e de formulações doutrinárias para o pensamento jurídico antirracista (Ferreira, 2021).

Posteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988 – marco da democratização do Estado brasileiro, que, em seu artigo 5º, *caput*, previu o direito fundamental à igualdade, a qual se estende a todos, sem distinção de qualquer natureza –, o racismo foi

reconhecido como crime inafiançável e imprescritível, nos termos de seu artigo 5º, inciso XLII¹¹.

Ante a necessidade de regulamentação da mencionada norma constitucional, foi criada a Lei n. 7.716/1989, conhecida como Lei Caó, a qual ampliou a abrangência dos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Nos termos do art. 1º do referido dispositivo legal, “serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (Brasil, 1989).

Na sequência, com o advento da Lei n. 9.459/1997, foi estabelecida, agora no Código Penal, medida de combate ao racismo por meio da criação do §3º no art. 140 deste diploma legal. Já configurava figura típica a conduta de “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro” (Brasil, 1940), e, com a inovação promovida pela norma supracitada, a utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião e origem passou a qualificar a prática penal, elevando a pena de detenção de um a seis meses, ou multa, ao patamar de reclusão de um a três anos e multa.

Notadamente, a reprovação da conduta deu causa ao incremento da resposta penal estatal. Somente então a legislação penal compreendeu a injúria como uma forma recorrente de racismo, em que a ofensa à honra ultrapassa o direito individual e atinge toda uma coletividade (Machado; Lima; Neris, 2016).

Paralelamente a outras alterações legislativas, a mais significativa foi a promovida pela Lei n. 14.532/2023, a qual alterou a Lei Caó

para tipificar como crime de racismo a injúria racial [no âmbito da Lei Caó, retirando tal previsão do Código Penal], prever pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado no contexto de atividade esportiva ou artística e prever pena para o racismo religioso e recreativo e para o praticado por funcionário público (Brasil, 2023)

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (Brasil, 1988).

Portanto, atualmente as previsões penais no tocante a preconceito de raça ou de cor concentram-se na Lei n. 7.716/89 (Lei Caó), com penas privativas de liberdade de reclusão com patamar mínimo que variam de 1 (um) a 3 (três) anos. A priori, tratam-se de delitos que admitem o oferecimento do acordo de não persecução penal, instituto da Justiça Negocial tratado em seqüência.

2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP)

Conforme analisado por Rita Segato (2022), no Brasil a prisão é mecanismo fomentador de atos violentos. Em que pese o sistema prisional brasileiro vise à ressocialização do agente e a punição da criminalidade¹², o encarceramento funciona como “o elo central na reprodução do crime” (Segato, 2022, p. 54).

Paralelamente à precariedade carcerária, Serrano e Nunes Júnior (2023) bem ressaltam a grande quantidade de processos penais em tramitação no Estado, a qual demonstra, ainda, a deficiência e as limitações da estrutura tradicional de resolução dos litígios penais.

Visando ao saneamento de ambas as questões, por meio da adoção de resoluções alternativas, insere-se a figura da Justiça Consensual ou Negocial, em contraposição à complexa instrução processual penal. Trata-se de “modelo de justiça caracterizado, basicamente, pela concordância dos envolvidos quanto ao desfecho do conflito penal” (Cunha, 2017, p. 194).

No Brasil, a Justiça Negocial passou a se desenvolver com o advento da Constituição Federal de 1988. O art. 98, inciso I, da CF instituiu o Juizado Especial, para o qual foi atribuída a competência para processamento e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo¹³,

¹² O Código Penal Brasileiro, ao tratar da fixação da pena, dispõe, em seu artigo 59, *caput*, que o estabelecimento da pena deverá ser necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (Brasil, 1940).

¹³ Nos termos da Lei n. 9.099/1995, art. 61, as infrações de menor potencial ofensivo são as que preveem em seu preceito secundário pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (Brasil, 1995).

assim como tratou da possibilidade de aplicação de institutos da justiça penal negociada, ao dispor da transação penal¹⁴.

Posteriormente, a referida norma constitucional foi regulamentada pela Lei n. 9.099/1995, a qual estabeleceu as seguintes modalidades de acordos criminais: composição civil dos danos (art. 74, parágrafo único); transação penal (art. 76); e suspensão condicional do processo (art. 88). Nota-se, portanto, que a previsão constitucional da transação penal desencadeou a ampliação das modalidades de acordos criminais (Bizzoto e Silva, 2020).

Com a reforma promovida pela Emenda Constitucional n. 45, em 2004, foi inserido no art. 5º da CF o inciso LXXVII, pelo qual ficaram garantidos “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (Brasil, 1988), preceitos que vão ao encontro da eficiência processual proposta pela Justiça Negocial.

Importante marco da Justiça Consensual no Brasil foi a Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a qual dispôs “sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público” (Brasil, 2017). A referida norma tratou do acordo de não persecução penal (ANPP), possibilitando a não propositura de ação penal no tocante a infrações praticadas sem violência ou grave ameaça, mediante a confissão formal e circunstanciada da pessoa investigada e o cumprimento de condições pactuadas com o Ministério Público.

O instituto foi inaugurado pela reforma promovida pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), com a inclusão do art. 28-A ao Código de Processo Penal, com a seguinte redação:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior

¹⁴ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (Brasil, 1988) (grifo nosso)

a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para re-provação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

[...] (Brasil, 1941)

Cumpra colacionar a definição do ANPP trazida por Serrano e Nunes Júnior (2023, p. 212):

O acordo de não persecução penal é espécie negócio jurídico pré-processual celebrado entre o titular da ação penal e o investigado (necessariamente assistido por advogado), por meio do qual as partes manifestam o interesse mútuo de que o caso não seja submetido ao Judiciário, cabendo ao juiz competente a sua homologação.

Com a formalização do ANPP e posterior homologação judicial, conforme prevê o art. 28-A, § 4º, do CPP¹⁵, a pessoa investigada obriga-se a cumprir as condições legais acordadas com o Ministério Público, “mas sempre menos severas do que a pena aplicável por meio do devido processo legal” (Serrano e Nunes Júnior, 2023, p. 212). E, com o adimplemento integral das cláusulas pactuadas, o juízo declara a extinção da punibilidade da pessoa investigada, conforme art. 28-A, §13, do CPP¹⁶.

Malgrado o entendimento dos autores supramencionados, segundo o qual o ANPP é instituto despenalizador, uma vez que a punibilidade da pessoa investigada é extinta sem apreciação judicial do mérito (Serrano e Nunes Júnior, 2023), esse não é o sentido dominante.

Para Bizzoto e Silva (2020), quando da aplicação do ANPP, o Estado não se afasta do exercício do *ius puniendi*, haja vista que há a obrigatoriedade do cumprimento das condições fixadas, sob pena de

¹⁵ Código de Processo Penal, art. 28-A, §4º. Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

¹⁶ Código de Processo Penal, art. 28-A, §13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

instauração de ação penal, nos termos do art. 28-A, §10, do CPP¹⁷. Os autores dispõem, ainda, que o cerne do instituto não se concentra na exclusão da sanção penal, o objetivo seria a não carcerização e a antecipação da medida punitiva.

Nessa esteira, observa-se que o ANPP, embora se apresente como benefício à pessoa investigada, é notadamente benéfico também ao Estado, uma vez que privilegia os princípios da economia e celeridade processual, assim como contrapõe-se à política de encarceramento. E, da mesma forma, o instituto preocupa-se com a vítima da prática delitiva, a qual não será revitimizada no decorrer da instrução processual, e poderá ter reparados os danos sofridos em razão da conduta da pessoa investigada com maior celeridade, como será tratado em momento oportuno.

2.1. REQUISITOS PARA O OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Conforme elencado por Renato Marcão (2023), o Ministério Público poderá propor à pessoa investigada ANPP quando não houver hipótese de extinção da punibilidade, de concessão de perdão ou de não oferecimento de denúncia em razão da colaboração premiada, ou de arquivamento dos autos de inquérito policial. Isto é, presentes indícios mínimos de autoria e materialidade delitiva, suficientes para o oferecimento de denúncia e consequente instauração de ação penal, o órgão ministerial poderá celebrar ANPP com a pessoa investigada, desde que haja confissão formal e circunstanciada da prática delitiva.

O oferecimento do instituto está impedido objetivamente nas seguintes hipóteses:

- (i) crimes que envolvam violência ou grave ameaça; (ii) crimes cujas penas mínimas sejam superiores a 4 (quatro) anos (consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis); (iii) crimes em que seja cabível a transação penal (os de menor potencial ofensivo); (iv)

¹⁷ Código de Processo Penal, art. 28-A, §10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor (Serrano; Nunes Júnior, 2023, p. 213).

E pressupõe, ainda, o preenchimento dos seguintes requisitos subjetivos:

(i) que o investigado não seja reincidente; (ii) inexistência de elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (iii) que o investigado não tenha sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; (iv) que a celebração do acordo atenda ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (Serrano; Nunes Júnior, 2023, p. 213).

Dentre os requisitos subjetivos, ressalta-se que o legislador estabelece que o acordo poderá ser oferecido “desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (Brasil, 1941). A análise da pertinência e eficácia da aplicação do instituto ao caso concreto cumpre ao Ministério Público, para o qual foi conferida constitucionalmente a titularidade da ação penal, nos termos do art. 129, I, da CF¹⁸.

Nessa disposição legal reside a discricionariedade do Ministério Público, ao qual incumbe aferir a aplicabilidade do acordo, com fulcro, ainda, na independência funcional ministerial, prevista no art. 127, §1º, da CF¹⁹. O órgão ministerial poderá, portanto, deixar de oferecer proposta na hipótese de o instituto mostrar-se insuficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante fundamentação expressa.

¹⁸ Constituição Federal, Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (BRASIL, 1988)

¹⁹ Constituição Federal, Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. (BRASIL, 1988)

Nesse sentido dispõem o Conselho Nacional de Procuradores-Generais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPJ) e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), por meio do Enunciado n. 19, segundo o qual “O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto.” (Ministério Público do Estado do Goiás, 2019)

Portanto, uma vez observados os requisitos elencados no art. 28-A do Código de Processo Penal, o representante ministerial passa a análise da necessidade do acordo e da sua suficiência para a reprovação do crime. A propositura ou a recusa do ANPP são reflexos da discricionariedade persecutória do Ministério Público (Suxberger, Gomes Filho e Dias, 2022)

Não se olvida que o legislador já impôs vedações à aplicação do acordo, como aos casos de conduta delitativa habitual, reiterada e profissional²⁰, aos casos de prática delitativa com violência ou grave ameaça²¹, e aos casos de violência doméstica ou familiar²². No entanto, para além dos referidos casos, como já tratado, o Ministério Público poderá, por meio de declinação expressa e fundamentada de suas razões, deixar de oferecer proposta de acordo à pessoa investigada, diante a insuficiência do instituto para a reprovação do crime.

²⁰ Código de Processo Penal, Art. 28-A, §2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: [...] II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas (BRASIL, 1941)

²¹ Código de Processo Penal, Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente (BRASIL, 1941)

²² Código de Processo Penal, Art. 28-A, §2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (BRASIL, 1941)

2.2. CONDIÇÕES FIXADAS NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Preenchidos os requisitos legais acima tratados, tendo o acusado confessado formal e circunstanciadamente a prática delitiva, serão estabelecidas entre as partes – Ministério Público e a pessoa investigada, este juntamente com seu defensor – as condições para o cumprimento do acordo. Uma vez cumpridas as obrigações pactuadas, será extinta a punibilidade do agente, conforme art. 28-A, §13, do CPP²³.

No art. 28-A, o legislador estabeleceu condições equivalentes aos efeitos da condenação²⁴, ao que se refere aos incisos I e II, assim como às sanções penais da condenação²⁵, no tocante aos incisos III e IV (Messias, 2020). A celebração do acordo de não persecução penal traduz, portanto, a antecipação da resposta punitiva estatal, haja vista a correspondência entre as condições fixadas no acordo e as consequências de eventual condenação penal. Trata-se notadamente de um instituto abreviador processual.

Logo, paralelamente ao benefício concedido à pessoa investigada, a qual será privada do processo penal, o acordo tem o condão de favorecer a Justiça Criminal. O Ministro Schietti ressalta que, na celebração do acordo, a pessoa investigada e o Estado renunciam a direitos ou pretensões para a obtenção de vantagens,

o Estado renuncia a obter uma condenação penal, em troca de antecipação e certeza da resposta punitiva; o réu renuncia a provar sua inocência, mediante o devido processo legal (com possibilidade de ampla defesa, contraditório e direitos outros, como o direito ao duplo grau de jurisdição), em troca de evitar o processo, suas cerimônias degradantes e a eventual sujeição a uma pena privativa de liberdade (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus

²³ Código de Processo Penal, Art. 28-A, §13 Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

²⁴ A obrigação de indenizar o dano causado pelo crime e o perdimento dos instrumentos, produtos e proveitos do crime são efeitos da condenação penal, conforme prevê o art. 91 do Código Penal (BRASIL, 1940).

²⁵ A prestação de serviço à comunidade e a prestação pecuniária são penas restritivas de direito, na forma do art. 43, I e IV, e art. 32, I, ambos do Código Penal (BRASIL, 1940).

657.165/RJ. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília: 9 ago. 2022).

Igualmente, a celeridade e a abreviação da resposta penal conferidas pelo ANPP amparam a vítima da conduta criminosa, que busca efetivo acesso à justiça, uma vez que a mora inerente à instrução processual promove sua revitimização.

A primeira condição indicada pelo legislador é a reparação de danos à vítima, que demonstra “a visão contemporânea do processo penal de reconhecer a condição da vítima como sujeito de direitos e garantias, além de proporcionar um tratamento mais humanizado por parte da sociedade e do sistema de justiça” (Araújo, 2021).

Nos termos do inciso I do art. 28-A do CPP, a pessoa investigada deve reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo na impossibilidade de fazê-lo. Não se olvida que ao final da instrução penal, em sede de sentença condenatória, o juiz poderá fixar valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, na forma do art. 387, IV, do CPP²⁶; no entanto, essa hipótese pressupõe o longo decorrer do processo penal, e não assegura à vítima o adimplemento da reparação.

Por outro lado, o acordo de não persecução penal evita a instauração de ação penal, assim como permite, desde logo, a fixação de reparação de danos à vítima, o que se espera que ocorra mais brevemente.

Nesse ponto, a análise é hipotético-dedutiva, veja-se: estabelecida a reparação dos danos como condição do ANPP, a pessoa investigada deverá cumpri-la no prazo acordado com o Ministério Público, sob pena de o órgão ministerial manifestar-se ao juízo para fins de rescisão do acordo, com a consequente instauração de ação penal, conforme prevê o art. 28-A, §10, do CPP. Por conseguinte, a reparação dos danos fixada no ANPP conduz a pessoa investigada ao adimplemento, com vistas a evitar a instauração de ação penal contra si, enquanto a fixação de valor para a reparação em sede da condenação não possui o mesmo atrativo.

²⁶ Código de Processo Penal, Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido

Ademais, convém ressaltar a condição prevista pelo legislador no inciso V do dispositivo acima colacionado. Trata-se de cláusula aberta, a qual permite a fixação de “outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada” (Brasil, 1941). Portanto, conforme dispõem Bizzoto e Silva (2020), é facultado ao órgão ministerial a proposição de condição exclusiva para o acordo formulado.

O espaço negocial do ANPP reside no conteúdo do acordo, “nas medidas que se equiparam a penas restritivas de direitos e que, se devidamente cumpridas, autorizarão a extinção da punibilidade do fato noticiado” (Suxberger, Gomes Filho e Dias, 2022). Para além do expressamente disposto nos incisos I a IV do art. 28-A do CPP, é facultado ao Ministério Público o estabelecimento de condição compatível e suficiente para a prevenção e reprovação da conduta do caso em concreto.

3. EFICÁCIA DO ANPP AOS CRIMES DE RACISMO

Anteriormente à abordagem da eficácia do acordo de não persecução penal aos crimes de racismo, previstos na Lei n. 7.716/1989, é mister que se proceda à análise do cabimento do referido instituto aos mencionados delitos.

3.1. CABIMENTO DO ANPP AOS CRIMES DE RACISMO

Preenchidos os requisitos previstos no art. 28-A do Código de Processo Penal, o legislador não impôs restrição à aplicação do ANPP aos crimes de racismo. No entanto, o oferecimento do instituto aos crimes dessa natureza tornou-se objeto de grande discussão no cenário jurídico brasileiro, haja vista que se trata de tema sensível e caro para o Estado Democrático.

Nos anos que se seguiram à inauguração do ANPP, os Ministérios Públicos de diferentes estados-membros orientaram seus membros acerca da aplicação do instituto aos casos de crimes de racismo.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio da Orientação Conjunta n. 1 PGJ/SP e CGMP/SP, dispôs no sentido de evitar

instrumentos de consenso, dentre os quais o ANPP, aos procedimentos relativos a crimes de racismo, “pois desproporcional e incompatível com infração penal dessa natureza, violadora de valores sociais” (Ministério Público de São Paulo, 2020).

Igualmente posicionaram-se o Ministério Público do Estado de Pernambuco (2020) – Nota Técnica n. 10/2020 do Centro Operacional de Apoio às Promotorias de Justiça Criminais –, o Ministério Público do Acre (2020) – Nota Técnica Orientativa Conjunta n. 1/2020 – e o Ministério Público do Paraná (2021) – Nota Técnica n. 01/2021.

O Ministério Público do Estado do Maranhão, por seu turno, orientou seus membros à análise do caso concreto para aferição da viabilidade do oferecimento do instituto.

Posteriormente, no âmbito do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, em sede do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 222.599 de Santa Catarina, que será analisado na sequência, decidiu pela não extensão material do ANPP às hipóteses de crimes de racismo. A Segunda Turma da Corte fundamentou o posicionamento em razão (i) da impossibilidade do estabelecimento de negócio jurídico cujo objeto seja a cidadania racial e a dignidade da pessoa humana, (ii) assim como, da insuficiência do instituto para a reprovação e prevenção do crime.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por sua vez, publicou o Informativo de Jurisprudência n. 821, segundo o qual não cabe acordo de não persecução penal nos crimes raciais. O referido posicionamento é oriundo do julgamento do Agravo em Recurso Especial 2.607.962-GO, cujo voto vencedor fundamenta tal impossibilidade na insuficiência do acordo para a reprovação e prevenção do crime de homofobia, enquadrado nos tipos penais definidos na Lei n. 7.716/1989²⁷, considerado o direito fundamental à não-discriminação.

Ressalta-se que o relator do Agravo, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, expressou reserva quanto à proibição total do ANPP na hipótese de crimes de racismo, sem, contudo, debruçar-se sobre o posicionamento. Os Ministros da Turma votaram com o relator.

²⁷ No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, o STF reconheceu que, até a edição de lei específica pelo Congresso Nacional, as condutas de homofobia e transfobia se enquadram na tipificação da Lei do n. 7.716/1989.

Na doutrina verificam-se diferentes posicionamentos. Mariano Lauria (2020) dispõe que em razão do tratamento constitucional dispensado aos crimes de racismo – os quais são imprescritíveis e inafiançáveis –, é facultado ao agente ministerial deixar de oferecer o ANPP caso entenda não ser medida adequada e suficiente para a reprovação do crime.

Por outro lado, Lívia Vaz Sant’Anna e Rogério Sanches Cunha (2023) entendem ser viável e eficaz a abrangência do ANPP aos crimes de racismo, como será tratado em momento oportuno.

Note-se, portanto, que os entendimentos acima apresentados concentram-se na análise da suficiência do acordo para a prevenção e reprovação de delito cujo bem jurídico tutelado é o direito à não-discriminação e a dignidade da pessoa humana.

Enquanto parte sustenta que a propositura do instituto a esses crimes não cumpriria o requisito de suficiência imposto pelo legislador, parte não verifica a absoluta impossibilidade do oferecimento, . esta confere ao *Parquet* um viés de fundamentação para negativa em fazê-lo. Portanto, retorna-se à discricionariedade regrada do Ministério Público quanto à propositura do acordo.

3.2. RHC N. 222.599/SC E A EFICÁCIA DO ANPP AOS CRIMES DE RACISMO

Por meio do Recurso em Habeas Corpus n. 222.599/SC, levou-se à tutela da Corte Constitucional o pleito de oportunização da celebração de acordo de não persecução penal a caso de condenação por crime de injúria racial já transitada em julgado.

Sem embargo à discussão processual acerca da retroatividade do referido acordo às hipóteses de condenação transitada em julgado, a Segunda Turma da Suprema Corte entendeu que os crimes raciais não estão compreendidos pelo alcance material do acordo de não persecução penal.

O relator do caso, Ministro Edson Fachin, cujo voto foi vencedor, contrapôs-se à aplicação do ANPP aos crimes de racismo em razão da significação inerente aos delitos dessa natureza, ao aduzir que:

Ainda que hajam vozes a defender a aplicação do ANPP também aos crimes raciais, minha inflexão é, pois, em sentido diverso. A despeito das consabidas vantagens preconizadas pela novel

convenção trazida pela Lei n. 13.964/2019, minha compreensão situa-se também no plano do simbólico, tão importante para a constituição dos fios que tecem a teia de sentidos atribuídos às pessoas negras – tal qual às mulheres - como desprovidas de igual consideração e respeito. (Brasil. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 222.599/SC. Recorrente: Dany Phillippi de Aguiar. Recorridos: Ministério Público de Santa Catarina e Ministério Público Federal. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília: 7 fev 2023).

No mesmo contexto, o relator segue dispondo acerca do menor rigor jurídico da repressão estatal conferida aos delitos objeto do referido acordo, conforme se extrai do seguinte excerto:

A desconsiderar a necessária proteção dessa população inegavelmente vulnerável, referida política criminal “despenalizadora” finda por reverberar no reconhecimento de que o malferimento a determinados bens jurídicos, ainda que penalmente protegidos, não se constituem de status suficiente a conclamar maior rigor da repressão estatal – o que, como visto, é exatamente o oposto do que exige o texto constitucional e os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro internacionalmente. (Brasil. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 222.599/SC. Recorrente: Dany Phillippi de Aguiar. Recorridos: Ministério Público de Santa Catarina e Ministério Público Federal. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília: 7 fev 2023).

Posto isso, observa-se que a Segunda Turma da Suprema Corte, por maioria, compreende o ANPP como instituto despenalizador, o qual confere menor rigor de repressão estatal às práticas violadora de direitos. Uma vez que o bem jurídico violado seja a igualdade e a não discriminação, a Turma entende que a propositura de acordo denotaria tal violação como não insuficiente para invocar uma resposta estatal severa.

Outrossim, para embasar o não oferecimento do acordo aos casos de crimes de preconceito de raça e de cor, o julgado segue a teologia da excepcionalidade atribuída aos casos de violência doméstica, para os quais o legislador previu expressamente vedação de incidência do ANPP.

Conforme a relatoria, a hipótese de violência doméstica não é a única que denota incompatibilidade do acordo com o sistema constitucional de direitos fundamentais e com os compromissos de preservação dos direitos assumidos pelo Estado em âmbito internacional. E, por esta razão, a vedação de oferecimento de ANPP aos crimes de racismo também seria medida imperiosa.

Nesse ponto, ressaltou-se especificadamente que a adoção de tal vedação é consoante à Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, a qual exige, em seu artigo 10, o compromisso de garantir às vítimas (i) tratamento equitativo e não discriminatório, (ii) acesso igualitário ao sistema de justiça, (iii) processo ágeis e eficazes e (iv) reparação justa nos âmbitos civil e criminal, naquilo que for pertinente ao caso (Brasil, 2022).

E em se tratando das normas internacionais contra a discriminação racial, Serrano e Nunes Júnior (2023) entendem que o Ministério Público, em sede de exame e controle de convencionalidade, deve suprir a omissão legislativa e impossibilitar a celebração do ANPP às hipóteses de crimes raciais.

Os autores inferem, ainda, que o oferecimento do instituto à pessoa investigada causaria frustração às vítimas, as quais não alcançariam o reconhecimento judicial da repreensão penal da agressão sofrida. Da mesma forma, a realização do acordo, com a conseqüente ausência de condenação da pessoa investigada, obstaría a obtenção de indenização dos danos sofridos, na forma prevista pelo art. 387, IV, do CPP.

Portanto, sob essa perspectiva, a aplicação de acordo de não persecução penal aos crimes de racismo seria meio ineficaz e insuficiente para o combate do racismo no Brasil, uma vez que romperia com a rigidez penal conferida aos delitos de tal natureza ao colocar os bens jurídicos tutelados por essa norma penal como objeto de negociação.

Todavia, não se trata de entendimento pacífico. Em que pese seja notória a relativização da ação penal inerente ao ANPP, a vedação absoluta da aplicação do instituto pode não ser meio eficaz do exercício da resposta penal estatal ao que se refere aos crimes de racismo.

Primeiramente, insta frisar que a decisão proferida pela Segunda Turma da Suprema Corte no RHC n. 222.599/SC, segundo a qual os

crimes raciais não estão compreendidos no alcance material do ANPP, não foi unânime e pode ser objeto de nova discussão.

O Ministro André Mendonça entendeu não ser cabível a analogia da vedação conferida aos crimes de violência doméstica para também os cometidos em razão da raça ou da cor, observada a impossibilidade de incidência de analogia *in malam partem* no direito penal²⁸. Sustenta que não se pode estender a restrição imposta pelo legislador a delitos de outra natureza meramente em razão da teologia dessa restrição. No entanto, não há impedimentos para que o instituto deixe de ser aplicado aos delitos de racismo caso verificada pelo Ministério Público a insuficiência do acordo para a reprovação e prevenção do crime.

O Ministro Nunes Marques, por sua vez, debruçou-se sobre as questões processuais do caso concreto. No tangente à incidência do acordo aos crimes de racismo, sustentou que, em observância ao sistema acusatório, e com base na titularidade do Ministério Público para a celebração da negociação, cabe ao órgão ministerial a análise da viabilidade de oferecimento – ou não – do instituto. Portanto, presentes os requisitos objetivos previstos pelo legislador, não se pode obstar a celebração do acordo sem a análise do requisito subjetivo pelo Ministério Público, conforme é extraído de seu voto:

Assim, não compete ao Poder Judiciário determinar ao Ministério Público a celebração do acordo de não persecução penal. De igual forma, não se pode impedir, de plano, eventual propositura do acordo, pelo *dominus litis* da ação penal, quando, objetivamente, se fizerem presentes as exigências constantes do art. 28-A do Código de Processo Penal. (Brasil. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 222.599/SC. Recorrente: Dany Phillippi de Aguiar. Recorridos: Ministério Público de Santa Catarina e Ministério Público Federal. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília: 7 fev 2023).

²⁸ Em razão do princípio da proibição de analogia *in malam partem*, não é possível adotar situação prejudicial ao réu à caso semelhante ao disposto em lei, ainda no caso de omissão legislativa ao que se refere ao caso que deveria, em tese, ser alcançado pela norma.

Verifica-se, portanto, que os votos vencidos não se aproximam. Enquanto o Ministro Nunes Marques trata da discricionariedade do Ministério Público para analisar o cabimento do acordo, o Ministro André Mendonça se opõe à maioria no que tange à analogia da vedação da propositura do acordo aos delitos praticados no âmbito de violência doméstica, para os delitos decorrentes de preconceito de raça e de cor. Em que pese a interseção das normas incriminadoras em tutelar o direito à igualdade e a não discriminação, isso, por si só, não é suficiente para que a vedação legalmente expressa de uma seja aplicada a outra.

Em segundo lugar, ao que se refere à fundamentação do voto vencedor acerca da não aplicação do acordo em razão da necessária proteção da população negra, insta refletir sobre o efetivo acesso à justiça das vítimas dos crimes de racismo. De fato, o Estado dispensa tratamento constitucional e internacional de inibição às práticas de discriminação racial, sobretudo por meio da legislação penal. Todavia, ao que se refere ao processamento e julgamento dos crimes de racismo, como tratado anteriormente, é inegável a insuficiência do modelo tradicional da justiça penal. Diante disso, Livia Sant'Anna Vaz (2021) analisa que, com a incidência de ANPP aos delitos em comento,

não há qualquer prejuízo, quer à tutela penal do direito protegido, quer à vítima, obtendo-se inclusive resultados semelhantes e até mesmo mais eficientes e céleres, especialmente se houver disciplina legal mais atenta sobre o assunto (Vaz, 2021).

Frise-se que as hipóteses de crimes raciais que, em tese, admitiriam o oferecimento do ANPP pressupõem a ausência de violência ou grave ameaça na prática delitiva, a pena mínima em abstrato prevista para o crime inferior a 4 (quatro) anos, e a conduta não inserida no contexto de violência doméstica. Da mesma forma, o benefício não é oferecido caso a pessoa investigada seja reincidente ou já tenha sido beneficiada anteriormente por instituto semelhante.

Dessa forma, os crimes de racismo praticados com quaisquer desses gravames, isto é, os quais exigem maior rigor na repressão estatal e/ou são reiterados pelo agente, não estariam sujeitos ao acordo. Outrossim, convém ressaltar que permanece a cláusula aberta conferida pelo legislador ao Ministério Público, o qual poderá negar o

oferecimento do acordo caso fundamentadamente, na análise do caso concreto, entenda que a medida é insuficiente para a repressão e para a prevenção do crime.

Nota-se, ainda, que nos crimes de preconceito de raça e de cor, em tese suscetíveis ao ANPP, caso acarretem a condenação do réu, provavelmente ocorrerá a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Isso porque, em caso de condenação do agente com fixação de pena privativa de liberdade, por exemplo, em 4 (quatro) anos – isto é, bem acima no mínimo legal –, estar-se-ia, ainda, no alcance da substituição da pena, conforme os requisitos dispostos no art. 44 do Código Penal²⁹.

Veja-se, a propósito, o conteúdo das penas restritivas de direito, previstas no art. 43 do CP, que são traduzidas nas condições estabelecidas em sede de celebração de ANPP:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - limitação de fim de semana; IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana. (Brasil, 1940).

Com efeito, as condições/penas impostas à pessoa investigada/ré em caso de condenação ou celebração de acordo serão semelhantes, haja vista que o ANPP espelha as consequências decorrentes da ação penal. Nesse contexto, Livia Vaz (2021) analisa que

na hipótese da substituição prevista no art. 44 do CP - o que, como já dito, é de praxis nos casos de racismo -, o descumprimento da prestação de serviço, ou de qualquer outra pena alternativa implicará, invariavelmente, no cumprimento da pena privativa

²⁹ Código Penal, Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (BRASIL, 1940).

de liberdade em regime aberto. Já no caso de assinatura e homologação de um acordo de não persecução penal, o descumprimento importará na continuação do processo penal, com o oferecimento de denúncia (Vaz, 2021).

Portanto, em detrimento de longa instrução penal com provável aplicação de pena restritiva de direitos em caso de condenação, a aplicação do ANPP é medida alternativa mais célere com alcance de resultados equivalentes.

Ainda no tocante aos resultados obtidos pela celebração do ANPP, frisa-se, sobretudo, a fixação de reparação dos danos causados à vítima. Em contraposição ao entendimento pelo qual o acordo afastaria a obtenção de indenização pela vítima, é inegável que tal efeito é alcançado pelo ANPP, inclusive com maior celeridade, assegurando o reconhecimento judicial e a repressão da agressão sofrida.

Isso porque, conforme tratado anteriormente, o legislador impôs a reparação de danos à vítima como condição à celebração do acordo. Nesse sentido, ressalta-se que a satisfação da reparação é exigida logo após a homologação pelo juízo, à luz do caráter pré-processual do instituto, e em detrimento da longa instrução processual.

Portanto, embora a Segunda Turma do STF sustente que a vedação da aplicação do ANPP aos crimes de racismo está em consonância com a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância – para garantir às vítimas tratamento equitativo e não discriminatório, acesso igualitário ao sistema de justiça, processos ágeis e eficazes e reparação justa nos âmbitos civil e criminal –, é notória a insuficiência do modelo tradicional da justiça penal, e a justiça negocial se mostra mais efetiva para a promoção dessas garantias às vítimas.

Vaz e Cunha (2023) ressaltam, ainda, que a celebração de acordo é meio de garantir a construção de um sistema de responsabilização antirracista, vez que ao *Parquet* é conferida discricionariedade na fixação das condições, na forma do inciso V do art. 28-A do CPP. Para isso, os autores indicam o estabelecimento de cláusulas mínimas antirracistas, como as determinadas pelo Ministério Público do Estado da Bahia, por meio do Enunciado n. 28:

Enunciado n. 28: Nos crimes de racismo (*inclusive injúria racial*), a proposta de acordo de não persecução penal, além das condições dos incisos de I a V, do caput do art. 28-A do CPP, deverá conter cláusula pertinente: I - à *reparação mínima à vítima pelos danos morais e materiais decorrentes do crime*, cujo valor deverá ser abatido em eventual condenação cível; II - à *fixação, em sendo o caso, de valor mínimo de indenização por dano moral coletivo, destinando-se o valor correspondente para fundos ou ações específicos destinados ao enfrentamento ao racismo e/ou à promoção da igualdade racial, sem prejuízo de eventual ação civil pública, cujo valor da condenação deverá ser abatido do montante pago em decorrência do acordo*; III - à *prestação de serviço à comunidade, que consistirá em atribuições de tarefas gratuitas a serem realizadas em organizações ou instituições públicas ou privadas cuja principal atuação esteja voltada para o enfrentamento ao racismo e/ou à promoção da igualdade racial*; IV - à *participação do investigado em cursos ou grupos reflexivos de letramento racial, a serem realizados por organizações ou instituições públicas ou privadas cuja principal atuação esteja voltada para o enfrentamento ao racismo e/ou à promoção da igualdade racial*. (BAHIA, 2022) (grifo nosso).

Essas cláusulas visam minimizar o dano experimentado pela vítima da prática delitiva, assim como promover a reflexão do agente acerca do racismo e da igualdade racial. Portanto, a fixação de condições dessa natureza – compatíveis com a infração penal imputada – na celebração do ANPP permite que a incidência do instituto seja suficiente para a reprovação e prevenção de crime de preconceito de raça ou de cor, e eficaz na construção de um sistema antirracista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O racismo é parte integrante da estrutura social e institucional brasileira, como reflexo das desvantagens e dos privilégios conferidos a determinados grupos sociais no passado e perpetuados no tempo. Posto isso, de que forma o Estado tem assegurado acesso à justiça para a vítima de racismo? Consciente dessa situação, o Estado Democrático brasileiro estabeleceu um sistema de garantias de igualdade e de não

discriminação racial, assim como previu como crime condutas resultantes de preconceitos de raça ou de cor.

Em razão do tratamento constitucional dispensado ao combate ao racismo, há contradições na celebração de instituto da Justiça Negocial aos casos em que se processam delitos de tal natureza. O acordo de não persecução penal representa menor rigidez na resposta estatal conferida aos crimes aos quais o instituto é aplicado, haja vista que ocorre em detrimento da instrução processual e não acarreta apreciação do mérito em âmbito judicial com eventual condenação do agente em decorrência da prática delitiva.

Outrossim, da negociação de condições para a não instauração de ação penal infere-se a relativização do tratamento conferido às práticas de preconceito de raça e de cor, que não são toleradas pelo Estado brasileiro.

Portanto, em primeira análise, o oferecimento de ANPP aos crimes de racismo mostra-se desproporcional e incompatível – assim como, por consequência, ineficaz – com a natureza da infração penal.

No entanto, o impedimento da propositura de acordo de não persecução penal é meio eficaz no combate ao racismo no Brasil? É inegável a insuficiência do modelo tradicional da Justiça Penal no combate ao racismo. Garantir proteção aos direitos de quem comumente é posto como violador destes parece incompreensível para o sistema criminal vigente.

A partir dessa dedução, propõe-se uma nova análise da aplicação da Justiça Negocial aos crimes de preconceito de raça e de cor. O acordo de não persecução penal é instituto abreviador processual, o qual espelha o resultado provavelmente obtido com a instrução do processo, de forma que são pactuadas com a pessoa investigada cláusulas semelhantes às consequências de eventual condenação penal.

Resultado equivalente é obtido mais celeremente, com economia processual. Sem embargo dos benefícios consabidos à Justiça Criminal, à vítima do crime racial, figura principal das garantias de não discriminação e de combate ao racismo previstas constitucionalmente, é conferido melhor tratamento no âmbito do ANPP.

Em sede de ação penal, a deficiência processual comumente obsta o julgamento do feito, e, na hipótese de julgamento e condenação, poucos são os casos que resultam em qualquer reparação à vítima. Por

outro lado, a celebração de ANPP pressupõe a reparação do dano experimentado pela vítima, salvo na impossibilidade de fazê-lo. O instituto garante à vítima efetivo acesso à justiça, por meio da responsabilização do agente da infração penal e do estabelecimento de reparação ou indenização pelos danos sofridos.

Outrossim, a cláusula aberta prevista no Código de Processo Penal pela qual o Ministério Público poderá fixar condições além das dispostas em lei, torna possível a criação de um sistema antirracista, como defendido por Vaz e Cunha (2023). A Justiça Negocial permite que o agente delitivo se comprometa à participação de programas de enfrentamento ao racismo ou promoção da igualdade racial.

Pelo exposto, com a vedação de aplicação da Justiça Negocial aos crimes de racismo, a natureza do delito se oporia ao acesso à justiça para a vítima. No entanto, com a aplicação, estar-se-ia negociando em detrimento da persecução penal de práticas discriminatórias raciais.

Por conseguinte, o objetivo não é a celebração indistintamente de acordo aos casos de crimes de preconceito de raça ou de cor, uma vez preenchidos os requisitos objetivos dispostos em lei. Cabe ao Ministério Público, como titular da ação penal, verificar a viabilidade do ANPP, assim como sua necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção da prática penalmente prevista. Logo, o afastamento da vedação absoluta ao oferecimento do acordo permitiria ao órgão ministerial deliberar no caso concreto – observadas as minúcias de cada situação – acerca da eficácia do instituto no combate ao racismo.

O posicionamento de diversos movimentos negros sobre a aplicação do ANPP nos casos de crimes de racismo geralmente é de crítica e de oposição. Isso ocorre porque certos atores consideram que a aplicação do ANPP em tais casos poderia resultar em uma proteção insuficiente contra a discriminação racial, uma vez que o racismo é um crime considerado imprescritível e inafiançável pela Constituição Federal de 1988.

Além disso, o movimento negro argumenta que a celebração do ANPP em crimes raciais poderia desprestigiar o regime constitucional de repúdio ao racismo e combate à discriminação racial, estabelecido em dispositivos como os artigos 3º, inciso IV, e 5º, inciso XLII, da Constituição Federal. A decisão recente do Supremo Tribunal Federal (STF) de que o ANPP não pode ser aplicado em casos de crimes raciais e injúria racial

reforça essa visão, destacando a necessidade de abordagens específicas para combater a discriminação racial e o racismo institucional (e estrutural) presente na realidade brasileira.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Sílvio. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.
- ARAÚJO, Juliana Moyzés Nepomuceno. *Acordo de não persecução penal: instrumento de concretização do processo penal resolutivo e eficiente*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.
- AZEVEDO, Delina Santos. *Racismo Institucional: uma análise dos processos de crimes e racismo judicializados na Comarca de Salvador (2016-2021)*. Pesquisa realizada no âmbito do Grupo de Pesquisa Eixo Racismo, instituído pelo Centro de Aperfeiçoamento de Estudos Funcionais (CEAF), do Ministério Público do Estado da Bahia, a ser publicada na Revista Captura Críptica da UFSC, Dossiê “Racismos: corpos, políticas, cidades, poderes e dominações em tempos de ódios”, v. 12, nº 1, 2023.
- BANTON, Michael. *A ideia de raça*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Acordo de Não Persecução Penal*. São Paulo: Dialética, 2020.
- BORGES, Juliana. *O que é: encarceramento em massa*. Belo Horizonte: Letramento; Justificando, 2018.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: Juspdívum, 2017.
- FBSP – Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022*. São Paulo: FBSP, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/20-anuario-2022-as-820-mil-vidas-sob-a-tutela-do-estado.pdf>. Acesso em: 9 set. 2023
- FERREIRA, Poliana da Silva. Entre o indissociável e o inacessível: o que nos ensinam os estudos sobre justiça criminal e desigualdade racial. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 181, n. ano 29, p. 163-193, 2021.
- GONZALES, Lélia. *Racismo e sexismo na cultura brasileira*. Revista Ciências Sociais Hoje, Anpocs, p. 223-244, 1984.

GONZALES, Lélia; HASENBALG, Carlos. *O lugar de negro*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1982.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: Características Gerais dos Domicílios e dos Moradores 2022*. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102004_informativo.pdf. Acesso em: 5 set. 2023.

LAURIA, Mariano Paganini. Capítulo 10 - Preconceito de Raça ou de Cor - Lei 7347/1985. In: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó. (Org.). *Leis Penais Especiais Comentadas Artigo por Artigo*. 01 ed. Salvador: Juspodium, 2020.

LIMA, Lúcia Maria Ribeiro de. *A proteção às vítimas do crime de injúria racial no Tribunal de Justiça do Acre*. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

MACHADO, Marta Rodriguez de LIMA, Márcia; NERIS, Natália. Racismo e insulto racial na sociedade brasileira: dinâmicas de reconhecimento e invisibilização a partir do direito. *Novos estudos CEBRAP*, v. 35, p. 11-28, 2016. <https://doi.org/10.25091/S0101-3300201600030001>

MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

MENEZES, Maiá. *Vítimas de racismo perdem 57,7% das ações*. O Globo, 20 nov. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/408706>. Acesso em: 8 set. 2023.

MESSIAS, Mauro. *Acordo de não persecução penal: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. *Norma Técnica n. 10/2020*. Disponível em: <https://siteantigo2.mppe.mp.br/mppe/comunicacao/noticias/12937-caop-criminal-emite-nota-sobre-impossibilidade-de-acordo-de-nao-persecucao-penal-em-crimes-de-racismo>. Acesso em: 9 set. 2023.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Orientação n. 1/2020 – PGJ/SP E CGMP/SP*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2020. Disponível em: https://biblioteca.mpsp.mp.br//PHL_IMG/AVISOS/206-Aviso%202020.pdf Acesso em: 09 set. 2023.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE. *Norma Técnica Orientativa Conjunta n. 01/2020*. Disponível em: https://www.mpac.mp.br/wp-content/uploads/NOTA_T%3C%89CNICA_ORIENTATIVA_CONJUNTA_N%3C%2%BA_01_-_vers%3C%A3o_final.pdf. Acesso em: 9 set. 2023.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO GOIÁS. Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal. *Enunciados Interpretativos da Lei Anticrime*. Goiás: Ministério Público do Estado do Goiás, 2019. Disponível em: https://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2020/01/24/15_20_31_823_Enunciados_pacote_anticrime_GNCCRIM_CNPG.pdf. Acesso em: 15 out. 2023.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. *Norma Técnica n. 01/2021*. Disponível em: https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fsite.mppr.mp.br%2Fsites%2Fhotsites%2Farquivos_restritos%2Ffiles%2Fmigrados%2Ffile%2FNupier%2FNota_tecnica%2FNota_Tecnica_Nupier_Acordo_de_Nao_Persecucao.odt&wdOrigin=BROWSELINK. Acesso em: 9 set. 2023.

MOREIRA, Adilson. *Racismo Recreativo*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

MUNANGA, Kabengele. *Teoria Social e Relações Raciais no Brasil Contemporâneo*. Caderno Penesb. Niterói: 2010. Disponível em: <https://penesbi.uff.br/wp-content/uploads/sites/573/2019/02/LIVRO-PENESB-12.pdf>. Acesso em: 13 out. 2023

NASCIMENTO, Beatriz; RATTS, Alex (Org.). *Eu sou atlântica: sobre a trajetória de vida de Beatriz Nascimento*. São Paulo: Instituto Kuanza; Imprensa Oficial, 2006

OEA - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. *Relatório n. 66/06*. Disponível em: <http://cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>. Acesso em: 08 out. 2023.

OLIVEIRA, Dennis. *Racismo Estrutural: uma perspectiva histórico-crítica*. São Paulo: Dandara, 2021.

ONU - Organização das Nações Unidas. *Resolução da Assembleia Geral 67/879*, 2013. Disponível em: daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/67/879&Lang=E. Acesso em 8 set. 2023.

ONU -Organização das Nações Unidas. *Resolução da Assembleia Geral 68/237*, 2013. Disponível em: https://decada-afro-onu.org/N1362881_pt-br.pdf. Acesso em 8 set. 2023

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Criminalização do Racismo entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. <https://doi.org/10.17771/PUCRio.acad.34475>

QUIJANO, Aníbal. *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2005.

RODRIGUES, Denise Carvalho dos Santos. *Experiências de injúria racial e preconceito/discriminação em novos contextos sociais: um estudo sobre os boletins de ocorrência e os relatos de crimes raciais registrados na 2ª Delegacia de Polícia de Repressão aos Crimes Raciais e de Delitos de Intolerâncias (DECRADI/SP)*. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. <https://doi.org/10.11606/T.8.2018.tde-20082018-153128>

SALES JR, Ronaldo. Democracia racial: o não-dito racista. *Tempo social*, v. 18, p. 229-258, 2006. <https://doi.org/10.1590/S0103-20702006000200012>

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. *Direitos humanos e as práticas de racismo*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/13516>. Acesso em: 13 out. 2023

SEGATO, Rita. *Cenas de um pensamento incômodo: gênero, cárcere e cultura em uma visada decolonial*. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2022.

SERRANO, Yolanda, NUNES JÚNIOR, Vidal. *Controle de convencionalidade pelo Ministério Público e o não cabimento de acordo de não persecução penal em delitos de racismo*. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 39, 2023, p. 205-228. Disponível em: <https://www.proquest.com/openview/82ab2f8e689147c61f923f68ece0d6fe/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2031966>. Acesso em: 9 set. 2023.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias; DIAS, Danilo Pinheiro. Discricionariedade persecutória no ANPP: afinal, o que se negocia? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 50, p. 183-202, dez. 2022. <https://doi.org/10.22456/0104-6594.113498>

TELLES, Edward. *Repensando As Relações De Raça No Brasil*. *Teoria & Pesquisa Revista de Ciência Política*, São Carlos, 2009. Disponível em: <https://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/view/59>. Acesso em: 12 out. 2023.

VAZ, Livia Sant'Anna; CUNHA, Rogério Sanches. *(Im)possibilidade de se aplicar o ANPP nos crimes de racismo*. Meu site jurídico, Salvador, 9 fev. 2023. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/02/09/impossibilidade-de-se-aplicar-o-anpp-nos-crimes-de-racismo/>. Acesso em 10 ago. 2023.

VAZ, Livia Sant'Anna. *O acordo de não persecução penal nos casos de racismo*. Migalhas, São Paulo, 6 dez. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/olhares-interseccionais/356037/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-nos-casos-de-racismo>. Acesso em: 10 set. 2023.

Authorship information

Ana Beatriz da Silva Pinto. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Servidora pública no Tribunal Superior Eleitoral – TSE. anabeatrizdaspinto@gmail.com

Gustavo Menon. Pós-doutorado em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (USAL-Espanha). Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina na Universidade de São Paulo - PROLAM/USP. Foi professor substituto na Escola de Artes, Ciências e Humanidades no curso de Gestão de Políticas Públicas na Universidade de São Paulo (EACH/USP). Coordenador no Grupo de Estudos de História, Direito, Democracia e Estado na América Latina (GEHDDEAL) e membro do Grupo de Trabalho “China e o Mapa do Poder Mundial”, do Conselho Latino-americano de Ciências Sociais - CLACSO, Argentina. Docente no PROLAM-USP, Faculdade CET e na Universidade Católica de Brasília (UCB). Coordenador do Curso de Graduação em Relações Internacionais na UCB. gustavo.menon@usp.br

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Ana Beatriz da Silva Pinto:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Gustavo Menon:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 02/04/2024
 - Desk review and plagiarism check: 05/04/2024
 - Review 1: 11/04/2024
 - Review 2: 14/04/2024
 - Review 3: 18/04/2024
 - Review 4: 18/05/2024
 - Transfer to V11N1: 27/07/2024
 - Preliminary editorial decision: 17/02/2025
 - Correction round return: 07/03/2025
 - Final editorial decision: 09/03/2025
- Editorial team**
 - Editor-in-chief: 1 (VGV)
 - Reviewers: 4

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

PINTO, Ana Beatriz S.; MENON, Gustavo. A eficácia do acordo de não persecução penal aos crimes de racismo: uma análise do RHC 222.599/SC do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 1, e1005, jan./abr. 2025. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i1.1005>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory

A luta pelas garantias processuais e a mudança de paradigma em matéria de prova: do liberalismo à *mass surveillance* no processo penal europeu

The fight for fair trial rights and the paradigm shift in evidence: from liberalism to mass surveillance in criminal proceedings in Europe

Lorena Bachmaier Winter¹

Universidad Complutense Madrid, Madrid, Espanha

l.bachmaier@der.ucm.es

 <https://orcid.org/0000-0002-9212-3336>

RESUMO: As informações de fontes abertas disponíveis de cada um de nós permitem, por meio do processamento adequado, criar um perfil detalhado de praticamente todos os aspectos de nossa vida privada. De acordo com o algoritmo utilizado, isso pode levar a identificar um indivíduo como uma “pessoa de interesse” e, no logo em seguida, esses mesmos dados podem ser usados para caracterizar a justa causa e iniciar um processo criminal. Se o caso for a julgamento, esses dados podem ser apresentados como prova. Este artigo discute como o acesso a plataformas de mensagens criptografadas (como no caso Encrochat) e o processamento massivo de dados por meio de algoritmos e inteligência artificial exigem repensar toda a estrutura do processo penal. Defende-se que é necessário revisar as garantias processuais desenvolvidas nos últimos dois séculos para poder enfrentar os riscos

¹ Professora Catedrática de Direito Processual da Universidade Complutense de Madrid, Madrid, Espanha. Doutora em Direito.

Este trabalho insere-se no projeto de investigação de I+D+i «*Prueba penal y nuevos retos en el proceso penal transnacional*» (ref. PID2023-148413NB-100), financiado pelo Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Tradução do espanhol ao português por Fernanda Vilares e Luiz Eduardo Cani.

da era digital. Conclui-se que há uma nova mudança na obtenção de provas, o que exige o fortalecimento das garantias do devido processo na fase de investigação.

PALAVRAS-CHAVE: processo penal; prova; devido processo; algoritmos; investigação transnacional; prova eletrônica; interceptação de comunicações; buscas digitais; vigilância em massa; justa causa; Tribunal de Justiça da União Europeia.

ABSTRACT: *Only with the open source information available of each any person it is possible through the adequate processing to create a detailed profile of practically all aspects of our private life. According to the algorithm used, this can lead to identify an individual as a "person of interest", and this it is only one step away from that same data being used to establish probable cause to open a criminal case, and if the case ends up in a trial, to present such data as evidence. This article discusses how the access to encrypted messaging platforms (as in the Encrochat case) and the massive processing of data through algorithms and artificial intelligence requires to rethink the whole structure of the criminal procedure. It advocates that there is a need to revisit the procedural safeguards developed during the past two centuries to be able to face the risks of the digital era. It concludes that there is a new shift in the gathering of evidence, which calls for strengthening the fair trial rights at the pre-trial stage.*

KEYWORDS: *criminal procedure; evidence; fair trial rights; algorithms; transnational investigation; electronic evidence; interception of communications; digital searches; mass surveillance; probable cause; European Court of Justice.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. O processo penal liberal frente ao paradigma digital e a prevenção do delito; 2. Inteligência, prevenção e interceptação de comunicações: do caso *Big Brother Watch* ao *EncroChat*; 2.1 Inteligência, prevenção e interceptação de comunicações na jurisprudência do TEDH; 2.1.1 Segurança e interceptação de comunicações; 2.1.2 O caso *Big Brother Watch* e a vigilância em massa; 2.1.3 Vigilância e prevenção sem *mass surveillance*; 2.1.4 O caso *ByLock*; 2.2 A interceptação em massa de comunicações e o caso *EncroChat*; 2.2.1 O caso *EncroChat* nos tribunais alemães; 2.2.2 A questão preliminar no TJUE; 3. *Mass surveillance* e análise de dados abertos: os desafios para o processo penal; 4. Novo paradigma, novas garantias?; A título de conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

As democracias liberais do denominado mundo ocidental estão submetidas a crescentes tensões que se traduzem, entre outras coisas, em perda de confiança na representação parlamentar, maior polarização política, aparecimento de crescentes focos de corrupção, manipulação massiva da informação, aumento de movimentos políticos radicais e ataques ou tentativas de neutralização do Poder Judiciário. Se este diagnóstico parece indubitável, entretanto, é mais complexo determinar quais são as causas desses fatores de risco para nossas democracias.

Um elemento que claramente atua como motor de mudança da sociedade atual e opera de forma transversal em todas as áreas de nossa vida, também na esfera política, é a digitalização de todos os âmbitos de nossas vidas. Naturalmente, estudar de maneira integral em que medida a transformação digital contribuiu para criar ou agravar os problemas das democracias ocidentais excede o objetivo e os limites deste trabalho. Aqui nos interessa indagar em que medida essas mudanças – e especificamente a digitalização – são «digeridos» de forma adequada: não tanto por cada um dos indivíduos, senão pelos sistemas jurídicos e, em particular, a partir da perspectiva da resposta dos sistemas de justiça frente ao delito.

Nesse contexto, se observa um progressivo distanciamento dos princípios que até agora se havia considerado fundamentais tanto do direito como do processo penal; princípios que provêm do Iluminismo e estavam fortemente consolidados na segunda metade do século XX no movimento de reconhecimento internacional e constitucional dos direitos humanos, os quais frequentemente identificamos com o liberalismo jurídico. É certo que o próprio conceito de liberalismo foi entendido de muitas maneiras²; porém, sem pretensões de fazer uma

² Vid. ALCALÁ ZAMORA, Niceto. Liberalismo y autoritarismo en el proceso. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 1, n. 2-3, pp. 559-600, 1968, no qual destaca que um sistema processual se caracteriza como liberal ou autoritário levando «em consideração as características intrínsecas e os princípios em que seu funcionamento se inspira», p. 572. Apesar de sua análise centrar-se no processo civil, muitas de suas afirmações são aplicáveis igualmente ao processo penal, em particular quando sublinha a

análise completa, bastará explicar que aqui o utilizo como o oposto do autoritarismo: um modelo jurídico em que a dignidade humana e os direitos fundamentais constituem o eixo sobre o qual gira todo o sistema normativo. Se nos referíssemos especificamente ao processo penal «liberal», estaríamos falando do «processo justo ou devido», cuja função e características essenciais poderiam ser sintetizados nos seguintes elementos: respeito à presunção de inocência do imputado; compreensão da função do direito processual penal consistente em proteger os direitos fundamentais daqueles que se veem submetidos ao poder público a fim de permitir-lhes defender-se da melhor maneira possível; e tudo isso com a convicção de que quando se comete o fato criminoso o sujeito débil é a vítima, porém no momento do processo o sujeito débil é o imputado³.

Nas seguintes páginas serão analisados alguns dos problemas ou tensões aos quais se vê submetido o processo penal atual e que obrigam a repensar seu futuro em nosso mundo «digitalizado» para que possa seguir constituindo um marco de garantias do indivíduo frente ao poder cada vez mais abrangente do Estado. Isso se torna ainda mais urgente porque somos testemunhas de como democracias que críamos imunes aos excessos se veem assaltadas por governos com tendências autocráticas que se prolongam naturalmente em respostas de idêntica tendência frente a determinados fenômenos delitivos. Neste cenário, meu objetivo é advertir como as tecnologias da informação e da comunicação, junto com a capacidade de *mass surveillance* por parte dos Estados, já está gerando uma mudança tanto na estrutura como nas funções do processo penal, fundamentalmente no âmbito do direito probatório, com um claro impacto – não necessariamente positivo – no direito de

observação do devido processo como critério que caracteriza como liberal a fase judicial. Vid. p. 592 e ss.

³ Diante da reconhecível tendência populista – e de clara tendência autocrática –, efeticista e «eficientista» da justiça penal, não é de estranhar que algumas vozes se levantem a favor da defesa dos chamados princípios jurídico-liberais. Um exemplo é o denominado «Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo», publicado em 2019, elaborado pela *Unione delle Camere Penali Italiane*. Disponível em: https://www.camerepenali.it/public/file/Riservato/Luglio_2019_Manifesto%20del%20diritto%20penale%20liberale%20e%20del%20giusto%20processo.pdf.

defesa. Junto a isso não se pode perder de vista as grandes corporações de prestação de serviços de internet, não só pela capacidade de intrusão que têm em nosso direito à privacidade, senão também porque se estão erigindo como “*partners*” necessários na investigação penal através da gestão de nossos dados⁴.

1. O PROCESSO PENAL LIBERAL FRENTE AO PARADIGMA DIGITAL E A PREVENÇÃO DO DELITO

Coletar informação e processá-la para fins de segurança (o que entendemos normalmente por inteligência) não só é uma tarefa necessária e útil, senão também indispensável para atuar eficazmente contra os fenômenos da delinquência em geral, e em particular contra a delinquência organizada, o terrorismo e, ligado a esses, a lavagem de dinheiro⁵. Sem embargo, tendo em vista as dimensões que adquiriu a coleta de informação e as possibilidades tecnológicas da *mass surveillance*, é natural que nos perguntemos se não se está introduzindo de forma sub-reptícia um sistema alternativo ou adicional de prevenção – e inclusive de punição – do delito, permeando as estruturas processuais sem um marco jurídico adequado e transparente. A solução simplista de advogar pela proibição dos sistemas de *mass surveillance* e de análise de *big data*, sendo realistas, não é viável e quiçá tampouco sensata: não se podem ignorar as possibilidades que oferecem os sistemas de vigilância em massa das

⁴ Vid. RATNER, Steven R. Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility. *Yale Law Journal*, v. 111, n. 3, pp. 443-545, 2001, p. 496 e ss; BILCHITZ, David. The Right to Privacy, Surveillance and the Global Obligations of Corporations. In: COLE, David D.; FABBRINI, Federico; SCHULHOFER, Stephen. (Eds.) *Surveillance, Privacy and Trans-Atlantic Relations*: Hart Studies in Security and Justice. Dublin: Bloomsbury Publishing, 2017, p. 113-138.

⁵ Sobre a necessidade da informação de inteligência no âmbito da prevenção penal e da segurança nacional, vid., entre outros: DERENCINOVIC, Devor, GETOS, Anna-Maria. Cooperation of law enforcement and intelligence agencies in prevention and suppression of terrorism. European perspective. *Revue internationale de droit pénal*, v. 78, pp. 79-112, 2007, p. 86; BACHMAIER WINTER, Lorena. Información de inteligencia y proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena. (Coord.). *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*. Madri: Marcial Pons, 2012.

comunicações, nem tampouco a necessidade que tem a sociedade de se proteger frente a ameaças graves à sua segurança e à convivência pacífica. Porém, como expressou o Parlamento Europeu, «a vigilância em massa é incompatível com as pedras angulares da democracia»⁶ se dita vigilância em massa não se limita a casos excepcionais e não se realiza em conformidade com a lei⁷. Portanto, a necessidade de prevenir e perseguir fenômenos de delinquência grave e o uso de ferramentas de *mass surveillance* devem ser feitos garantindo a plena tutela dos direitos fundamentais⁸. Naturalmente, o problema gira novamente em torno dos limites, dos controles e sobretudo da proporcionalidade dessas medidas.

O debate acerca do papel do direito penal na prevenção do delito, desde a lavagem de dinheiro até o terrorismo ou em matéria de proteção do meio ambiente e sobre as medidas adotadas pelos Estados além dos clássicos limites do direito penal e do processo penal, não é completamente novo⁹.

⁶ Resolução do Parlamento Europeu de 12 de março de 2014 sobre o programa de vigilância em massa da NSA estadunidense e seu impacto sobre os direitos fundamentais dos cidadãos da União Europeia e sobre a cooperação transatlântica em matéria de assuntos de Justiça e Interior. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2014-0230>.

⁷ Vid. também a Recomendação CM/Rec(2014)6 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa aos Estados membros sobre um «Guide to Human Rights for Internet Users» (adotado em 16 de abril de 2014): «4. Você não deve ser submetido a vigilância geral ou medidas de interceptação. Em circunstâncias excepcionais, previstas em lei, sua privacidade em relação a seus dados pessoais pode sofrer interferência, como no caso de uma investigação criminal. Informações acessíveis, claras e precisas sobre as leis ou a políticas relevantes e seus direitos a esse respeito devem ser disponibilizadas para você».

⁸ Vid. também Conferência Mundial de Direitos Humanos da ONU, Declaração de Vienna de 1993, parágrafo 17; e a Recomendação R(96)8 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa aos Estados membros sobre «Crime Policy in Europe in a Time of Change» (adotada em 5 de setembro de 1996). Disponível em: <https://rm.coe.int/16804f836b>.

⁹ A bibliografia sobre esse tema é abundante. Vid., entre outros: SIEBER, Ulrich. Legitimation und Grenzen von Gefährungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt: eine Analyse der Vorfeldtatbestände im “Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten”. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, v. 29, n. 7, pp. 353-364, 2009; e também SIEBER, Ulrich. Risk prevention by means of criminal law – On

Em muitos âmbitos, a fronteira entre prevenção e repressão tende a se confundir, já que, por um lado, o direito penal passou da repressão à prevenção; e, por outro, as medidas do direito administrativo tendem a ter um caráter punitivo¹⁰. Sem dúvida, isso tem impacto sobre os direitos fundamentais e também sobre a concepção mesma do processo penal. Embora esse tipo de processo tenha sido concebido tradicionalmente como um marco de garantias para proteger ao indivíduo de intrusões indevidas por parte do Estado e para impedir o uso abusivo do *ius puniendi*, podemos observar hoje medidas igualmente intrusivas fora do âmbito do direito penal e, portanto, fora das garantias previstas pelo processo penal¹¹. Pode-se dizer que na atualidade o direito administrativo se «criminaliza» através de um eficaz sistema sancionatório, ao mesmo tempo que o processo penal se «administrativiza», não só com âmbitos

the legitimacy of anticipatory offenses in Germany's recently enacted counter-terrorism law. In: GALLI, Francesca; WEYEMBERGH, Anne. (Eds.), *EU counter-terrorism offences: What impact on national legislation and case-law?*. Bruxelas: Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 2012, p. 251-279; HIRSCH, Marianne F. H. Terrorism Causing a Shifting Responsibility in Criminal Pre-Trial Investigation: from Repression to Prevention. In: HIRSCH, Marianne F. H. et al. (Ed.). *Shifting Responsibilities in Criminal Justice*. Haia: Eleven International Publishing, 2012, p. 21 e ss; ASHWORTH, Andrew; ZEDNER, Lucia. *Preventive Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 13-26 e 179 e ss.

¹⁰ Vid. por exemplo: OJANEN, Tuomas. Administrative counter-terrorism measures – a strategy to circumvent human rights in the fight against terrorism?. In: COLE, David; FABBRINI, Federico; VEDASCHI, Arianna. (Ed.). *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013, p. 251 e 254; GALLI, Francesca. The freezing of terrorists' assets: preventive purpose with a punitive effect. In: GALLI, Francesca; WEYEMBERGH, Anne. (Ed.). *Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU*. Bruxelas: Editions de l'Université de Bruxelles, 2014, p. 51 e ss.; MITSILEGAS, Valsamis. The Security Union as a paradigm of preventive justice: Challenges for citizenship, fundamental rights and the rule of law. In: CARRERA, Sergio; MITSILEGAS, Valsamis. (Ed.). *Constitutionalising the Security Union. Effectiveness, Rule of Law and Rights in Countering Terrorism*. Bruxelas: CEPS, 2017, pp. 5-21.

¹¹ ASHWORTH, Andrew; ZEDNER, Lucia. *Preventive Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 181-190, embora a respeito das medidas preventivas adotadas no Reino Unido em matéria de terrorismo e alheias ao processo penal.

de responsabilidade penal objetiva, senão especialmente através da busca de soluções de conformidade ou justiça negociada.

O recurso a amplas medidas preventivas também provocou o aparecimento de uma nova categoria de pessoas – as chamadas «pessoas de interesse» - que não chegam a serem consideradas como suspeitas para o processo penal, mas se compreende que devam permanecer sob um «radar de controle»¹². Naturalmente, isso leva a perguntar-se como se convertem certos sujeitos nessa esfera da «justiça preventiva», dirigida para fins de segurança. A situação atual na luta contra certos tipos de delinquência mostra que determinadas pessoas apresentam um potencial risco de vincular-se a atividades delitivas e que os sistemas de *mass surveillance* baseados em algoritmos os identificam como pessoas de interesse ou «pré-suspeitas». Uma vez classificadas pelo algoritmo nessa categoria, podem estar sujeitos a vigilância permanente, precisamente para coletar dados destinados à atividade de inteligência e fazer uma análise mais específica dos possíveis riscos. A «pessoa de interesse» passa assim a ficar sob a esfera de vigilância policial ou dos serviços de inteligência; porém, enquanto não houver indícios ou suspeitas fundadas da prática de um delito, não é, a rigor, suspeita desde a perspectiva processual tradicional. Daí que a máquina do sistema de justiça penal não pode ser ativada contra esse sujeito, porém também não lhe serão aplicáveis os direitos reconhecidos na esfera processual penal aos suspeitos em sentido próprio. É o que se denominou «princípio constitucional de intervenção indiciária»¹³, que, como veremos mais adiante, se conecta com o conceito de causa provável da quarta emenda da Constituição estadunidense¹⁴.

¹² Analisei esse tema anteriormente em: BACHMAIER WINTER, Lorena. Countering Terrorism: Suspects without suspicion and (Pre-)Suspects under surveillance. In: SIEBER, Ulrich; MITSILEGAS, Valsamis; MYLONOPOLUS, Christos; KNUST, Nandor. (Eds.). *Alternative systems of Crime Control*. Berlin: Duncker & Humblot, 2018, p. 171-191.

¹³ A esse respeito, vid. MARTÍN MORALES, Ricardo. El principio constitucional de intervención indiciaria. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 2, pp. 341-506, 1999.

¹⁴ Vid. BACHMAIER WINTER, Lorena. Probable cause y la Cuarta Enmienda de la Constitución estadounidense: una garantía tan imprecisa como necesaria. *Quaestio Facti*, v. 4, n. 1, pp. 191-220, 2023.

E é aqui que podemos identificar os fatos que obrigam a repensar as garantias do sistema de justiça penal e do processo penal. Por um lado, existe uma invasão no âmbito dos direitos fundamentais das pessoas sem que exista uma suspeita prévia sobre elas. E, por outro lado, a utilização da vigilância em massa ou *mass surveillance* abre as portas para a possibilidade de elaborar indícios racionais ou suspeitas fundadas que, por sua vez, permitirão o início do processo penal.

Com relação ao primeiro desses fatos, as «pessoas de interesse» estão sujeitas a certas medidas de vigilância que podem afetar seu direito à privacidade¹⁵ e seu direito à proteção de dados. Na maioria dos casos não saberão que estão ou estiveram sob vigilância ou acompanhamento. Apenas se forem objeto de medidas administrativas que suponham uma restrição importante a seus direitos fundamentais – por exemplo, como a proibição de atravessar as fronteiras estatais ou de entrar em um determinado país, ou o congelamento de seus ativos – tomarão consciência de sua condição de «pessoas de interesse» ou «pré-suspeitas». E justamente em relação a isso convém considerar o tipo de garantias que se deve conceder a esses «suspeitos preventivos», àqueles que foram identificados como sujeitos de risco. Dado que essas pessoas não são suspeitas em uma investigação criminal e que o processo penal não foi iniciado formalmente, as garantias correspondentes não são aplicáveis. Porém, parece claro que sua situação não é comparável a de um cidadão comum, alheio à atenção dos sistemas de segurança.

Os critérios que devem ser seguidos nesses casos não estão claros porque não estão definidos legalmente e nem são públicos, de modo que as agências de segurança ou serviços de inteligência dispõem de uma ampla margem de apreciação para decidir se uma pessoa deve entrar ou não na categoria de «pessoa de interesse», baseando-se na informação coletada com ou sem o uso de *software* baseado no uso de algoritmos

¹⁵ Não é fácil definir o direito à *privacy*, já que é composto por uma multiplicidade de direitos. Sem abordar essa questão, devo explicar que, para os efeitos deste estudo, nos referimos à privacidade como o controle da informação pessoal e o direito dos cidadãos a se autodeterminarem quando, como e em que medida a informação sobre eles se comunica aos demais. Assim o define: WESTIN, Alan. *Privacy and Freedom*. Nova Iorque: Atheneum, 1967, p. 7 e ss.

que identificam riscos¹⁶. Sem dúvida, não é fácil encontrar o adequado equilíbrio que permita manter a proteção das garantias do indivíduo frente ao Estado e ao mesmo tempo a elaboração de perfis que podem ter importantes repercussões no âmbito da liberdade e da privacidade dos cidadãos (embora devamos aceitar que a segurança passa por algum tipo de invasão na privacidade dos cidadãos)¹⁷.

Esta realidade, sem ser nova, tem atualmente algumas características muito diferentes daquelas da época pré-digital. Em primeiro lugar, as gigantescas possibilidades que oferecem as ferramentas tecnológicas e, cada vez mais, o uso da inteligência artificial. E, em segundo lugar, a evanescente divisão entre a prevenção e a repressão, assim como a possibilidade – nem sempre regulada – de que os dados compilados acedam ao processo penal e se convertam em prova penal.

Os direitos dos suspeitos no processo penal estão definidos nos códigos processuais penais de âmbito nacional com a mínima harmonização que se produziu no âmbito da União Europeia por meio das distintas diretivas adotadas na matéria. Porém quais são os direitos reconhecidos aos pré-suspeitos ou «suspeitos preventivos»? Desde o ponto de vista da prevenção e da segurança nacional – e inclusive da segurança pública em geral – pode-se afirmar que sempre existiram mecanismos de vigilância para identificar riscos.

Porém convém reiterar que, devido à enorme expansão das possibilidades de vigilância através das tecnologias digitais e a sofisticados programas informáticos, o alcance da vigilância preventiva oferece hoje um panorama muito diferente em comparação com a informação

¹⁶ Sobre as diferenças entre o *predictive policing* baseado em algoritmos e os sistemas tradicionais de avaliação dos riscos por parte dos agentes de polícia, vid. RADEMACHER, Timo. Predictive Policing im deutschen Polizeirecht. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 142, n. 3, pp. 366–416, 2017, p. 391-393.

¹⁷ No mesmo sentido: GALISON, Peter; MINOW, Martha. Our Privacy, Ourselves in the Age of Technological Intrusions. In: ASHBY WILSON, Richard. (Ed.). *Human Rights in the 'War on Terror'*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 260, destacando que o conflito entre a segurança e a privacidade é inevitável. Não obstante, a meu juízo, ambos os interesses jurídicos devem andar de mãos dadas e é necessário que se busque o necessário equilíbrio entre eles, de tal maneira que as restrições e limites de um e do outro não necessariamente devem ser entendidos como conflitos.

coletada no passado através de informantes, de vigilância policial ou de interceptação de comunicações por parte dos serviços de inteligência. Como é sabido, os sistemas informáticos complexos utilizam uma série de algoritmos para elaborar uma vigilância policial preditiva, o qual possibilita a detecção de riscos através de mecanismos computacionais capazes de cruzar enormes quantidades de dados de pessoas físicas¹⁸. A consequência lógica é o maior número de pessoas que podem cair dentro da categoria de «pessoas de interesse». E também aumenta a capacidade de submetê-las a acompanhamento eletrônico intrusivo, o que acarreta maiores riscos para sua privacidade.

Especialmente em matéria de crime organizado e terrorismo – porém não só –, a tendência atual é centrar esforços a nível preventivo para enfrentar as ameaças e atuar muito antes do início formal do processo penal. E, como a tecnologia oferece a possibilidade de identificar – com maior ou menor margem de erro – os sujeitos que representam um risco potencial e submetê-los à vigilância eletrônica ou aplicar-lhes medidas administrativas de prevenção, parece que também deve ser redefinida a proteção dos cidadãos nessa etapa preventiva, ou bem estabelecer claras fronteiras com o processo penal. Assim, é necessário regular os direitos daquelas que foram consideradas «pessoas de interesse», as quais podem ser objeto de um conjunto de medidas encaminhadas a prevenir delitos graves ou ataques terroristas.

¹⁸ A esse respeito, vid. BRAYNE, Sarah. *Predict and Surveil: Data Discretion and the Future of Policing*. Oxford: Oxford University Press, 2020, em especial o capítulo 7, «Algorithmic Suspicion and Big Data Searches: The Inadequacy of Law in the Digital Age», p. 118 e ss;; Vid. também RICH, Michael. Machine learning, automated suspicion, algorithms and the Fourth Amendment. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, pp. 870-929, 2016.

2. INTELIGÊNCIA, PREVENÇÃO E INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES: DO CASO *BIG BROTHER WATCH* AO *ENCROCHAT*

2.1 INTELIGÊNCIA, PREVENÇÃO E INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA DO TEDH

2.1.1 SEGURANÇA E INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES

A jurisprudência do TEDH estabeleceu os padrões mínimos de direitos que devem ser garantidos às pessoas nas ações de proteção da segurança nacional na conhecida sentença *Big Brother Watch e outros v. Reino Unido*, mais conhecida como caso *Big Brother Watch*¹⁹, bem como em muitas sentenças anteriores²⁰.

O TEDH deixa uma ampla margem de apreciação aos Estados membros, tanto para valorar a existência e a qualificação de riscos para a segurança nacional quanto para eleger os instrumentos ou mecanismos para abordá-los²¹. Não obstante, o art. 3º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH) indica o limite intransponível. Desde *Klass e outros v. Alemanha*²², o TEDH

¹⁹ *Big Brother Watch e outros v. Reino Unido*, 13 de setembro de 2018, Appl. nos. 58170/13, 62322/14 e 24960/15; e posteriormente a sentença da Grand Chamber de 25 de maio de 2021. Sobre essa sentença, vid. e posteriormente a sentença da Grande Câmara de 25 de maio de 2021. Sobre essa sentença, vid. BACHMAIER WINTER, Lorena. Proportionality, surveillance and criminal investigation: Strasbourg Court facing Big Brother. In: BILLIS, Emmanouil; KNUST, Nandor; RUI, Jon Petter. (Ed.). *The Principle of Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*. Oxford: Hart Publishing, 2021, p. 317-335.

²⁰ *Szabó e Vissy v. Hungria*, Appl. n.º. 37138/14, de 12 de janeiro de 2016; *Weber e Saravia v. Alemanha*, decisão de inadmissibilidade, Appl. n.º. 54934/00, de 29 de junho de 2006; *Liberty e outros v. Reino Unido*, Appl. n.º. 58243/00, de 1º de julho de 2008; *Roman Zakharov v. Rússia*, Appl. n.º. 47143/06, de 4 de dezembro de 2015; *Centrum för Rättvisa v. Suécia*, Appl. n.º. 35252/08, de 19 de junho de 2018.

²¹ *Leander v. Suécia*, Appl. n.º. 9248/8, de 26 de março de 1987. Em geral, vid. CAMERON, Iain. *National Security and the European Convention on Human Rights*. Haia: Kluwer Law, 2000, p. 74 e ss.

²² *Klass e outros v. Alemanha*, Appl. n.º. 5029/71, de 6 de setembro de 1978: em conformidade com a lei (que deverá cumprir com os requisitos de acessibilidade e previsibilidade), e a medida deverá estar justificada por um fim legítimo e ser necessária em uma sociedade democrática. Vid. também *Malone*

focou no destaque da importância das garantias que devem acompanhar os métodos de vigilância encoberta (*covered surveillance*), assim como a forma de registrar cada uma dessas atuações.

Porém, o Tribunal valorou apenas uma situação relacionada à segurança nacional, embora tenha destacado que o interesse na proteção da segurança nacional sempre deve ser ponderado com a gravidade da intromissão no direito à privacidade²³. Na prática, isso significa que não se valora de forma independente o requisito de «estrita necessidade», pois a análise do Tribunal tem como ponto central a existência de garantias adequadas e efetivas contra intromissões abusivas em conjunto com a presença de adequados mecanismos de supervisão²⁴. Por outro lado, apesar de inicialmente o TEDH ter considerado que o termo «necessário» para legitimar a intromissão no direito protegido no art. 8º da CEDH não equivalia a «indispensável», sua jurisprudência evoluiu até exigir que a *secret surveillance* esteja justificada por uma «estrita necessidade» de proteger as instituições democráticas.

Nesse contexto, a sentença *Szabó e Vissy v. Hungria*²⁵ estabeleceu os principais requisitos para as medidas de vigilância secreta através da interceptação de comunicações eletrônicas com a finalidade de proteger os interesses da segurança nacional. Segundo o art. 7/E 3 da lei antiterrorista da Hungria (versão de 2011), a polícia estava autorizada a levar a

v. *Reino Unido*, Appl. n.º. 8691/79, de 2 de agosto de 1984; *Kruslin v. França*, Appl. n.º. 11801/85, de 24 de abril de 1990, e *Huvig v. França*, Appl. n.º. 11105/84, de 24 de abril de 1990. Posteriormente, vid. também, *Liberty e outros v. Reino Unido*, Appl. n.º. 58243/00, de 1 de julho de 2008; *Roman Zakharov v. Rússia*, Appl. n.º. 47143/06, de 4 de dezembro de 2015; *Ekimdzhiiev e outros v. Bulgária*, Appl. n.º. 70078/12, de 11 de janeiro de 2022; *Haščák v. Eslováquia*, Appl. n.º. 58359/12 et al., de 23 de junho de 2022; *Zoltán Varga v. Eslováquia*, Appl. n.º. 58361/12 de 20 de julho de 2021.

²³ *Leander v. Suécia*, já citada, parágrafo 59.

²⁴ *Kennedy v. Reino Unido*, Appl. n.º. 26839/05, de 18 de maio de 2010, parágrafo 153; *Weber e Saravia v. Alemanha*, decisão de inadmissibilidade, Appl. n.º. 54934/00, de 29 de junho de 2006. Sobre o requisito de «estrita necessidade», vid. também as sentenças do TJUE caso C-293/12 y C-594/12 *Digital Ireland v. Minister for Communications e outros*, de 8 de abril de 2014; TJUE, caso C-473/12 *Institut professionnel des agents immobiliers (IPI)*, de 7 de novembro de 2013.

²⁵ *Szabó e Vissy v. Hungria*, Appl. n.º. 37138/14, de 12 de janeiro de 2016.

cabo operações de vigilância, inclusive a interceptação de comunicações eletrônicas em virtude da Lei de Segurança Nacional, se essa informação não pudesse ser obtida de outra maneira, sem a necessidade de haver suspeita da prática de algum delito grave²⁶. Essa Lei tampouco exigia uma prévia autorização judicial para adotar a medida de vigilância secreta das comunicações, sendo suficiente uma autorização do Ministério correspondente.

Ademais, a Lei em questão só previa a destruição dos dados obtidos se não fosse necessário conservá-lo para os fins de inteligência. Os membros de uma organização não governamental (ONG) crítica a essas medidas recorreram ao TEDH alegando que referida Lei infringia seu direito constitucional à privacidade²⁷. A análise efetuada pelo Tribunal é particularmente interessante, já que não se centrou na valoração de uma infração concreta, mas em examinar tanto se a Lei se ajustava aos requisitos de acessibilidade e previsibilidade, quanto se garantia que as medidas de vigilância secreta só se aplicariam quando fosse estritamente «necessário em uma sociedade democrática», proporcionando salvaguardas e garantias efetivas contra possíveis fins arbitrários ou abusos.

O Tribunal entendeu que nesse caso se havia produzido uma violação do art. 8º da CEDH com base nos cinco argumentos seguintes: 1) A legislação nacional não descrevia as categorias de pessoas que na prática poderiam ter suas comunicações interceptadas (parágrafo 66) e não existia nenhum tipo de requisito para que as autoridades demonstrassem a relação real ou presumida entre as «pessoas de interesse» e a prevenção de qualquer ameaça terrorista 2) O TEDH reconheceu que é lícito que os governos recorram a medidas de *mass surveillance* das comunicações e que utilizem as últimas tecnologias para prevenir ataques

²⁶ *Ibid.*, parágrafo 12.

²⁷ Seguindo a jurisprudência do TEDH que outorga o *status* de vítima e, portanto, permite recorrer ao TEDH, a todo cidadão que poderia ter-se visto submetido a medidas de vigilância secreta em qualquer momento e sem notificação alguma, o Tribunal nesse caso também aceitou considerar o recorrente como vítima de uma violação pela mera existência de uma legislação que permite medidas secretas, sem ter que alegar que foi alvo dessas medidas. Nesse sentido, vid. *Klass e outros v. Alemanha*, e *Weber e Saravia v. Alemanha*, já citadas, além do caso *Association for European Integration and Human Rights Ekimdhiev v. Bulgária*, Appl. n.º. 62540/00, de 28 de junho de 2007.

terroristas, porém, nesse caso, a lei não exigia da autoridade solicitante que apresentasse elementos que sustentassem o pedido, «em particular, uma base fática suficiente para a adoção de medidas secretas de inteligência que permitam valorar a necessidade da medida proposta»; e, segundo a sentença, isso não garantia que se levasse a cabo uma valoração sobre a «estrita necessidade» da medida de vigilância (parágrafo 71). 3) A lei não indicava se o prazo de noventa dias de duração da medida de vigilância podia ser prorrogado reiteradamente ou não. 4) A ausência de controle da concorrência do pressuposto de «estrita necessidade» por parte do Poder Judiciário ou de qualquer outro órgão independente. Para o Tribunal, a ausência de controle judicial não pode ser ignorada «tendo em vista a magnitude do conjunto de informações que podem obter as autoridades que aplicam sistemas de coleta de dados altamente eficientes e processam grandes quantidades de dados» (parágrafo 79). Embora esse controle judicial não possa ser feito sempre *ex ante* – por exemplo, em situações excepcionais de emergência –, como regra geral a lei deve contemplar uma revisão judicial *ex post factum* (parágrafo 81), já que não é considerado suficiente o controle parlamentar por parte de um comitê específico duas vezes ao ano. 5) Por último, a lei húngara não previa a notificação das medidas de vigilância para as «pessoas de interesse» uma vez concluídas as medidas (parágrafo 86). Tendo em vista todos esses argumentos, o Tribunal considerou que referida legislação não parecia oferecer garantias suficientes contra as medidas de vigilância em massa previstas para prevenir ataques terroristas.

2.1.2 O CASO *BIG BROTHER WATCH* E A VIGILÂNCIA EM MASSA

Posteriormente, foi julgado outro caso chave em matéria de *mass surveillance* e direito à privacidade, o caso *Big Brother Watch e outros v. Reino Unido*, no qual um grupo de organizações não governamentais de defesa do direito à privacidade recorreram ao TEDH por considerar que o sistema de interceptações previsto na legislação britânica em matéria de interceptação de comunicações violava os arts. 8º e 10 da CEDH. Especificamente, argumentavam que o art. 8º da RIPA (*Regulation of Investigatory Powers*) de 2000, que permite a vigilância de interceptações em massa (por meio de programas como KARMA POLICE, Black Hole

ou TEMPORA), não cumpria com os padrões estabelecidos pelo TEDH em sua própria jurisprudência nos casos *Weber e Saravia v. Alemanha*, *Zakharov v. Rússia*, e *Szabó e Vissy v. Hungria*. Essas ONGs, lideradas pelo caso *Big Brother Watch*, sustentavam que, para aplicar as medidas de vigilância em massa, deveriam ser cumpridos pelo menos os seguintes pressupostos e garantias: indícios objetivos que permitissem estabelecer uma suspeita razoável da prática de um delito grave ou de uma conduta que representasse uma ameaça específica à segurança nacional pelas pessoas a respeito de quem se pretende obter os dados; autorização judicial prévia emitida por uma autoridade independente; e, finalmente, a medida, uma vez concluída, devia ser comunicada aos afetados para que pudessem exercer seu direito de impugnação à interceptação de suas comunicações e ao armazenamento de seus dados.

Da análise da jurisprudência do TEDH nessa matéria, portanto, conclui-se que as leis nacionais devem prever salvaguardas mínimas nas atividades de inteligência para coleta de informações e na aplicação de medidas preventivas contra as ameaças à segurança nacional. O primeiro e mais importante requisito para a legalidade de tal sistema de vigilância que opera fora do processo penal é que essas medidas estejam respaldadas por suficientes elementos que constituam uma base fática suficiente para supor que, se não houver um delito, pelo menos exista um risco certo e que dito risco justifica as medidas de monitoramento. Em segundo lugar, é necessário um marco legal que estabeleça esses requisitos, as autoridades que podem ordenar tais medidas e os prazos e condições máximos para sua extensão. A lei também deveria prever a possibilidade de comunicar à pessoa *ex post*, desde que a notificação não tenha um impacto negativo na segurança. Por último, haveria que se estabelecer um controle judicial por parte de um órgão independente, ainda que fossem permitidas restrições à publicidade das audiências e também fosse aceitável a possibilidade de contar com defensores com autorização de segurança. Quanto ao controle judicial, enquanto no caso *Big Brother Watch* os demandantes exigiam que as medidas de vigilância em massa estivessem sujeitas a uma ordem judicial prévia quando envolvessem jornalistas e outros atores relevantes da sociedade civil, esse requisito não foi mencionado explicitamente no caso *Szabó*.

Em sua análise do caso *Big Brother Watch*, o Tribunal começou reiterando o enfoque já adotado em sua jurisprudência, especificamente no caso *Weber*, afirmando que «a licitude da ingerência está estreitamente relacionada com a questão de se foi cumprido o teste de “necessidade” pelo que convém que o Tribunal aborde conjuntamente os requisitos de “conformidade com a lei” e de “necessidade”. A “qualidade da lei”, nesse sentido, implica que o direito interno não só deve ser acessível e previsível em sua aplicação, mas também deve assegurar que as medidas de vigilância secretas só se aplicam quando “for necessário em uma sociedade democrática”, em particular, proporcionando salvaguardas e garantias adequadas e efetivas contra o abuso» (parágrafo 334).

Porém, longe de se limitar a invocar a jurisprudência em matéria de interceptações em massa, no caso *Big Brother Watch*, o Tribunal analisou-se essa jurisprudência de dez anos antes continuava aplicável ao presente contexto digital e chegou à conclusão de que o alcance possível das interceptações e o volume de dados que pode ser analisado e armazenado atualmente exigem a reconsideração de algumas das premissas anteriores, estabelecidas para interceptações muito mais limitadas (parágrafos 341 e 342).

A sentença indica também que nem todas as salvaguardas previstas para as interceptações dirigidas a sujeitos concretos são aplicáveis no caso das interceptações em massa. Especificamente, não teria sentido exigir uma prévia delimitação legal das categorias de pessoas objeto da medida, nem tampouco o requisito prévio de «suspeita razoável» que se exige para as interceptações seletivas (parágrafo 348). As demais cautelas, sim, seriam aplicáveis. Nas palavras da sentença:

Em particular, a legislação nacional deve estabelecer com suficiente clareza os motivos pelos quais a interceptação em massa pode ser autorizada e as circunstâncias nas quais as comunicações de um indivíduo podem ser interceptadas. As quatro salvaguardas mínimas restantes, definidas pelo Tribunal em suas sentenças anteriores – vale dizer, que o direito interno deve estabelecer um limite para a duração da interceptação, o procedimento a seguir para examinar, utilizar e armazenar os dados obtidos, as precauções que devem ser tomadas ao comunicar os dados a terceiros e as circunstâncias nas quais os dados interceptados podem ou devem ser apagados

ou destruídos – são igualmente pertinentes para a interceptação em massa (parágrafo 348).

Antes de analisar as salvaguardas específicas que devem ser adotadas na interceptação em massa de comunicações, o Tribunal destaca quais as diferentes fases nas quais pode ser dividida essa medida: 1) busca inicial de informação, que se produz em sua maior parte de forma automatizada; 2) aplicação de critérios de seleção na busca para afinar os objetivos ou detecção de riscos; 3) exame do material pela primeira vez por parte do analista dos resultados obtidos na busca com o uso dos critérios de seleção; e 4) fase na qual se utiliza o material interceptado. A partir daí, o Tribunal insiste que em cada fase devem estar presentes mecanismos de controle e garantias efetivas.

Nas palavras do Tribunal, «o processo deve estar sujeito a “salvaguardas de extremo a extremo”, o que significa que, a nível interno, deve ser feita uma avaliação em cada etapa do processo acerca da necessidade e proporcionalidade das medidas tomadas». E a isso deve adicionar-se a existência de uma autorização prévia por parte de uma autoridade independente – que não necessariamente precisa ser uma autoridade judicial – «quando o objeto e o alcance da operação ainda estão sendo definidos»²⁸; «uma supervisão e revisão independente *ex post factum*» (parágrafo 350); e a existência de um recurso efetivo contra a medida adotada, que possa ser interposto inclusive pelos sujeitos que não sabem se foram objeto da medida, por não ter sido notificados.

O Tribunal dedica especial atenção à fase 2 de «aplicação dos critérios de seleção», a qual é especialmente sensível, pois através da escolha desses critérios se pode direcionar a interceptação para sujeitos determinados. A questão a elucidar é se esses critérios devem estar definidos previamente na decisão que autoriza a busca ou não. Embora

²⁸ Conforme sustenta o Tribunal: «Ademais, a fim de proporcionar uma salvaguarda eficaz contra o abuso, o órgão independente que conceda a autorização deve ser informado tanto do fim da interceptação como das operadoras ou rotas de comunicação que serão interceptados. Isso permitirá a referido órgão avaliar a necessidade e a proporcionalidade da operação de interceptação em massa e também avaliar se a seleção de operadoras é necessária e proporcional em relação aos fins para os quais se realiza a interceptação» (parágrafo 352).

alguns Estados assim o prevejam, o TEDH entende que isso nem sempre é factível e que reduzir esses critérios em muitas ocasiões «restringiria gravemente a efetividade da interceptação em massa» (parágrafo 353). Depois de reconhecer que na aplicação dos critérios pode aceitar-se certa flexibilidade, exige que a autorização pelo menos identifique «os tipos ou categorias de critérios que serão utilizados» (parágrafo 354), justificando a seleção dos critérios e registrando-os.

A sentença, portanto, confirma a possibilidade de que os Estados utilizem medidas de interceptação em massa das comunicações e que o âmbito de aplicação – segurança nacional – deve ser delimitado por cada um dos Estados membros. A conformidade com a CEDH depende do nível de salvaguardas existente. O Tribunal não definiu nada acerca do uso do material obtido por meio de interceptações em massa como prova em um processo penal, pois o art. 17 da RIPA, então aplicável especificamente, destacava que as comunicações interceptadas não poderiam ser apresentadas como provas. Não obstante, o argumento de que as informações obtidas por meio de interceptação em massa não seriam aproveitadas como provas não era convincente para todos os juízes do Tribunal. Em um dos votos²⁹, os juízes divergentes – ou parcialmente convergentes – sustentavam que, ao fim e ao cabo, com base na informação obtida por meio da vigilância em massa podem ser decretadas outras medidas de investigação ou a prisão, pois lhes serviriam de elementos probatórios³⁰.

2.1.3 VIGILÂNCIA E PREVENÇÃO SEM MASS SURVEILLANCE

São vários os casos posteriores nos quais o TEDH teve a oportunidade de pronunciar-se sobre até que ponto os sistemas de interceptação

²⁹ Vid. os votos conjuntos parcialmente concorrentes dos juízes Lemmens, Vehabović e Bošnjak.

³⁰ *Ibid.* parágrafo 29: «A explicação do Governo demandado de que a informação obtida mediante interceptação em massa não podia ser utilizada em um processo penal é, em nossa opinião, pouco convincente. Parece que, com base na informação assim obtida, os órgãos encarregados de fazer cumprir a lei podiam atuar, por exemplo, procedendo para levar a cabo medidas de investigação ou até mesmo prisões, o que, por sua vez, produziria provas com a finalidade de ajuizar o caso».

de comunicações, seja com caráter preventivo, seja por parte dos serviços de inteligência, são compatíveis com a Convenção, especificamente com o direito à privacidade reconhecido no art. 8º da CEDH. Embora se trate de casos de vigilância dirigida a sujeitos concretos, e não de sistemas de *bulk surveillance*, interessa recordar brevemente aqui esses casos, na medida em que incidem no tema que estamos abordando, que em definitivo não é apenas a legitimidade de sistemas de vigilância sem prévia suspeita, mas também a questão de como essa informação de inteligência afeta o processo penal.

Na sentença *Ekimdzhiev e outros v. Bulgária*³¹, de 11 de janeiro de 2022, os demandantes alegaram que as normas de vigilância secreta das comunicações previstas no Código de Processo Penal da Bulgária permitiam interceptar as comunicações de qualquer pessoa e que, ademais, as normas sobre preservação e acesso às comunicações, por sua vez, possibilitavam que as autoridades policiais tivessem conhecimento dessas comunicações. Também afirmavam que esse marco legal não oferecia suficientes garantias para prevenir abusos ou arbítrios no acesso ou uso da medida de vigilância por parte das autoridades. Essa medida estava prevista, na Bulgária, no marco da proteção dos interesses de segurança nacional, assim como para a prevenção de delitos graves (para os quais a pena máxima supera 5 anos de prisão).

Neste caso, o TEDH estimou que se havia produzido uma violação do art. 8º da CEDH por falta de adequada previsão legal para garantir que a vigilância secreta – e o posterior sistema de preservação e acesso às comunicações interceptadas – se limitaria ao estritamente necessário. O Tribunal também enfatizou a força vinculante das sentenças do TEDH e no dever de executá-las que pesa sobre os Estados membros, tal como prevê o art. 46 da CEDH, pois o Tribunal já havia condenado a Bulgária em uma sentença anterior pelos mesmos motivos. Por isso, o Tribunal recordava que a Bulgária devia fazer as mudanças necessárias em seu direito interno para pôr fim à referida violação e reestabelecer a situação na medida do possível, e insistia na obrigação do país de zelar para que suas leis fossem compatíveis com a Convenção.

³¹ *Ekimdzhiev e outros v. Bulgária*, Appl. nº. 70078/12, de 11 de janeiro 2022.

Posteriormente, o caso *Haščák v. Eslováquia*³², de 23 de junho de 2022, trata de interceptação de comunicações por parte dos serviços de inteligência no âmbito de uma operação complexa contra a delinquência. O demandante teve suas comunicações interceptadas ao comunicar-se com um dos sujeitos que estava sendo vigiado e alegou que a legislação não contemplava suficientes instrumentos para a proteção das pessoas afetadas aleatoriamente por esse tipo de medidas, acrescentando que as normas internas aplicáveis à retenção de material de inteligência eram inadequadas. Assim como no caso *Zoltán Varga v. Eslováquia*³³, e com referência expressa a essa sentença, o Tribunal apreciou de novo uma violação do art. 8º da CEDH. Embora reconhecesse a existência de uma base jurídica para a interceptação de comunicações, concluiu que, na execução das ordens judiciais que autorizavam a vigilância no âmbito de uma operação contra outros sujeitos, os serviços de inteligência gozavam, na prática, de uma discricionariedade quase equivalente a um poder ilimitado. A falta de salvaguardas contra ingerências arbitrárias, como exigem os princípios do Estado de Direito, e o fato de que a preservação das comunicações interceptadas não foi submetida a um controle externo, supunham uma violação à Convenção³⁴.

³² *Haščák v. Eslováquia*, Appl. nº. 58359/12 *et al.*, de 23 de junho 2022.

³³ *Zoltán Varga v. Eslováquia*, Appl. nº. 58361/12 de 20 de julho 2021. Este caso está relacionado com o de *Haščák*, pois as comunicações desse último foram acessadas no âmbito da operação dirigida contra Zoltán, seu amigo e sócio. É por isso que o TEDH faz referência à sentença do caso Zoltán, pois tem relação com os mesmos fatos/interceptações, com a agravante de que no caso de *Haščák*, ele não era o alvo da vigilância, senão um terceiro que foi afetado pela operação.

³⁴ No momento da escrita deste trabalho, se encontram pendentes de decisão várias demandas relacionadas à interceptação de comunicações por parte de serviços de inteligência, embora não especificamente sobre *mass surveillance*. Entre as quais, *Association confraternelle de la presse judiciaire v. França*, Appl. nos. 49526/15 e mais 11, demanda apresentada por uma série de advogados e jornalistas, assim como pessoas jurídicas relacionadas a essas profissões, contra a Lei francesa de 24 de julho de 2005, que regulamenta os serviços de inteligência e a interceptação de comunicações. Em sentido similar, estão pendentes de decisão as demandas nos casos *Follorou v. França*, Appl. nº. 30635/17; *Johannes v. França*, Appl. nº. 30636/17.

Recentemente, na sentença nos casos *Pietrzak v. Polônia e Bychawska-Siniarska e outros v. Polônia*³⁵, de 28 de maio de 2024, o TEDH teve novamente a oportunidade de pronunciar-se acerca das medidas de vigilância adotadas com caráter preventivo com fundamento na normativa antiterrorista da Polônia. Nesse caso, o TEDH concluiu que houve uma violação ao art. 8º da CEDH por falta de adequada supervisão do monitoramento das comunicações realizado com fundamento na legislação antiterrorismo. Reiterava o TEDH que, devido à natureza das ameaças terroristas contemporâneas, poderia haver situações de emergência nas quais não seria possível exigir uma prévia autorização judicial para medidas de vigilância secreta e, inclusive, poderia ser contraproducente por falta de conhecimentos específicos, com a possibilidade de causar uma perda de tempo crucial. No entanto, essas medidas deveriam sempre submeter-se a um posterior controle judicial. Nesse caso, o Tribunal entendeu que o art. 8º da CEDH havia sido violado pelo regime legal de retenção de dados aplicado de forma desproporcional nesse Estado, assim como pela ausência de uma decisão judicial prévia autorizando a medida de vigilância dos recorrentes, unida ao fato de que essa medida tampouco contava com um controle judicial *ex post*³⁶.

2.1.4 O CASO *ByLock*

No caso *Yüksel Yalçinkaya v. Turquia*³⁷, também conhecido como caso *ByLock* ou o «*EncroChat turco*», aborda-se, entre outras questões,

³⁵ *Pietrzak e Bychawska-Siniarska e outros v. Polónia*, Appl. nos. 72038/17 y 25237/18, de 28 de maio de 2024.

³⁶ A intervenção judicial só estava prevista se as medidas de vigilância secreta fossem posteriormente prorrogadas após expirar o período inicial de três meses. Portanto, nem a adoção da medida nem a sua aplicação no período inicial de três meses estiveram sujeitas a alguma revisão por um organismo independente. O Tribunal já havia indicado que a autorização de medidas de vigilância secreta por um órgão não judicial poderia ser considerada compatível com a Convenção, desde que o órgão fosse suficientemente independente do executivo. E neste caso não era, pois se tratava de um membro do executivo com responsabilidades políticas.

³⁷ *Yüksel Yalçinkaya v. Turquia*, Appl. nº. 15669/20, de 26 de setembro de 2023. Sobre esta sentença del TEDH e outras relacionadas ao mesmo tema, vid. o informe da Statewatch elaborado por Turkut e Yıldız, «*ByLock Prosecutions*

a admissibilidade da prova e sua conformidade com os arts. 6º e 8º da CEDH com relação à prova obtida a partir do acesso a um sistema de comunicação criptografado. No contexto de uma investigação em matéria de terrorismo, as autoridades afirmaram que todos os usuários de ByLock – um sistema criptografado de mensagens para telefone móvel – pertenciam a uma organização criminosa e que, ademais, esse sistema era utilizado exclusivamente por membros de referida organização. Com base nisso, o acusado foi condenado. O recorrente alegou que a falta de controle judicial na obtenção e tratamento dos dados do ByLock havia impossibilitado a verificação da autenticidade e integridade dessas comunicações eletrônicas. Esse defeito seria agravado pelo fato de que as autoridades não haviam apresentado uma relação das medidas tomadas para garantir a integridade dos dados de maneira verificável. A juízo do recorrente, todas essas circunstâncias levavam a concluir que os dados do ByLock não podiam ser considerados confiáveis e nem conclusivos para fins probatórios. O recorrente também apresentava outros dados que indicavam que os registros oficiais de usuários não coincidiam com as pessoas identificadas como tais. E acrescentava que, apesar de ser uma prova incriminatória determinante, não havia podido questionar a fiabilidade, a autenticidade e a legalidade (parágrafos 284-286).

Antes de valorar as circunstâncias desse caso em concreto, o TEDH recordou sua doutrina geral em matéria de admissibilidade de provas, reiterando que a valoração da prova cabe essencialmente aos tribunais nacionais e que ao Tribunal só compete analisar se a prova foi irrazoável ou arbitrária, pois o TEDH não é uma quarta instância. O TEDH comprova se foram respeitados, em termos gerais, a *fairness* do processo e a esse propósito enumera alguns de seus fatores tomados em consideração para avaliar o respeito ao direito a um processo equitativo: se o recorrente teve a possibilidade de impugnar as provas e opor-se à sua utilização; se as provas favoráveis ou contrárias ao acusado foram apresentadas de maneira que garantisse um juízo justo, o qual pressupõe

and the Right to Fair Trial in Turkey: The ECtHR Grand Chamber's Ruling in *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye*», publicado em março de 2024. Disponível em: <https://www.statewatch.org/publications/reports-and-books/bylock-prosecutions-and-the-right-to-fair-trial-in-turkey-the-ecthr-grand-chamber-s-ruling-in-yuksel-yalcinkaya-v-turkiye>.

o desenvolvimento de um processo com contraditório e paridade de armas (parágrafos 303 e 304); e a qualidade das provas, tomando em consideração o modo de sua obtenção e se há dúvidas acerca de sua fiabilidade ou autenticidade. A motivação da sentença nacional deveria lançar luz a esses extremos.

Depois de analisar o modo de obtenção da prova, as garantias adotadas para sua integridade e autenticidade e a resposta aos recursos do acusado, o TEDH concluiu que foi violado o art. 6.1 da CEDH. O Tribunal de Estrasburgo não questionou o acesso à plataforma ByLock, ao contrário, afirmou que «o recurso a provas eletrônicas que confirmam que um indivíduo está utilizando um sistema de mensagens criptografado que foi especialmente desenvolvido e utilizado exclusivamente por uma organização criminosa nas comunicações internas de uma organização criminosa pode ser muito importante na luta contra o crime organizado» (parágrafos 312 e 344).

O Tribunal reconheceu que o uso e a valoração das provas eletrônicas em processos penais podem implicar dificuldades particulares para os juízes, devido à complexidade dessas provas, o que pode interferir na capacidade dos tribunais nacionais para determinar sua autenticidade, exatidão e integridade. Ademais, o manejo de provas eletrônicas, em particular quando se trata de dados criptografados e/ou de grande volume ou alcance, pode criar problemas práticos e processuais graves para as autoridades policiais e judiciais, tanto na fase de investigação, quanto na fase judicial (parágrafo 312).

Afirmou também o Tribunal que, nos processos penais, s pode-se recorrer cada vez mais a dados eletrônicos ou outros dados coletados por serviços de inteligência, cujas atividades a esse respeito podem ou não estar sujeitas às normas que regulamentam a obtenção de prova no processo penal (parágrafo 315). Pois bem, nesses casos, se a obtenção ou processamento desses dados não está submetida a uma prévia autorização ou supervisão independente, ou a uma revisão judicial *ex post factum*, ou quando não está acompanhada de outras garantias processuais ou não está corroborada por outras provas, é mais provável duvidar de sua fiabilidade.

Portanto, o TEDH ponderou se a falta de acesso do recorrente às fontes de prova havia sido compensada com garantias processuais adequadas e se acusado teve uma oportunidade adequada para preparar sua

defesa, como exige o art. 6º da Convenção (parágrafo 330), concluindo que essas garantias faltaram.

Desse caso é muito importante destacar que, em sua análise, o Tribunal de Estrasburgo não questionou o uso de informação de inteligência como prova, o qual deixa nas mãos da legislação nacional. Centrou sua análise na existência de suficientes garantias que sirvam para equilibrar as desvantagens causadas para a defesa pela falta de acesso à integralidade das fontes de prova. Nesse contexto, em que a valoração dessa prova eletrônica reveste especial complexidade – que os próprios juízes, de regra, não estão em condições de entender – e não pode estar submetida ao contraditório pleno, conferir-lhe um valor determinante para a condenação do sujeito acusado infringe o art. 6.2 da CEDH.

2.2 A INTERCEPTAÇÃO EM MASSA DE COMUNICAÇÕES E O CASO *EncroChat*

No âmbito da prova transnacional e da admissibilidade da prova obtida através de uma interceptação em massa de comunicações, quiçá não exista nenhum caso com tanta repercussão quanto o conhecido caso *EncroChat*, sobre o qual se pronunciou o TJUE na sentença de 30 de abril de 2024³⁸.

É preciso destacar que não é o único caso em que houve acesso e registro de todo um sistema de comunicação criptografado mediante um registro em massa ou indiscriminado, o qual podemos situar entre as medidas de vigilância próprias das atuações em âmbito preventivo ou de segurança nacional e as medidas de interceptação de comunicações que são utilizados numa investigação criminal. O sistema *EncroChat* não é o único serviço de troca de mensagens criptografado, pois similares problemas foram levantados em relação a muitas outras plataformas de mensagens criptografadas.

Há alguns anos, houve operações em diferentes países da União Europeia – e também fora dela – dirigidos precisamente a bloquear ou registrar sistemas de comunicação criptografados sobre os quais existia

³⁸ STJUE, de 30 de abril 2024, caso C-670/22 - M.N. (*EncroChat*), ECLI:EU:C:2024:372.

uma suspeita de que fossem usados por sujeitos criminosos. A operação sobre o sistema EnnetCom – com servidores no Canadá, porém com grande parte de usuários localizados em território holandês – dirigida pela polícia holandesa em 2016, levou à detenção do dono da companhia pelos delitos de lavagem de dinheiro e tráfico ilícito de armas, entre outras atividades delitivas³⁹. As operações relativas à SkyECC, uma companhia com sede nos Estados Unidos e no Canadá, que comercializada telefones móveis, com a câmera, o microfone e o GPS desabilitados, nos quais havia sido instalada uma aplicação de mensagem criptografada que unicamente permitia a comunicação com outros telefones com o mesmo sistema de criptografia. Os servidores que davam assistência à aplicação se encontravam na Europa e contavam com aproximadamente 170.000 usuários identificados mediante um código alfanumérico (ID) de 6 caracteres⁴⁰. E também as plataformas de An0m – criada pelos próprios serviços de inteligência dos Estados Unidos na operação «*honey pot*» de controle e vigilância, que legou à detenção de uns 800 suspeitos de delitos graves na Europa em 2021⁴¹. O Exclu, com servidor localizado na Alemanha⁴².

Não é esse, naturalmente, o lugar para abordar um estudo pormenorizado de todos os aspectos e implicações dos dados de comunicações obtidos por meio do acesso a um sistema criptografado fundamentalmente para trocar mensagens escritas. Estas páginas concentram-se no caso *EncroChat*, sem prejuízo de que muitas das considerações jurídicas – em

³⁹ Vid. *The Guardian*, 22 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2016/apr/22/dutch-police-enetcom-shut-down-owner-arrested>.

⁴⁰ *SwissInfo*, de 20 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.swissinfo.ch/spa/la-investigación-de-sky-ecc-revela-los-métodos-despiadados-de-los-narcotraficantes-en-europa/48100996>.

⁴¹ Sobre este último vid. a sentença do *Oberlandesgericht* de Frankfurt, de 22 de novembro de 2021, NJW 2022/710. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=1%20HEs%20427/21>. Vid. também o comunicado da Europol à imprensa de 8 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/800-criminals-arrested-in-biggest-ever-law-enforcement-operation-against-encrypted-communication>.

⁴² *Irish Independent*, de 14 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://www.independent.ie/irish-news/crime/german-police-target-george-the-penguin-mitchell-in-encrypted-phone-network-investigation/42341287.html>.

particular as que afetam o direito de defesa – sejam aplicáveis nos processos em que se valora a prova obtida através do registro em massa de outros sistemas de comunicação criptografados.

Para além da indubitável atualidade deste caso no marco da luta contra o crime transnacional na União Europeia, interessa mencionar aqui este caso porque assenta algumas bases que deverão ser respeitadas para que seja admissível como prova a informação obtidas no acesso em massa aos dados de uma plataforma de troca de mensagens, efetuada pelos serviços policiais com a colaboração dos serviços de inteligência de um Estado⁴³.

Tal e como se reflete no STJUE no caso *EncroChat*⁴⁴, «no âmbito de uma investigação levada a cabo pelas autoridades francesas, foi revelado que alguns investigados utilizavam telefones móveis criptografados que funcionavam sob uma licença denominada “EncroChat” para cometer delitos relacionados principalmente com o tráfico de drogas. Esses telefones móveis permitiam, graças a um “software” especial e a um material modificado, estabelecer, através de um servidor instalado em Roubaix (França), uma comunicação criptografada de ponta a ponta que não pode ser acessada mediante métodos tradicionais de investigação».

No fim de dezembro de 2018, e posteriormente em outubro de 2019, as autoridades francesas solicitaram a autorização do Tribunal Penal de Lille para conservar esses dados. Em 2020, a França e a Holanda, junto com a Europol⁴⁵ e a Eurojust, estabeleceram uma Equipe Conjunta de Investigação (*Joint Investigation Team, JIT*) para levar a cabo a operação de intervenção do sistema de comunicação criptografada de ponta a ponta no qual não se podia intervir com os métodos de investigação convencionais.

⁴³ Como já foi indicado, o sistema *EncroChat* não é o único serviço de troca de mensagens encriptadas, pois problemas similares foram levantados em relação a muitas outras plataformas de mensagens criptografadas. Também foram levantados problemas similares em relação ao sistema “Anom” desenvolvido pelo FBI. Sobre este último, vid. a sentença do *Oberlandesgericht* de Frankfurt, de 22 de novembro de 2021, NJW 2022/710. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=1%20HEs%20427/21>.

⁴⁴ Vid. parágrafo 19 da sentença.

⁴⁵ A Europol declarou que não havia desenvolvido *software* para interceptar comunicações trocadas por meio da rede *EncroChat*. O apoio da Europol envolve análise operacional, apoio técnico e experiência para o JIT.

A utilização de um «trojan» para acessar ao sistema foi autorizada também pelo Tribunal Penal de Lille⁴⁶. Essa medida afetou «32.477 usuários – de um total de 66.134 usuários registrados no sistema – distribuídos entre 122 países, 4.600 deles na Alemanha»⁴⁷. Esta medida permitiu detectar que nos telefones celulares do sistema *EncroChat* se alojavam comunicações de milhares de sujeitos relacionados com atividades delitivas, principalmente com o tráfico de drogas. Especificamente, a decodificação parcial inicial de 3.477 arquivos de texto criados como «notas» revelou que quase todo o material era referente a comunicações relacionadas com atividades delitivas perpetradas por organizações criminosas.

No início desse caso e diante da clara relevância transnacional, organizou-se uma reunião de coordenação na Eurojust para informar essas descobertas e, a partir daí, começou-se a distribuir o material interceptado entre os Estados membros para que o utilizassem em suas investigações próprias, através do sistema SIENA de transferência segura de informação policial⁴⁸. Essa operação originou milhares de prisões em toda a União Europeia e também numerosas condenações penais, baseadas em grande parte na prova obtida por meio da medida adotada na França.

Sem entrar em todos os detalhes – o caso *EncroChat* poderia dar origem a várias monografias⁴⁹ – o «hackeamento» desse sistema de comu-

⁴⁶ O registro desses telefones celulares e o acesso e preservação das comunicações foram feitos em conformidade com o art. 706-102-1 do *Code de procédure pénale* francês e a decisão judicial foi motivada quando aos requisitos de necessidade, adequação e proporcionalidade.

⁴⁷ STJUE, parágrafo 20.

⁴⁸ Os países com maior número de telefones celulares afetados foram, nesta ordem: Holanda, Espanha, Reino Unido, Alemanha e Itália.

⁴⁹ Uma descrição detalhada das atuações e resoluções adotadas na Alemanha sobre esse caso pode ser vista tanto na STJUE de 30 de abril de 2023, como na ST do *Bundesgerichtshof* de 2 de março de 2022, já citada. Vid. também: WAHL, Thomas. Verwertung von im Ausland überwachter Chatnachrichten im Strafverfahren. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 7–8, pp. 452-461, 2021, p. 453; OERLEMANN Jan-Jaap; VAN TOOR, Dave. Legal Aspects of the EncroChat Operation: A Human Rights Perspective. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 30, n. 3-4, pp. 309-328, 2022; LINDEMAN, Joep; LUCHTMAN, Michiel; VAN TOOR, Dave. Admissibility of Evidence in EU Cross-Border Criminal Proceedings: Electronic Evidence, Efficiency and Fair-Trial Rights in the Netherlands. In: BACHMAIER WINTER, Lorena; SALIMI, Farsam. (Ed.) *Admissibility of Evidence in EU*

nicação coloca, entre outras, a questão acerca de quais são as condições de admissibilidade da prova transnacional e dos efeitos da transmissão desses dados obtidos em outro Estado membro através de uma Ordem Europeia de Investigação (OEI).

O debate gira fundamentalmente em torno dos seguintes pontos:

1) Se a medida adotada na França – «intervenção de todo um sistema de comunicações» – resulta lícita, ao não existir uma investigação penal concreta pela prática de um delito baseada em suspeitas frente a um sujeito concreto. Nesse contexto, cabe questionar se se trata de informação de inteligência à qual se acessa por motivos de segurança ou, melhor, de uma investigação penal que se dirige frente a um número massivo de sujeitos não identificados. A fronteira não está clara.

2) Se foram cumpridas as normas previstas no art. 31 da Diretiva sobre a Ordem Europeia de Investigação (DOEI) que exige que se autorize em um Estado membro a interceptação de comunicações no território de outro Estado membro «cuja assistência técnica não seja necessária para levar a cabo a intervenção, o Estado que realiza a intervenção deverá notificar à autoridade competente do Estado no qual há é feita referida intervenção». Essa notificação deverá ser feita previamente se é sabido que o sujeito cujas comunicações se interceptam está em outro Estado membro, ou *ex post* se esse fato só é conhecido posteriormente. Tendo em vista a notificação, o Estado «notificado» poderá ordenar a suspensão da medida ou denegar a possibilidade de utilizar como prova as comunicações interceptadas no caso de a intervenção não poder ter sido acordada num caso nacional semelhante no Estado «notificado».

3) Admitida a prova em um processo penal, se os direitos de defesa do acusado foram respeitados adequadamente, permitindo que pudesse questionar a licitude da prova obtida em outro Estado.

Aqui, vou me concentrar no desenvolvimento do caso *Encro-Chat* na Alemanha por ser um dos primeiros países que enfrentou essas questões em um processo de diversos acusados pelo delito de tráfico de drogas e no qual foram proferidas as primeiras sentenças condenatórias

Cross-Border Criminal Proceedings: Electronic Evidence, Efficiency and Fair Trial Rights. Oxford: Hart Publishing, 2024, p. 118 e ss.

baseadas nessas interceptações⁵⁰. Também por ser o primeiro em que um juiz formulou uma prejudicial ao TJUE para resolver a questão acerca da possível violação ao direito da União Europeia no caso *EncroChat*, especificamente a interpretação que deve ser dada a diversos preceitos da Diretiva da Ordem Europeia de Investigação.

2.2.1 O CASO *ENCROCHAT* NOS TRIBUNAIS ALEMÃES

Voltando ao caso *EncroChat*, de forma geral, os tribunais alemães não apresentaram obstáculos à admissibilidade, como prova, dos dados extraídos do sistema *EncroChat*, obtidos por meio da cooperação policial e judicial internacional com a França. Contudo, a posição dos tribunais de primeira instância não foi sempre unânime. Por exemplo, o Tribunal Regional de Berlim (*Landgericht Berlin*), em decisão de 1º de julho de 2021, negou a abertura do julgamento oral contra o acusado, ao considerar que a prova apresentada pela acusação — as comunicações obtidas do *EncroChat* e enviadas pelas autoridades francesas — não era admissível. Em resposta, o Ministério Público interpôs recurso perante o Tribunal Superior Regional de Berlim (*Kammergericht*, equivalente a um *Oberlandesgericht*), que acatou o recurso em decisão de 30 de agosto de 2021⁵¹, alinhando-se à posição dos demais tribunais superiores regionais dos *Länder*.

Um aspecto curioso dessa decisão do *Kammergericht* de Berlim é um dos argumentos utilizados para não questionar a legalidade das ações das autoridades francesas na interceptação do sistema *EncroChat*. Especificamente, após constatar que o caso envolvia crimes graves e que a obtenção da prova não comprometeu o núcleo essencial do direito fundamental à vida privada, o tribunal reforçou sua ponderação em favor da admissibilidade da prova com a seguinte afirmação: “não utilizar as informações obtidas legalmente pelas autoridades da República da França — não apenas um membro fundador da União Europeia, mas também

⁵⁰ Sentença do *Bundesgerichtshof* de 2 de março de 2022 – 5 StR 457/21.

⁵¹ *KG Berlin Strafkammer*, de 30 de agosto de 2021, 2 Ws 93/21. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=2%20Ws%2093/21>.

um dos países que constituem a base da concepção moderna dos direitos humanos — na persecução de crimes tão graves quanto os presentes, também configuraria uma ofensa ao senso de justiça da população que respeita a lei.”⁵²

Embora este argumento seja peculiar para sustentar o princípio da confiança mútua, é relevante examinar os principais argumentos apresentados pela defesa contra a admissibilidade das provas do *EncroChat*. Em primeiro lugar, argumentou-se que tais interceptações de comunicações eletrônicas não poderiam ter sido autorizadas em um processo interno na Alemanha, dado que a legislação alemã exige suspeitas graves e concretas da prática de um ato criminoso para permitir medidas de interceptação de comunicações eletrônicas (On-line Durchsuchung). No caso em questão, segundo a defesa, tal condição não teria sido atendida, já que a interceptação massiva não foi direcionada contra um suspeito específico.

Este argumento foi refutado pelos tribunais superiores, que afirmaram existir indícios de que o serviço de telefonia móvel *EncroChat* estava sendo utilizado por redes de criminalidade organizada, fato reconhecido por vários acusados perante os tribunais franceses. Além disso, tratava-se de aparelhos celulares que não podiam ser adquiridos por meios comerciais regulares, mas apenas via eBay, a um custo de 1.610 euros. Diante dessas evidências e outros elementos suspeitos, as autoridades francesas realizaram a «invasão» do servidor e, posteriormente, acessaram as comunicações nos dispositivos vinculados ao sistema *EncroChat*.

Em segundo lugar, a defesa alegou que o direito de defesa foi comprometido, já que não foi possível verificar o método de obtenção das provas, o que restringiria o direito a um processo contraditório e com todas as garantias. Frente a essas alegações, o recurso de cassação (Revisionsverfahren) apresentado ao Supremo Tribunal Federal

⁵² Tradução feita no DeepSeek: «A não utilização de informações obtidas legalmente pelas autoridades da República da França — não apenas um membro fundador da União Europeia, mas também um dos países berço da compreensão moderna dos direitos humanos — sobre crimes tão graves violaria, de forma significativa, o senso geral de justiça da população que respeita a lei», (parágrafo I.2.c da sentença).

(Bundesgerichtshof, BGH)⁵³ confirmou a admissibilidade das provas obtidas pela interceptação do sistema *EncroChat*. Vale destacar que a legislação alemã não prevê restrições expressas ao uso de dados obtidos no exterior por meio de assistência jurídica internacional. Em particular, o artigo 100e(6) do Código de Processo Penal Alemão (StPO), que regula os requisitos e procedimentos para medidas de interceptação de comunicações, não se aplica diretamente a provas obtidas no exterior.

O BGH rejeitou o recurso com base no seguinte raciocínio: a admissibilidade de provas, incluindo aquelas obtidas no exterior, é regida pelas normas de direito interno; no âmbito da cooperação judicial internacional em matéria penal, aplica-se o princípio “locus regit actum”, e não compete aos tribunais nacionais verificar o cumprimento das normas estrangeiras pelas autoridades de outro país. Conforme a Decisão de Ordem Europeia de Investigação (DOEI), não há exigência de que o Estado solicitante examine se o Estado requerido obteve as provas em conformidade com os padrões de suas próprias normas processuais. Além disso, não há razões para recusar a admissibilidade das provas por questões de ordem pública ou de direito internacional público, visto que a França autorizou o uso das provas por ela obtidas nos tribunais alemães. O modo como as provas foram obtidas no território francês não contraria os princípios constitucionais do direito alemão. Considerando que o ordenamento jurídico alemão não prevê normas rígidas de exclusão de provas relacionadas à forma de obtenção das mesmas (*abhängige Beweisverwertungsverbote*), e que, neste caso, não havia motivos processuais ou constitucionais para a exclusão da prova, tampouco à luz da jurisprudência do TEDH, o BGH rejeitou o recurso.

Um ponto especialmente relevante para análise é a declaração do BGH de que o caso em questão não se trata de vigilância massiva realizada por serviços de inteligência, ainda que estes possam ter participado e alguns aspectos da obtenção das provas permaneçam confidenciais. Segundo o tribunal⁵⁴, não se trata de um caso de «vigi-

⁵³ O recurso foi apresentado perante a sentença de condenação prolatada pelo *Oberlandesgericht* de Hamburgo, de 15 de julho de 2021. Disponível em: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2022&nr=127966>.

⁵⁴ Ver parágrafos 37 e 38 da decisão.

lância massiva e avaliação indiscriminada de dados sem um objetivo ou motivação concreta», característica das interceptações realizadas por serviços de inteligência. Conforme argumentaram as autoridades francesas, a investigação no caso *EncroChat* não foi direcionada a um modelo de negócio completamente normal e legal (oferta de um serviço de telefonia móvel criptografada para aumentar a segurança contra invasões), utilizado por apenas alguns criminosos. O objetivo foi acessar um serviço projetado desde o início para facilitar atividades criminosas, sendo uma rede operativa secreta, amplamente utilizada por redes de tráfico de drogas, conforme evidenciado ao longo da investigação.

Do ponto de vista das autoridades francesas, a presunção de que os dispositivos *EncroChat* eram utilizados quase exclusivamente para fins criminosos foi confirmada ao longo da investigação, tanto após o primeiro acesso aos dados quanto após a análise de outras informações de usuários a partir de janeiro de 2020. Com base nessas suspeitas e evidências, um juiz autorizou e supervisionou a coleta temporária de todos os dados dos usuários do *EncroChat*, por razões repressivas e preventivas relacionadas à obrigação constitucional de garantir a segurança dos cidadãos contra riscos graves, como o tráfico de drogas e o crime organizado.

À luz de todo o exposto, o BGH concluiu que não houve violações graves aos princípios do Estado de Direito, nem aos direitos humanos fundamentais ou aos valores e princípios do direito europeu. Após várias condenações proferidas por diferentes tribunais — não apenas na Alemanha —, e diante da jurisprudência uniforme dos Oberlandesgerichte, o Tribunal Regional de Berlim, em decisão de 19 de outubro de 2022, submeteu uma questão preliminar ao TJUE (C-670/22).

Enquanto a questão preliminar estava pendente de decisão no TJUE, a possível violação de direitos fundamentais pela admissão das comunicações do *EncroChat* como prova pelos tribunais alemães foi também levantada no Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht), em relação a outro processo penal em que as mensagens do *EncroChat* foram usadas como prova. Nesse caso, o recorrente, condenado por tráfico de drogas pelo Landgericht de Rostock por uma sentença de 23 de julho de 2021 (depois de esgotar todos os recursos ordinários),

apresentou recurso constitucional em 24 de março de 2022.⁵⁵ Em seu recurso, argumentava que haviam sido violados o artigo 101.1 e 2 da *Grundgesetz* alemã (direito ao juiz natural), ao considerar que os tribunais nacionais deveriam ter submetido a questão preliminar ao TJUE e, ao não fazê-lo, estavam privando o juiz natural de sua competência.⁵⁶ Além disso, alegava-se a violação dos artigos 7 (direito ao respeito pela vida privada e familiar) e 8 (direito à proteção de dados pessoais) da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. O recurso não foi conhecido em decisão de 9 de agosto de 2023, especialmente por não ter invocado as supostas infrações em instâncias judiciais anteriores.

2.2.2 A QUESTÃO PRELIMINAR NO TJUE

Na questão preliminar apresentada ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), apresenta-se, em primeiro lugar, a problemática referente à autoridade emissora: especificamente, se, para efeitos do artigo 6.º da Decisão-Quadro relativa à Ordem Europeia de Investigação (DOEI) e em conformidade com o artigo 2.º, alínea c), da mesma decisão, a “autoridade emissora” competente para emitir essa ordem pode ser um procurador. Sem adentrar aqui em uma análise detalhada, é suficiente observar que o TJUE concluiu que um procurador pode ser considerado autoridade emissora para solicitar a execução de uma DOEI visando a obtenção de provas que já se encontram sob posse do Estado de execução, desde que, nos termos do direito nacional, o procurador também tivesse competência para emitir tal ordem em um caso interno. Ressalta-se que, no caso *EncroChat* na Alemanha, a DOEI foi emitida para que as autoridades francesas enviassem arquivos de comunicações que já estavam sob sua posse, como resultado da interceptação prévia do sistema. O pedido alemão, portanto, não buscava a execução de uma nova medida de interceptação de comunicações, mas apenas a transmissão de dados já coletados, o que foi determinante para

⁵⁵ *Bundesverfassungsgericht* 2 BvR 558/22, de 9 de agosto de 2023. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2023/08/rk20230809_2bvr055822.html.

⁵⁶ Art. 101, 1 e 2 da *Grundgesetz*.

concluir que a DOEI poderia ser emitida por uma autoridade judicial que não fosse um juiz.

O segundo ponto relevante refere-se ao objetivo e às funções da notificação prevista no artigo 31.º da DOEI. O TJUE inicialmente analisou a aplicação desse dispositivo ao caso em questão, indicando que a medida adotada pelas autoridades francesas — o registro de comunicações armazenadas em um servidor e o acesso aos dispositivos móveis — equivale, para fins de notificação, a uma «interceptação de comunicações». Assim, essa notificação seria exigível em relação à medida realizada.

Essa interpretação parece lógica, pois o sigilo das comunicações é afetado tanto em interceptações de comunicações orais quanto no registro de comunicações escritas, independentemente de as normas aplicáveis para cada tipo de interferência serem distintas. Em ambos os casos, há uma ingerência no sigilo das comunicações, o que fundamenta a conclusão do TJUE de que o artigo 31.º da DOEI se aplica ao caso.

Entretanto, essa inferência entra em aparente contradição com a abordagem do próprio TJUE em relação à autoridade emissora: para fins de emissão da DOEI, não se trata de uma interceptação de comunicações — que exigiria a autorização de um juiz —, mas sim para fins da notificação prevista no artigo 31.º. Essa contradição aparente pode ser resolvida ao considerar que o TJUE aborda dois níveis distintos: os requisitos aplicáveis às autoridades alemãs, enquanto Estado emissor, e os requisitos que devem ser cumpridos pelas autoridades francesas, enquanto Estado executor da medida.

Ainda assim, a aplicação prática do artigo 31.º da DOEI levanta algumas dúvidas. Este dispositivo estabelece que um Estado-membro, ao interceptar comunicações que ocorram em outro Estado-membro sem assistência técnica deste, deve notificá-lo. O Estado «notificado», por sua vez, pode autorizar a medida ou proibir o uso das comunicações como prova. Assim, a pergunta do tribunal alemão ao TJUE não se refere diretamente à utilização da prova na Alemanha, mas à obrigação das autoridades francesas de notificarem os demais Estados-membros sobre essas interceptações. A notificação condicionaria a utilização das provas obtidas por meio do registro do *EncroChat* na França, visto que os Estados «notificados» poderiam vetar a admissibilidade dessas comunicações em processos judiciais franceses.

Nesse contexto, surge uma questão: qual o interesse do tribunal de Berlim em determinar se essas provas seriam válidas na França na ausência da notificação prevista no artigo 31.º da DOEI? Embora possa parecer desnecessário à primeira vista, esse questionamento ganha relevância à luz das regras gerais sobre admissibilidade de provas transnacionais. A regra geral é que se aplica o princípio da *lex loci*: se a prova foi obtida de forma legal no Estado de execução, ela deveria ser admitida no tribunal de foro. Perguntar sobre a exigibilidade da notificação do artigo 31.º implica verificar se a obtenção da prova na França cumpriu os requisitos legais, isto é, se respeitou o princípio da *lex loci*. Ao decidir que o artigo 31.º é aplicável, o TJUE também determina que essa notificação é parte integrante das exigências legais para validar a obtenção da prova na França.

De qualquer forma, sendo as autoridades alemãs as interessadas na utilização das provas obtidas na França, não parece provável que elas se opusessem à sua utilização em território francês. É verdade que o artigo 31 da DOEI prevê a possibilidade de que o Estado «notificado» se oponha à medida que tem efeitos em seu território, já que o artigo 31.3 da DOEI especifica que, se tal medida não estiver autorizada em um caso interno semelhante, esse Estado «poderá» se opor à execução dessa medida ou à utilização do que foi obtido por meio dela como prova.

O significado e o alcance do artigo 31 da DOEI não estão isentos de debates, mas este não é o momento para abordá-los.⁵⁷ É importante, contudo, destacar que o TJUE acrescenta que o objetivo dessa notificação não é meramente informativo ou uma questão de cortesia internacional, mas também «visa proteger os direitos dos usuários afetados por uma medida de “intercepção de telecomunicações”, conforme o significado desse artigo».⁵⁸

⁵⁷ Remeto-me aqui ao que já mencionei anteriormente em: BACHMAIER WINTER, Lorena. Mutual recognition and cross-border interception of communications: the way ahead for the European Investigation Order. In: BRIÈRE, Chloé; WEYEMBERGH, Anne. (Ed.). *The needed balances in EU Criminal Law: Past, present and future*. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 313-336.

⁵⁸ STJUE M.N., caso C-670/22 (*EncroChat*), de 30 de abril de 2024, em sua parte dispositiva, parágrafo 132, 4). Em sentido diverso se expressa a sentença já citada do BGH, na qual se entende que a proteção conferida pelo artigo 31 da DOEI é limitada: ela se destina principalmente a proteger a soberania do Estado interceptado, e o indivíduo estaria protegido por essa notificação

Adicionalmente, o TJUE abordou outra questão relevante: a admissibilidade das provas obtidas na França por meio do registro do *EncroChat*, em conformidade com o artigo 14.º, n.º 7, da DOEI, que obriga a respeitar os direitos de defesa e a equidade na avaliação das provas obtidas por meio de uma DOEI.

Nesse sentido, o tribunal alemão questionou se seria compatível com o direito a um julgamento justo emitir uma OEI quando a integridade dos dados obtidos por meio dessa ordem «não pudesse ser verificada devido à confidencialidade dos elementos técnicos utilizados para a coleta de informações, o que poderia impedir a defesa de contestar efetivamente os dados no processo penal posterior» (parágrafo 83 da STJUE *EncroChat*). O TJUE respondeu que a questão da verificação da integridade dos dados não afeta a emissão da OEI, mas deve ser considerada pelo tribunal de julgamento no momento de avaliar as provas, de modo a garantir o direito a um processo equitativo (parágrafo 90). O tribunal nacional deve excluir provas quando a parte acusada não puder efetivamente contestar os dados ou quando essas provas influírem de forma decisiva na apreciação dos fatos.

Segue aqui o TJUE o critério já adotado na jurisprudência do TEDH⁵⁹ e em sua própria jurisprudência em matéria de retenção de dados⁶⁰, embora na jurisprudência sobre conservação de dados também

apenas na medida em que os dados fossem utilizados como prova no país interceptador (neste caso: França). Mesmo que tivesse sido violada a obrigação de notificação, o interesse do Estado no processamento prevaleceria sobre essa violação.

⁵⁹ Veja, entre outros, as SSTEDH *Bykov v. Rússia*, Appl. n.º. 4378/02, de 10 de março de 2009, parágrafos 88-90; *Huseyn e Outros v. Azerbaijão*, Appl. n.ºs. 35485/05 e 3 mais de 26 de julho de 2011, parágrafo. 199, 200 e 211; *Murtazaliyeva v. Rússia* [GC], Appl. n.º. 36658/05, de 18 de dezembro de 2018. SA-Capital Oy v. Finlândia, Appl. n.º 5556/10, de 14 de fevereiro de 2019, parágrafo 78, *Kobiashvili v. Geórgia*, Appl. n.º. 36416/06, de 14 de março de 2019, parágrafo 5

⁶⁰ SSTJUE *WebMindLicenses*, caso C-419/14, de 17 de dezembro de 2015; Processo penal contra H.K., caso C-746/18, de 2 de março de 2021; *La Quadrature du Net a.o. c. Primeiro-Ministro e Ministro da Cultura*, caso C-470/2 (“*La Quadrature du Net II*”), de 30 de abril de 2024; Procuradoria da República junto ao Tribunal de Bolzano, caso C-178/22, (“*Bolzano*”), de 30 de abril de 2024. Sobre este tema, veja os capítulos: MARTÍNEZ SANTOS, Antonio Martínez. *Conservación, cesión y utilización con fines probatorios de*

se faça referência à falta de conhecimentos específicos na matéria por parte do tribunal de julgamento, algo que é omitido no pronunciamento da sentença *EncroChat*.

Fica por esclarecer como deve ser interpretada essa causa de inadmissibilidade de prova definida pelo TJUE. O que significa concretamente poder «comentar eficazmente» sobre a prova?

Na matéria de obtenção de prova eletrônica, o direito de defesa gira em torno da possibilidade de verificar a legalidade, autenticidade, integridade e proporcionalidade da prova. Como isso se articula no caso de prova transnacional e, neste caso específico, em relação ao acesso massivo às comunicações realizado pelas autoridades francesas no âmbito de uma norma processual penal, mas que claramente ultrapassa o objeto do delito investigado? Como podem ser verificados os protocolos de acesso e conservação das comunicações interceptadas, quando nesse registro foi utilizada tecnologia informática e sistemas de descryptografia que, por motivos de segurança nacional, não podem ser compartilhados com a defesa no processo penal? Como pode ser verificada a integridade dos dados se não se pode acessar a totalidade deles? Comentar efetivamente implicaria um direito de acesso aos dados brutos?

Sem a intenção de analisar cada uma dessas questões, quero ressaltar aqui que o STJUE responde a algumas dessas questões, mas não sobre como deve ser articulado o direito de defesa em casos de prova eletrônica transnacional obtida por meio de um registro massivo de uma plataforma de comunicação criptografada.⁶¹

Neste ponto, é importante lembrar que o TEDH já declarou que o direito de acesso às fontes de prova — e, portanto, o direito de

los metadatos derivados de las comunicaciones electrónicas y digitales en el proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena. (Coord.). *Prueba penal y derecho de defensa en la era digital: Nuevos paradigmas y nuevos retos*. Madrid: Aranzadi, 2024; e LASAGNI, Giulia. Admisibilidad de pruebas en el procedimiento penal: Lecciones de la jurisprudencia del TJUE en materia de conservación de datos. In: BACHMAIER WINTER, Lorena. (Coord.). *Prueba penal y derecho de defensa en la era digital: Nuevos paradigmas y nuevos retos*. Madrid: Aranzadi, 2024.

⁶¹ Enquanto escreviam-se estas páginas, estavam pendentes no TEDH dois recursos relativos a *EncroChat*, *A.L. Lewis-Turner v. Francia* Appl. n.º. 44715/20 e *E.J. Jarvis v. Francia*, Appl. N.º. 47930/21.

comentar efetivamente sobre as mesmas — não é um direito absoluto, e pode ser objeto de limitações. Afirma o TEDH que, em um processo penal, podem existir interesses contrapostos, como a segurança nacional ou a necessidade de manter em segredo os métodos de investigação policial, que poderiam justificar que as fontes de prova ou o modo de sua obtenção não sejam revelados integralmente. Portanto, ao avaliar o acesso às fontes de prova à luz do direito a um processo equitativo, esses interesses devem ser ponderados em relação aos direitos do acusado.⁶² Aplicando isso ao caso *EncroChat*, o fato de a defesa não poder acessar a totalidade dos dados ou verificar o software utilizado no registro da plataforma não implicaria automaticamente uma violação do direito a um processo justo. Se o modo de proceder na obtenção ou na transmissão dessas provas suscitar dúvidas sobre a confiabilidade da prova, isso cabe ao tribunal de julgamento, e entra dentro de sua liberdade de apreciação.

3. MASS SURVEILLANCE E ANÁLISE DE DADOS ABERTOS: OS DESAFIOS PARA O PROCESSO PENAL

Identificar indivíduos como “pessoas de interesse” com base no risco potencial de cometerem crimes, submetendo-os a uma vigilância contínua, transforma-os não apenas em fontes de informação, mas também, de certa forma, em objetos de prova, à medida que os dados obtidos dessa vigilância podem adquirir relevância probatória. Por meio de mecanismos de monitoramento ativados sem uma suspeita concreta e prévia de prática delituosa, mas baseados em perfis, no *predictive policing* e em programas de avaliação de riscos – conhecidos como *Automated Suspicion Algorithms* (ASAs) –, é possível coletar elementos probatórios contra essas pessoas.⁶³ Embora esse modo de proceder não seja uma novidade, o

⁶² Sobre os princípios gerais dessa matéria, vid. *Jasper v. Reino Unido* [GC], Appl. nº. 27052/95, de 16 de fevereiro de 2000, parágrafo 52.

⁶³ Vid. RICH, Michael. Machine learning, automated suspicion, algorithms and the Fourth Amendment. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, pp. 870-929, 2016; e também BRAYNE, Sarah. Algorithmic Suspicion and Big Data Searches: The Inadequacy of Law in the Digital Age. In: BRAYNE, Sarah. *Predict and Surveil: Data Discretion and the Future of Policing*. Oxford: Oxford University Press, 2020, pp. 118 ss.

problema atual reside no fato de que a *mass surveillance* aplicada a dados e comunicações com fins preventivos possibilita a criação de perfis de indivíduos potencialmente perigosos, submetendo-os a uma vigilância muito mais invasiva do que a vigilância física tradicional.

Ademais, a análise massiva de dados pode ser desencadeada sem a necessidade de demonstrar, perante uma autoridade judicial, a existência de uma suspeita específica sobre um indivíduo. Muitas vezes, basta uma avaliação de risco realizada por um algoritmo. Os ASAs são programas que analisam, de forma massiva, dados de indivíduos para determinar a existência de suspeitas potenciais. É sabido que grandes empresas prestadoras de serviços na internet vendem dados a empresas privadas, que os utilizam para monitorar o comportamento dos consumidores em suas campanhas de publicidade e marketing. Esses dados, somados às informações publicadas por usuários em redes sociais e aos dados mantidos por autoridades públicas⁶⁴ e *data brokers*, possibilitam a construção de perfis de comportamento e risco cada vez mais sofisticados. A utilização de inteligência artificial para analisar essa massa de dados dá origem aos ASAs, cujas análises fundamentam as políticas e ações das forças policiais e de outras agências de segurança. Assim, as forças policiais tornam-se clientes dos *data brokers*, adquirindo análises que identificam não apenas riscos potenciais, mas também indivíduos que podem ser classificados como suspeitos. Os ASAs, portanto, substituem os informantes e as tradicionais atividades de vigilância policial, ampliando exponencialmente seu alcance, mas sem que os juízes disponham de critérios claros para avaliar sua confiabilidade.⁶⁵

Essa nova dinâmica altera profundamente os fundamentos para a abertura de investigações penais. Inicialmente, realiza-se uma avaliação de riscos por meio da análise de grandes volumes de dados. Com base nessa análise, identificam-se «pré-suspeitos», que, após a definição de seus perfis, podem ser classificados como «pessoas de interesse» e submetidos a uma

⁶⁴ Dentre as ferramentas que cita RICH, estão: *mass surveillance, data mining, intelligence-led policing technology, fusion centers, offender registries, social media surveillance, social network analysis, biometrics*.

⁶⁵ No mesmo sentido: RICH, Michael. Machine learning, automated suspicion, algorithms and the Fourth Amendment. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, pp. 870-929, 2016, p. 908.

vigilância mais intensa para coleta de indícios ou provas. Uma vez obtidos esses indícios, os elementos que fundamentam uma suspeita concreta são apresentados à autoridade judicial para a expedição de ordens que autorizem medidas processuais, como interceptação de comunicações ou acesso a dados digitais, cujos resultados podem ser admitidos como provas no processo. Essa prática suscita preocupações, pois permite a abertura de investigações invasivas com base em análises massivas de dados para fins de segurança, mesmo sem uma suspeita prévia concreta.

Não se afirma, com isso, que tal atuação seja generalizada ou que os serviços de inteligência estejam agindo à margem da lei. Nas democracias europeias, há indícios de que, mesmo quando capazes de realizar coleta massiva de dados, os serviços de inteligência enfrentam limitações de tempo, recursos e prioridades, operando de forma geral dentro dos limites legais e com base em critérios objetivos. A vigilância direcionada (*targeted surveillance*), por sua vez, é submetida a controles rigorosos e diversos níveis de supervisão. Contudo, sistemas de vigilância que carecem de transparência e publicidade devem ser submetidos a escrutínio rigoroso, pois a ausência de controles adequados no processo de obtenção de inteligência e na seleção de alvos pode comprometer as salvaguardas do sistema de justiça penal. A conquista de direitos fundamentais no âmbito do processo penal pode ser ameaçada pela *mass surveillance* e pela dinâmica do “Big Brother”.

A interceptação massiva de comunicações e a retenção dos dados obtidos representam uma violação significativa ao direito à privacidade, mesmo que esses dados não sejam analisados de forma concreta.⁶⁶ A mera existência de sistemas de vigilância massiva de metadados de comuni-

⁶⁶ Isto é algo já indiscutível. A esse respeito, veja, por exemplo, a sentença do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) GC de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland v. Ministro das Comunicações, Marinha e Recursos Naturais e Outros e Kärntner Landesregierung e Outros* (casos C-293/12 e C-594/12), na qual o TJUE declarou que a Diretiva EU 2006/24/CE era incompatível com o princípio da proporcionalidade e, portanto, a legislação nacional que prevê a conservação de dados de comunicações deve ser considerada também contrária aos artigos 7 e 8 da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, a menos que essa legislação seja complementada com suficientes garantias sobre o acesso aos dados. Sobre esta sentença, vid., entre outros: OJANEN, Tuomas. Rights-based Review of Electronic Surveillance after Digital Rights Ireland and Schrems in the European Union. In: COLE, David D.; FABBRINI,

cação é um assalto à nossa privacidade que afeta o comportamento dos indivíduos, exerce um efeito inibidor sobre a liberdade de expressão⁶⁷ e compromete o desenvolvimento pleno da vida privada. Além disso, os riscos de abuso associados à vigilância massiva representam uma ameaça não apenas aos direitos individuais, mas também à preservação da democracia e do Estado de Direito.⁶⁸

Naturalmente, os riscos são ainda maiores quando, devido aos critérios de seleção aplicados, determinadas pessoas se tornam alvos e o conteúdo de suas comunicações é monitorado e analisado. Não devemos esquecer que esses mecanismos são projetados para detectar ameaças e, portanto, são ativados diante de alvos desconhecidos; ou seja, podem afetar qualquer cidadão, mesmo que não exista suspeita prévia sobre ninguém em particular. Este é precisamente o fator que levou o TJUE a questionar a proporcionalidade das técnicas que permitem intervir e armazenar todas as comunicações para, posteriormente, selecionar aquelas que merecem ser submetidas a uma análise mais aprofundada.

Apenas se discute a utilidade das interceptações em massa para as operações de segurança, e a abordagem proativa para identificar ameaças à segurança nacional se houver um fim legítimo e razoável.⁶⁹ No entanto, considerando que, ao contrário de uma investigação criminal, tal invasão de nossa privacidade não tem um objetivo específico e opera com base em critérios de seleção (não está, portanto, vinculada a uma suspeita prévia), é compreensível questionar se ela respeita o princípio da proporcionali-

Federico; SCHULHOFER, Stephen. (Ed.). *Surveillance, Privacy and Transatlantic Relations*. Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 13-30.

⁶⁷ Sobre o «chilling effect», vide o Informe do Conselho da Europa (CoE) do Comissário para Direitos Humanos «Democratic and effective oversight of national security services», de maio de 2015. Disponível em: <https://rm.coe.int/1680487770>, p. 25. No mesmo sentido, destacando a escassez de estudos empíricos sobre o tema: MURRAY, Daragh; FUSSEY, Pete. Bulk Surveillance in the Digital Age: Rethinking the Human Rights Law Approach to Bulk Monitoring of Communications Data. *Israel Law Review*, v. 52, n. 1, pp. 31-60, 2019, p. 43-47.

⁶⁸ Vid. Informe do Conselho da Europa «Democratic and effective oversight of national security services», cit., p. 26.

⁶⁹ Assim apontou a Comissão de Veneza em seu Informe «On the Democratic Oversight of Signals Intelligence Agencies», de 15 de dezembro de 2015, CDL-AD(2015)011, p. 47.

dade, e também se o critério de proporcionalidade nesses casos deveria ser diferente do que se aplica no processo penal.

São dois os elementos básicos que diferenciam claramente os níveis de garantias no processo penal e no sistema de prevenção voltado para a segurança: a exigência do requisito de suspeita prévia no âmbito da investigação penal e a necessidade de que as medidas de investigação e obtenção de provas que impliquem uma intrusão nos direitos fundamentais exijam, como regra, uma autorização judicial prévia. Essa autorização, como é sabido, serve não apenas para controlar a legalidade da medida e os critérios de proporcionalidade, mas também para verificar se existem indícios ou suspeitas suficientes contra uma pessoa determinada. Obviamente, o controle judicial continua operando de forma ordinária em todas as etapas do processo, até mesmo posteriormente, por meio dos mecanismos para questionar a admissibilidade e a licitude da prova.

No caso da “non-targeted surveillance” (vigilância não direcionada), o enfoque difere desse esquema, pois não há uma decisão judicial inicial baseada em suspeitas prévias contra indivíduos específicos, simplesmente porque não há um objetivo específico, já que nenhum suspeito é identificado⁷⁰. Como afirmou o TEDH, “a interceptação massiva, por definição, não tem um objetivo específico, e exigir uma ‘suspeita razoável’ tornaria impossível o funcionamento de tal esquema”.⁷¹ De maneira semelhante, o requisito de “notificação posterior” pressupõe a existência de objetivos de vigilância claramente definidos, o que não ocorre em um regime de interceptação massiva.⁷²

Poder-se-ia argumentar que a vigilância massiva não tem como finalidade colher provas para fins penais, pois se concentra na prevenção. Mas será que isso significa que a expectativa de privacidade não é aplicável? E se, finalmente, esses dados forem utilizados para desencadear uma investigação criminal e, portanto, forem justamente os dados que permitem estabelecer a «suspeita razoável» e obter a ordem judicial para obter provas, não estaríamos diante de um círculo vicioso? Primeiro, acessam-se os dados de forma massiva, depois filtram-se e realiza-se uma

⁷⁰ Vide. *Big Brother Watch*, parágrafo 317.

⁷¹ *Ibid.*, parágrafo 317.

⁷² *Ibid.*

análise desses *big data* e, com base nessa análise —feita por algoritmos—, estabelece-se o que nos Estados Unidos se denomina “probable cause”⁷³ (causa provável). Estabelecido assim o motivo fundado ou a suspeita razoável, já é possível solicitar a ordem judicial para acessar dados e comunicações, os quais poderão ser utilizados como prova no processo. Não seria esta uma forma de burlar as garantias processuais destinadas precisamente a evitar que as pessoas sejam submetidas a medidas intrusivas quando não existe uma suspeita razoável?

O uso dos algoritmos de avaliação de suspeitas que já está sendo feito em certos países apenas confirma esses riscos.

4. NOVO PARADIGMA, NOVAS GARANTIAS?

O tratamento massivo de dados por meio de algoritmos e inteligência artificial demanda não apenas um fortalecimento das garantias processuais existentes no modelo processual liberal, mas também, possivelmente, a criação de novos mecanismos de proteção ao cidadão. Atualmente, qualquer pessoa pode ser submetida a uma inspeção massiva de seus dados pessoais, uma vez que, com base apenas em informações de fontes abertas (*open source*), é possível traçar um perfil detalhado de praticamente todos os aspectos de sua vida privada. Caso, de acordo com o algoritmo utilizado, um indivíduo seja categorizado como “pessoa de interesse”, basta um pequeno passo para que esses mesmos dados sirvam como fundamento para a instauração de um processo penal, sua apresentação como prova e, eventualmente, sua aceitação para justificar a condenação penal do indivíduo.

Tal realidade pode exigir uma reconsideração do sistema de garantias processuais, tradicionalmente centradas no modelo liberal, que enfatiza a publicidade e oralidade da fase de julgamento, momento no qual o contraditório atinge sua máxima expressão na prática probatória. Contudo, torna-se cada vez mais difícil questionar a licitude e a

⁷³ Sobre o requisito da *probable cause* na Constituição norte-americana, ver. BACHMAIER WINTER, Lorena. *Probable cause* y la Cuarta Enmienda de la Constitución estadounidense: una garantía tan imprecisa como necesaria. *Quaestio Facti*, v. 4, n. 1, pp. 191-220, 2023, p. 195 e ss.

confiabilidade dos dados eletrônicos obtidos, especialmente quando não se tem acesso ao software utilizado nem ao entendimento do algoritmo empregado na análise e busca desses dados. Além disso, em muitos sistemas processuais, o julgamento oral tornou-se uma fase quase excepcional, acionada somente quando não há acordo entre as partes. E, quando os dados obtidos por vigilância ou rastreamento massivo são contundentes, a defesa frequentemente opta pelo “mal menor”, ou seja, uma sentença negociada, em vez de enfrentar um julgamento oral cujo foco pode estar excessivamente voltado para a análise pericial informática.

Nesse contexto, talvez fosse pertinente questionar se não seria adequado reconsiderar o sistema de garantias e reforçar os pressupostos que podem levar à abertura de uma investigação penal contra um indivíduo específico. Refiro-me a abrir um debate mais profundo sobre o significado que adquire, em um mundo de vigilância massiva e de conservação massiva de dados, o fato de que basta consultar os dados existentes sobre qualquer indivíduo — ou empresa — para fundamentar uma suspeita que possibilite transformar esses dados em provas incriminatórias. Se com base em uma quantidade avassaladora de dados eletrônicos já existentes sobre cada cidadão pode-se elaborar uma “suspeita fundada”, não seria necessário antecipar as garantias processuais para esse momento, em vez de centrá-las no desenvolvimento de um julgamento oral, que provavelmente não ocorrerá? Não seria oportuno repensar o papel dos conceitos de «indícios racionais» ou «suspeitas fundadas», ou, para usar o termo da Quarta Emenda norte-americana, a “probable cause”?

Já tive a oportunidade de analisar em detalhes o conceito de “causa provável” na Constituição norte-americana em relação aos conceitos análogos nos processos penais europeus, como o “Tatverdacht” do art. 102 do Código de Processo Penal alemão, ou os “indizi criminali” ou o “motivo fondato” do art. 247 do Código de Processo Penal italiano, ou as “suspeitas razoáveis” dos arts. 543, 579 ou 588bis e ter da Lei de Processo Penal espanhola.⁷⁴ Sem intenção de reiterar aqui o que já foi expresso nesses e outros trabalhos, acredito ser conveniente lembrar

⁷⁴ BACHMAIER WINTER, Lorena. Probable cause y la Cuarta Enmienda de la Constitución estadounidense: una garantía tan imprecisa como necesaria. *Quaestio Facti*, v. 4, n. 1, pp. 191-220, 2023.

alguns aspectos desses conceitos. Em primeiro lugar, deve-se destacar sua vaguidade, pois não contém um padrão de prova que possa ser definido, nem sequer de forma aproximada. A Suprema Corte norte-americana reconhece que não é fácil determinar esse padrão fundamental para a proteção do indivíduo contra intromissões do Estado em sua liberdade e privacidade, o que constitui uma garantia fundamental dos princípios do Estado de direito. Trata-se de algo mais do que uma simples suspeita e algo menos do que a situação de «além de toda dúvida razoável», que é o padrão probatório para fundamentar uma sentença condenatória;⁷⁵ o determinante é que exista «um motivo razoável para a convicção ou para a culpabilidade» (*a reasonable ground for belief or guilt*)⁷⁶. Portanto, estamos diante de um termo ambíguo, que faz referência a um cálculo de probabilidades, a uma probabilidade não quantitativa ou estatística que se move dentro de uma faixa variável. A conclusão é que o termo «provável» não nos dá um parâmetro concreto sobre qual é o limite que permite adotar medidas restritivas de direitos fundamentais com fins de investigação penal contra um indivíduo;⁷⁷ a própria Suprema Corte norte-americana o considera um padrão impreciso «baseado no senso comum»⁷⁸. Esse conceito se diferencia do termo ou padrão de «suspeita razoável», que exige um grau menor de suspeita; seria como um estágio anterior à “causa provável”, embora sejam termos fluidos: o primeiro faz referência a uma mera possibilidade e o segundo a uma probabilidade. Mas como já destaquei em outro lugar:

«Traçar uma distinção clara na prática entre ambos os padrões não é fácil, embora suas repercussões jurídicas sejam claramente diferentes. Em primeiro lugar, porque não é muito claro o que se quer dizer com “possibilidade”. Em sentido estrito, algo é possível apenas quando não é impossível, então é possível que um fato tenha ocorrido, embora não haja nenhum dado que o comprove. E em um sentido mais amplo, possível é sinônimo de provável, de

⁷⁵ *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160, 174 (1949). *Ibid.*, p. 203

⁷⁶ *Brinegar v. United States*, p. 174.

⁷⁷ BACHMAIER WINTER, Lorena. Probable cause y la Cuarta Enmienda de la Constitución estadounidense: una garantía tan imprecisa como necesaria. *Quaestio Facti*, v. 4, n. 1, pp. 191-220, 2023, p. 203.

⁷⁸ *Steel v. United States*, 267 U.S. 498, 504-505 (1925).

forma que, interpretado assim, não se distinguiria a «reasonable suspicion» da “probable cause”; a não ser que se fixe a diferença no grau de probabilidade (não matemática), mas então seria necessário alguma concretização desse grau, além da distinção entre possibilidade e probabilidade.»⁷⁹

O requisito de “probable cause” também é o que se aplica atualmente ao acesso e apreensão de dados eletrônicos.⁸⁰

No âmbito europeu, talvez não seja errado afirmar que o padrão de «suspeita razoável», definido pelo TEDH para realizar uma detenção, equivaleria *mutatis mutandis* ao padrão de “probable cause”. Mas não encontramos uma definição desse padrão em relação às interferências na esfera da privacidade, pois ao avaliar se são atendidos os requisitos do art. 8º da CEDH, o TEDH parte, geralmente, da premissa de que já foi analisado o limiar de «suspeita razoável» que permite a abertura de um processo penal. No contexto do processo penal espanhol, o art. 546 exige que haja indícios racionais da prática de um crime ou, no caso da medida de entrada e registro, indícios de que o suspeito ou elementos de prova possam ser encontrados no local.⁸¹

No entanto, para iniciar um processo penal, basta a mera probabilidade — no sentido de possibilidade — de que um fato criminoso tenha sido cometido. E, como assinalou o Tribunal Supremo espanhol, para isso não é necessário que se constate indícios racionais de criminalidade; é suficiente a «notitia criminis sustentada por uma suspeita fundada em circunstâncias objetivas de que um crime tenha podido ser cometido, esteja sendo cometido ou será cometido»⁸².

⁷⁹ Tradução livre. Ibid. p. 205.

⁸⁰ *Riley v. California*, 573 U.S. 373 (2014). E posteriormente, em *Carpenter v. United States*, 585 U.S. ___ (2018), a Suprema Corte determinou que, para obter os dados de geolocalização de um telefone móvel de uma empresa de telecomunicações, era necessário comprovar causa provável, pois esses dados afetam o direito à privacidade protegido pela Quarta Emenda.

⁸¹ Vid. STS153/2015, de 18 de março.

⁸² STS 32/1995, de 4 de dezembro de 1995. Ibid., p. 215. Sobre o pressuposto da notitia criminis e o julgamento sobre a mesma para a instauração do processo penal e sua relação com os riscos da abertura de causas gerais sem

Diante da indeterminação do padrão — «suspeita razoável» — para iniciar um processo penal, assim como para adotar medidas de investigação penal que afetem os direitos fundamentais (embora essas devam ser submetidas aos critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade), a ativação de um algoritmo para identificar/elaborar, por meio do processamento massivo de dados, poderia estabelecer esses indícios ou suspeitas praticamente sobre qualquer indivíduo. Se, além disso, for possível dispensar a «suspeita razoável» no âmbito da prevenção, isso significa que o Estado pode coletar informações e dados eletrônicos relativos a qualquer sujeito e, uma vez processados, estabelecer o critério de “probable cause” para cumprir os padrões exigidos para a investigação criminal no processo penal.

Dito de outra forma, o padrão para ativar medidas de investigação baseadas no processamento de Big Data, ou no acesso a bancos de dados nos quais se conservam indiscriminadamente dados pessoais de todos os usuários, deve ser reforçado se quisermos continuar mantendo as tradicionais garantias do processo penal.

Ainda poderíamos confiar que se apliquem regras de exclusão de prova a esses dados obtidos previamente a um processo penal, ou que sejam declaradas nulas as provas obtidas com base em «suspeitas razoáveis» oriundas de uma vigilância massiva. Mas não é o que acontece: primeiro, porque são poucos os ordenamentos jurídicos que aplicam regras estritas de exclusão de provas;⁸³ e segundo, porque para condenar

objeto concreto, ver. AGUILERA MORALES, Marien. *Proceso penal y causa general: La inquisitio generalis en el Derecho español*. Madri: Aranzadi, 2008, pp. 64 e ss.

⁸³ Sobre as diferenças com relação às regras de exclusão de provas, ver, entre outros, THAMAN, Stephen C. *Balancing Truth Against Human Rights: A Theory of Modern Exclusionary Rules*. In: THAMAN, Stephen C. (Ed.). *Exclusionary Rules in Comparative Law*. Londres: Springer, 2013, pp. 403-446. Este autor destaca que apenas algumas jurisdições «particularmente aquelas que surgiram recentemente em regimes totalitários ou autoritários» excluíram toda ponderação com relação ao uso de provas obtidas ilícitamente, p. 441. Ver também GLESS, Sabine; RICHTER, Thomas. (Eds.), *Do exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules*. Londres: Springer, 2019. Mais recentemente, BACHMAIER WINTER, Lorena; SALIMI, Farsam. (Eds.), *Admissibility of Evidence in EU Cross-Border Criminal Proceedings: Electronic Evidence, Efficiency and Fair Trial Rights*. Oxford: Hart

já não é necessário apresentar provas incriminatórias em um debate contraditório, considerando que cerca de 60% das condenações na Europa se baseiam em acordos de conformidade (nos Estados Unidos, esse percentual chega a mais de 95%). Será suficiente confrontar o acusado com toda a bateria de dados disponíveis pela acusação para convencê-lo a aceitar a condenação. E esses dados, cuja retenção ainda não está, na prática, limitada em muitos países⁸⁴, e cujo acesso na maioria dos casos foi consentido pelos próprios usuários das redes, serão um elemento convincente para dobrar a vontade do acusado e fazê-lo renunciar ao julgamento, talvez em troca de uma redução da pena.

A TÍTULO DE CONCLUSÃO

Diante desse panorama inquietante, apresento três breves conclusões. A primeira — embora óbvia, mas ainda assim essencial — é a necessidade de continuar lutando pela proteção das garantias processuais. A segunda é a urgência de redefinir os requisitos que permitem ao Estado acessar e processar nossos dados com fins preventivos, assim como estabelecer controles mais rigorosos sobre o critério de «suspeita razoável». Em um sistema eminentemente preventivo e tecnológico, tal critério pode acabar sendo a única barreira efetiva para impedir a abertura de investigações penais que convertam dados previamente obtidos em provas incriminatórias. Por fim, a terceira conclusão reconhece que, embora a proteção de direitos fundamentais tradicionalmente tenha se voltado contra o poder avassalador do Estado, o poder das empresas privadas — particularmente as que prestam serviços de internet e gestão de dados — exige uma reavaliação de seu papel na investigação penal.

Publishing, 2024; e o informativo «Study on cross-border use of evidence in criminal proceedings» de março de 2022, responsável pela Comissão Europeia a Milieu. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2815b94e-9165-11ed-b508-01aa75ed71a1/language-en>.

⁸⁴ Assim, por exemplo, na Espanha, onde a STJUE de 8 abril 2014, *Digital Rights Ireland and Seitlinger and others* (casos C-293/12 e C-594/12) («*Digital Rights Ireland*»), não teve praticamente nenhum impacto quanto à limitação da conservação dos dados. Ver a STS 3436/2015 de 7 de julho 2015; o STS 5140/2015 de 23 novembro 2015.

O debate sobre sua responsabilidade como garantidoras da privacidade dos usuários, além das obrigações previstas nas legislações de proteção de dados, e seu papel como colaboradoras nas investigações penais, precisa ser aprofundado.

Em relação ao uso de sistemas de comunicação criptografados, o TEDH destacou expressamente que o mero fato de baixar ou usar um sistema de comunicação criptografado, ou até mesmo o uso de qualquer outro método para proteger a natureza privada das mensagens trocadas, não pode, por si só, constituir um crime, nem tampouco pode ser considerado automaticamente um elemento probatório capaz de convencer um observador objetivo de que se está realizando uma atividade ilegal ou cometendo um crime.⁸⁵ No entanto, como vimos, isso não impediu que, na prática, se estabelecesse, como uma suspeita razoável para acessar o sistema, o fato de que alguns — poucos ou muitos — criminosos utilizam essas plataformas de comunicação. De acordo com o TEDH, o uso dessas plataformas é legal e faz parte do direito à privacidade de comunicar com quem cada pessoa desejar e através do sistema legal que escolher, mas isso não impede que o uso de tais plataformas gere desconfiança nas autoridades que atuam na área de inteligência ou na investigação criminal. Portanto, esse uso é considerado um elemento que abre a porta para decifrar o sistema e acessar as comunicações dos usuários.

Diante dessa situação, a defesa só pode invocar seu direito de “comentar efetivamente” sobre as provas obtidas dessa maneira, o que, como vimos anteriormente, não necessariamente implica o direito de revisar a integridade dos dados interceptados ou de conhecer o software utilizado para acessar as suas comunicações. Diante desse desequilíbrio entre os poderes do Estado de interferir em nossa esfera de privacidade e os direitos do usuário (suspeito, pré-suspeito ou simples usuário de um sistema criptografado), só pode ser invocado o cumprimento dos protocolos adequados para garantir a autenticidade, integridade e proporcionalidade

⁸⁵ STEDH *Akgün v. Turquia*, Appl. n.º. 19699/18, de 20 de julho 2021, parágrafo 160: «que não existia nenhum elemento de prova apto a persuadir um observador objetivo de que ele poderia ter cometido o crime do qual foi acusado. Em particular, o interessado alega que a utilização que fez do ByLock não poderia justificar sua prisão».

das provas eletrônicas. Por isso, hoje mais do que nunca, o direito de defesa deve ser fortalecido, também com ferramentas digitais e software adequado, pois, caso contrário, não será possível cumprir o princípio do contraditório como sistema de formação da prova. Os tribunais devem estar preparados para conceder à defesa as possibilidades de não apenas verificar como se teve acesso à prova digital, mas também, como aponta Rich, para questionar a confiabilidade dos *Automated Suspicion Algorithms* (Algoritmos de Suspeita Automatizada) e, se for o caso, excluir a prova obtida com base nesses algoritmos.⁸⁶

Em todo caso, a existência de uma suspeita prévia para ativar medidas notavelmente intrusivas em nossa esfera de privacidade não parece ser um pressuposto absoluto que nos proteja contra as vigilâncias massivas. Quando a prevenção se dilui e se confunde com a repressão do crime, é muito difícil estabelecer fronteiras entre a informação de inteligência e a obtenção de prova penal, especialmente no âmbito da proteção de dados e do acesso às comunicações. Nisso, concordo com o que afirmaram, em seu voto particular, os juízes Lemmens, Vehabović e Bošnjak: «É provável que, em um futuro não tão distante, ao explorar esse terreno em particular, a investigação criminal possa passar da vigilância direcionada para a interceptação massiva de dados»⁸⁷. E me pergunto: não é isso o que estamos vendo no caso *EncroChat*?

Essa tradução mantém os detalhes e as nuances do texto original, abordando o contexto legal e as questões de vigilância e privacidade no uso de tecnologia criptografada, especialmente no que se refere ao direito de defesa e ao controle judicial de provas obtidas em investigações de segurança.

⁸⁶ RICH, Michael. Machine learning, automated suspicion, algorithms and the Fourth Amendment. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, pp. 870-929, 2016, p. 929: «os Tribunais devem estar preparados para fornecer orientações e condições aos acusados para questionamento da credibilidade dos ASA e para excluir provas obtidas com base em ASA não certificados ou em ASA cuja confiabilidade não for provada».

⁸⁷ Voto dissidente conjunto parcialmente concomitante com a decisão do TEDH *Big Brother Watch and others v. Reino Unido*, Grand Chamber, 25 de maio 2021, parágrafo 29.

REFERÊNCIAS

AGUILERA MORALES, Marien. *Proceso penal y causa general: La inquisitio generalis en el Derecho español*. Madri: Aranzadi, 2008.

ALCALÁ ZAMORA, Niceto. Liberalismo y autoritarismo en el proceso. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 1, n. 2-3, pp. 559-600, 1968.

ASHWORTH, Andrew; ZEDNER, Lucia. *Preventive Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

BACHMAIER WINTER, Lorena; SALIMI, Farsam. (Eds.), *Admissibility of Evidence in EU Cross-Border Criminal Proceedings: Electronic Evidence, Efficiency and Fair Trial Rights*. Oxford: Hart Publishing, 2024.

BACHMAIER WINTER, Lorena. Countering Terrorism: Suspects without suspicion and (Pre-)Suspects under surveillance. In: SIEBER, Ulrich; MITSILEGAS, Valsamis; MYLONOPOLUS, Christos; KNUST, Nandor. (Eds.). *Alternative systems of Crime Control*. Berlin: Duncker & Humblot, 2018.

BACHMAIER WINTER, Lorena. Información de inteligencia y proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena. (Coord.). *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*. Madri: Marcial Pons, 2012.

BACHMAIER WINTER, Lorena. Mutual recognition and cross-border interception of communications: the way ahead for the European Investigation Order. In: BRIÈRE, Chloé; WEYEMBERGH, Anne. (Ed.). *The needed balances in EU Criminal Law: Past, present and future*. Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 313-336.

BACHMAIER WINTER, Lorena. Probable cause y la Cuarta Enmienda de la Constitución estadounidense: una garantía tan imprecisa como necesaria. *Quaestio Facti*, v. 4, n. 1, pp. 191-220, 2023.

BACHMAIER WINTER, Lorena. Proportionality, surveillance and criminal investigation: Strasbourg Court facing Big Brother. In: BILLIS, Emmanouil; KNUST, Nandor; RUI, Jon Petter. (Ed.). *The Principle of Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*. Oxford: Hart Publishing, 2021.

BILCHITZ, David. The Right to Privacy, Surveillance and the Global Obligations of Corporations. In: COLE, David D.; FABBRINI, Federico; SCHULHOFER, Stephen. (Eds.) *Surveillance, Privacy and Trans-Atlantic Relations: Hart Studies in Security and Justice*. Dublin: Bloomsbury Publishing, 2017.

BRAYNE, Sarah. Algorithmic Suspicion and Big Data Searches: The Inadequacy of Law in the Digital Age. In: BRAYNE, Sarah. *Predict and Surveil: Data Discretion and the Future of Policing*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

BRAYNE, Sarah. *Predict and Surveil: Data Discretion and the Future of Policing*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

CAMERON, Iain. *National Security and the European Convention on Human Rights*. Haia: Kluwer Law, 2000.

DERENCINOVIC, Devor, GETOS, Anna-Maria. Cooperation of law enforcement and intelligence agencies in prevention and suppression of terrorism. European perspective. *Revue internationale de droit pénal*, v. 78, pp. 79-112, 2007.

GALISON, Peter; MINOW, Martha. Our Privacy, Ourselves in the Age of Technological Intrusions. In: ASHBY WILSON, Richard. (Ed.). *Human Rights in the 'War on Terror'*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

GALLI, Francesca. The freezing of terrorists' assets: preventive purpose with a punitive effect. In: GALLI, Francesca; WEYEMBERGH, Anne. (Ed.). *Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU*. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2014.

GLESS, Sabine; RICHTER, Thomas. (Eds.), *Do exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules*. Londres: Springer, 2019.

HIRSCH, Marianne F. H. Terrorism Causing a Shifting Responsibility in Criminal Pre-Trial Investigation: from Repression to Prevention. In: HIRSCH, Marianne F. H. et al. (Ed.). *Shifting Responsibilities in Criminal Justice*. Haia: Eleven International Publishing, 2012.

LASAGNI, Giulia. Admisibilidad de pruebas en el procedimiento penal: Lecciones de la jurisprudencia del TJUE en materia de conservación de datos. In: BACHMAIER WINTER, Lorena. (Coord.). *Prueba penal y derecho de defensa en la era digital: Nuevos paradigmas y nuevos retos*. Madri: Aranzadi, 2024.

LINDEMAN, Joep; LUCHTMAN, Michiel; VAN TOOR, Dave. Admissibility of Evidence in EU Cross-Border Criminal Proceedings: Electronic Evidence, Efficiency and Fair-Trial Rights in the Netherlands. In: BACHMAIER WINTER, Lorena; SALIMI, Farsam. (Ed.) *Admissibility of Evidence in EU Cross-Border Criminal Proceedings: Electronic Evidence, Efficiency and Fair Trial Rights*. Oxford: Hart Publishing, 2024.

MARTÍN MORALES, Ricardo. El principio constitucional de intervención indiciaria. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 2, pp. 341-506, 1999.

MARTÍNEZ SANTOS, Antonio Martínez. Conservación, cesión y utilización con fines probatorios de los metadatos derivados de las comunicaciones electrónicas

y digitales en el proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena. (Coord.). *Prueba penal y derecho de defensa en la era digital: Nuevos paradigmas y nuevos retos*. Madri: Aranzadi, 2024.

MITSILEGAS, Valsamis. The Security Union as a paradigm of preventive justice: Challenges for citizenship, fundamental rights and the rule of law. In: CARRERA, Sergio; MITSILEGAS, Valsamis. (Ed.). *Constitutionalising the Security Union. Effectiveness, Rule of Law and Rights in Countering Terrorism*. Bruxelas: CEPS, 2017.

MURRAY, Daragh; FUSSEY, Pete. Bulk Surveillance in the Digital Age: Rethinking the Human Rights Law Approach to Bulk Monitoring of Communications Data. *Israel Law Review*, v. 52, n. 1, pp. 31-60, 2019.

OERLEMANN Jan-Jaap; VAN TOOR, Dave. Legal Aspects of the EncroChat Operation: A Human Rights Perspective. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 30, n. 3-4, pp. 309-328, 2022.

OJANEN, Tuomas. Administrative counter-terrorism measures – a strategy to circumvent human rights in the fight against terrorism?. In: COLE, David; FABBRINI, Federico; VEDASCHI, Arianna. (Ed.). *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013.

OJANEN, Tuomas. Rights-based Review of Electronic Surveillance after Digital Rights Ireland and Schrems in the European Union. In: COLE, David D.; FABBRINI, Federico; SCHULHOFER, Stephen. (Ed.). *Surveillance, Privacy and Transatlantic Relations*. Oxford: Hart Publishing, 2017

RADEMACHER, Timo. Predictive Policing im deutschen Polizeirecht. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 142, n. 3, pp. 366–416, 2017.

RATNER, Steven R. Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility. *Yale Law Journal*, v. 111, n. 3, pp. 443-545, 2001.

RICH, Michael. Machine learning, automated suspicion, algorithms and the Fourth Amendment. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, pp. 870-929, 2016.

SIEBER, Ulrich. Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt: eine Analyse der Vorfeldtatbestände im “Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten”. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, v. 29, n. 7, pp. 353-364, 2009.

SIEBER, Ulrich. Risk prevention by means of criminal law – On the legitimacy of anticipatory offenses in Germany’s recently enacted counter-terrorism law. In: GALLI, Francesca; WEYEMBERGH, Anne. (Eds.), *EU counter-terrorism offences:*

What impact on national legislation and case-law?. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 2012.

THAMAN, Stephen C. Balancing Truth Against Human Rights: A Theory of Modern Exclusionary Rules. In: THAMAN, Stephen C. (Ed.). *Exclusionary Rules in Comparative Law*. Londres: Springer, 2013.

WAHL, Thomas. Verwertung von im Ausland überwachter Chatnachrichten im Strafverfahren. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 7–8, pp. 452-461, 2021.

WESTIN, Alan. *Privacy and Freedom*. Nova Iorque: Atheneum, 1967.

Authorship information

Lorena Bachmaier Winter. Professora Catedrática de Direito Processual da Universidade Complutense de Madrid, Espanha. Doutora em Direito. l.bachmaier@der.ucm.es

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: I want to express my sincere gratitude to Fernanda Vilares e Luiz Eduardo Cani for the translation into Portuguese of this article and to Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos for its final revision.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: This article is a revised and updated translation of a prior article published in Spanish: “La lucha por las garantías procesales y el cambio de paradigma en materia de prueba: del proceso penal liberal a la mass surveillance”, L. Bachmaier Winter (ed.), *Prueba penal y derecho de defensa en la era digital. Nuevos paradigmas y nuevos retos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024, pp. 21-64. The author assures that the text here published in Portuguese has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 12/11/2024
- Editorial review and plagiarism check: 10/12/2024
- Final version: 07/02/2025
- Final editorial decision: 08/02/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

BACHMAIER WINTER, Lorena. A luta pelas garantias do devido processo e a mudança de paradigma na teoria da prova: do liberalismo à *mass surveillance* no processo penal europeu. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 1, e1164, jan./abr. 2025. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i1.1164>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Interrogatório de suspeitos: a entrevista investigativa como técnica de redução de falsas confissões induzidas por sugestibilidade

Interrogation of suspects: the investigative interview as a technique for reducing false confessions provoked by suggestion

Giovanna Paula Vieira Oliveira Gomes¹

Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil
giovanna.vieira@ufu.br

 <http://lattes.cnpq.br/7035137406708812>

 <https://orcid.org/0009-0006-9579-7463>

Ederaldo José Lopes²

Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil
ederaldo@ufu.br

 <http://lattes.cnpq.br/9214152454769942>

 <https://orcid.org/0000-0002-8835-238X>

RESUMO: Falsas confissões ocorrem quando alguém confessa um crime que não cometeu. Elas podem ser voluntárias e involuntárias e decorrer de fatores relacionados a motivações pessoais ou à forma como se obtém a confissão. Confissões involuntárias podem ser induzidas por técnicas de interrogatório consideradas acusatórias, através de manipulação

-
- ¹ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2013). Graduada em Psicologia pela Universidade Federal de Uberlândia, MG, Brasil (2023).
 - ² Graduação (Bacharelado e Licenciatura) em Psicologia e psicólogo pela Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto (1989), mestrado em Psicobiologia pela Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto (1992), doutorado em Psicobiologia pela Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto (1997). Pós-doutor em Filosofia da Mente e Ciências Cognitivas pela Universidade Federal de São Carlos (2003), sob supervisão do Prof. Dr. João de Fernandes Teixeira. Professor Titular do Instituto de Psicologia da Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

psicológica, como ocorre no método *Reid*. A presunção de culpa tende a provocar a sugestionabilidade interrogativa, principalmente com grupos mais vulneráveis, quais sejam, adolescentes e pessoas com transtorno mental ou déficit cognitivo. Isso ocasiona prejuízos em relação à obtenção de informações confiáveis, já que o conteúdo verdadeiro da memória pode ser irrecuperável com o uso de técnicas inadequadas. Diante disso, técnicas de entrevista investigativa têm sido desenvolvidas visando a mudança da mentalidade acusatória para a busca de informações, como proposto no método PEACE. Assim, questiona-se: quais aspectos da entrevista investigativa podem minimizar ou evitar a sugestionabilidade interrogativa com pessoas suspeitas de crime? Para isso, o estudo discute a abordagem acusatória de interrogatório, identificando aspectos que contribuem para a sugestionabilidade. Em seguida, analisa o método PEACE de entrevista investigativa e aponta aspectos relevantes para a redução do risco de sugestionabilidade e, conseqüentemente, de falsas confissões.

PALAVRAS-CHAVE: *falsas confissões; sugestionabilidade; entrevista investigativa.*

ABSTRACT: *False confessions occur when someone confesses to a crime they didn't commit. They can be voluntary or involuntary and result from factors related to personal motivations or the way the confession is obtained. Involuntary confessions can be induced by interrogation techniques considered accusatory, through psychological manipulation, such as the Reid method. The presumption of guilt tends to provoke interrogative suggestibility, especially with more vulnerable groups, namely adolescents and people with mental disorders or cognitive deficits. This causes damage in relation to obtaining reliable information since the true content of memory may be unrecoverable with the use of inappropriate techniques. In view of this, investigative interview techniques have been developed to change the accusatory mentality towards the search for information, as proposed in the PEACE method. Thus, the question arises: which aspects of the investigative interview can minimize or avoid interrogative suggestibility with criminal suspects? To achieve this, the study discusses the accusatory approach to interrogation, identifying aspects that contribute to suggestibility. It then analyzes the PEACE method of investigative interviewing and points out relevant aspects for reducing the risk of suggestibility and, consequently, false confessions.*

KEYWORDS: *false confessions; suggestibility; investigative interview.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Método; 3. As Falsas Confissões Internalizadas; 4. O Método *Reid* e a Ocorrência de Falsas Confissões; 5. Sugestionabilidade Interrogativa; 6. A Renúncia ao Direito ao Silêncio e as Falsas Confissões; 7. A Entrevista Investigativa; 8. Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Pesquisas, há décadas, buscam compreender como e em que condições alguém é capaz de confessar um crime que não cometeu. Embora seja contraintuitivo acreditar que pessoas possam confessar algo que não tenham feito, esse fenômeno é bastante comum. Neste sentido, a literatura demonstra que as falsas confissões podem ser provenientes de fatores relacionados não apenas às motivações pessoais, mas também à forma como se obtém essas confissões³. Com base nas teorias de influência social, as falsas confissões são sistematizadas em categorias, que foram aprimoradas ao longo do tempo. Atualmente, entende-se que as falsas confissões são divididas entre voluntárias e involuntárias.

De acordo com Kassin⁴, as confissões voluntárias provêm de uma necessidade patológica de autopunição ou ganho de atenção por parte de quem confessa. Estão, portanto, relacionadas a sentimentos de culpa, necessidade de reconhecimento, ou ainda, ao desejo de proteger ou encobrir quem cometeu o crime. Segundo o autor, essas confissões não ocorrem por influência da forma como a pessoa foi interrogada. Ou seja, elas não acontecem em função de técnicas utilizadas pela autoridade policial no momento da inquirição, mas motivadas por razões internas e pessoais.

No campo das confissões involuntárias, foco do presente estudo, existem duas subdivisões: as confissões complacentes/coercitivas e as internalizadas. As primeiras, complacentes ou coercitivas, ocorrem

³ KASSIN, Saul M. The psychology of confession evidence. *American Psychologist*, v. 52, n. 3, p. 221–233, 1997.

⁴ KASSIN, Saul M. The psychology of confession evidence. *American Psychologist*, v. 52, n. 3, p. 221–233, 1997.

quando a pessoa assume a autoria do delito para escapar da situação desconfortável provocada pelo interrogatório, para evitar punições, ou ainda, para obter uma recompensa sugerida⁵.

As confissões involuntárias internalizadas, por sua vez, ocorrem quando alguém é convencido de ter cometido o crime, internalizando uma falsa percepção dos fatos, e o confessa, por acreditar ser, de fato, culpado. Este convencimento pode decorrer de aspectos individuais, entendidos como uma maior sugestionabilidade ou vulnerabilidade, por meio da manipulação da percepção de culpa⁶. Por outro lado, pode decorrer de aspectos estruturais, sendo, portanto, provocado por meio de algumas abordagens de inquirição⁷. No contexto investigativo, a relação entre sugestionabilidade e os fatores de risco para falsas confissões se dá quando pessoas mais sugestionáveis são influenciadas pela autoridade policial, o que pode levá-las a confessar, através de técnicas de interrogatório⁸.

Um dos principais modelos de interrogatório usados atualmente pelas polícias mundo afora é o método *Reid*, desenvolvido pelo psicólogo e ex-policial John E. Reid na década de 1940⁹. Este método visa, primordialmente, a obtenção de uma confissão, seja ela falsa ou verdadeira, e se utiliza de técnicas coercitivas como confrontação e persuasão da pessoa interrogada, além de manipulação de culpabilidade¹⁰. A confissão, nesses casos, é “vista como a revelação da verdade”¹¹ e é peça central

⁵ KASSIN, Saul M. The psychology of confession evidence. *American Psychologist*, v. 52, n. 3, p. 221–233, 1997.

⁶ ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA. *Princípios sobre Entrevistas Eficazes para Investigação e Coleta de Informações*. Genebra: Autor, 2021.

⁷ KASSIN, Saul M. Internalized false confessions. In: TOGLIA, M. P. et al. (Ed.). *The handbook of eyewitness psychology, Vol. 1. Memory for events*. Lawrence Erlbaum Associates Publishers, p. 169-186, 2007.

⁸ OTGAAR, Henry et al. The link between suggestibility, compliance, and false confessions: A review using experimental and field studies. *Applied Cognitive Psychology*, v. 35, n. 2, p. 445-455, 2021.

⁹ JOHN E. REID AND ASSOCIATES, INC.

¹⁰ VRIJ, Aldert et al. M. Psychological Perspectives on Interrogation. *Perspectives on Psychological Science*, v. 12, n. 6, p. 927–955, 2017.

¹¹ MOSCATELLI, Livia Y. N. Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 1, p. 369, 2020.

nas investigações que seguem esse modelo, não sendo elencadas outras evidências relevantes para a solução do caso.

No sistema de justiça brasileiro, assim como nos de diversos outros países¹², a declaração de confissão é uma forma altamente potente de evidência. Apesar do avanço legislativo que delineou o sistema acusatório, ela ainda é considerada, tradicionalmente, a rainha das provas, seguindo uma lógica utilitarista¹³.

No âmbito das investigações criminais, as consequências das falsas confissões podem trazer efeitos danosos, sobretudo no que diz respeito às oriundas de interrogatórios de abordagem acusatória¹⁴. A ocorrência de uma falsa confissão pode provocar consequências a nível psicológico, social e judicial. A pressão exercida pelo sistema criminal sobre a pessoa investigada e a internalização da culpa podem impactar a sua autopercepção e desencadear um estado psicológico fragilizado.

Além disso, confissões falsas resultam em erros judiciais e condenações injustas. Uma confissão tende a exercer grande impacto em uma decisão judicial ou em um júri, já que estes não são capazes de avaliar com acurácia a sua confiabilidade e tendem a se influenciar, mesmo em casos com evidências frágeis¹⁵. Efeito disso é a desconfiança na eficácia do sistema de justiça, aumentando o número de recursos e revisões judiciais.

Por este motivo, cientistas passaram a desenvolver meios de obter de pessoas interrogadas, de forma segura, as informações necessárias à investigação. Os estudos demonstraram a necessidade de substituição de uma abordagem acusatória - que prejudicava a comunicação entre os envolvidos - por uma mentalidade investigativa, fazendo com que

¹² KASSIN, Saul M. The psychology of confession evidence. *American Psychologist*, v. 52, n. 3, p. 221-233, 1997.

¹³ MOSCATELLI, Livia Y. N. Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 1, p. 361-394, 2020.

¹⁴ CHAPMAN, Frances. A Recipe for Wrongful Confessions: A Case Study Examining the “Reid Technique” and the Interrogation of Indigenous Suspects. *Mich. St. Int'l L. Rev.*, v. 28, p. 369, 2020.

¹⁵ KASSIN, Saul M. The Social Psychology of False Confessions. *Social Issues and Policy Review*, v. 9, n. 1, p. 25-51, 2015.

os riscos de ocorrência de falsas confissões fossem reduzidos. Assim, foi desenvolvida, inicialmente, a entrevista investigativa, em 1984, na Inglaterra, pelos psicólogos Ronald Fischer e Edward Geiselman¹⁶, com o objetivo de que as informações obtidas de vítimas e testemunhas fossem mais amplas, detalhadas e precisas.

De forma global, atualmente, cientistas em diversos países¹⁷ já discutem quais técnicas de entrevistas com pessoas suspeitas são consideradas adequadas e mais eficazes, assim como já conseguiram produzir grandes avanços legislativos junto aos sistemas de investigação criminal. Entretanto, no cenário brasileiro, pesquisas neste sentido ainda são incipientes. Com base nisso, o presente estudo se mostra relevante, uma vez que existe grande lacuna na literatura brasileira sobre tipos e técnicas de interrogatórios mais eficazes. Ademais, as regulamentações oficiais que versam sobre o tema em nosso país são extremamente vagas, em função da pouca importância dada à temática das falsas confissões¹⁸, o que abre precedentes para realização de tais procedimentos sem o devido rigor científico¹⁹.

Neste sentido, contribuições da Psicologia do Testemunho e da Psicologia Cognitiva podem ser aplicadas de forma prática nas investigações criminais, especialmente nas técnicas de interrogatório e entrevista com pessoas suspeitas. Neste caso, considerando as práticas brasileiras, atualmente não existem diretrizes de padronização quanto ao modelo de interrogatório adotado pelas polícias, bem como não existe nenhum

¹⁶ GEISELMAN, R. Edward et al. Enhancement of eyewitness memory with the cognitive interview. *The American Journal of Psychology*, v. 99, n. 3, p. 385-401, 1986.

¹⁷ MAY, Lennart et al. How guilty and innocent suspects perceive the police and themselves: suspect interviews in Germany. *Legal and Criminological Psychology*, v. 26, n. 1, p. 42-61, 2021.

¹⁸ SILVA, Juliana F. Da. O *plea bargain* e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. *Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 318, p. 8-11, 2019.

¹⁹ CECCONELLO, William W.; MILNE, Rebecca; STEIN, Lilian M. Oitivas e interrogatórios baseados em evidências: considerações sobre entrevista investigativa aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, [S. l.], v. 8, n. 1, 2022.

tipo de controle sobre seus treinamentos²⁰. Daí persiste a necessidade de aprimorar a forma com que o sistema de justiça conduz os interrogatórios em investigações criminais e de prevenir a ocorrência de falsas confissões.

Por esta razão e, diante da atualização das técnicas de entrevista, além da crescente publicação de seus resultados, questiona-se: quais aspectos da entrevista investigativa podem minimizar ou evitar a sugestionabilidade interrogativa com pessoas suspeitas de crimes? Para isso, o presente estudo, articulado a produções anteriores, sendo elas teóricas ou empíricas, pretende discutir sobre a abordagem coercitiva de interrogatório – a metodologia *Reid*, identificando nela aspectos que contribuem para a sugestionabilidade investigativa. Pretende, em seguida, analisar as etapas do método PEACE de entrevista e apontar aspectos relevantes para a redução do risco de sugestionabilidade e, conseqüentemente, de falsas confissões.

2 MÉTODO

A presente pesquisa foi construída a partir de uma revisão bibliográfica da literatura do tipo narrativa, por meio da qual é possível realizar uma ampla descrição sobre o tema. A revisão narrativa não pretende esgotar a literatura publicada, tendo em vista a não sistematização na busca e análise dos dados. Por esta razão, não permite a replicação dos dados produzidos, mas oferece uma análise crítica de publicações sobre o assunto²¹. Utilizaram-se os descritores “interrogatório de suspeitos”, “entrevista investigativa”, “falsas confissões” e “sugestionabilidade”, nos endereços eletrônicos Scielo e Google Acadêmico. Foram selecionados os artigos, teses, capítulos de livros ou textos online cuja temática estivesse exposta, de forma ampla, no título ou no resumo do texto. Em seguida, realizou-se a leitura, o fichamento e a sistematização das informações e dos conceitos encontrados nos estudos.

²⁰ BRITTO DE MELO, Henrique; PAGNUSSAT, Júlia; CECCONELLO, William W.; FAVERO, Gabriela C.. A Abordagem Cognitiva Para Interrogatórios: Buscando Informações ao Invérs de Confissões. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, [S. l.], v. 18, n. 1, p. 14–29, 2024.

²¹ CAVALCANTE, Livia T. C.; OLIVEIRA, Adélia A. S. de. Métodos de revisão bibliográfica nos estudos científicos. *Psicol. rev.*, Belo Horizonte, v. 26, n. 1, p. 83-102, 2020.

3 AS FALSAS CONFISSÕES INVOLUNTÁRIAS

Conforme demonstrado, a ocorrência do que corresponde às falsas confissões involuntárias pode decorrer de técnicas de interrogatório acusatórias, obtidas a partir de manipulação psicológica²². Kassin observou em seus experimentos que pessoas são capazes de confessar se acreditarem que, a curto prazo, os benefícios da confissão podem superar os custos que teriam a longo prazo, ainda que tenham plena ciência de serem inocentes. Ademais, o autor afirma que, ironicamente, pessoas inocentes são suficientemente confiantes para confessar, acreditando que a verdade prevalecerá e que tudo será esclarecido no final²³.

O fenômeno das confissões involuntárias internalizadas está intimamente relacionado ao que a literatura define como falsas memórias, entendidas por Neufeld e colegas²⁴ como a formação de lembranças a respeito de uma informação ou um evento que não existiu, mediante a influência de fatores internos ou externos. As falsas memórias, de acordo com as autoras, podem ser voluntárias, ou seja, advindas do funcionamento natural da memória, ou sugeridas, decorrendo da aceitação de informações externas após o acontecimento, o que pode ocorrer no contexto de interrogatório.

Importante ressaltar, entretanto, a diferença conceitual entre falsas memórias e falsas crenças. Shaw e Porter²⁵ explicam que quando alguém afirma se lembrar de um fato, não significa que acredita que o fato aconteceu. Isso quer dizer que falsas memórias não são, necessariamente, crenças internalizadas. Ocorre que o fenômeno das falsas memórias, neste caso, se dá por meio de um processo no qual o evento precisa ser visto

²² MOSCATELLI, Livia Y. N. Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 1, p. 361-394, 2020.

²³ KASSIN, Saul M. The Social Psychology of False Confessions. *Social Issues and Policy Review*, v. 9, n. 1, p. 25-51, 2015.

²⁴ NEUFELD, Carmem B.; BRUST, Priscila G.; STEIN, Lilian M. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian M. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

²⁵ SHAW, Julia; PORTER, Stephen. Constructing rich false memories of committing crime. *Psychological Science*, v. 26, n. 3, p. 291-30, 2015.

como plausível para, posteriormente, ser acreditado. Por consequência, é possível gerar uma memória a partir dessa crença²⁶.

Tal diferença é relevante neste ponto da discussão, uma vez que, quando ocorre uma falsa confissão internalizada, as sugestões e indícios oferecidos por investigadores podem ser considerados plausíveis pela pessoa interrogada, que passa a considerar ter sido possível que aquele evento tenha, de fato, acontecido. Com isso, é possível que memórias sobre o evento sejam criadas ou distorcidas, acontecendo, assim, o relato detalhado.

No processo de internalização de uma confissão falsa, a vulnerabilidade da pessoa inocente à manipulação empregada pelo uso de estratégias ineficazes pode fazer com que ela associe a indução do investigador à sua ausência de lembranças dos fatos. Isso pode acontecer com pessoas que tendem a ter maior desconfiança na própria memória, o que as torna mais vulneráveis a influências externas²⁷. A partir de então, por meio de um discurso de inferência, elas passam a admitir sua culpa, acreditando que podem ter cometido o crime em questão.

Desta forma, pessoas podem apresentar detalhes sobre a confissão, que são construídos a partir de associações das informações sugeridas ao longo de todo o processo. Tais associações podem ser facilitadas, inclusive, por meio de exercícios de imaginação sugeridos por investigadores, quando pedem que se esforce para pensar sobre o ocorrido, por exemplo.

Tratando-se de falsas confissões, como visto, nem todas são decorrentes de técnicas coercitivas de interrogatório, porém estas podem provocar efeitos complacentes, a partir de uma manipulação em relação aos interesses da pessoa interrogada²⁸. Da mesma forma, podem influenciar sua internalização, caso o procedimento se torne altamente sugestionável,

²⁶ KASSIN, Saul M. Internalized false confessions. In: TOGLIA, M. P. et al. (Ed.). *The handbook of eyewitness psychology, Vol. 1. Memory for events*. Lawrence Erlbaum Associates Publishers, p. 169-186, 2007.

²⁷ KASSIN, Saul M. et al. Police-induced confessions, risk factors, and recommendations: Looking ahead. *Law and Human Behavior*, v. 34, n. 1, p. 49-52, 2010.

²⁸ MOSCATELLI, Livia Y. N. Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 1, p. 361-394, 2020.

acidental ou deliberadamente. O risco se dá por meio da abordagem e das estratégias utilizadas por investigadores, que podem induzir falsas memórias na pessoa interrogada, em razão da sua vulnerabilidade²⁹. Por esta razão, faz-se necessário discutir como ocorrem as manipulações em um contexto de interrogatório policial.

4 O MÉTODO REID E A OCORRÊNCIA DE FALSAS CONFISSÕES

O método *Reid* é considerado um dos principais modelos adotados pelas polícias atualmente. No Brasil, a legislação não define métodos ou técnicas a serem utilizadas e, apesar de haver pouca sistematização nas orientações institucionais, é possível observar características e diretrizes que se assemelham à fundamentação do método fortemente transmitidas em formações policiais. De forma mais direta, o método é mencionado em manuais publicados por Academias de Polícia de alguns estados brasileiros³⁰.

O método *Reid* conta com três fases, sendo a primeira uma análise dos fatos, seguida da Entrevista de Análise Comportamental, ou *Behavioral Analysis Interview* (BAI) e, por fim, o interrogatório. Embora seja revestido de uma roupagem acadêmica, estudos em Psicologia Cognitiva demonstram que alguns critérios usados no procedimento não possuem fundamento científico^{31 32}, sobretudo no que diz respeito à análise comportamental, que consiste na observação de comportamentos não verbais emitidos

²⁹ KASSIN, Saul M. The psychology of confession evidence. *American Psychologist*, v. 52, n. 3, p. 221–233, 1997.

³⁰ MOSCATELLI, Livia Y. N. Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 1, p. 361-394, 2020.

³¹ SPIERER, Ariel. The Right to Remain a Child: The Impermissibility of the Reid Technique in Juvenile Interrogations. *NYU Law Review*, v. 92, p. 1719, 2017.

³² CHAPMAN, Frances. A Recipe for Wrongful Confessions: A Case Study Examining the “Reid Technique” and the Interrogation of Indigenous Suspects. *Mich. St. Int’l L. Rev.*, v. 28, p. 369, 2020.

pela pessoa suspeita, decorrentes de perguntas que têm o objetivo de determinar se ela está mentindo ou não.

Ocorre que não há precisão na detecção de mentiras com base na análise de comportamentos não verbais, seja por profissionais treinados, ou por leigos³³. A despeito deste dado, a BAI ainda é uma fase importante que antecede o interrogatório e é por meio dela que se define quem será considerado suspeito e interrogado. Tem-se, portanto, a presunção de culpa como elemento norteador da condução do método³⁴.

A partir deste ponto, inicia-se a fase de interrogatório que tem como premissa a busca pela confissão e envolve abusos, intimidação e manipulação psicológica para sua obtenção³⁵. Considerando a forma como são conduzidas as três fases³⁶, sobretudo a de interrogatório, observa-se a falta de compromisso com a qualidade ou com a confiabilidade das confissões obtidas. Assim, segundo Kozinski³⁷, o método não está preocupado com a sua razoabilidade, comparada às demais evidências coletadas na investigação.

Em um estudo sobre práticas de interrogatório realizadas pelas polícias de dois estados do sul do Brasil³⁸, foi observado que a busca pela confissão tem sido a prática mais comum, contudo ela não foi obtida na maioria dos casos. Tal dado, segundo a pesquisa, corrobora o que vem sendo demonstrado em outros países e revela a improdutividade das técnicas focadas na confissão.

³³ JORDAN, Sarah et al. A test of the micro-expressions training tool: Does it improve lie detection? *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, v. 16, n. 3, p. 222–235, 2019.

³⁴ SPIERER, Ariel. The Right to Remain a Child: The Impermissibility of the Reid Technique in Juvenile Interrogations. *NYU Law Review*, v. 92, p. 1719, 2017.

³⁵ MOSCATELLI, Livia Y. N. Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 1, p. 361-394, 2020.

³⁶ REID, John. E. et al. *Criminal interrogation and confessions*. Burlington, Ma: Jones & Bartlett Learning, 2004.

³⁷ KOZINSKI, Wyatt. The Reid Interrogation Technique and False Confessions: A Time for Change. *Seattle Journal for Social Justice*, v. 16, n. 2, p. 10, 2018.

³⁸ ABREU, Debora P.; CECCONELLO, William W.; STEIN, Lilian M.; BULL, Ray. Interviewing suspects practices in Brazil. *Investigative Interviewing Research & Practice*, v. 12, n. 1, p. 40-52, 2022.

Além disso, o estudo verificou a ocorrência estratégias descritas no método *Reid*, que serão aprofundadas posteriormente. São elas: interrogatórios longos, uso de falsas evidências e técnicas de minimização. A pesquisa também apontou a autoconfiança que policiais têm em sua análise de comportamentos não verbais. Observou, também, a falta de treinamentos suficientes e contínuos com o fim de aprimorar as habilidades de entrevista de policiais responsáveis por interrogatórios naquelas instituições.

Dessa forma, objetivando a “revelação da verdade”³⁹ por meio da obtenção de uma confissão, o interrogatório conduzido por uma abordagem acusatória pode provocar o que a literatura conceitua como uma confissão falsa⁴⁰. Essa possibilidade está relacionada com o conceito de sugestionabilidade interrogativa de Gudjonsson⁴¹, e sua ocorrência pode provocar grandes prejuízos em relação à obtenção de informações fidedignas e confiáveis, uma vez que o conteúdo original da memória pode se tornar “potencialmente irrecuperável”⁴².

5 SUGESTIONABILIDADE INTERROGATIVA

Kassin e colegas⁴³ observam três aspectos como os principais fatores de risco situacional para falsas confissões. São eles o isolamento, a apresentação de evidências falsas e a minimização.

³⁹ MOSCATELLI, Livia Y. N. Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 1, p. 369, 2020.

⁴⁰ ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA. *Princípios sobre Entrevistas Eficazes para Investigação e Coleta de Informações*. Genebra: Autor, 2021.

⁴¹ GUDJONSSON, Gisli H. Interrogative suggestibility and complacency. In: RIDDLEY, Anne M.; GABBERT, Fiona; LA ROOY, David J. *Suggestibility in Legal Contexts: Psychological Research and Forensic Implications*. Wiley-Blackwell, 2013. p. 45-61.

⁴² KASSIN, Saul M. The psychology of confession evidence. *American Psychologist*, v. 52, n. 3, p. 226, 1997.

⁴³ KASSIN, Saul M. et al. Police-induced confessions, risk factors, and recommendations: Looking ahead. *Law and Human Behavior*, v. 34, n. 1, p. 49-52, 2010.

No método *Reid*, o ambiente da sala de interrogatório é preparado com o fim de aumentar o estresse da pessoa interrogada e exercer controle sobre ela, por meio de isolamento e retenção física ao longo de várias horas. Segundo o referido estudo, essa privação confronta diretamente as necessidades humanas psicológicas de pertencimento e de suporte social, o que torna a pessoa cada vez mais vulnerável e sugestível. Aliada ao isolamento, outra prática comumente presente nestas situações é a apresentação de provas falsas com o fim de se obter uma confissão. No entanto, a literatura aponta que tal prática aumenta a ocorrência de falsas confissões e reduz a confiabilidade da informação relatada⁴⁴.

Shaw e Porter⁴⁵, em um estudo experimental, demonstraram que é possível gerar falsas memórias completas, que levaram 70% dos participantes a relatarem envolvimento em um evento criminal por meio de estratégias que facilitavam a provocação de falsas confissões. Alguns ofereceram até mesmo detalhes sobre o evento ocorrido. As principais estratégias diziam respeito à apresentação de falsas evidências incontestáveis, pressão social, e técnicas sugestivas para recuperação da memória. Dessa forma, confirmando a hipótese inicial, os autores observam que pessoas podem ser induzidas a acreditarem que se esqueceram de um evento criminal.

Nos interrogatórios que usam o método *Reid*, outra técnica bastante utilizada é a minimização⁴⁶, na qual a autoridade policial oferece uma justificativa moral para as acusações, subestimando a sua gravidade (culpando a vítima, por exemplo) e fazendo parecer, portanto, que os seus efeitos não são tão graves, ou que são justificáveis. Este discurso pode induzir uma falsa sensação de segurança e provocar a ideia de que a confissão é a melhor escolha, já que suas consequências percebidas também serão minimizadas, como se uma promessa explícita tivesse sido

⁴⁴ KASSIN, Saul M. The Social Psychology of False Confessions. *Social Issues and Policy Review*, v. 9, n. 1, p. 25–51, 2015.

⁴⁵ SHAW, Julia; PORTER, Stephen. Constructing rich false memories of committing crime. *Psychological Science*, v. 26, n. 3, p. 291–30, 2015.

⁴⁶ KASSIN, Saul M. The Social Psychology of False Confessions. *Social Issues and Policy Review*, v. 9, n. 1, p. 25–51, 2015.

feita. O objetivo da técnica é encorajar a confissão⁴⁷, fazendo com que a pessoa inocente considere que os benefícios serão concedidos, apesar da declaração de culpa. No ordenamento jurídico brasileiro, a previsão de atenuação da pena em casos de confissão pode ser encarada como minimização das consequências, levando-as a considerar a possibilidade da confissão.

Outro mecanismo comum em interrogatórios, apontado pela literatura como fator de risco de sugestionabilidade, é o chamado viés de confirmação ou viés do entrevistador⁴⁸. Este fenômeno é explicado pela possibilidade da autoridade policial interpretar ou valorizar informações que confirmem a sua crença na culpa da pessoa suspeita. Desta forma, na tentativa de obter uma confissão, a crença de quem entrevista exerce influência sobre a declaração da pessoa interrogada, as quais surgem por meio de perguntas sugestivas ou interpretações corrompidas, aumentando, inclusive, o risco de técnicas manipuladoras.

Kassin⁴⁹ argumenta que a presunção de culpa na fase de pré-interrogatório também pode potencializar a confirmação de vieses cognitivos por parte de quem está entrevistando. Isso pode levar à condução de interrogatórios mais coercitivos e provocar maior engajamento na busca pela confissão⁵⁰. Análises de entrevistas citadas por May e colegas⁵¹ observaram que a declaração inicial no sentido de não confessar, pode influenciar a mudança do estilo de interrogatório adotado, resultando em uma posterior confissão. Compreende-se, portanto, que, nos casos de negação das acusações no início do interrogatório, as táticas utilizadas

⁴⁷ KASSIN, Saul M. Internalized false confessions. In: TOGLIA, M. P. et al. (Ed.). *The handbook of eyewitness psychology, Vol. 1. Memory for events*. Lawrence Erlbaum Associates Publishers, p. 169-186, 2007.

⁴⁸ ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA. *Princípios sobre Entrevistas Eficazes para Investigação e Coleta de Informações*. Genebra: Autor, 2021.

⁴⁹ KASSIN, Saul M. The Social Psychology of False Confessions. *Social Issues and Policy Review*, v. 9, n. 1, p. 25-51, 2015.

⁵⁰ KASSIN, Saul M.; GOLDSTEIN, Christine. C.; SAVITSKY, Kenneth. Behavioral confirmation in the interrogation room: On the dangers of presuming guilt. *Law and Human Behavior*, v. 27, p. 187-203, 2003.

⁵¹ MAY, Lennart et al. How guilty and innocent suspects perceive the police and themselves: suspect interviews in Germany. *Legal and Criminological Psychology*, v. 26, n. 1, p. 42-61, 2021.

em seguida possuem grande relevância, a ponto de provocar a modificação do relato.

Outros estudos sobre o tema indicam que alguns grupos de pessoas são mais vulneráveis à sugestibilidade, o que leva ao aumento do risco de falsas confissões. Inúmeras pesquisas demonstram que a maior parcela daqueles que confessam falsamente corresponde a pessoas mais jovens ou a indivíduos com déficit cognitivo ou transtorno mental⁵². Indivíduos desses grupos tendem a ser mais suscetíveis a influências externas. Tal informação vai ao encontro do que afirmam Kassin e colegas⁵³, que elencam essas características como fatores de risco disposicionais para falsas confissões, ou seja, fatores dependentes do próprio sujeito. O problema neste cenário é que não há diferenciação no emprego da técnica Reid com grupos ou populações específicas⁵⁴.

Dados do relatório do *Innocence Project*⁵⁵ demonstraram que a maior parte das falsas confissões foram realizadas por adolescentes na fase de investigação. Os números correspondem a 38% dos casos atendidos para revisão de condenações injustas no projeto. Isso ocorre porque este grupo encontra-se em condição de desenvolvimento psicossocial mais vulnerável. Uma revisão bibliográfica realizada por Owen-Kostelnik e colegas⁵⁶ apresenta dados que demonstram que adolescentes tendem à impulsividade, em função da sua imaturidade de julgamento. Isso significa dizer que, em um contexto que demanda avaliação de riscos e tomada de decisão, como é o caso do interrogatório, a capacidade dos adolescentes é diminuída.

⁵² KOZINSKI, Wyatt. The Reid Interrogation Technique and False Confessions: A Time for Change. *Seattle Journal for Social Justice*, v. 16, n. 2, p. 10, 2018.

⁵³ KASSIN, Saul M. et al. Police-induced confessions, risk factors, and recommendations: Looking ahead. *Law and Human Behavior*, v. 34, n. 1, p. 49–52, 2010.

⁵⁴ KAPLAN, Jeff; WOOLRIDGE, Lyndsay R.; SNOW, Mark D. *The Psychology of Forensic Interrogations*. Routledge, 2022.

⁵⁵ INNOCENCE PROJECT. *False Confessions More Prevalent Among Teens*. New York, 2013, September 9.

⁵⁶ OWEN-KOSTELNIK, Jessica; REPPUCCI, N. Dickon; MEYER, Jessica R. Testimony and interrogation of minors: Assumptions about maturity and morality. *American Psychologist*, v. 61, n. 4, p. 286–304, 2006.

Spierer⁵⁷ afirma que, nos casos de adolescentes em que são aplicadas técnicas de minimização, a sugestionabilidade é maior, porque essa população é especialmente suscetível às figuras de autoridade, em razão de sua reduzida maturidade de julgamento. Nestes casos, a presunção de culpa e as estratégias utilizadas, podem induzir falsas confissões ou declarações com baixa confiabilidade⁵⁸. Elas seriam uma forma de escapar do ambiente ansiogênico e de isolamento, já que o processo de minimização molda indiretamente, mediante inferência, a ideia de saída da situação.

No mesmo sentido, Spierer⁵⁹ explica que a estratégia de minimização, quando aplicada a crianças e adolescentes, provoca um efeito inesperado. A maturidade em desenvolvimento deste público os leva a acreditar que essa é a sua melhor opção. Isto ocorre porque crianças e adolescentes tendem a acreditar que as figuras adultas estão considerando o seu melhor interesse quando sugerem a confissão e, confiando nessa percepção, assumem que este é seu interesse também. Ademais, nos casos em que há a necessidade da presença de um responsável legal, ou adulto interessado⁶⁰, verifica-se que tais figuras tendem a convencer os jovens a cooperar e prestar seu relato.

As estratégias de apresentação de evidências ou indícios falsos também oferecem maior risco a essa população, que é mais suscetível a coerção, se comparada a outros grupos⁶¹. Embora tais práticas não sejam permitidas no Brasil, elas são utilizadas e são muito comuns em outros países, o que representa um ponto crucial no processo de interrogatório e

⁵⁷ SPIERER, Ariel. The Right to Remain a Child: The Impermissibility of the Reid Technique in Juvenile Interrogations. *NYU Law Review*, v. 92, p. 1719, 2017.

⁵⁸ OWEN-KOSTELNIK, Jessica; REPPUCCI, N. Dickon; MEYER, Jessica R. Testimony and interrogation of minors: Assumptions about maturity and morality. *American Psychologist*, v. 61, n. 4, p. 286–304, 2006.

⁵⁹ SPIERER, Ariel. The Right to Remain a Child: The Impermissibility of the Reid Technique in Juvenile Interrogations. *NYU Law Review*, v. 92, p. 1719, 2017.

⁶⁰ OWEN-KOSTELNIK, Jessica; REPPUCCI, N. Dickon; MEYER, Jessica R. Testimony and interrogation of minors: Assumptions about maturity and morality. *American Psychologist*, v. 61, n. 4, p. 286–304, 2006.

⁶¹ KASSIN, Saul M. The Social Psychology of False Confessions. *Social Issues and Policy Review*, v. 9, n. 1, p. 25–51, 2015.

posterior convencimento judicial. Um levantamento recente do *Innocence Project*⁶², nos Estados Unidos, mostra que 27% das condenações anuladas por intervenção do projeto, além de 11% dos casos presentes no Registro Nacional de Exonerações desde 1989 foram resultado de falsas confissões de adolescentes após a apresentação de falsas evidências.

Um caso emblemático de falsas confissões realizadas por adolescentes aconteceu em 1989 e ficou conhecido como *the Central Park jogger case*⁶³. Anos depois, a confirmação por exame de DNA, revogou a condenação dos adolescentes, já que não havia nenhuma evidência que os ligasse ao caso. A repercussão do caso, associada a revisões processuais mais recentes, alertam, segundo Kassin, para o problema das falsas confissões, especialmente as de pessoas consideradas mais vulneráveis.

Pessoas que possuem algum transtorno mental ou déficit cognitivo também são um grupo especialmente vulnerável à sugestibilidade interrogativa⁶⁴. A literatura demonstra que aspectos como tendência à busca de aprovação de autoridades, além de baixa resistência à persuasão e à pressão psicológica são comuns em indivíduos com essas características⁶⁵. Outro fator comum verificado pelos estudos diz respeito à não compreensão das implicações de uma confissão. Os processos psicológicos envolvidos na tomada de decisão de confessar ou não se mostram prejudicados quando pessoas interrogadas apresentam alguma deficiência intelectual.

Kassin e colegas⁶⁶ apontam alguns estudos experimentais que verificaram que pessoas jovens ou com alguma deficiência mental geralmente não compreendiam de forma satisfatória a leitura do seu direito constitucional de permanecer em silêncio, bem como as implicações da renúncia.

⁶² INNOCENCE PROJECT. 'Tough-on-Crime' Policies Are at Odds With the Pre-*sumption of Innocence*. New York, 2023 January 26.

⁶³ KASSIN, Saul M. *False confessions and the jogger case*. 2002, November 1st. The New York Times OP-ED, p. A31. <https://tinyurl.com/yfrncfbc>.

⁶⁴ KASSIN, S. M. The Social Psychology of False Confessions. *Social Issues and Policy Review*, v. 9, n. 1, p. 25–51, 2015.

⁶⁵ KAPLAN, Jeff; WOOLRIDGE, Lyndsay R.; SNOW, Mark D. *The Psychology of Forensic Interrogations*. Routledge, 2022

⁶⁶ KASSIN, Saul M. et al. Police-induced confessions, risk factors, and recommendations: Looking ahead. *Law and Human Behavior*, v. 34, n. 1, p. 49–52, 2010.

Um estudo realizado na Alemanha⁶⁷, com pacientes forenses - infratores com transtorno mental que cumprem detenção e tratamento em instituição psiquiátrica -, verificou que 25% deles relataram já terem renunciado aos seus direitos e, mesmo sendo inocentes, confessaram algum crime. Isso vai ao encontro dos resultados das pesquisas mencionadas, que demonstram maior risco de falsas confissões nessa população, em razão de prejuízo em funções de julgamento e de tomada de decisão.

Considerando a temática do direito ao silêncio, sua discussão é interessante quando se trata de pessoas inocentes. Por este motivo, a próxima seção tratará de como a renúncia a este direito fundamental pode afetar a referida população.

6 A RENÚNCIA AO DIREITO AO SILÊNCIO E AS FALSAS CONFISSÕES

Tratando-se de pessoas inocentes, o direito ao silêncio, embora seja uma garantia fundamental importante, também pode ser um fator de risco para a ocorrência das falsas confissões, caso optem por renunciá-lo. A garantia da não autoincriminação⁶⁸ decorre do princípio da presunção de inocência e também abrange a recusa à colaboração ativa na coleta de elementos de prova para a investigação criminal.

Kozinski⁶⁹ afirma, com base em estudos experimentais, que pessoas inocentes tendem mais a abrir mão dos seus direitos, fornecendo relatos, sobretudo em função da ideia de que não têm nada a esconder. Pela mesma razão, elas tendem a ser mais abertas e menos estratégicas na tomada de decisão de renunciar a esses direitos⁷⁰. Quando uma pessoa interrogada decide

⁶⁷ VOLBERT, Renate et al. Confessions and Denials When Guilty and Innocent: Forensic Patients' Self-Reported Behavior During Police Interviews. *Frontiers in Psychiatry*, v. 10, n. 168, p. 1-12, 2019.

⁶⁸ CASTRO, Bruno G. de. A Garantia da Não Autoincriminação no Processo Penal Brasileiro. *Virtuajus*, v. 7, n. 12, p. 151-162, 2022.

⁶⁹ KOZINSKI, Wyatt. The Reid Interrogation Technique and False Confessions: A Time for Change. *Seattle Journal for Social Justice*, v. 16, n. 2, p. 10, 2018.

⁷⁰ KASSIN, Saul M. False confessions: Causes, consequences, and implications for reform. *Policy Insights from the Behavioral and Brain Sciences*, v. 1, n. 1, p. 112-121, 2014.

renunciar ao seu direito ao silêncio, isso não implica necessariamente uma confissão, nem mesmo uma falsa confissão⁷¹, já que pode apenas prestar declarações e colaborar com a investigação, sem, contudo, assumir a autoria do crime. Ocorre que, tratando-se de inocentes, existem implicações que podem levar a uma assunção de culpa, a depender da manipulação empregada por meio de técnicas coercitivas, já expostas no presente estudo.

Profissionais experientes conseguem persuadir pessoas interrogadas relativizando a importância desse direito, tratando-o como mera formalidade e fazendo com que mais de 80% delas renunciem aos seus direitos nessas circunstâncias⁷². Por esta razão, para que uma declaração ou renúncia seja aceita como válida, é necessário que ela seja prestada de forma voluntária e consciente⁷³, ou seja, livre de vícios e influências externas. No entanto, sua validade pode não ser precisa, uma vez que a tomada de decisão pela renúncia aos direitos também é afetada pela suggestionabilidade, principalmente tratando-se de pessoas mais vulneráveis, quais sejam, jovens e pessoas com transtorno mental.

Relacionada ao objetivo de incentivar a colaboração com a investigação, tem-se a possibilidade de oferecimento da delação premiada, por meio da qual será necessário renunciar ao direito ao silêncio. Nestes casos, tratando-se de pessoas inocentes, a delação premiada⁷⁴, pode levar ao aumento do risco de falsas confissões complacentes, se considerarmos a forma como as declarações são obtidas. Os acordos são oriundos do sistema estadunidense *plea bargaining*⁷⁵, cuja essência é

⁷¹ KASSIN, Saul M. et al. Police-induced confessions, risk factors, and recommendations: Looking ahead. *Law and Human Behavior*, v. 34, n. 1, p. 49–52, 2010.

⁷² KOZINSKI, Wyatt. The Reid Interrogation Technique and False Confessions: A Time for Change. *Seattle Journal for Social Justice*, v. 16, n. 2, p. 10, 2018.

⁷³ KASSIN, Saul M. et al. Police-induced confessions, risk factors, and recommendations: Looking ahead. *Law and Human Behavior*, v. 34, n. 1, p. 49–52, 2010.

⁷⁴ SILVA, Juliani B. L.; ÁVILA, Gustavo N. De. A delação premiada e a sua repercussão em face da psicologia do testemunho. *Revista de Constitucionalização Do Direito Brasileiro*, v. 3, n. 1, p. 1–15, 2020.

⁷⁵ SANTOS, Marcel F. dos. *Delações premiadas e confissões falsas: a importância da interdisciplinaridade para o Direito*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas. Centro Universitário de Maringá – Unicesumar, 2018.

confrontar a pessoa interrogada, enfraquecendo-a por meio de ameaça de consequências mais graves.

Com isso, ela se vê beneficiada pela promessa explícita de obter vantagem na sua declaração, podendo ceder à pressão exercida e escolher confessar, ainda que seja inocente, a fim de alcançar o benefício prometido e pôr fim à situação desconfortável que o interrogatório provoca. Além disso, a utilização dessa técnica como modalidade de obtenção de prova deposita confiança na confissão da pessoa acusada⁷⁶, sem considerar ingerências inerentes às provas dependentes da memória.

No mesmo sentido, os Acordos de Não Persecução Penal⁷⁷, em que a confissão formal é condição indispensável, apresentam incoerências quanto à temática das falsas confissões e são objetos de debates doutrinários que extrapolam o recorte do presente estudo. Embora a inovação represente uma resposta mais célere às infrações menos graves, a solução pode não ser efetiva, do ponto de vista cognitivo, uma vez que pode gerar prejuízos na confiabilidade da confissão.

A exigência de uma confissão possui caráter coercitivo, e pode impelir pessoas inocentes a assumirem condutas a fim de evitarem consequências mais graves, como a possibilidade de uma condenação⁷⁸. Isso significa dizer que a possibilidade de ocorrência de uma falsa confissão involuntária do tipo complacente é aumentada, pelos motivos já expostos na apresentação do conceito.

Observa-se por todo o exposto que, embora a metodologia *Reid* represente a principal forma com que interrogatórios policiais são conduzidos mundo afora, suas práticas, compreendidas como acusatórias, podem oferecer riscos, caso pessoas inocentes sejam interrogadas. A possibilidade de manipulação, intencional ou não pode provocar danos à memória, o que compromete a confiabilidade do procedimento. Visando mitigar os riscos causados por técnicas de interrogatório coercitivas, a entrevista

⁷⁶ SILVA, Juliana F. Da. O *plea bargain* e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. *Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 318, p. 8-11, 2019.

⁷⁷ Previsto na Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime.

⁷⁸ ROCHA, Lucas R. K. S; AMARAL, Thiago B. do. A exigência da confissão no acordo de não persecução penal sob a óptica da Análise Econômica do Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 191. n. 30. p. 261-284. 2022.

investigativa surge, portanto, como caminho possível para o emprego de técnicas mais eficazes de coleta de informações⁷⁹.

7 A ENTREVISTA INVESTIGATIVA

Com o objetivo de propor a mudança de uma abordagem acusatória para uma mentalidade investigativa fundamentada na busca de informações, foram desenvolvidos métodos de entrevista investigativa, a fim de padronizar os procedimentos de investigação a partir de conhecimentos da entrevista cognitiva. A estratégia nesta abordagem deve ser de abertura e flexibilidade para o estabelecimento de uma boa comunicação, objetivando coletar o maior número de informações fidedignas sobre o caso⁸⁰.

Um dos métodos mais relevantes na temática é o PEACE, implementado na Inglaterra e já utilizado em vários países como Reino Unido, Noruega e Nova Zelândia⁸¹. É um modelo de entrevista investigativa que surge em resposta à apuração de inúmeros casos de confissões forçadas, servindo como uma alternativa às práticas coercitivas utilizadas nos sistemas de justiça⁸².

O método PEACE é composto por cinco etapas, que são interconectadas e se influenciam na medida em que o procedimento avança. Isso significa dizer que a realização bem sucedida de uma etapa oferece impacto positivo nas próximas, aumentando a probabilidade de que ela também seja eficaz no que se propõe⁸³.

⁷⁹ MAY, Lennart et al. How guilty and innocent suspects perceive the police and themselves: suspect interviews in Germany. *Legal and Criminological Psychology*, v. 26, n. 1, p. 42–61, 2021.

⁸⁰ MAY, Lennart et al. How guilty and innocent suspects perceive the police and themselves: suspect interviews in Germany. *Legal and Criminological Psychology*, v. 26, n. 1, p. 42–61, 2021.

⁸¹ KOZINSKI, Wyatt. The Reid Interrogation Technique and False Confessions: A Time for Change. *Seattle Journal for Social Justice*, v. 16, n. 2, p. 10, 2018.

⁸² INICIATIVA DA CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA. *Entrevista Investigativa Em Casos Criminais*. Genebra: Autor, 2017.

⁸³ INICIATIVA DA CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA. *Entrevista Investigativa Em Casos Criminais*. Genebra: Autor, 2017.

A fase de planejamento e preparação acontece antes do primeiro contato da entrevista. É o momento em que acontece a organização da sala, acompanhando a recomendação indicada. Também é importante identificar possíveis necessidades da pessoa entrevistada, visando garantir o seu conforto. Toda essa preparação representa um posicionamento antagônico à preparação do ambiente recomendada pelo método *Reid* e demonstra a relevância de um ambiente colaborativo, conforme já observado em estudos de psicologia social e também aplicados à prática forense. Kozinski⁸⁴ relembra estudos sobre métodos alternativos de interrogatório, que verificaram que pessoas tendem a fornecer mais informações em um ambiente amplo e arejado, contrariando os princípios do método *Reid*.

Ademais, é na fase de planejamento e preparação que o entrevistador vai explorar as hipóteses que tem sobre o caso e elencar, estrategicamente, as alternativas para cada hipótese. Da mesma forma, deve reunir o maior número de informações sobre o caso, identificando lacunas de informação. Essa atitude é importante, porque confronta diretamente o fenômeno conhecido como visão em túnel, bastante comum nas investigações e profundamente relacionado com o viés do entrevistador, descrito anteriormente. Na visão em túnel⁸⁵, a autoridade policial assume uma hipótese, a qual acredita ser a mais provável, e empreende esforços apenas na direção de corroborá-la, ignorando outras explicações e alternativas para o caso investigado. Isso pode resultar em conclusões prematuras⁸⁶ e, portanto, é necessário que as entrevistas sejam conduzidas de forma sistemática.

É importante incluir todas as possibilidades no plano de investigação, até mesmo a de que a pessoa entrevistada possa ser inocente. Neste sentido, a metodologia PEACE retira a responsabilidade de avaliação sobre o comportamento não verbal de indivíduos e afasta a concepção equivocada de que tais profissionais são aptos a verificar se alguém está

⁸⁴ KOZINSKI, Wyatt. The Reid Interrogation Technique and False Confessions: A Time for Change. *Seattle Journal for Social Justice*, v. 16, n. 2, p. 10, 2018.

⁸⁵ ROSSMO, D. Kim. Case rethinking: A protocol for reviewing criminal investigations. *Police Practice & Research: An International Journal*, v. 17, n. 3, p. 212–228, 2016.

⁸⁶ INICIATIVA DA CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA. *Entrevista Investigativa Em Casos Criminais*. Genebra: Autor, 2017.

mentindo ou não⁸⁷. Mesmo nesses casos, o relato pode servir como meio de verificar hipóteses alternativas, enfatizando discrepâncias ou fazendo com que uma hipótese corroborada tenha mais credibilidade⁸⁸.

Na segunda fase do método, a recomendação de engajar e explicar corresponde ao estabelecimento do *rapport*, que significa construir um clima de confiança que favoreça a criação de uma aliança de trabalho. Estudos experimentais vêm demonstrando forte correlação entre confissões falsas e altos níveis de estresse percebido pela pessoa entrevistada⁸⁹. A intenção, nesta fase, portanto, deve ser afastar e reduzir qualquer sentimento de nervosismo ou ansiedade, que possam prejudicar a recuperação de informações. Neste sentido, um vínculo bem construído pode beneficiar também os grupos mais vulneráveis, uma vez que um ambiente seguro pode facilitar a comunicação.

É neste momento que a autoridade, além de reiterar os direitos da pessoa entrevistada e os requisitos legais da entrevista⁹⁰, também explica o seu objetivo, qual seja, a obtenção do maior número de informações sobre o fato investigado. A elucidação deve ser reforçada pela orientação de que a pessoa relate tudo o que sabe, sem esperar intervenções ou perguntas, engajando-a nessa tarefa.

A literatura aponta⁹¹ que o encorajamento pelo relato livre torna mais provável a obtenção de informações relevantes, o que diminui o risco de ocorrência de falsas confissões, se comparado a métodos de

⁸⁷ CECCONELLO, William W.; BERNARDES, Monica; STEIN, Lilian M. Existe o Efeito Pinóquio na Detecção de Mentiras? In: SAMPAIO, D. (org.). *Manual do Tribunal do Júri*. 1.ed. Florianópolis: Emais. v. 1, p. 141-188, 2021.

⁸⁸ CECCONELLO, William W.; MILNE, Rebecca; STEIN, Lilian M. Oitivas e interrogatórios baseados em evidências: considerações sobre entrevista investigativa aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, [S. l.], v. 8, n. 1, 2022.

⁸⁹ OKOKA, Happiness; KHESWA, Jabulani G. False confessions among suspects in police custody: Implications of anxiety and perceived stress. *Nurture*, [S. l.], v. 18, n. 2, p. 277-287, 2024.

⁹⁰ GRIFFITHS, Andy; MILNE, Rebecca. Will it all end in tiers? Police interviews with suspects in Britain. In: *Investigative interviewing*. Willan, p. 167-189, 2006.

⁹¹ MILNE, Rebecca J. *CREST guide: the cognitive interview*. Centre for Research and Evidence on Security Threats. 2016.

interrogatório acusatórios. Ademais, o estabelecimento do *rapport* pode aumentar em quatro vezes a quantidade de confissões obtidas, em relação às técnicas coercitivas, mesmo que a confissão não seja o objetivo da entrevista. Técnicas baseadas na construção da confiança com a pessoa entrevistada aumentam também a cooperação de pessoas menos cooperativas, tornando o procedimento mais produtivo⁹².

Para isso, a autoridade pode se utilizar de estratégias que incentivem o relato, que deve ser livre e detalhado. É importante que não seja interrompido, a fim de que não seja contaminado por perguntas ou afirmações sugestivas por parte do entrevistador. Além disso, o respeito à presunção de inocência⁹³, princípio jurídico que deve orientar as investigações criminais, ajuda a afastar o risco de ocorrência de falsas confissões coagidas, por evitar a manipulação da culpabilidade.

A entrevista investigativa é fundamentalmente incompatível com as técnicas coercitivas de interrogatório, uma vez que essas últimas se dão a partir da manipulação da culpa e perseguem a confissão como objetivo do procedimento. Neste sentido, a presunção da inocência está diretamente relacionada aos princípios da entrevista investigativa e é operacionalizada pela criação de um ambiente colaborativo e ético, que considera outras hipóteses de investigação⁹⁴. Por meio de uma mentalidade aberta, a coleta de informações permite que futuras decisões sobre inocência ou culpa sejam tomadas de maneira bem orientada, garantindo a proteção aos direitos fundamentais de pessoas investigadas e favorecendo a confiança no sistema de justiça⁹⁵.

Importante destacar que a entrevista investigativa não restringe, em nenhuma medida, o direito de permanecer em silêncio e de não

⁹² LINO, Denis; et al.. O Rapport como técnica para obtenção de informações em Entrevistas Investigativas. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, [S. l.], v. 17, n. 2, p. 184–201, 2023.

⁹³ CASTRO, Bruno G. de. A Garantia da Não Autoincriminação no Processo Penal Brasileiro. *Virtuajus*, v. 7, n. 12, p. 151–162, 2022.

⁹⁴ LABORATÓRIO DE ENSINO E PESQUISA EM COGNIÇÃO E JUSTIÇA. *Manual de Entrevista Investigativa para a Polícia Civil*. Passo Fundo, RS: Autor, 2022.

⁹⁵ ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA. *Princípios sobre Entrevistas Eficazes para Investigação e Coleta de Informações*. Genebra: Autor, 2021.

fornecer seu depoimento. A garantia precisa ser oferecida e devidamente explicada ao início do procedimento, podendo a pessoa investigada invocar esse direito a qualquer momento da entrevista. Entretanto, ainda assim, é recomendado que o relato livre seja encorajado, demonstrando a importância da obtenção de detalhes a respeito dos fatos investigados⁹⁶. Ressalta-se que, tendo a intenção de evitar técnicas e estratégias coercitivas, é necessário que haja cautela ao encorajar o relato livre, a fim de não influenciar na tomada de decisão da renúncia do direito ao silêncio.

Após o final do relato livre, a autoridade deve buscar ampliar e elucidar qualquer dúvida ou controvérsia, introduzindo aspectos relevantes, de maneira não sugestiva. Para isso, ao retomar algum ponto do relato, deve solicitar mais detalhes ou que descreva melhor os elementos que o compõem⁹⁷. Perguntas fechadas, realizadas de forma direta, devem ser sempre evitadas, uma vez que podem contaminar a memória da pessoa entrevistada, induzindo-a a equívocos.

Isso acontece porque a pergunta pode representar uma informação nova no repertório de quem está prestando o relato, levando a concordar ou discordar da informação e, posteriormente, incorporar tal elemento à sua memória, reduzindo sua precisão. Desse modo, conforme afirmam Ceconello e colegas⁹⁸, “quanto menor a influência das perguntas na obtenção do relato, maior a quantidade e a fidedignidade das respostas obtidas”. Ademais, a adaptação das perguntas ao nível de desenvolvimento cognitivo é essencial, a fim de adequá-las à compreensão da pessoa entrevistada.

Uma parte importante das entrevistas conduzidas pelo método PEACE é o momento de revelação das evidências já coletadas, que deve ser feito de forma estratégica e ser postergado até a quarta fase. Esta

⁹⁶ LABORATÓRIO DE ENSINO E PESQUISA EM COGNIÇÃO E JUSTIÇA. *Manual de Entrevista Investigativa para a Polícia Civil*. Passo Fundo, RS: Autor, 2022.

⁹⁷ MILNE, Rebecca J. CREST guide: the cognitive interview. *Centre for Research and Evidence on Security Threats*. 2016.

⁹⁸ CECCONELLO, William W.; MILNE, Rebecca; STEIN, Lilian M. Oitivas e interrogatórios baseados em evidências: considerações sobre entrevista investigativa aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, [S. l.], v. 8, n. 1, p. 496, 2022.

estratégia permite confirmar informações verdadeiras, distinguindo-as das equivocadas⁹⁹. Da mesma forma, ajuda a evitar que declarações sejam complacentes, ou seja, oferecidas com base no que a pessoa acredita que deve dizer. Nos casos de pessoas inocentes, a revelação prematura de uma evidência pode provocar uma confissão forçada, uma vez que, além de perder a chance de declarar sua inocência de forma fundamentada, ainda correrá o risco de internalizar a culpa, caso as circunstâncias da evidência permitam algum tipo de inferência¹⁰⁰.

Importante reforçar que as evidências a serem reveladas no momento da entrevista devem ser verdadeiras e obtidas de forma lícita. Além das implicações legais, a metodologia PEACE é contrária à apresentação de falsas evidências, uma vez que essa estratégia não possui fundamentos científicos que favoreçam a obtenção de informações confiáveis. Princípios básicos de psicologia comportamental indicam que as respostas de indivíduos a um esquema de reforçamento (consequências que afetam a frequência do comportamento) podem levá-los a tomar decisões buscando maximizar ou amenizar seus resultados¹⁰¹. Neste sentido, referida estratégia apenas aumenta o risco de confissões forçadas, conforme já discutido anteriormente.

O momento do fechamento tem a função de manter uma comunicação aberta, assegurando-se a compreensão de tudo o que foi relatado, a fim de obter sucesso em comunicações posteriores¹⁰². Para isso, é importante que a autoridade realize um resumo do que ouviu, permitindo a garantia de uma boa revisão das informações coletadas, bem como a oportunidade de elucidação. Em seguida, deve fornecer orientação sobre os próximos passos da investigação, bem como informar à pessoa

⁹⁹ INICIATIVA DA CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA. *Entrevista Investigativa Em Casos Criminais*. Genebra: Autor, 2017.

¹⁰⁰ ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA. *Princípios sobre Entrevistas Eficazes para Investigação e Coleta de Informações*. Genebra: Autor, 2021.

¹⁰¹ KASSIN, Saul M. et al. Police-induced confessions, risk factors, and recommendations: Looking ahead. *Law and Human Behavior*, v. 34, n. 1, p. 49–52, 2010.

¹⁰² INICIATIVA DA CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA. *Entrevista Investigativa Em Casos Criminais*. Genebra: Autor, 2017.

entrevistada de que, caso se recorde de mais alguma coisa, poderá entrar em contato e relatar posteriormente¹⁰³.

Na última fase do método é realizada a avaliação das evidências obtidas. Neste momento, a autoridade tem a chance de examinar todas as informações coletadas e rever a investigação, refletindo se os objetivos foram alcançados¹⁰⁴. Importante na entrevista investigativa é que todas as informações relatadas devem ser confrontadas com outras evidências, mediante técnicas de investigação adequadas. Isso minimiza o risco de que falsas memórias relatadas sejam assumidas como informações incontestáveis¹⁰⁵.

Pesquisas recentes sobre métodos de entrevistas baseados na coleta de informações sugerem a gravação audiovisual do procedimento como uma providência a ser tomada a fim de evitar a ocorrência de falsas confissões¹⁰⁶. A necessidade do registro da entrevista em áudio e vídeo surge a partir de questionamentos sobre a fidedignidade do relato de investigadores a respeito do procedimento. Embora haja certa resistência sobre tal recomendação, ela tem se mostrado promissora¹⁰⁷, no que se refere à preocupação sobre a indução de falsas confissões, por alguns motivos. Inicialmente, a experiência em alguns países demonstra que a ciência da gravação desencoraja autoridades do uso de técnicas coercitivas, ainda que implícitas. Ademais, o registro audiovisual permite verificar se e como foram dadas as orientações legais ao início da entrevista a respeito do direito ao silêncio.

¹⁰³ LABORATÓRIO DE ENSINO E PESQUISA EM COGNIÇÃO E JUSTIÇA. *Manual de Entrevista Investigativa para a Polícia Civil*. Passo Fundo, RS: Autor, 2022.

¹⁰⁴ MILNE, Rebecca J. CREST guide: the cognitive interview. *Centre for Research and Evidence on Security Threats*. 2016.

¹⁰⁵ CECCONELLO, William W.; MILNE, Rebecca; STEIN, Lilian M. Oitivas e interrogatórios baseados em evidências: considerações sobre entrevista investigativa aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, [S. l.], v. 8, n. 1, 2022.

¹⁰⁶ KOZINSKI, Wyatt. The Reid Interrogation Technique and False Confessions: A Time for Change. *Seattle Journal for Social Justice*, v. 16, n. 2, p. 10, 2018.

¹⁰⁷ KASSIN, Saul M. et al.. Police-induced confessions, risk factors, and recommendations: Looking ahead. *Law and Human Behavior*, v. 34, n. 1, p. 49–52, 2010.

Outra vantagem da gravação diz respeito à redução de erros provenientes de distorções da memória de policiais, quanto a informações relatadas, além de equivocada atribuição de fontes de dados. Ademais, ao gravar o procedimento, policiais não precisam realizar anotações e podem se concentrar em outros elementos e detalhes do relato, promovendo, assim, um registro fiel do procedimento. Importante ressaltar que o ângulo da câmera deve enquadrar tanto a pessoa interrogada, quanto quem está conduzindo a entrevista, assumindo uma perspectiva neutra. Isto porque, segundo experimentos relatados por Kassin e colegas¹⁰⁸, julgadores tendem a interpretar a situação como menos coercitiva quando veem somente o rosto de quem está sendo interrogado.

A entrevista investigativa tem sucesso, portanto, por meio da valorização dos processos de memória de eventos sobre fatos de interesse e da confrontação ou integração a outras evidências coletadas por outros meios de prova disponíveis. Isso significa dizer que ela nunca será um fim em si mesma, mas será sempre um processo de comunicação, que faz parte de um conjunto mais amplo de investigação¹⁰⁹.

Por outro lado, a técnica também considera que a memória episódica, por ser frágil, está sujeita a aspectos internos e externos, que podem alterar o conteúdo recordado¹¹⁰. Por esta razão, o treinamento de investigadores deve levar em conta a habilidade de realização de perguntas eficazes e condução do procedimento mediante a observação de todos os requisitos, com o fim de minimizar os riscos¹¹¹. A elaboração de boas

¹⁰⁸ KASSIN, Saul M.et al. Police-induced confessions, risk factors, and recommendations: Looking ahead. *Law and Human Behavior*, v. 34, n. 1, p. 49–52, 2010.

¹⁰⁹ BRITTO DE MELO, Henrique; PAGNUSSAT, Júlia; CECCONELLO, William W.; FAVERO, Gabriela C.. A Abordagem Cognitiva Para Interrogatórios: Buscando Informações ao Invés de Confissões. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, [S. l.], v. 18, n. 1, p. 14–29, 2024.

¹¹⁰ CECCONELLO, William W.; MILNE, Rebecca; STEIN, Lilian M. Oitivas e interrogatórios baseados em evidências: considerações sobre entrevista investigativa aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, [S. l.], v. 8, n. 1, 2022.

¹¹¹ KASSIN, Saul M.et al. Police-induced confessions, risk factors, and recommendations: Looking ahead. *Law and Human Behavior*, v. 34, n. 1, p. 49–52, 2010.

perguntas tem o poder de eliminar ambiguidades e, por consequência, reduzir os riscos de mal entendidos.

Em casos de entrevistas com crianças e adolescentes, é fundamental compreender a fase de desenvolvimento em que se encontra a pessoa entrevistada, a fim de adaptar a condução da entrevista e a forma de perguntar. No mesmo sentido, é importante que, na interpretação das informações, seja considerado o contexto em que a criança ou adolescente está inserida e a forma como ela se comunica. Ademais, o uso de estratégias de recuperação da memória pode ser útil na tarefa de prestar relato¹¹².

Em termos de resultados, uma revisão realizada por Britto de Melo e colegas¹¹³, encontrou estudos empíricos que demonstraram cinco vezes mais chances de sucesso por entrevistadores que utilizaram adequadamente o método PEACE, se comparado a outros métodos de interrogatório. Resultados satisfatórios também foram observados em casos que investigavam terrorismo, crimes sexuais, crimes financeiros, dentre outros, demonstrando um aumento no número de dados relevantes obtidos por meio da abordagem colaborativa¹¹⁴.

No Brasil, algumas iniciativas têm surgido, com o objetivo de aprofundar a temática das entrevistas investigativas, não apenas com pessoas suspeitas, mas também com vítimas e testemunhas. Materiais têm sido traduzidos e parcerias vêm se firmando a fim de adotar estratégias já utilizadas em outros países e, mais ainda, desenvolver pesquisas que deem conta das particularidades do nosso sistema de justiça.

É o caso do Laboratório de Ensino e Pesquisa em Cognição e Justiça - CogJus, que tem publicado materiais e firmado parcerias com as Polícias Civis de diferentes estados brasileiros, ofertando treinamento e

¹¹² PAULO, Rui, ALBUQUERQUE, Pedro B., BULL, Ray. Entrevista de Crianças e Adolescentes em Contexto Policial e Forense: Uma Perspectiva do Desenvolvimento. *Psicologia: Reflexão e Crítica*. v. 28, n. 3, p. 623-631, 2015.

¹¹³ BRITTO DE MELO, Henrique et al. A Abordagem Cognitiva Para Interrogatórios: Buscando Informações ao Invés de Confissões. *Revista Brasileira de Segurança Pública, [S. l.]*, v. 18, n. 1, p. 14-29, 2024.

¹¹⁴ CECCONELLO, William W.; MILNE, Rebecca; STEIN, Lilian M. Oitivas e interrogatórios baseados em evidências: considerações sobre entrevista investigativa aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal, [S. l.]*, v. 8, n. 1, 2022.

trabalhando no desenvolvimento de protocolos a serem adotados pelas instituições, para que realizem procedimentos cada vez mais padronizados e cientificamente fundamentados. Até 2023, mais de 4.000 policiais haviam sido treinados por meio de colaboração interdisciplinar entre o CogJus e as polícias estaduais¹¹⁵.

Algumas dificuldades observadas possuem relação com a resistência à mudança de mentalidade por parte das instituições policiais e à crença de que métodos colaborativos não possuem resultados efetivos. Outro importante obstáculo se dá na destinação de recursos materiais, equipamentos de gravação audiovisual e de equipes aptas à realização de entrevistas. É certo que o modelo de entrevista investigativa demanda maior investimento de tempo, o que nem sempre é uma realidade possível nas instituições policiais brasileiras, dado o grande volume de trabalho e o baixo contingente¹¹⁶.

A necessidade de treinamentos específicos e continuados é bem exemplificada pela experiência do Reino Unido, onde policiais são formados na metodologia PEACE com base em níveis de complexidade, que envolvem o tempo de atuação profissional e o tipo de crime investigado. O método vem sendo adaptado para diversos países, mas todos se baseiam em uma estrutura comum, permitindo, portanto, a replicação a partir da realidade brasileira.

Para isso, a implementação deve contemplar uma formação profissional pautada em aprendizagem técnica, capacitação prática e supervisão do trabalho. Ademais, é necessário estabelecer diretrizes por meio de iniciativas públicas ou privadas, a partir da observação dos limites e das permissões legislativas vigentes. Também é importante a realização de um levantamento das características próprias do sistema de justiça brasileiro, de modo a compreender quais as suas principais demandas¹¹⁷. Neste sentido, embora recente, o diálogo entre pesquisa

¹¹⁵ LABORATÓRIO DE ENSINO E PESQUISA EM COGNIÇÃO E JUSTIÇA. *Relatório de Impacto*. Passo Fundo, RS: Autor, 2023.

¹¹⁶ BLANCHET, Luiz R. Entrevista Investigativa: uma análise dos métodos de entrevista e interrogatório existentes perante o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Escola Superior da Polícia Civil*. v.4, p.84-105, 2023.

¹¹⁷ CECCONELLO, William W.; MILNE, Rebecca; STEIN, Lilian M. Oitivas e interrogatórios baseados em evidências: considerações sobre entrevista

e prática vem sendo fundamental para a elaboração de formações que consigam suprir as demandas encontradas em nosso país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A confissão ainda representa um papel central nos processos criminais nos sistemas de justiça de diversos países. Neste sentido, práticas e técnicas orientadas à busca por confissão, historicamente comuns nos procedimentos de interrogatório, têm como premissa a persuasão do suspeito, induzindo-o a confessar. Ocorre que, nos casos de pessoas inocentes, os prejuízos de uma abordagem acusatória podem ser incalculáveis, já que o comprometimento dos processos cognitivos pode levar a distorções irreversíveis na memória e narrativa sobre os fatos investigados. Os resultados dessa abordagem, não raro, comprometem as investigações e induzem a erros judiciais graves, considerando a possibilidade de condenações equivocadas e injustas.

O processo de obtenção de falsas confissões é extremamente complexo e ocorre por meio de elementos que podem ou não ser controlados pelo investigador no momento do interrogatório. A vulnerabilidade da pessoa interrogada à manipulação empregada pode se dar por características pessoais, como idade ou nível de desenvolvimento cognitivo, ou ainda por aspectos transitórios associados ao contexto, como por exemplo estresse ou privações decorrentes do processo de interrogatório. Com isso, a depender das estratégias utilizadas no procedimento, estes aspectos podem ser evidenciados ou, até mesmo, provocados.

Estratégias coercitivas como contexto de privação, falsas evidências e discursos de minimização são elencadas na literatura como um componente que oferece alto fator de risco ao processo de internalização de culpa, que pode culminar em uma confissão forçada por meio da suggestionabilidade interrogativa. Por esta razão, a mudança de perspectiva a respeito do processo de investigação tem se mostrado uma alternativa necessária. Os estudos elencados na presente pesquisa demonstram os

investigativa aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, [S. l.], v. 8, n. 1, 2022.

benefícios de uma entrevista mais colaborativa em que a orientação para a coleta de informações, por meio da criação de um contexto que incentive o relato livre, é um procedimento que, embora não garanta total controle dos fenômenos cognitivos, oferece menos riscos de ocorrência de sugestibilidade investigativa e de falsas confissões involuntárias.

A entrevista investigativa, aqui descrita pelo método PEACE, é composta por uma metodologia orientada por princípios científicos, com base em estudos empíricos e laboratoriais, além de princípios legais e éticos. O treinamento dos profissionais atuantes no sistema de justiça nos moldes da entrevista investigativa é fundamentado por técnicas que consideram aspectos da psicologia social e cognitiva, bem como o respeito à dignidade das pessoas suspeitas ao longo de todo o procedimento, preservando seus direitos. Da mesma forma, o respeito ao princípio da presunção da inocência minimiza de forma significativa os riscos de sugestibilidade e consequente indução a uma falsa confissão forçada, e pode ser operacionalizado por essa metodologia¹¹⁸.

Embora este cenário ainda não seja condizente com a atual realidade do sistema de justiça brasileiro, torna-se importante, como sugestão para pesquisas futuras, identificar as demandas e particularidades do nosso contexto, com o objetivo de elaborar políticas públicas que visem sistematizar as características dos crimes cometidos no Brasil e o perfil dos investigados, permitindo-se a elaboração de estudos e realização de intervenções que definam prioridades e estabeleçam padrões e protocolos de procedimento, acompanhando países pioneiros.

Mostra-se extremamente importante a continuidade de pesquisas empíricas em nosso país, para que possam fundamentar programas de treinamento de profissionais entrevistadores que atuam no sistema de justiça. A aproximação entre o conhecimento científico no campo da Psicologia do Testemunho e no campo das Ciências Jurídicas deve ser incentivada, com o objetivo de estreitar e alinhar as demandas do nosso sistema às atualizações produzidas cientificamente.

¹¹⁸ INICIATIVA DA CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA. *Entrevista Investigativa Em Casos Criminais*. Genebra: Autor, 2017.

REFERÊNCIAS

ABREU, Debora P.; CECCONELLO, William W.; STEIN, Lilian M.; BULL, Ray. Interviewing suspects practices in Brazil. *Investigative Interviewing Research & Practice*, v. 12, n. 1, p. 40-52, 2022. https://iirg.org/wp-content/uploads/2022/06/II-RP-2022-06-0_Full-Edition.pdf

ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA. *Princípios sobre Entrevistas Eficazes para Investigação e Coleta de Informações*. Genebra: Autor, 2021. https://www.apt.ch/sites/default/files/publications/apt_PoEI_POR_03.pdf.

BLANCHET, Luiz R. Entrevista Investigativa: uma análise dos métodos de entrevista e interrogatório existentes perante o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Escola Superior da Polícia Civil*. v.4, p.84-105, 2023. <http://www.revistas.pr.gov.br/index.php/espc/article/view/90>

BRITTO DE MELO, Henrique; PAGNUSSAT, Júlia; CECCONELLO, William W.; FAVERO, Gabriela C. A Abordagem Cognitiva Para Interrogatórios: Buscando Informações ao Invés de Confissões. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, [S. l.], v. 18, n. 1, p. 14–29, 2024. DOI: 10.31060/rbsp.2024.v18.n1.1710..

CASTRO, Bruno G. de. A Garantia da Não Autoincriminação no Processo Penal Brasileiro. *Virtuajus*, v. 7, n. 12, p. 151–162, 2022. DOI: 10.5752/p.1678-3425.2022v7n12p151-162.

CAVALCANTE, Lívia T. C.; OLIVEIRA, Adélia A. S. de. Métodos de revisão bibliográfica nos estudos científicos. *Psicol. rev.*, Belo Horizonte, v. 26, n. 1, p. 83-102, 2020. DOI: 10.5752/P.1678-9563.2020v26n1p82-100.

CECCONELLO, William W.; BERNARDES, Monica; STEIN, Lilian M. Existe o Efeito Pinóquio na Detecção de Mentiras? In: SAMPAIO, Denis (org.). *Manual do Tribunal do Júri*. 1.ed. Florianópolis: Emais. v. 1, p. 141-188, 2021.

CECCONELLO, William W.; MILNE, Rebecca; STEIN, Lilian M. Oitivas e interrogatórios baseados em evidências: considerações sobre entrevista investigativa aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, [S. l.], v. 8, n. 1, 2022. DOI: 10.22197/rbdpp.v8i1.665.

CHAPMAN, Frances. A Recipe for Wrongful Confessions: A Case Study Examining the “Reid Technique” and the Interrogation of Indigenous Suspects. *Mich. St. Int’l L. Rev.*, v. 28, p. 369, 2020. <https://ssrn.com/abstract=3690422>.

GEISELMAN, R. Edward.; FISHER, Ronald P.; David P. MacKinnon; Heidi L. Holland. Enhancement of eyewitness memory with the cognitive interview. *The American Journal of Psychology*, v. 99, n. 3, p. 385-401, 1986. DOI: 10.2307/1422492

GRIFFITHS, Andy.; MILNE, Rebecca. Will it all end in tiers? Police interviews with suspects in Britain. In: *Investigative interviewing*. Willan, p. 167-189, 2006. DOI: 10.4324/9781843926337-11.

GUDJONSSON, Gisli H. Interrogative suggestibility and complacency. In: RIDLEY, Anne M.; GABBERT, Fiona; LA ROOY, David J. *Suggestibility in Legal Contexts: Psychological Research and Forensic Implications*. Wiley-Blackwell, 2013. p. 45-61. DOI: 10.1002/9781118432907.ch3

INICIATIVA DA CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA. *Entrevista Investigativa Em Casos Criminais*. Genebra: Autor, 2017. https://cti2024.org/wp-content/uploads/2017/01/ctitraining_tool_port_braz.pdf.

INNOCENCE PROJECT. *False Confessions More Prevalent Among Teens*. New York, 2013, September 9. <https://bit.ly/36hBKzM>.

INNOCENCE PROJECT. *'Tough-on-Crime' Policies Are at Odds With the Presumption of Innocence*. New York, 2023 January 26. <https://tinyurl.com/4jx54k9r>.

JOHN E. REID AND ASSOCIATES, INC. <https://reid.com/about>.

JORDAN, Sarah; BRIMBAL, Laure; WALLACE, D. Brian; KASSIN, Saul M.; HARTWIG, Maria; STREET, Chris N. H. A test of the micro-expressions training tool: Does it improve lie detection? *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, v. 16, n. 3, p. 222–235, 2019. DOI: 10.1002/jip.1532.

KAPLAN, Jeff; WOOLRIDGE, Lyndsay R.; SNOW, Mark D. *The Psychology of Forensic Interrogations*. Routledge, 2022. DOI: 10.4324/9780367198459-REPRW132-1.

KASSIN, Saul. M. *False confessions and the jogger case*. 2002, November 1st. The New York Times OP-ED, p. A31. <https://tinyurl.com/yfrncfbc>.

KASSIN, Saul. M. False confessions: Causes, consequences, and implications for reform. *Policy Insights from the Behavioral and Brain Sciences*, v. 1, n. 1, p. 112–121, 2014. DOI: 10.1177/2372732214548678.

KASSIN, Saul. M. Internalized false confessions. In: TOGLIA, M. P. et al. (Ed.). *The handbook of eyewitness psychology*, Vol. 1. Memory for events. Lawrence Erlbaum Associates Publishers, p. 169-186, 2007. https://web.williams.edu/Psychology/Faculty/Kassin/files/Kassin_07_internalized%20confessions%20ch.pdf

KASSIN, Saul. M. The psychology of confession evidence. *American Psychologist*, v. 52, n. 3, p. 221-233, 1997. DOI: 10.1037/0003-066X.52.3.221.

KASSIN, Saul. M. The Social Psychology of False Confessions. *Social Issues and Policy Review*, v. 9, n. 1, p. 25–51, 2015. DOI: 10.1111/sipr.12009.

KASSIN, Saul. M.; DRIZIN, Steven A.; GRISSE, Thomas; GUDJONSSON, Gisli H.; LEO, Richard A.; REDLICH, Allison D. Police-induced confessions, risk factors, and recommendations: Looking ahead. *Law and Human Behavior*, v. 34, n. 1, p. 49–52, 2010. DOI: 10.1007/s10979-010-9217-5.

KASSIN, Saul M.; GOLDSTEIN, Christine. C.; SAVITSKY, Kenneth. Behavioral confirmation in the interrogation room: On the dangers of presuming guilt. *Law and Human Behavior*, v. 27, n. 2, p. 187–203, 2003. DOI: 10.1023/A:1022599230598.

KOZINSKI, Wyatt. The Reid Interrogation Technique and False Confessions: A Time for Change. *Seattle Journal for Social Justice*, v. 16, n. 2, p. 10, 2018. <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/sjsj/vol16/iss2/10/>.

LABORATÓRIO DE ENSINO E PESQUISA EM COGNIÇÃO E JUSTIÇA. *Manual de Entrevista Investigativa para a Polícia Civil*. Passo Fundo, RS: Autor, 2022. <https://cogjus.com/wp-content/uploads/2024/01/Manual-de-Entrevista-Investigativa-CogJus.pdf>.

LABORATÓRIO DE ENSINO E PESQUISA EM COGNIÇÃO E JUSTIÇA. *Relatório de Impacto*. Passo Fundo, RS: Autor, 2023. https://cogjus.com/wp-content/uploads/2024/07/RelatoriodeImpactoCOGJUS_2023-1.pdf

LINO, Denis; BERNARDES, Mônica; SIEROTA DOS SANTOS, Natália; CECCONELLO, William W. O Rapport como técnica para obtenção de informações em Entrevistas Investigativas. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, [S. l.], v. 17, n. 2, p. 184–201, 2023. DOI: 10.31060/rbsp.2023.v17.n2.1584.

MAY, Lennart; GEWEHR, Elsa; ZIMMERMANN, Johannes.; RAIBLE, Yonna; VOLBERT, Renate. How guilty and innocent suspects perceive the police and themselves: suspect interviews in Germany. *Legal and Criminological Psychology*, v. 26, n. 1, p. 42–61, 2021. DOI: 10.1111/lcrp.12184.

MILNE, Rebecca J. CREST guide: the cognitive interview. *Centre for Research and Evidence on Security Threats*. 2016. <https://crestresearch.ac.uk/resources/crest-guide-cognitive-interview/>.

MOSCATELLI, Livia Y. N. Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 1, p. 361-394, 2020. DOI: 10.22197/rbdpp.v6i1.331.

NEUFELD, Carmem B.; BRUST, Priscila G.; STEIN, Lilian M. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian M. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

OKOKA, Happiness; KHESWA, Jabulani G. False confessions among suspects in police custody: Implications of anxiety and perceived stress. *Nurture*, [S. l.], v. 18, n. 2, p. 277–287, 2024. DOI: 10.55951/nurture.v18i2.609.

OTGAAR, Henry; SCHELL-LEUGERS; Jennifer M.; HOWE, Mark L.; VILAR, Alejandra D. L. F.; HOUBEN, Sanne T. L.; MERCKELBACH, Harald. The link between suggestibility, compliance, and false confessions: A review using experimental and field studies. *Applied Cognitive Psychology*, v. 35, n. 2, p. 445–455, 2021. DOI: 10.1002/acp.3788.

OWEN-KOSTELNIK, Jessica; REPPUCCI, N. Dickon; MEYER, Jessica R. Testimony and interrogation of minors: Assumptions about maturity and morality. *American Psychologist*, v. 61, n. 4, p. 286–304, 2006. DOI: 10.1037/0003-066x.61.4.286.

PAULO, Rui, ALBUQUERQUE, Pedro B., BULL, Ray. Entrevista de Crianças e Adolescentes em Contexto Policial e Forense: Uma Perspectiva do Desenvolvimento. *Psicologia: Reflexão e Crítica*. v. 28, n. 3, p. 623-631, 2015. DOI: 10.1590/1678-7153.201528321

REID, John E.; INBAU, Fred E.; BUCKLEY, Joseph P.; JAYNE, Brian C. *Criminal interrogation and confessions*. Burlington, Ma: Jones & Bartlett Learning, 2004.

ROCHA, Lucas R. K. S; AMARAL, Thiago B. do. A exigência da confissão no acordo de não persecução penal sob a óptica da Análise Econômica do Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 191. n. 30. p. 261-284. 2022. DOI: 10.54415/rbccrim.v191in.%20191.131.

ROSSMO, D. Kim. Case rethinking: A protocol for reviewing criminal investigations. *Police Practice & Research: An International Journal*, v. 17, n. 3, p. 212–228, 2016. DOI: 10.1080/15614263.2014.978320.

SANTOS, Marcel F. Dos. *Delações premiadas e confissões falsas: a importância da interdisciplinaridade para o Direito*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas. Centro Universitário de Maringá – Unicesumar, 2018. <http://rdu.unicesumar.edu.br/handle/123456789/995>.

SHAW, Julia; PORTER, Stephen. Constructing rich false memories of committing crime. *Psychological Science*, v. 26, n. 3, p. 291–30, 2015. DOI: 10.1177/0956797614562862.

SILVA, Juliani B. L.; ÁVILA, Gustavo N. De. A delação premiada e a sua repercussão em face da psicologia do testemunho. *Revista de Constitucionalização Do Direito Brasileiro*, v. 3, n. 1, p. 1–15, 2020. DOI: 10.33636/reconto.v3n1.e033.

SILVA, Juliana F. Da. O *plea bargain* e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. *Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 318, p. 8-11, 2019. https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6331-O-plea-bargain-e-as-falsas-confissoes-uma-discussao-necessaria-no-sistema-de-justica-criminal.

SPIERER, Ariel. The Right to Remain a Child: The Impermissibility of the Reid Technique in Juvenile Interrogations. *NYU Law Review*, v. 92, p. 1719, 2017. <https://www.nyulawreview.org/issues/volume-92-number-5/the-right-to-remain-a-child-the-impermissibility-of-the-reid-technique-in-juvenile-interrogations/>.

VOLBERT, Renate; MAY, Lennart; HAUSAM, Joscha; LAU, Steffen. Confessions and Denials When Guilty and Innocent: Forensic Patients' Self-Reported Behavior During Police Interviews. *Frontiers in Psychiatry*, v. 10, n. 168, p. 1-12, 2019. DOI: 10.3389/fpsy.2019.00168.

VRIJ, Aldert; MEISSNER, Christian A.; FISHER, Ronald P.; KASSIN, Saul. M.; MORGAN, Charles A.; KLEINMAN, Steven M. Psychological Perspectives on Interrogation. *Perspectives on Psychological Science*, v. 12, n. 6, p. 927-955, 2017. DOI: 10.1177/1745691617706515.

Authorship information

Giovanna Paula Vieira Oliveira Gomes. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2013). Graduada em Psicologia pela Universidade Federal de Uberlândia, MG, Brasil. giovanna.vieira@ufu.br

Ederaldo José Lopes. Graduação (Bacharelado e Licenciatura) em Psicologia e psicólogo pela Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto (1989), mestrado em Psicobiologia pela Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto (1992), doutorado em Psicobiologia pela Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto (1997). Pós-doutor em Filosofia da Mente e Ciências Cognitivas pela Universidade Federal de São Carlos (2003), sob supervisão do Prof. Dr. João de Fernandes Teixeira. Professor Titular do Instituto de Psicologia da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). ederaldo@ufu.br

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Giovanna Paula Vieira Oliveira Gomes:* conceptualization, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Ederaldo José Lopes:* conceptualization, methodology, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- | | |
|--|----------------------------|
| ▪ Submission: 02/10/2024 | Editorial team |
| ▪ Desk review and plagiarism check: 10/11/2024 | ▪ Editor-in-chief: 1 (VGV) |
| ▪ Review 1: 27/11/2024 | ▪ Reviewers: 2 |
| ▪ Review 2: 16/12/2024 | |
| ▪ Preliminary editorial decision: 30/12/2024 | |
| ▪ Correction round return: 31/01/2025 | |
| ▪ Final editorial decision: 10/02/2025 | |

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

GOMES, Giovanna P. V. O.; LOPES, Ederaldo J. Interrogatório de suspeitos: a entrevista investigativa como técnica de redução de falsas confissões induzidas por sugestibilidade. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 1, e1108, jan./abr. 2025. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i1.1108>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Investigação criminal e tecnologias digitais: algumas reflexões sobre o policiamento preditivo e a admissibilidade de provas digitais

*Criminal investigation and digital technologies: some considerations
on predictive policing and the admissibility of digital evidence*

Andrey Bruno Cavalcante Vieira¹

Universidade Federal de Alagoas - Maceió/AL, Brasil

andrey.vieira10@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/9767688309371000>

 <https://orcid.org/0000-0001-5146-3708>

Hugo Leonardo Rodrigues Santos²

Universidade Federal de Alagoas - Maceió/AL, Brasil

hugo.santos@fda.ufal.br

 <http://lattes.cnpq.br/6520668011243642>

 <https://orcid.org/0000-0003-0139-0525>

RESUMO: Este trabalho reflete sobre o uso de tecnologias preditivas como ferramenta de orientação para políticas públicas. Objetiva-se examinar como as forças de segurança estão realizando o tratamento de dados e alertar sobre os riscos da aplicação indiscriminada dessas abordagens. Além disso, intenta visualizar a cadeia de custódia como crucial para garantir a autenticidade e integridade das evidências, especialmente no contexto das provas digitais. A pesquisa tem natureza

¹ Mestre em direito público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Pós-graduado em direito penal e processo penal aplicados pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Graduado em direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Advogado.

² Professor da graduação e pós-graduação (mestrado) em direito da Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Doutor e Mestre em direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Coordenador do grupo de pesquisas Biopolítica e Processo Penal.

qualitativa e caráter exploratório. Foi utilizada a técnica de análise de documentos da literatura jurídica e criminológica, pelo método hipotético-dedutivo, a fim de avaliar como novas tecnologias, especificamente a inteligência artificial, impactam a investigação criminal e o processo penal brasileiro. Verificou-se a necessidade de adaptar procedimentos jurídicos à era digital, especialmente no tocante à admissibilidade de provas digitais, através do exame de sua integridade e autenticidade. Conclui-se pela urgência da adaptação dos procedimentos de investigação criminal, dada a influência da virtualização na persecução penal, uma vez que a argumentação jurídica agora depende de ferramentas e provas digitais.

PALAVRAS-CHAVE: Investigação criminal; Policiamento preditivo; Provas digitais; Cadeia de custódia.

ABSTRACT: *This article addresses the use of predictive technologies as a guidance tool for public policies. It aims to examine how security forces use data processing and warn of the risks of indiscriminate application of these approaches. Furthermore, it attempts to view the chain of custody as crucial to guaranteeing the authenticity and integrity of evidence, especially in the context of digital evidence. The research is qualitative and exploratory. The technique of analyzing documents from legal and criminological literature was used, through hypothetical-deductive method, to assess how new technologies, specifically artificial intelligence, impact on criminal investigation and the Brazilian criminal process. It is necessary to adapt legal procedures to the digital era, especially regarding the admissibility of digital evidence, by examining its integrity and authenticity. It is concluded that there is an urgency to adapt criminal investigation procedures, given the influence of virtualization on criminal prosecution, since legal arguments now depend on digital tools and evidence.*

KEY-WORDS: *Criminal investigation; Predictive policing; Digital evidence; Chain of custody.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. A relevância da informação na sociedade atual; 2. Tecnopolíticas de vigilância na segurança pública: inteligência artificial, policiamento preditivo e o tratamento de dados; 3. A linguagem cibernética e o domínio da prova digital; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Na era digital contemporânea, a vida em sociedade transcende o meio físico e adentra o ambiente eletrônico, por meio da *internet*, dos perfis em redes sociais, dos *e-mails* e dos documentos eletrônicos. A *internet* e as novas tecnologias provenientes da digitalização ampliaram as potencialidades das relações humanas vivenciadas nos últimos anos, promovendo uma nova valoração de bens jurídicos, além de proporcionar uma nova gama de direitos e objetos virtuais cuja proteção merece a consideração do direito.

A velocidade da disseminação de informações e ideias é um dos principais aspectos da sociedade atual, pautada pela digitalização. Ao mesmo tempo, o acesso ao ambiente digital passou a ser considerado um direito essencial à personalidade humana na contemporaneidade. A informação se tornou o principal ingrediente do que produzimos, fazemos, compramos e vendemos, tornando a administração do capital intelectual a tarefa econômica mais importante dos indivíduos, empresas e países.

O presente artigo analisa questões relacionadas ao uso e tratamento de dados através de inteligência artificial pela área da segurança pública, como forma – por vezes equivocada – de desenvolver parâmetros preditivos e aplicar políticas públicas balizadas por ela. Com esse objetivo, em um primeiro momento, o trabalho refletirá sobre os riscos advindos da aplicação indiscriminada de tais fontes, diante da possibilidade de discriminação algorítmica, mascarada pela irreal percepção de neutralidade da tecnologia, com a consideração dos efeitos desse fenômeno para o processo penal contemporâneo.

Em seguida, será realizada uma abordagem linguística do meio digital e de suas especificidades, trazendo caracterizações necessárias ao bom entendimento do contexto digital e do tratamento de provas dessa natureza. Por fim, será discutido o fenômeno da externalização da investigação criminal e a necessidade de redefinição dos sujeitos processuais penais, com atenção para a observância da ampla defesa e da paridade de armas digital.

A investigação é qualitativa e possui caráter experimental. A metodologia da pesquisa é hipotético-dedutiva, com a utilização da técnica de análise da literatura jurídica e criminológica a respeito da utilização,

na segurança pública, de novas tecnologias, mais especificamente da inteligência artificial, bem como sobre as dificuldades para a consideração de provas digitais no processo penal brasileiro.

1. A RELEVÂNCIA DA INFORMAÇÃO NA SOCIEDADE ATUAL

A “era da informação” denomina o período atual pós-industrial e/ou neoliberal, no qual a informação passou a exercer um papel central como novo padrão de acumulação de riquezas. Como opinou Thomas Stewart, o conhecimento agora é essencial em tudo o que produzimos e comercializamos, e gerenciar esse conhecimento se tornou crucial, uma vez que o capital intelectual, composto por conhecimento, informações, propriedade intelectual e experiência, é a matéria-prima para criar riqueza (1998, p. 11-23).

No mesmo sentido, afirmou Byung-Chul Han:

Chamamos regime de informação a forma de dominação na qual informações e seu processamento por algoritmos e inteligência artificial determinam decisivamente processos sociais, econômicos e políticos. Em oposição ao regime disciplinar, não são corpos e energias que são explorados, mas informações e dados. Não é, então, a posse de meios de produção que é decisiva para o ganho de poder, mas o acesso a dados utilizados para vigilância, controle e prognóstico de comportamento psicopolíticos. O regime de informação está acoplado ao capitalismo da informação, que se desenvolve em capitalismo da vigilância e que degrada os seres humanos em gado, em animais de consumo e dados (2022, p. 7).

O deslocamento virtual de negócios e informações cria vínculos e responsabilidades corriqueiras disponíveis de forma instantânea e atemporal. Esse movimento quebra conceitos e estruturas estáveis, as quais foram estabelecidas historicamente, dando luz à novos arranjos sociais³. Para

³ Sobre os dados digitais e sua transformação em produto, Geraldo Prado registrou: “Os dados digitais temporariamente convertem-se de mercadorias em artefatos empregados em uma disputa política que no rastro da globalização limita significativamente o poder de interferência do próprio Estado sem com isso impedir que em reação à restrição ‘territorial’ seja concentrada e

se ter uma ideia da popularização da informação digital e de seu acesso pela sociedade em geral, uma recente pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (2020) concluiu que 93,2% das pessoas com mais de 10 anos de idade possuem telefone celular no Brasil e 79,1% dos domicílios brasileiros dispõem de acesso à internet.

A tecnologia ganhou um papel destacado, pois a forma como é utilizada e controlada se relaciona à própria qualidade da democracia participativa, em Estados democráticos de direito (como pretende o Brasil), sendo inerente ao exercício da cidadania. Tanto assim que há fundadas preocupações quanto ao uso inadequado e mesmo malicioso de algoritmos e redes sociais para a difusão de discursos autoritários e visando ao beneficiamento em pleitos eleitorais (Empoli, 2020) (Alvim; Rubio Núñez; Monteiro, 2024). Os poderes sem controle não devem ser tolerados num ambiente democrático. Assim, “as maneiras de exercer controle no tocante ao poder digital variam conforme também variam os consórcios que se estabelecem no contexto do exercício desses poderes” (Prado, 2020).

Deve-se dar atenção à economia da informação, própria da sociedade capitalista contemporânea – que atribuiu ao conhecimento um componente essencial para a estruturação de relações de poder⁴.

A informação se tornou uma moeda de troca nas interações sociais e comerciais na sociedade da informação (...). Conjugadas, a evolução da internet e da sociedade provocaram uma profunda e inquestionável transformação na dimensão política de nossas vidas. O poder é exercido para produzir e difundir conteúdos de informação, sob o controle de interesses específicos, mostrando que a internet não é um instrumento de liberdade (Menezes; Colaço, 2019).

incrementada a violência física e simbólica por agentes estatais. (...) A busca pelo equilíbrio é, necessariamente, a busca por domesticar o ‘poder digital’. Sem controle, transparência, equilíbrio e prestação pública de contas, quaisquer que sejam os sujeitos que o exerçam estarão sempre em condições de concentrar este poder e o empregar não no interesse da comunidade, hoje, inevitavelmente, um corpo social que transcende as fronteiras dos Estados nacionais, mas em proveito próprio” (Prado, 2020).

⁴ “O capitalismo de vigilância reivindica de maneira unilateral a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais” (Zuboff, 2019, p. 18).

Tecnologias avançadas como as utilizadas atualmente permitem que ferramentas digitais funcionem como meios de controle social altamente precisos, embora manipuláveis e de difícil compreensão⁵, as quais escondem decisões políticas que controlam os parâmetros de conteúdo e funcionamento de programas eletrônicos. Por isso, é necessário se debruçar sobre os procedimentos de investigação e persecução penal fundamentados em instrumentos tecnológicos que se utilizam de inteligência artificial (IA), os quais visam a otimizar o desempenho das forças policiais com o tratamento de dados⁶.

Essas técnicas objetivam identificar possíveis suspeitos criminosos ou áreas com maior probabilidade de ocorrência de delitos, porém, sem considerar a possibilidade de reprodução de modos de policiamento seletivo historicamente estabelecidos e de propagar discriminações tipicamente humanas, decorrentes do uso indiscriminado dessas ferramentas e da presunção de sua imparcialidade. Isso faz com que seja necessário proteger o juízo de admissibilidade da prova, como uma questão prévia, e não de valoração.

Com o fenômeno da *big data*⁷, o campo da segurança pública passou a utilizar ferramentas tecnológicas visando a “aperfeiçoar” a atividade policial, em termos de demanda, regionalidade e diálogo informacional. Todavia, evidenciam-se riscos decorrentes dos vieses de gênero, raça, classe e sexualidade, aptos a gerar prejuízos resultantes da vigilância excessiva⁸ por parte do Estado.

⁵ Shoshan Zuboff ensinou que “O capitalismo de vigilância reivindica unilateralmente a experiência humana como matéria-prima gratuita para tradução em dados comportamentais” (2019, p. 8).

⁶ “Art. 5º, da Lei nº 13.709/2018: “Para os fins desta Lei, considera-se: (...) X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

⁷ Conjunto de dados digitais que vem crescendo de forma exponencial, a ponto de ultrapassar a capacidade das ferramentas convencionais de capturar, gerenciar e analisar essas informações (Taurion, 2013).

⁸ Zygmunt Bauman e David Lyon fizeram a seguinte ressalva: “os principais meios de obter segurança, ao que parece, são as novas técnicas e tecnologias de vigilância, que supostamente nos protegem, não de perigos distintos, mas

Nesse sentido, no ano de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF) ofereceu um importante pronunciamento, em decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6387 MC-Ref/DF (julgada em conjunto com as ADIs 6388, 6389, 6390 e 6393). Ao se debruçar sobre a Medida Provisória 954/2020 (que determinava o compartilhamento de dados pessoais de todos os brasileiros com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – de telefonia fixa e móvel), a Corte citada reconheceu a autonomia do direito fundamental à proteção de dados pessoais, com *status* constitucional guiado pelas cláusulas que garantem a liberdade individual (art. 5º, *caput*), a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), e pela garantia do devido processo legal informacional (art. 5º, LIV), balizando limites do tratamento de dados pessoais (Estellita, 2023). Na sequência, serão explorados os riscos advindos da utilização da inteligência artificial

2. TECNOPOLÍTICAS⁹ DE VIGILÂNCIA NA SEGURANÇA PÚBLICA: INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, POLICIAMENTO PREDITIVO E O TRATAMENTO DE DADOS

O fascínio humano com a ideia de prever o futuro tem sido bastante retratado em obras de ficção científica, tal como no filme *Minority Report*, de Steven Spielberg, baseado em um conto de Philip K. Dick (Hudson, 2009). No entanto, para além da fantasia, a realidade já dispõe de recursos tecnológicos que visam a antecipar a informação de ocorrência de delitos.

É o que se dispõe a oferecer a análise preditiva via IA, com técnicas de *machine learning* (ML) – “área da inteligência artificial (IA) e da ciência da computação que se concentra no uso de dados e algoritmos para imitar a maneira como os humanos aprendem, melhorando gradualmente

de riscos nebulosos e informes (...) as inseguranças são um corolário prático das sociedades securitizadas de hoje” (2013, p. 95-101).

⁹ O termo corresponde à emergência de estratégias de vigilância fundamentadas no uso de tecnologias e suas repercussões sociais. Nesse sentido, as tecnopolíticas dizem respeito “tanto ao desenvolvimento de novas formas de vigilância e controle quanto à experimentação de resistências e subversões que dialogam com elas” (Bruno *et al*, 2018, p. 9).

sua precisão” (IBM, 2023) – com a finalidade de minerar dados colhidos anteriormente (como relatórios policiais e registros de ocorrência).

Através do processamento dos dados, com métodos estatísticos aplicados a algoritmos treinados para fazer classificações ou previsões, traçam-se tendências futuras, influenciando diretamente nas práticas de policiamento, seja no desenvolvimento de estratégias de segurança pública seja por meio da escolha de alocação de recursos. Nesse contexto, surgiu o policiamento preditivo, que diz respeito a “sistemas computadorizados cujo processamento de informações por algoritmos se utilizam tanto de bancos de dados robustos quanto de análises estatísticas para fins de predição de um acontecimento criminoso futuro” (Moraes, 2022, p. 35).

É bem verdade que, mesmo antes do surgimento da IA, já vinha sendo sedimentada a utilização de uma lógica de gerenciamento de riscos na política criminal de segurança pública (Dieter, 2013, p. 148), através da utilização de estatísticas e técnicas atuariais para o desenvolvimento de investigações criminais e da antecipação de informações relacionadas à detecção de suspeitos. A facilitação do acesso às novas tecnologias e a aceleração social dela decorrente aprofundou essa tendência.

Nesse contexto, Silva Sanchez observou que a sociedade do risco resulta em um Estado vigilante, policial-preventivo, no qual “a barreira de intervenção do Estado nas esferas jurídicas dos cidadãos se adianta de modo substancial” (Silva Sanchez, 2011, p. 165). A própria sociedade tende a aceitar e normalizar a cultura de vigilância (Garland, 2008).

Ao passo em que mais e mais interações sociais são mediadas digitalmente, as pessoas passaram a ser participantes ativos da vigilância, deixando a posição passiva anterior em que se colocavam apenas submetidos à observação. Isso fica evidente especialmente nas mídias sociais e na internet, onde as mentalidades e práticas de vigilância se tornaram cotidianas, principalmente diante de sua aceitação generalizada por parte das pessoas, que as adotam como algo corriqueiro e natural – embora ainda exista resistência correspondente à maior valorização da privacidade eletrônica, em certos contextos (Lyon, 2018, p. 159).

Entretanto, é importante chamar a atenção para a falsa percepção de neutralidade dessas tecnopolíticas (Dias, 2022, p. 157). O uso de modelos estatísticos para a predição de comportamentos humanos

tende a reproduzir problemas e enviesamentos¹⁰ disseminados na sociedade. Isso, porque

os dados são frequentemente imperfeitos, o que permite que esses algoritmos acabem herdando preconceitos de tomadores de decisão anteriores. (...) o data mining pode revelar regularidades surpreendentemente úteis, mas que, em verdade, são apenas padrões preexistentes de exclusão e desigualdade (Barocas; Selbst, 2016, p. 671).

As inovações tecnológicas estão remodelando o direito criminal, especialmente no contexto das transformações nas investigações criminais, através da identificação de vestígios. Isso afeta diretamente a lógica dos procedimentos e evidências, gerando debates sobre os impactos no sistema legal e nos direitos individuais dos investigados (Gloeckner; Eilberg, 2019). Desse modo, a investigação criminal foi incrementada com ferramentas de controle por geolocalização (GPS) – seja para monitorar ou encontrar pessoas –, de processamento de dados informáticos (redes sociais, fotos, IP's, nuvens, e-mails e informações pessoais), de coleta por servidores de internet, de mensagens instantâneas, entre outros.

Com o aumento da sensação de insegurança e do medo social (Bauman, 2008, p. 7-11) (Young, 2002, p. 33-35), agravados pelo movimento de guerra ao terror instaurado a partir dos eventos de 11 de setembro de 2001 nos EUA, houve um recrudescimento das formas de controle, com adoção de práticas de vigilância (Arruda; Resende; Fernandes, 2022, p. 668-669). Aqui, as novas tecnologias inspiraram estratégias para detectar e impedir criminosos antes que tenham a oportunidade de perpetrar suas transgressões (Stalder; Lyon, 2003, p. 90). Como esclareceu Ulrich Beck:

“Sociedade de risco” significa que vivemos em um mundo fora de controle. Não há nada certo além da incerteza. Mas vamos

¹⁰ Explica Tobias Baer: “vieses algoritmos podem ser inseridos pelo desenvolvedor, sendo classificados em: i) viés de confirmação: que configura o algoritmo para replicar um viés presente na própria mente do programador; ii) esgotamento do ego: onde o programador tem um cansaço mental que introduz ou aumenta vieses para minimizar o esforço cognitivo; iii) excesso de confiança: onde o programador rejeita os sinais de que o algoritmo pode ser tendencioso” (2019, versão do kindle, em livre tradução).

aos detalhes. O termo ‘risco’ tem dois sentidos radicalmente diferentes. Aplica-se, em primeiro lugar, a um mundo governado inteiramente pelas leis da probabilidade, onde tudo é mensurável e calculável. Esta palavra também é comumente usada para referir-se a incertezas não quantificáveis, a ‘riscos que não podem ser mensurados’. Quando falo de ‘sociedade de risco’, é nesse último sentido de incertezas fabricadas. Essas ‘verdadeiras’ incertezas, reforçadas por rápidas inovações tecnológicas e respostas sociais aceleradas, estão criando uma nova paisagem de risco global. Em todas essas novas tecnologias incertas de risco, estamos separados da possibilidade e dos resultados por um oceano de ignorância (not knowing) (Beck, 2006).

A disseminação dos riscos e a informatização da sociedade atual ofereceram a justificativa para que os sistemas criminais adotassem amplamente as tecnologias de vigilância em massa (Dempsey, 2020, p. 200), com o argumento de combate mais eficaz ao terrorismo e à criminalidade em geral, e de incremento na proteção de direitos fundamentais. A popularização das tecnopolíticas e o seu impacto no policiamento e no processo penal trouxeram o tema para debate na justiça brasileira, inclusive no âmbito da jurisdição constitucional.

Assim, no julgamento da ADI 5527, relatado pela Ministra Rosa Weber, que discutiu os arts. 10, § 2º, e 12, III e IV, do marco civil da internet (lei 12.965/2014), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a “proliferação de sistemas de vigilância”, destacando que a “emergência das mídias sociais, juntamente com a manipulação de dados pessoais em redes computacionais por inúmeros, e frequentemente desconhecidos, agentes públicos e privados” constata riscos aos direitos fundamentais com o tratamento de dados, e assim ao próprio regime democrático (p. 13). No voto de relatoria, registrou-se que ‘conhecimento de que a comunicação é monitorada por terceiros interfere em todos esses elementos componentes da liberdade de informação: os cidadãos podem mudar o modo de se expressar ou até mesmo absterem-se de falar sobre certos assuntos, no que a doutrina designa por efeito inibitório (chilling effect) sobre a liberdade de expressão’ (p. 10), de forma que “não podem a hermenêutica constitucional e o desenvolvimento legislativo ficar alheios a essas mudanças no tempo, tendo em vista a

manutenção do equilíbrio entre proteção da privacidade e os limites da atuação do Estado” (p. 14)¹¹.

Dentre as técnicas de vigilância eletrônica que passaram a ser amplamente utilizadas, encontra-se o policiamento preditivo. Três das principais ferramentas no campo da segurança pública se destacam (Goodfellow, 2016, p. 5-25): a) Redes *Multilayer Perceptron* (MLP), que é usado em casos de aprendizado supervisionado, como reconhecimento e classificação de padrões em imagens e arquivos de áudio; b) Redes Neurais Convolucionais (RNC), que permitem a classificação de imagens e agrupamento por similaridades, sendo bastante usada para leitura de placas de veículos e motocicletas com câmeras de videomonitoramento; c) Redes Neurais Recorrentes (RNR), que são usadas para aprendizado com dados sequenciais, temporais e processamento de linguagem natural, principalmente para modelagem de linguagem e reconhecimento de fala (Bottino; Vargas; Prates, 2023, p. 35).

O tratamento dos dados via IA visa a inferir áreas de maior criminalidade em determinado período, bem como as pessoas envolvidas (vítima ou ofensor), para “otimizar o exercício do controle social e mitigar as taxas de criminalidade” (Braga, 2020, p. 693), a fim de prever futuros infratores e infrações. Essas ferramentas são muito utilizadas nos Estados Unidos com a finalidade de prever reiterações delitivas, subsidiando informações para a fundamentação da tomada de decisões sobre liberdade, prisão provisória, aplicação e execução da pena (Silva, 2020, p. 11).

Os sistemas *PredPol*, *Palantir* e *HunchLab* são exemplos de *softwares* de policiamento preditivo baseados no lugar (aqui, objetiva-se direcionar um maior quantitativo de policiais para determinada localidade). De outro lado, o sistema *Beware* é um exemplo de aplicações digitais baseado na pessoa, como ferramentas de reconhecimento facial e listas de calor.

Os sistemas preditivos são criados a partir de modelos estatísticos de regressão múltipla ou multivariada, funcionando através de associações significativas entre variáveis explicativas e uma variável dependente. Elencam-se como argumentos favoráveis à sua utilização (Rios; Silva, 2021, p. 67-68): a) que promoveriam uma nova racionalidade de decidir, sustentando *evidence-based decisions* (decidir com base

¹¹ BRASIL. ADI 5527/DF. Rel. Min. Rosa Weber.

em dados empíricos mediante procedimentos metodológicos); b) que permitiriam a padronização de critérios decisórios, diminuindo espaços para o subjetivismo; c) que incrementariam os objetivos de segurança pública e diminuiriam os níveis de encarceramento, via prisão de pessoas “de alta periculosidade”; d) que permitiriam a identificação, administração e gestão do risco de reiteração delitiva, com a definição das medidas aplicáveis ao caso concreto; e) que seriam de aplicação simples, precisa, transparente e rápida, indo além da objetividade humana.

Todavia, essas ferramentas preditivas compreendem o homem a partir de uma perspectiva meramente estatística, por meio de uma relação entre a base de dados e os padrões de regularidades comportamentais de uma população (Garland, 1997, p. 182), sem qualquer análise ideográfica e interpretativa do caso concreto. Por sua própria natureza, a IA não abarca a singularidade de cada comportamento e seu contexto único¹², o que é vital no âmbito da segurança pública e do processo penal.

Exatamente por essa razão, é possível apontar exemplos de erros cometidos por softwares de IA que utilizam a tecnologia de predição, decorrentes de vieses existentes nas práticas do sistema criminal, as quais servem como base de dados para esses *softwares*. Por exemplo, em 2024, uma mulher foi presa erroneamente em Copacabana, após ser identificada por sistema de reconhecimento facial (Extra, 2024). Antes disso, no ano de 2019, uma mulher foi detida por engano no Rio de Janeiro, após ter sido confundida pelo sistema de reconhecimento facial da Polícia Militar (G1, 2019). Também em 2024, um jovem torcedor de um time de futebol sergipano foi conduzido por policiais militares durante a final do campeonato estadual, na cidade de Aracajú, devido a uma falha na tecnologia de reconhecimento facial (FAN F1, 2024). Também na capital do Sergipe, no evento festivo “Pré-caju” do ano de 2023, uma mulher negra foi abordada de forma truculenta e levada por policiais, após ter sido confundida com outra suspeita pelo reconhecimento facial em um (FAN F1, 2023). Em 2021, a cidade do Rio de Janeiro/RJ adquiriu um pacote de serviços de infraestrutura da *Oracle*, com *softwares* para cruzamentos e análises de

¹² Mehozay e Fischer afirmaram que: “algoritmos são epistemologicamente performativos (...) eles não fazem reivindicações quanto à verdade, apenas buscam funcionar” (2019, p. 12).

grandes volumes de dados (The Intercept Brasil, 2021), sendo possível reunir diferentes bases de dados, organizar e hierarquizar informações como ocorrências policiais, armas de fogo, celulares, veículos, pessoas e dados biométricos.

Uma pesquisa do *National Institute of Standards and Technology* (NIST) constatou (Scientific american, 2019) que os 189 algoritmos de reconhecimento facial existentes à época, criados por 99 programadores diferentes, tinham de 10 a 100 vezes mais chances de identificar o rosto de uma pessoa negra ou asiática, em comparação com o de uma pessoa branca. Em outra pesquisa, o *Institute of Electrical and Electronics Engineers* (IEEE) (Klare, 2012) pontuou que o reconhecimento facial possui menor precisão entre mulheres, negros e jovens de 18 a 30 anos, em diferentes grupos demográficos. Sobre o assunto, explicou Tainá Aguiar Junquillo:

Na realidade nenhuma tecnologia é neutra, nem a tecnologia que era aplicada na revolução industrial era uma tecnologia neutra. Então, um sistema de inteligência artificial é tão neutro quanto for a pessoa que vai desenvolver e aplicar o sistema, ou seja, é impossível ter neutralidade quando a gente está diante de tecnologia. (...) Então o mundo desse sujeito é o mundo que é refletido na programação. (...) o fato de que as pessoas são reconhecidamente preconceituosas no sentido de que elas têm concepções, de ter determinadas realidades de vida. Então necessariamente esse viés vai aparecer, porque se essa inteligência artificial trabalha com dados, esses dados reproduzem a realidade (2022, p. 160).

Em Alagoas, no ano de 2024, instalou-se um novo sistema de videomonitoramento, contando com mais de 150 câmeras distribuídas por diversos bairros de Maceió. Além disso, há totens de segurança habilitados com reconhecimento de veículos e de placas, além de botão de pânico. Segundo informado pelo governo estadual, as câmeras estão habilitadas para fazer reconhecimento facial (Governo de Alagoas, 2024). No mesmo estado foi editada uma lei que estabelece os princípios e diretrizes para o uso de inteligência artificial no âmbito da administração pública estadual (lei ordinária estadual nº 9.095/2023)¹³.

¹³ Estado de Alagoas. *Lei nº 9.095, de 11 de dezembro de 2023*. Estabelece os princípios e diretrizes para o uso da inteligência artificial, no âmbito da

Destacam-se do referido instrumento normativo dois dispositivos: o artigo 3º, que indica que o desenvolvimento, a implementação e o uso de sistemas de inteligência artificial observarão parâmetros éticos e princípios como a autodeterminação e liberdade de decisão e de escolha, a participação e supervisão humana, a não discriminação, e devido processo legal, contestabilidade e contraditório; e o artigo 4º, que indica os direitos à informação prévia, explicação sobre a decisão, recomendação ou previsão, contestação a decisões ou previsões, determinação e participação humana, não-discriminação e correção de vieses discriminatórios como direitos a serem exercidos por pessoas afetadas por sistemas de Inteligência Artificial.

Acontece que tais mecanismos tendem a se sobrepor em relação aos procedimentos tradicionais de apuração da infração penal e sua autoria. Os casos anteriormente citados atestam o perigo em somar o “fetiche da prova técnica” com o “controle social” – majoritariamente aplicado aos dissidentes e/ou mais vulneráveis – incrementando assim as possibilidades de se iniciarem processos de criminalização indevidos.

Essas tecnopolíticas caminham para uma “presentificação do passado e do futuro” (Prado, 2020b), prevendo hipoteticamente cenários prováveis por meio da consideração de acontecimentos passados, a partir do tratamento dos dados. Incorre dessa maneira em um alto risco de produção de resultados tendenciosos e discriminatórios.

Ao processar dados, os algoritmos terminam considerando preconceitos e falsas percepções contidas nessas informações, de modo a reproduzir “práticas ostensivamente racistas, sexistas ou mergulhadas em distorcidos ideais de meritocracia neoliberal” (Dias, 2002, p. 155). Surge assim o fenômeno da discriminação algorítmica, decorrente de falhas humanas de seus criadores bem como do fato de que as bases de dados utilizados nos sistemas podem ser enviesadas e não representar adequadamente todos os segmentos da sociedade. Isso evidencia a sutil incorporação de formas de discriminação em processos técnicos, perpetuando-se por meio de algoritmos que muitos ainda consideram como

administração pública estadual. Disponível em: <https://sapl.al.al.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2023/2799/lei_no_9.095_de_11_de_dezembro_de_2023_.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2023.

imparciais e precisos (Duarte; Negócio, 2021, p. 228-230). Nesse sentido, a discriminação algorítmica é um efeito colateral do funcionamento dessas soluções tecnológicas.

O viés discriminatório dos algoritmos pode surgir (Mendes; Mattiuzzo; Fujimoto, 2021, p. 446): a) por erro estatístico, seja na coleta ou no tratamento dos dados, ou algum erro no algoritmo que ocasiona segregação de grupos; b) pelo uso de dados sensíveis, que podem gerar discriminações e danos aos titulares; c) por generalização injusta, por classificar alguém em grupo que não pertence; e d) limitadora do exercício de direitos, quando o titular é discriminado ao exercer seu direito de acesso à informação de seus dados (vedada pelo art. 21 da Lei Geral de Proteção de Dados).

A vigilância (ou criminalização) automatizada, que decorre da atuação tecnopolítica de antecipar delitos e criar estratégias de segurança pública balizadas pelo tratamento de dados colhidos previamente, reproduz o *modus operandi* dos agentes de controle social, marcado pela seletividade das práticas de policiamento.

Justamente devido aos vieses e à discriminação algorítmica, é importante indagar quais informações são empregadas para efetuar essas previsões, como elas são avaliadas pelas ferramentas tecnológicas e como isso repercute na maximização de chances de erros. Isso significa que o tema deve ser refletido a partir de um “ceticismo epistêmico”, considerando que

(...) é preciso estar alerta para as debilidades probatórias que representam injustificado incremento do risco de detenção de inocentes e desconfiar dos parâmetros a partir dos quais os mecanismos de identificação por reconhecimento facial têm sido elaborados (Vieira *et al*, 2021, p. 32).

As ferramentas preditivas são produzidas pela iniciativa privada e vendidas com a (falsa) promessa de impedir a repercussão dos preconceitos dos tomadores de decisão humana. O processamento dos sistemas é protegido por segredo industrial, não havendo acesso às informações sobre os dados efetivamente utilizados. No mais, não são fornecidos critérios para a responsabilização, em casos de danos gerados por vieses ou evidências de má conduta (Braga, 2020, p. 693) (Dias, 2022, p. 161).

A criminologia crítica pontua que a intervenção punitiva tende a perpetuar as desigualdades sociais, ao mesmo tempo em que serve aos interesses de acumulação de capital. Os sistemas de policiamento preditivo reforçam essa argumentação, posto que podem ser utilizados para justificar a intensificação da vigilância sobre comunidades marginalizadas e grupos estigmatizados (Dias, 2022, p. 170). Dessa maneira, atuam como mais uma estratégia inclinada à seletividade penal, reforçando a decisão tradicional de enfrentamento da criminalidade preferencialmente (ou exclusivamente) por meio de ações repressivas e seletivas.

Essa forma de entender a segurança pública, como garantia da ordem em detrimento da garantia de direitos, é sustentada pela estrutura social, conformada em torno de uma engenharia de punição e vigilância. Note-se que a introdução de novas tecnologias no âmbito jurídico-penal, portanto, reproduz a lógica segregacionista que reserva a resposta penal aos indivíduos que não interessam à sociedade neoliberal. Ou melhor, interessam na medida em que fornecem dados que podem auxiliar na conformação de práticas de vigilância, e não na promoção da dignidade humana (Arruda; Resende; Fernandes, 2022, p. 683).

A implementação de dispositivos encarregados de automatizar os serviços públicos configura o alargamento das políticas gerenciais punitivas voltadas para lidar com a pobreza, e os algoritmos usados prestam-se à condução de vigilância estatal (Eubanks, 2022, p. 683-684). A vigilância, por sua vez, reforça a repressão penal, impulsiona o sistema de justiça criminal e os estereótipos que lhes são decorrentes, além de promover a segregação social e a compartimentalização do espaço público em domínios privados (Firmino, 2018), estampando o uso do poder punitivo para hierarquização social, através de indicadores sociais (raça, gênero, condição econômica e outros) inseridos nos *softwares* do sistema de segurança pública (Mendes; Vechi, 2020).

3. A LINGUAGEM CIBERNÉTICA E O DOMÍNIO DA PROVA DIGITAL

Com o aprofundamento da digitalização das relações sociais, a persecução penal depende cada vez mais do controle de ferramentas e

plataformas eletrônicas. Além disso, necessita utilizar uma linguagem digital, própria desse contexto virtual, exigindo assim uma metalinguagem que entrelaça as narrativas cibernética e jurídica.

Quanto à paridade de armas, pode-se afirmar que essa característica produz resultados que ultrapassam a tendência tradicional de desvantagem inicial da defesa técnica em comparação com a acusação, decorrente da vantagem cognitiva do acusador durante a investigação. Hoje, também é importante levar em consideração a disparidade tecnológica, que possui dois aspectos distintos: a) obtenção e produção de provas; e b) verificação e controle das evidências apresentadas pela parte adversária.

Para compreender esse fenômeno, é bastante útil lançar mão do conceito de tecnodiscursos, os quais são “enunciados nativos digitais que possuem suas formas profundamente afetadas e definidas pela tecnologia, sendo que esta atua não apenas como suporte, mas também como atribuidora de significado” (Paveau, 2021, p. 31). Não é possível conceber o discurso digital ignorando-se a própria máquina e sua complexidade. Isso porque o próprio ambiente virtual determina os caminhos e as possibilidades de interação possíveis para o escritor-leitor. Nesse sentido, “os discursos digitais nativos não são de ordem puramente linguageira (...) as determinações técnicas coconstroem as formas tecnolinguageiras” (Paveau, 2021, p. 31).

Marie-Anne Paveau concebeu definições para analisar os aspectos linguístico e tecnológico de forma conjunta, sem esquecer tópicos sensíveis da análise do discurso enquanto memória discursiva e historicidade. Defendeu a necessidade de se considerar o conceito de “tecnologia discursiva” –pautada por ferramentas materiais (base de dados, agendas, sites, ferramentas de busca) ou não materiais (a linguagem), para pensar e categorizar, cognitivamente e de forma colaborativa – e de “discurso nativo digital” – que é próprio da *web*, produzido e expandido internamente – com certas características:

- 1) efeito compósito – discursos digitais são constituídos por matéria mista que reúne indistintamente o linguageiro e o tecnológico em suas diversas modalidades e assim devem ser analisados;
- 2) deslinearização – discursos não seguem eixos específicos, podem ser quebrados por links;
- 3) ampliação – discursos têm enunciação ampliada por conta da conversacionalidade da Web Social e podem

produzir um enunciador ampliado (que origina uma discussão, mas não mais a detém), e um enunciador coletivo (co-produzindo textos colaborativos em conjunto com as funcionalidades dos sistemas); 4) investigabilidade – os discursos se inscrevem em universos que nada esquecem (são localizáveis e coletáveis) – mesmo aqueles usuários que “apenas” leem as páginas da Web Social deixam inscritos seus rastros, pois a audiência é captada pelos algoritmos; 5) imprevisibilidade – os discursos são parcialmente projetados pelos algoritmos e pelos humanos (o leitor inesperado é aquele que pode fazer diferentes rotas de leitura, escolhendo a ordem de links que desejar e o lurker – o leitor que não se pronuncia, mas acessa tudo – muito menos tem influência total de alguma forma como foi moldado o discurso na interface. Além disso, existe a idiodigitalidade: a idiosincrasia da forma como está configurado o ambiente de cada um, o que torna ainda mais imprevisível saber como as informações são disponibilizadas para o leitor da Web; 6) relacionalidade – os discursos são inscritos em uma relação integrada devido à reticularidade da Web e permitem enunciados coproduzidos com os sistemas. (Melo, 2021, p. 2).

Assim, o convencimento da ocorrência de fatos através das provas deve considerar as necessidades provenientes da ambientação virtual na qual ela se extrai. Ou seja, deve-se ter em mente as especificidades linguísticas do ecossistema digital, além do fato de que elas são aptas a cadenciar contextos diversos e maleáveis. A produção nativa digital se destaca fundamentalmente pelo seu potencial de relacionalidade. Isso porque as relações baseadas em algoritmos, ao mesmo tempo em que integram as produções, também garantem seu funcionamento e sua circulação, pela característica linguisticamente inéditas da clicabilidade.

Nos tecnodiscursos, a máquina atua de forma dominante, em conjunto com os recursos que oferta para a criação e circulação de falas, com o fulcro de alimentar a relação entre sujeito, linguagem e sociedade¹⁴.

¹⁴ Letícia Cesarino parece aderir a essa constatação, ao aprofundar a hipótese de que “a coprodução cada vez mais intensiva e extensiva entre cognição maquínica e humana possa estar levando a um alinhamento no sentido de uma ‘redução’ da última, mais complexa, à primeira, menos complexa” (2022, p. 40).

Por isso, “os sentidos são constituídos em um *continuum* entre linguagem e ambiente de produção” (Silva; Lopes, 2023, 144).

Assim, pode-se afirmar que os recursos morfolexicais corroboram a manutenção de uma verdade, fazendo com que semelhantes opiniões se engatilhem. Dessa maneira, o conceito de tecnodiscurso colabora com a compreensão do complexo funcionamento do digital ao incorporar as relações subjacentes entre sujeito, linguagem, máquina e sociedade, ou mesmo para que as análises de textos nativos do ambiente digital sejam tratadas tão somente de uma perspectiva saussuriana e dualista, ou seja, observável e analisável apenas do material linguageiro. Há que se considerar que, nos tecnodiscursos, os agentes não humanos assumem papel preponderante: a máquina e os recursos que oferta para a formulação e circulação de dizeres nutre a relação sujeito, linguagem e sociedade. Na máquina e em rede, os sentidos são constituídos em um continuum entre linguagem e ambiente de produção (Silva; Lopes, 2023, 143-144).

Essa conjuntura deixa mais evidente o problema que se quer destacar. A influência da virtualização global na persecução penal faz com que a investigação criminal e a argumentação jurídica dependam cada vez mais de ferramentas e plataformas digitais. Por sua vez, isso torna necessária uma metalinguagem que conecte as narrativas cibernética e jurídica, já que o discurso digital não pode ser compreendido sem que se leve em conta a máquina e sua complexidade. Portanto, a persuasão por meio de provas depende da consideração das características específicas do ecossistema digital em que elas são obtidas.

Hoje, empresas privadas de mídia social¹⁵ são personagens-chave da gestão das condições concretas de autodeterminação informativa, proteção da segurança e cooperação nas investigações e processos criminais. Isso faz com que as estratégias processuais e mesmo as condições para o seu desenvolvimento dependam de atores privados, o que interfere no

¹⁵ Algumas dessas empresas, situadas no Norte global e “associadas a plataformas de uso intensivo de dados” têm sido denominadas de *big techs* (Morozov, 2018, p. 144).

papel tradicional dos atores processuais (polícias, ministério público, defensores e judiciário).

As especificidades do contexto hodierno demandam a formulação de uma nova teoria dos sujeitos processuais penais, que abarque em sua estrutura titulares de poderes privados. Desse modo, é importante compreender que, no cenário atual, a acusação dispõe de poderes que poderiam ser exercidos antes mesmo da formalização do processo. Nesse sentido, Renato Vieira constatou a existência, antes mesmo do processo, de um “antagonismo dos interesses em jogo”, para além do embate entre acusação e defesa. Assim, a ressignificação da atuação de tais empresa tem o fulcro de equilibrar direitos e garantias individuais, sob a ótica da paridade de armas, uma vez que tal antagonismo não considera interesses particulares (Vieira, 2013, p. 96).

A prática de diligências de investigação digital que estão sob domínio ou controle de empresas privadas é chamada de “externalização da investigação criminal” (Gascón Inchausti, 2019, p. 192-194), seja quando da aquisição e preservação de dados e informações, ou ainda, quando de seu tratamento. Sobre o tema, Rodrigo de Oliveira Camargo registrou:

A consecução de diligências de investigação eletrônica para a aquisição, preservação de informações, tratamento e análise de dados no âmbito de empresas privadas pode ser definida como externalização da investigação, colaboração muitas vezes essencial para o acesso a informações penalmente relevantes. (Camargo, 2022, p. 146)

Assim, considerando que as empresas são guardiãs dos dados eletrônicos de interesse probatório, conclui-se que elas podem dificultar enormemente o acesso às informações penalmente relevantes ou mesmo obstá-lo, caso desejem não cooperar. Ou seja, esses atores privados podem afetar diretamente o arbitramento da responsabilidade penal pelo magistrado competente. São necessárias garantias processuais concretas, direcionadas ao melhor interesse do indivíduo.

Do mesmo modo, também ocorre a externalização quando apenas as empresas privadas podem tratar e analisar adequadamente os dados, por razões de conhecimento técnico e *expertise*.

A nova geometria de poder que entrega a iniciativa da investigação a entes privados, aliada ao desenvolvimento tecnológico que entrega ao indivíduo capacidade de coleta de dados acessíveis a um clique, enseja novas problematizações no fator tradição defensiva e sua estruturação, sobretudo em razão da ampliação dos campos de atuação (Camargo, 2022, p. 162).

Ao receberem uma determinação de diligência, são mais comuns três reações de parte das empresas. Na primeira delas, os atores privados alegam a proteção da liberdade de expressão do usuário em face de “ações abusivas do Estado” (*Meta e Google*, majoritariamente), e que, por essa razão, atuariam apenas no gerenciamento do conteúdo disseminado em suas redes sociais, via algoritmos. A segunda postura, também frequente, é a de que as empresas cooperem com as investigações criminais, oferecendo equipes de pesquisas privadas. Por último, há também as situações em que o Estado determina que o uso dos dados administrados pelas companhias seja vinculado a um programa de integridade que proteja a privacidade dos usuários (Jørgensen, 2019, p. 167-180).

É importante lembrar que os defensores normalmente não têm capacidade – fática ou mesmo técnica – de dialogar efetivamente com esses atores privados e tampouco possuem um protocolo de compartilhamento de dados e informações relevantes. De outro lado e diversamente, ao menos em tese, a polícia e o ministério público atuam com acesso e compartilhamento ilimitado a esses dados.

Apesar disso, seria possível robustecer a paridade de armas por meio da quebra do monopólio probatório do Estado. Como apontou Rodrigo de Oliveira Camargo, isso possibilita minimizar o peso de investigações enviesadas e proporciona a utilização de estratégias probatórias favoráveis à ampla defesa (2022, p. 149). Ao descentralizar o poder de investigar, deve-se ter em conta que (i) informação é coisa pública; (ii) a ideia de “investigação” supõe o acesso ao poder de saber; e (iii) os avanços tecnológicos ampliaram os meios de acesso à informação e, por isso, balizam o direito à participação e ampliação do direito à informação, em todo e qualquer ato que leva a decisões de poder.

A influência da virtualização global na persecução penal é evidente, na medida em que a investigação e a argumentação jurídica dependem

cada vez mais de ferramentas digitais e plataformas. E, se entende-se o discurso digital incompreensível sem a consideração da máquina e de sua complexidade, conclui-se que a persuasão processual por meio de provas necessita considerar as características específicas do ecossistema digital em que elas são obtidas.

Com o crescente domínio da prova digital, empresas privadas de mídia social tornaram-se atores essenciais na governança das condições concretas de autodeterminação informativa, proteção da segurança e cooperação nas investigações e processos criminais. As empresas, de fato, detêm poder para controlar o acesso a informações penalmente relevantes e, por essa razão, podem afetar diretamente o desfecho dos casos criminais. Além disso, a capacidade técnica e expertise das *big techs* as coloca em posição privilegiada para tratar e analisar os dados – possivelmente em detrimento da defesa.

A autodeterminação informativa foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade nº 6387, 6388, 6389, 6393 e 6390, com o entendimento de que a privacidade somente poderia ser mitigada diante de justificativa legítima. Isso porque “a proteção de dados pessoais e autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos extraídos da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada”¹⁶. Assim, não há qualquer espaço discricionário - no âmbito probatório – que permita sequer cogitar considerar quaisquer dados eventualmente coletados como insignificantes ao caso, para deixá-los despercebidos, num cenário de automatização de processos, uma vez que eles podem servir como garantia de controle de suas próprias informações aos usuários.

Descentralizar o poder de investigar implica reconhecer que a informação é um bem público e que o acesso ao conhecimento é inerente à investigação criminal. No ponto, deve-se ter em mente a preservação da cadeia de custódia das provas¹⁷ (art. 158-A, do Código de Processo Penal),

¹⁶ Brasil. ADI 6387/DF. Julgamento em 07 mai. 2020. p. 55.

¹⁷ Que pode ser definida como “a história cronológica escrita, ininterrupta e testemunhada, de quem teve a evidência desde o momento da coleta até que ela seja apresentada como prova no tribunal” (Badaró, 2017, 561).

como forma de manter e documentar a história cronológica da evidência, com o fulcro de promover uma documentação formal do processo.

A cadeia de custódia tem como uma de suas finalidades indicar todas as pessoas que tiveram contato com a fonte de prova, de forma consecutiva. Por isso, há quem a considere “a prova da prova” (Lima; Romanelli, 2021, p. 99) ou uma “atividade probatória secundária” (Pastore; da Fonseca, 2022, p. 99). Assim, a preservação da cadeia de custódia da prova digital é fulcral no processo penal hodierno, ante a necessidade de demonstração da autenticidade (no que diz respeito à origem) e integridade (no que diz respeito à conservação) de cada elemento de prova, advindo dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Tanto assim, que a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a aplicabilidade da cadeia de custódia para as provas digitais, em decisão proferida no Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 143.169/RJ¹⁸.

A lei n. 13.964/2019 (pacote anticrime), que introduziu o art. 158-A no Código de Processo Penal, não previu expressamente qual seria a consequência da quebra da cadeia de custódia. Alguns doutrinadores defendem que essa violação ensejaria a ilicitude da prova, com sua consequente inadmissibilidade ou exclusão do processo (Prado, 2021, p. 216) (Lopes Júnior, 2020, p. 459). De outro lado, também há quem entenda que a quebra da cadeia de custódia afeta apenas a valoração da prova, e não sua admissibilidade ou validade (Badaró, 2020, p. 514-515).

Com a tecnologia atual, a plena preservação da cadeia de custódia das provas demanda a identificação dos agentes que tiveram contato com a prova digital, a fim de garantir sua autenticidade e integridade.

Com isso, por exemplo, a apreensão de computadores por si só não garante integridade da informação e autenticidade da fonte de prova, estas sujeitas a adoção de métodos que consideram algoritmos criptografados destinados a reter e preservar os dados (cópias espelho e lógica e cálculo da função HASH). (...) Acrescentem-se ao arsenal investigativo as tecnologias de acesso remoto e o domínio ou não, pelas autoridades de investigação, das chaves de acesso aos repositórios de dados e se compreenderá a imperatividade atribuída

¹⁸ BRASIL. *AgRg em HC nº 143.169/RJ*. Rel. p/ acórdão: Min. Ribeiro Dantas. Julgamento em 07/02/2023.

à adoção de métodos de preservação da cadeia de custódia da prova digital em guias e roteiros de investigação digital (Prado, 2021).

Desse modo, pretende-se certificar se a prova (i) se encontra da mesma forma que foi originalmente produzida (integralidade); (ii) se houve alterações durante o manuseio e/ou análise (espoliação - degradação magnética, elétrica, por temperatura, pela umidade, por choques ou vibrações); e (iii) se ela é passível de alteração, devido a fatores mecânicos, ambientais ou cronológicos (volatilidade). É que “um elemento probatório não custodiado como deveria tem o potencial lesivo de dar suporte a uma hipótese fática possivelmente falsa, conferindo-lhe injustificados contornos persuasivos” (Matida, 2021, p. 22). Assim, a admissão de um elemento de prova cuja integridade não foi devidamente preservada eleva as chances de condenação via elementos inidôneos de prova¹⁹.

Prado afirma a existência do princípio processual da “desconfiança” (2021, p. 151), que se fundamenta na lógica de que “ninguém necessita crer que algo é aquilo que a parte que o apresenta diz que é, simplesmente porque ela assim o diz” (Baytelman; Duce, 2005, p. 284, em tradução livre). Em outras palavras, não devem ser reconhecidas credibilidades preconcebidas a nenhuma das partes. No mesmo sentido, entendeu a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, na supramencionada decisão proferida no Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 143.169/RJ:

Da forma como redigidos os laudos, polícia e Ministério Público nos pedem, na prática, que apenas confiemos na eficiência e honestidade do perito e da atuação estatal como um todo – mesmo diante desses evidentes e graves lapsos de profissionalismo – para acreditar que nenhum dado foi perdido ou alterado enquanto os computadores estiveram sob a custódia do Estado. Algo como: se o Estado diz que a prova é confiável, e ainda que tenha perdido todas as oportunidades de comprovar essa confiabilidade, então ela o é.

¹⁹ A norma da ABNT/ISO 27037/2014 menciona técnicas de manuseio da evidência digital quanto a auditabilidade, justificabilidade, repetibilidade e reprodutibilidade. O procedimento é dividido em identificação, coleta, aquisição e preservação. Essa regulamentação pode ser seguida de forma complementar às etapas do art. 158-B do Código de Processo Penal.

Essa lógica ignora que, no processo penal, a atividade do Estado é objeto do controle de legalidade, e não o parâmetro do controle²⁰.

As evidências eletrônicas aumentam os perigos relacionados à manipulação e ao uso indevido do sistema legal para perseguir certos indivíduos e grupos. Destaca-se a necessidade de incremento da desconfiança, sob pena de se incorrer mais facilmente em condenações errôneas, prejudicar inocentes e balizar comportamentos estatais ilícitos.

Na investigação criminal, a defesa costuma ter seu acesso às informações restringido, sob a alegação de que haveria o potencial prejuízo à privacidade de terceiros. Contudo, os agentes da persecução penal não são impedidos de obterem essas informações, em desfavor do réu. Rebeca Wexler denomina esse fenômeno de assimetria de privacidade (2021, p. 20-23), a qual poderia ser minimizada, assegurando-se a cadeia de custódia na obtenção de provas digitais.

O tratamento de dados pessoais para a segurança pública e a persecução criminal não foram regulados pela lei geral de proteção de dados (Lei n. 13.709/2018). Com efeito, esse diploma normativo se limitou a registrar que lei específica disciplinará a matéria (art. 4º, III, “a” e “d”, e § 1º). Tampouco houve regramento a respeito da cadeia de custódia específica das provas digitais. Sobre o tema, Scalcon e Quito afirmaram:

(...) pouco ou nada se sabe a respeito do que é feito dos dados obtidos de quebras de sigilo a partir do momento em que são compartilhados com as agências investigativas. Não apenas não se tem previsibilidade ou controle sobre o percurso feito pelos dados que serão introduzidos na persecução criminal enquanto elementos de prova, como não se sabe o que acontece com as informações obtidas em excesso. Considerando que nuvens podem guardar arquivos de todos os tipos (fotos, vídeos, arquivos de áudio, texto, etc.) e que a capacidade de armazenamento nesses sistemas alcança a casa dos terabytes, as respectivas quebras de sigilo possibilitam ao Estado obter quantidades exorbitantes de informações, sem qualquer filtro de adequação ou necessidade, sobretudo quando as quebras desconhecem limites temporais (2023, p. 63).

²⁰ BRASIL. *AgRg em HC nº 143.169/RJ*. Rel. p/ acórdão: Min. Ribeiro Dantas. Julgamento em 07/02/2023. p. 9.

Assim, a produção probatória decorrente, por exemplo, de quebras de sigilos de dados, diante da ausência de previsibilidade ou controle sobre o seu percurso, pode compor acervo probante sem que se saiba o destino das informações obtidas “em excesso”. Isso poderia configurar uma pescaria probatória (*fishing expedition*), possibilitando o Estado de alcançar um enorme leque de dados disponíveis das pessoas investigadas, com a finalidade de obter algo “útil” à persecução criminal. Logo, “a atual inexistência de qualquer lei que diga claramente o que o Estado pode ou não fazer a partir do momento em que obtém dados para fins de persecução criminal acaba por permitir tratamentos desproporcionais e incompatíveis com as finalidades antevistas” (Scalcon; Quito, 2023, p. 64).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida em sociedade atualmente se estende para o mundo digital, por meio da internet, redes sociais, e-mails e documentos eletrônicos. A internet e a digitalização transformaram as relações humanas, redefinindo valores de bens, direitos e propriedades. A disseminação instantânea de informações é uma característica central dessa sociedade de informações. O acesso ao ambiente digital é considerado um direito fundamental na contemporaneidade, sendo a informação o eixo central das atividades econômicas individuais, empresariais e nacionais.

Entretanto, o uso e tratamento de dados por meio de inteligência artificial preditiva na área da segurança pública pode implicar riscos à sociedade, diante da possibilidade de discriminação algorítmica. A análise preditiva via IA e *machine learning* é usada para minerar dados, traçar tendências futuras e influenciar políticas públicas na área de segurança pública, por meio do policiamento preditivo. No entanto, essa abordagem levanta questões sobre a neutralidade da tecnologia, uma vez que os modelos estatísticos de previsão podem resultar em práticas enviesadas e discriminatórias.

Foram discutidos casos de comprovado erro em sistemas de reconhecimento facial, especialmente em relação a indivíduos pertencentes a minorias, e demonstrou-se que a aplicação dessas tecnologias

poderia ensejar a exclusão de grupos sociais e limitar o exercício de direitos. O policiamento preditivo, baseado em dados e IA, pode reproduzir estereótipos e discriminação. Assim, a implementação de dispositivos automatizados pode servir para a ampliação de políticas punitivas para controle da pobreza, resultando em vigilância e repressão que perpetuam hierarquias sociais, violam direitos fundamentais e enfraquecem o devido processo penal.

O uso da tecnologia na segurança pública faz emergir a importância de considerar seus riscos e impactos sociais. Torna-se necessário adaptar os procedimentos de investigação criminal e produção de provas ao contexto digital, sendo crucial estabelecer regras para a admissibilidade dessas provas em processos judiciais, com o fulcro de permitir o contraditório na autenticidade das fontes e na integridade dos conteúdos das provas digitais.

Ficou clara a necessidade de se desenvolver uma nova teoria dos sujeitos processuais penais que leve em consideração os poderes privados, já que empresas de mídia social desempenham papel essencial na autodeterminação informativa e na segurança. A atuação de empresas privadas na obtenção e tratamento de provas digitais pode afetar a dinâmica do processo penal, alterando o equilíbrio entre acusação e defesa. As empresas possuem efetivamente o poder de controlar o acesso às informações, podendo impactar a apuração da responsabilidade penal.

Por fim, destacou-se que o estabelecimento da cadeia de custódia das provas busca registrar todos os elos que formam a trajetória de um elemento probatório, garantindo sua autenticidade e integridade. Sua relevância advém de uma abordagem cautelosa no processo probatório, que se torna ainda mais crucial no caso das evidências digitais, devido às suas características particulares. Ao documentar a história de um vestígio, a cadeia de custódia não apenas pode assegurar a confiabilidade da prova digital, mas também tem a capacidade de prevenir a manipulação de informações pelos agentes estatais e fornecer dados contextuais significativos da investigação.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Frederico Franco; Rubio Núñez, Rafael; MONTEIRO, Vitor de Andrade. *Inteligência artificial e eleições de alto risco: ciberpatologias e ameaças sistêmicas da nova comunicação política*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024.

ARRUDA, A. J. P.; RESENDE, A. P. B. A.; FERNANDES, A. F. Sistemas de policiamento preditivo e afetação de direitos humanos à luz da criminologia crítica. *Direito Público*, Brasília, v. 18, n. 100, p. 664-689, 2022. <https://doi.org/10.11117/rdp.v18i100.5978>.

BADARÓ, G. H. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, R.; LOPES, A. B. (orgs.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BADARÓ, G. H. *Processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BAER, T. *Understand, manage, and prevent algorithmic bias: a guide for business users and data scientists*. Nova Iorque: Apress, 2019. <https://doi.org/10.1007/978-1-4842-4885-0>.

BAROCAS, S.; SELBST, A. D. Big data's disparate impact. *California Law Review*, Berkeley v. 104, p. 671-732, 2016. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2477899>

BAUMAN, Z. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BAUMAN, Z.; LYON, D. *Vigilância líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BAYTELMAN A., Andrés; DUCE J., M. *Litigación penal: juicio oral y prueba*. México: FCE, 2005.

BECK, U. Sociedade de risco. O medo, hoje. Entrevista especial com Ulrich Beck. *Revista IHU On-Line*, São Leopoldo, n. 181, 2006. Disponível em: <<https://www.ihu.unisinos.br/categorias/159-entrevistas/616847-sociedade-de-risco-o-medo-hoje-entrevista-especial-com-ulrich-beck>>. Acesso em: 20 nov. 2023.

BOTTINO, T.; VARGAS, D.; PRATES, F. *Segurança pública na era do big data: mapeamento e diagnóstico da implementação de novas tecnologias no combate à criminalidade*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2023.

BRAGA, C. Discriminação nas decisões por algoritmos: polícia preditiva. In: FRAZÃO, A.; MULHOLLAND, C. (coord.). *Inteligência artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BRUNO, F. *et al.* Apresentação. In: BRUNO, Fernanda *et al* (orgs.). *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018.

BUSHWICK, S. SABARIEGO, J.; AMARAL, A. J. do.; SALLES, E. B. C. *Algoritmos*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.

CAMARGO, R. O. de. *Tratamento de dados, persecução penal e garantia do direito de defesa*. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2022.

CESARINO, L. *O mundo do avesso: verdade e política na era digital*. São Paulo: Ubu, 2022.

DEMPSEY, J. X. Privacy and mass surveillance: balancing human rights and government security in the era of big data. In: GONTIJO, B. M.; LIMA, H. C. S. (orgs.). *Direito, tecnologia e inovação*. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020.

DIAS, F. V. *Criminologia midiática e tecnopolítica*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2022.

DIAS, T.; HVISTENDAHL, M. *Polícia do Rio comprou tecnologia da Oracle usada por países autoritários*. Disponível em: <https://www.intercept.com.br/2021/03/10/policia-rio-tecnologia-oracle-policias-paises-autoritarios/>><https://theintercept.com/2021/03/10/policia-rio-tecnologia-oracle-policias-paises-autoritarios/>. Acesso em 01/08/ ago. 2023.

DIETER, M. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DUARTE, A.; NEGÓCIO, R. de V. Todos são iguais perante o algoritmo? uma resposta cultural do direito à discriminação algorítmica. *Direito Público*, Brasília, v. 18, n. 100, p. 218-244, 2021. <https://doi.org/10.11117/rdp.v18i100.5869>.

EMPOLI, Giuliano da. *Os engenheiros do caos*. São Paulo: Vestígio, 2020.

ESTELLITA, H. “Sou fruto do meu tempo e tenho que ter os olhos voltados para o futuro”: um panorama do legado da Ministra Rosa Weber no âmbito da proteção da privacidade e do tratamento de dados pessoais (com repercussões na esfera penal). In: ROCHA, M. E. G. T.; SILVA, C. O. P. da.; SILVA, C. M. G. N. da (orgs.). *Ela pede vista: estudos em homenagem à Ministra Rosa Weber*. Londrina: Thoth, 2023.

EUBANKS, V. *Automating inequality: how high-tech tools profile, police, and punish the poor*. Nova Iorque: St. Martin's Press, 2018.

FAN F1. “Fiquei tão nervosa que eu urinei nas calças”, diz mulher confundida com suspeita de crime por reconhecimento facial no Pré-Caju. Disponível em: <<https://fanf1.com.br/2023/11/06/fiquei-tao-nervosa-que-eu-urinei-nas-calças-diz-mulher-confundida-com-suspeita-de-crime-por-reconhecimento-facial-no-pre-caju/>>. Acesso em: 23 mai. 2024.

FAN F1. *Jovem relata constrangimento após falha de reconhecimento facial no Batistão*. Disponível em: <<https://fanf1.com.br/2024/04/15/jovem-relata-constrangimento-pela-policia-militar-apos-falha-em-tecnologia-de-reconhecimento-facial/>>. Acesso em: 23 mai. 2024.

FIRMINO, R. J. *Securitização, vigilância e territorialização em espaços públicos*. In: BRUNO, F. et al (orgs.). *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018.

G1 Rio. *Sistema de reconhecimento facial da PM do RJ falha, e mulher é detida por engano*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/07/11/sistema-de-reconhecimento-facial-da-pm-do-rj-falha-e-mulher-e-detida-por-engano.ghtml>>. Acesso em: 01 ago. 2023.

GARLAND, D. "Governmentality" and the problem of crime: Foucault, criminology, sociology. *Theoretical criminology*, Londres, v. 1, n. 2, p. 173-214, 1997. <https://doi.org/10.1177/1362480697001002002>.

GARLAND, D. *Cultura do controle do crime: crime e orden social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GASCÓN INCHAUSTI, F. *Desafíos para el proceso penal en la era digital: externalización, sumisión pericial e inteligencia artificial*. In: CONDE FUENTES, J.; SERRANO HOYO, G. (orgs.). *La justicia digital en España y la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2019.

GLOECKNER, R. J.; EILBERG, D. D. *Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos*. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 156, n. 27, p. 353-393, 2019.

GOODFELLOW, I.; BENGIO, Y.; COURVILLE, A. *Deep learning*, Cambridge, v. 1, 2016. Disponível em: <http://imlab.postech.ac.kr/dkim/class/csed514_2019s/DeepLearningBook.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2023.

GOVERNO DE ALAGOAS. *Novo sistema de videomonitoramento da segurança pública começa a funcionar em Alagoas*. Disponível em: <<https://alagoas.al.gov.br/noticia/novo-sistema-de-videomonitoramento-da-seguranca-publica-comeca-a-funcionar-em-alagoas>>. Acesso em 09 jan. 2024.

GRINBERG, F.; ARAÚJO, V. *Mulher identificada por reconhecimento facial em Copacabana é solta após constatado erro em sistema*. Disponível em: <<https://extra.globo.com/rio/casos-de-policia/noticia/2024/01/mulher-identificada-pelo-sistema-de-reconhecimento-facial-em-copacabana-e-liberada-apos-ser>>

constatado-que-mandado-de-prisao-estava-no-sistema-por-erro.ghtml>. Acesso em: 05 abr. 2024.

HAN, Byung-Chul, *Infocracia: digitalização e a crise da democracia*. Petrópolis: Vozes, 2022.

HUDSON, B. Minority report: prevendo o futuro na vida real e na ficção. *Direitos fundamentais & democracia*, Curitiba, v. 5, 2009. Disponível em <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/222>. Acesso em 15 jul. 2024.

IBGE. *Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2018*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101705_informativo.pdf>. Acesso em 04 out. 2023.

IBM. “O que é aprendizado de máquina (ML)?”. Disponível em: <<https://www.ibm.com/br-pt/topics/machine-learning>>. Acesso em: 05 ago. 2023.

JØRGENSEN, R. F. Rights talk: in the kingdom of online giants. In: *Human rights in the age of platforms*. JØRGENSEN, R. F. Cambridge: The MIT Press, 2019.

JUNQUILHO, T. A. *Inteligência artificial no Direito: limites éticos*. São Paulo: JusPodium, 2022.

KLARE, B.; BURGE, M. J.; KLONTZ, J. C.; VORDER BRUEGGE, R. W.; JAIN, A. K. Face recognition performance: role of demographic information. In: *IEEE Transactions on Information Forensics and Security*, v. 7, n. 6, p. 1789-1801, 2012. <https://doi.org/10.1109/TIFS.2012.2214212>.

LIMA, P. G. C.; ROMANELLI, L. L. A cadeia de custódia a partir da reforma do CPP: atividade probatória de segundo grau. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, v. 48, n. 34, p. 1-38, 2021. <https://revista.mpm.mp.br/rmpm/article/view/81>.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LYON, D. Cultura da vigilância: envolvimento, exposição e ética na modernidade digital. In: BRUNO, F. et al (orgs.). *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018.

MATIDA, J. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 27, p. 17-26, 2021. Disponível em <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/269>. Acesso em 20/07/2024.

MEHOZAY, Y.; FISHER, E. The epistemology of algorithmic risk assessment and the path towards a non-penology penology. *Punishment & Society*, Londres, v. 21, n. 5, 2019. <https://doi.org/10.1177/1462474518802336>.

MELO, L. B. Fake news sobre a covid-19: como o discurso digital em agências de fact-checking combate a infodemia. In: *Anais do XII workshop sobre aspectos da interação humano-computador na web social (WAIHCWS)*, Porto Alegre, v. 12, p. 41-48, 2021. <https://doi.org/10.5753/waihcws.2021.17543>.

MENDES, C. H. F.; VECHI, F. Tecnovigilância e controle e(m) tempos securitários: quem são os alvos?. In: SABARIEGO, J.; AMARAL, A. J. do.; SALLES, E. B. C. *Algoritarismos*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.

MENDES, L. S.; MATTIUZZO, M.; FUJIMOTO, M. T. Discriminação algorítmica à luz da lei geral de proteção de dados. In: DONEDA, D. *et al* (coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MENEZES, J. B. de.; COLAÇO, H. S. Quando a lei geral de proteção de dados não se aplica? In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. (coord.). *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MORAES, F. de. *Policiamento preditivo e aspectos constitucionais*. Belo Horizonte: Dialética, 2022.

MOROZOV, E. *Big tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. São Paulo: Ubu, 2018.

PASTORE, A. M.; FONSECA, M. A. C. da. Cadeia de custódia de provas digitais nos processos do direito administrativo sancionador com a adoção da tecnologia blockchain. *Cadernos técnicos da CGU*, Brasília, v. 3, p. 97-109, 2022. Disponível em: <https://revista.cgu.gov.br/Cadernos_CGU/article/view/597>. Acesso em 20 jul. 2024.

PAVEAU, M. A. *A análise do discurso digital: dicionário das formas e das práticas*. Campinas: Pontes, 2021.

PRADO, G. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

PRADO, G. *Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital*. Disponível em: <<https://geraldoprado.com.br/artigos/breves-notas-sobre-o-fundamento-constitucional-da-cadeia-de-custodia-da-prova-digital/>>. Acesso em: 20 jul. 2024.

PRADO, G. *Notas sobre proteção de dados, prova digital e o devido processo penal - parte I*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-18/geraldo-prado-protecao-dados-prova-digital-devido-processo-penal>>. Acesso em 05 out. 2023.

PRADO, G. *Notas sobre proteção de dados, prova digital e o devido processo penal — parte II*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-25/geraldo-prado-dados-prova-digital-devido-processo-penal-parte-ii>>. Acesso em 05 out. 2023.

PRADO, G. *Notas sobre proteção de dados, prova digital e o devido processo penal — parte III*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-26/geraldo-prado-dados-prova-digital-devido-processo-penal-parte-iii>>. Acesso em 05 out. 2023.

RIOS, R. R.; SILVA, M. C. Justiça criminal e algoritmos computacionais na predição de comportamentos: exigências constitucionais e impactos discriminatórios a partir da experiência estadunidense. *Revista judicial brasileira*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 61-90, 2021. <https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.77>.

SCALCON, R.; QUITO, C. Intervenções estatais sobre a autodeterminação informacional para fins de persecução penal: limites e desafios. In: *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 160, p. 59-65, 2023.

SCIENTIFIC AMERICAN. *How NIST tested facial recognition algorithms for racial bias*. Disponível em: <<https://www.scientificamerican.com/article/how-nist-tested-facial-recognition-algorithms-for-racial-bias/>>. Acesso em 01 ago. 2023.

SILVA SANCHEZ, J. M. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, A. C. F.; LOPES, M. A. P. Nos caminhos do digital, formações discursivas e(m) tecnodiscursos: uma análise de postagens no twitter sobre a legalização do aborto. *Porto das Letras*, Palmas, v. 9, n. 1, p. 199-159, 2023. Disponível em: <<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/portodasletras/article/view/15611>>. Acesso em 27 jun. 2023.

SILVA, M. C. *Encarcerando o futuro: prisão preventiva, reiteração delitiva e avaliação atuarial de risco*. Porto Alegre: Yoyô ateliê gráfico, 2020.

STALDER, F.; LYON, D. Electronic identity cards and social classification. In: LYON, D. *Surveillance as social sorting: privacy, risk, and digital discrimination*. Londres: Routledge, 2003.

STEWART, T. A. *Capital intelectual: a nova vantagem competitiva das empresas*. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

TAURION, C. *Big data*. Rio de Janeiro: Brasport livros e multimídia Ltda., 2013.

VIEIRA, R. S. *Paridade de armas no processo penal: do conceito à aplicação no direito processual penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

VIEIRA, A. *et al.* Dados biométricos e tecnologia: o panóptico dos dias atuais: as novas tecnologias de identificação facial. In: *Trincheira democrática, ano 4, n. 16*. Salvador: Instituto Baiano de Direito Processual Penal, 2021.

WEXLER, R. Assimetrias de privacidade. In: CRUZ, F. B.; SIMÃO, B. (orgs.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*. São Paulo: Internetlab, 2021.

YOUNG, J. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZUBOFF, S. *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. Nova Iorque: Public affairs, 2019.

Authorship information

Andrey Bruno Cavalcante Vieira. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas, pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal Aplicados pela EBRADI, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas, advogado. andrey.vieira10@gmail.com

Hugo Leonardo Rodrigues Santos. Professor da graduação e pós-graduação (mestrado) em direito da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), doutor e mestre em direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), cocordenador do grupo de pesquisas biopolítica e processo penal. hugo.santos@fda.ufal.br

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Andrey Bruno Cavalcante Vieira:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, writing – review and editing, final version approval.
- *Hugo Leonardo Rodrigues Santos:* conceptualization, methodology, writing – final draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third-party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- | | |
|--|----------------------------|
| ▪ Submission: 21/07/2024 | Editorial team |
| ▪ Desk review and plagiarism check: 10/08/2024 | ▪ Editor-in-chief: 1 (VGV) |
| ▪ Review 1: 19/08/2024 | ▪ Reviewers: 3 |
| ▪ Review 2: 21/08/2024 | |
| ▪ Review 3: 26/08/2024 | |
| ▪ Transfer to V11N1: 25/10/2024 | |
| ▪ Preliminary editorial decision: 30/12/2024 | |
| ▪ Correction round return: 10/01/2025 | |
| ▪ Final editorial decision: 10/02/2025 | |

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

VIEIRA, Andrey B. C.; SANTOS, Hugo L. R. Investigação criminal e tecnologias digitais: algumas reflexões sobre o policiamento preditivo e a admissibilidade de provas digitais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 11, n. 1, e1072, jan./abr. 2025. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i1.1072>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

A Lei n. 14.245/2021 e seus reflexos na prova penal: relevância, admissibilidade e proteção contra vitimização secundária

Law 14.245/2021 and its implications on criminal evidence: relevance, admissibility and protection against secondary victimization

Fernando Martinho de Barros Penteado¹

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

fernandombpenteado@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/1830762220815573>

 <https://orcid.org/0000-0002-0455-6108>

RESUMO: Este artigo visa examinar a Lei n. 14.245/2021, instituída para assegurar tratamento digno às vítimas e testemunhas, em especial em crimes sexuais. Apesar de focar no dever de tratamento imposto às partes e ao juiz, o diploma ingressa na seara do direito à prova, pois estabelece regra de exclusão de prova relacionada a aspectos da vida privada e intimidade da vítima, notadamente a conduta sexual pretérita. Baseando-se na origem e na finalidade da Lei n. 14.245/2021 e a partir de uma abordagem comparativa com o direito probatório anglo-americano, com enfoque analítico fundamentado no método dedutivo, sustenta-se que o diploma criou disposições semelhantes, ainda que incipientes, às chamadas *rape shield laws* e, portanto, permite que o juiz, a depender do caso concreto, determine às partes previamente

¹ Doutorando e Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pós-graduado lato sensu (especialização) em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Pós-Graduado em Direito Processual Penal pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Graduado em Direito pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS). Professor Assistente em cursos de especialização em direito processual penal da Escola Paulista da Magistratura (2019/2024). Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

que esclareçam a relevância e pertinência da prova ou informem a finalidade para a qual ela será oferecida, caso verse sobre matérias da Lei n. 14.245/2021. Em consequência, isso pode resultar não apenas na exclusão de prova irrelevante e impertinente, mas também quando houver risco de uso indevido, incitar preconceito moral ou exercer influência com base em estereótipos de gênero – especialmente quando destinada a avaliar a credibilidade de vítimas e testemunhas – situações que podem gerar prejuízos indevidos e afetar negativamente a precisão da apuração dos fatos.

PALAVRAS-CHAVE: Lei n. 14.245/2021; *rape shield laws*; vitimização secundária; admissibilidade de provas; prova de comportamento sexual passado.

ABSTRACT: *This article aims to examine the Law 14,245/2021, presented to ensure dignified treatment for victims and witnesses, especially in sexual offences. The protection is not limited to the duty of treatment imposed on the parties and the judge but advance towards evidence law by establishing an exclusionary rule related to the victim's private life, notably previous sexual history evidence. Based on the origin and purpose of Law 14,245/2021 and adopting a comparative approach to Anglo-American law with an analytical focus grounded in the deductive method, it is argued that the new provisions are similar, albeit incipient, to the so-called rape shield laws and, therefore, it allows the judge, depending on the needs of the specific case and within the matters of Law 14,245/2021, to require the parties in advance to describe the evidence and inform relevance and materiality or state the purpose for which it is offered. As a result, it may lead to the exclusion not only of irrelevant or immaterial evidence, but also if it tends to be misused, invites moral prejudice or wields influence based on gender stereotypes – in particular when destined to assess the credibility of victims and witnesses – scenarios that could generate unfair prejudice and compromise the accuracy of fact-finding.*

KEYWORDS: *Law 14,245/2021; rape shield laws; secondary victimization; admissibility of evidence; previous sexual history evidence.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Critérios de admissibilidade de provas; 1.1 Critério lógico; 1.2 Critérios jurídicos; 2. Vitimização secundária e *rape shield laws*; 3. Lei n. 14.245/2021: dever de tratamento e reflexos probatórios; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a Lei n. 14.245/2021, cujas alterações visam coibir a prática de atos atentatórios à dignidade das vítimas no processo penal, incluindo a preservação da integridade física e psicológica.

O diploma sinalizou a preocupação do legislador em conferir tratamento digno às vítimas, notadamente durante a audiência de instrução e julgamento. Embora declaradamente destinadas à preservação da dignidade da vítima e de testemunhas, as disposições têm potencial para repercutir no direito à prova.

Pretende-se abordar a parte processual da Lei n. 14.245/2021, em especial os aspectos de direito probatório, buscando responder se o diploma, além de explicitar um dever de tratamento voltado às vítimas e testemunhas, estabeleceu algum tipo de proibição de prova e, em caso positivo, identificar sua natureza e extensão.

A metodologia empregada consiste em um estudo comparativo entre as disposições da Lei nº 14.245/2021 e o direito anglo-americano, com enfoque analítico fundamentado no método dedutivo.

O artigo está estruturado em três partes. Na primeira delas, predominantemente descritiva, são expostos os critérios de admissibilidade de provas e seus fundamentos. A segunda contextualiza o itinerário que culminou na elaboração das *rape shield laws* no direito anglo-americano, analisa e problematiza os propósitos dessas leis. Por fim, na terceira, examina-se a Lei n. 14.245/2021, inicialmente em sua vertente de norma de tratamento e, em seguida, a partir de uma análise crítica de seus reflexos no direito à prova.

1. CRITÉRIOS DE ADMISSIBILIDADE DE PROVAS

O processo penal se apresenta como o único modo juridicamente válido de aferir a existência de um ilícito penal e, se for o caso, determinar e impor a sanção prevista em lei.

Para Taruffo (2016, p. 142), uma decisão justa pressupõe necessariamente uma “apuração verdadeira dos fatos”², seguida da interpretação

² Adota-se aqui o conceito correspondentista da verdade: “[o] ponto essencial é que cada enunciado fático é verdadeiro ou falso em si, em função da

e aplicação correta da norma a esses fatos, tudo a partir de um procedimento dotado de garantias fundamentais do qual a decisão constitua o resultado final.

A busca da verdade, contudo, não é incondicional. Além da atividade probatória em si demandar limites por razões de racionalidade ao próprio fim pretendido, interesses antagônicos, mas também tutelados juridicamente, podem coexistir e impor restrições.

A atividade probatória está segmentada em quatro etapas: proposição, admissão, produção e valoração das provas (Silva; Freitas, 2012, p. 266)³. Em especial, a fase de admissão sujeita-se à regulação por normas que podem impedir a produção da prova pretendida pelas partes⁴.

As restrições que podem ensejar a rejeição do material probatório podem ser classificadas em dois critérios: i) lógico; ii) jurídico(s), este último subdividido em políticos, procedimentais e epistemológicos⁵.

existência ou inexistência do evento que descreve. Isso implica a adoção, mesmo que não ‘ingênua’ e criticamente madura, de uma concepção *correspondentista* da verdade, segundo a qual – justamente – a realidade externa existe e constitui a medida, o critério de referência que determina a veracidade ou falsidade dos enunciados que dela se ocupam” (Taruffo, 2016, p. 100-101).

³ Há quem acrescenta a etapa de investigação, como Gomes Filho (1997, p. 86-89).

⁴ As razões para a inadmissão de provas são variadas. No processo civil, Greco (2011, p. 120-139) elenca os seguintes motivos: i) dignidade humana e privacidade; ii) direito à não autoincriminação; iii) celeridade, procedimentos, prazos e preclusões; iv) segurança jurídica; v) credibilidade da prova; vi) proteção da confiança profissional e da solidariedade familiar; vii) interesse público; viii) segredo de Estado; ix) boa-fé. No direito anglo-americano, a exclusão de provas é parte essencial da chamada *law of evidence*: “[e]vidence may be excluded for one of a number of policy reasons: for example, to preserve confidentiality between lawyers and their clients, or to preserve the integrity of a trial (as when, in a criminal case, illegally or unfairly obtained evidence is excluded). Evidence may also be excluded in order to promote accurate fact-finding. Thus evidence of D’s criminal record may be excluded on the grounds that its probative value is outweighed by its prejudicial effect (we will refer to this concern as ‘PV/PE’). Evidence might also be excluded because it is not the ‘best evidence’; in this way second hand evidence may be excluded in order to encourage the parties to seek out and present first hand evidence (this might provide a justification for the hearsay rule)” (Redmayne, 2006, p. 805-806).

⁵ Wigmore (1904, p. 2.952, § 2175) divide-as em três categorias: *relevancy, auxiliary rules of probative policy* e *rules of extrinsic policy*. Damaška (1997, p.

1.1 CRITÉRIO LÓGICO

O critério lógico materializa o fundamento básico de recepção para qualquer prova. Como meio destinado à reconstrução histórica de fatos passados, o processo tem como pressuposto obter elementos e informações relacionadas ao previamente ocorrido.

Para se apurar a verdade de um enunciado deve ser possível utilizar todos os elementos de conhecimento disponíveis de modo a maximizar a confiabilidade dos resultados obtidos (Taruffo, 2016, p. 165; 167).

No entanto, não é qualquer tipo de informação que deve ingressar no processo, mas apenas o que for cognitivamente útil ao deslinde dos fatos. Nesse sentido, fala-se em relevância que, segundo Taruffo (2005, p. 365), “no es propiamente una cualidad de la prueba sino una característica constitutiva de la misma, en el sentido de que sólo lo que es relevante puede ser definido como ‘prueba’ en un proceso”⁶.

Logo, elementos de prova relevantes são aqueles que podem oferecer uma base cognitiva para estabelecer a verdade de um fato controvertido (Taruffo, 2014, p. 36). Trata-se de característica comum a qualquer sistema probatório, qual seja, “o meio de prova deve ter a aptidão de demonstrar um fato que se relaciona com o *thema probandum*, seja diretamente [...] ou mesmo indiretamente [...], mas de forma a logicamente poder de influenciar no resultado do processo” (Badaró, 2016, p. 248).

12-14) usa os termos *extrinsic exclusionary rules* e *intrinsic exclusionary rules* No Brasil, Badaró (2016, p. 225-230) separa-as em três grupos: lógicas, políticas e epistemológicas, enquanto Gomes Filho (1997, p. 93) fala em regras de exclusão de prova determinadas com fundamentos processuais (lógicas e epistemológicas) e extraprocessuais (políticos).

⁶ Por ser uma característica constitutiva do próprio conceito de prova, mesmo sem norma legal expressa o exame via relevância continuaria a ocorrer. Em sentido semelhante: Taruffo (2005, p. 374, nota 150) e Badaró (2016, p. 232). O direito brasileiro conta com disposição expressa no art. 400, § 1º, do CPP, que menciona provas “irrelevantes” e “impertinentes”. Há dificuldade na doutrina em distinguir tais conceitos entre si conforme registra Badaró (2016, p. 219-260). De todo modo, pode-se dizer que prova relevante é aquela com potencial de auxiliar a apuração de um fato e prova pertinente é aquela que tem relação com o *thema probandum*. Os conceitos são intrinsecamente ligados: a prova relevante tem potencial de auxiliar a apuração de um fato que, por sua vez, necessariamente deve ter relação com a causa, direta ou indiretamente.

Esta ideia de relevância também está presente no direito anglo-americano. Para Choo (2021, p. 2, destaque original), “[a]n item of evidence is considered relevant if it renders the fact to be proved *more probable than it would be without the evidence*”⁷. De modo próximo, Damaška (1997, p. 55) entende que relevância “relates to the probative potential of an item of information to support or negate the existence of a fact of consequence (*factum probandum*)”.

A relevância é um critério indiscutivelmente epistemológico, pois o processo visa reunir todos os elementos úteis – isto é, relevantes – para reconstruir os fatos o mais precisamente possível⁸.

Fala-se que a relevância é lógica no sentido de que existe uma relação entre o fato o qual a prova visa demonstrar e o *thema probandum*, em outras palavras, aquele influencia a resolução deste. Por outro lado, a relevância não é governada por critérios jurídicos: não é a lei que estabelece se a prova é ou não relevante, mas o senso comum e as próprias regras de lógica⁹.

Isso quer dizer que inexistente um critério jurídico que imponha como aferir a relevância. Amparado em conhecimentos gerais e no senso

⁷ Noção essa reproduzida na regra 401 das *Federal Rules Evidence* (FRE): “[e]vidence is relevant if: (a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence” (Estados Unidos da América).

⁸ Gera ainda economia processual ao evitar a prática de atividades processuais inúteis. Para Taruffo (2005, p. 364), a relevância é uma exigência do princípio da economia processual sustentada pela máxima *frusta probatur quod probatum non relevat*. Todavia, trata-se de referência à economia processual e não simplesmente economia de despesas (Taruffo, 2016, p. 167).

⁹ Nesse sentido a ponderação de Thayer (1898, p. 264-265): “[t]here is a principle — not so much a rule of evidence as a presupposition involved in the very conception of a rational system of evidence, as contrasted with the old formal and mechanical systems —which forbids receiving anything irrelevant, not logically probative. How are we to know what these forbidden things are? Not by any rule of law. The law furnishes no test of relevancy. For this, it tacitly refers to logic and general experience, — assuming that the principles of reasoning are known to its judges and ministers, just as a vast multitude of other things are assumed as already sufficiently known to them”. No mesmo sentido: “[r]elevance is said to be a logical, and non-legal, concept in the sense that in answering a question of relevance and in applying the definition of relevance, the judge has necessarily to rely on extra-legal resources and is not bound by legal precedents”. (Ho, 2021, item 2.1.3).

comum, o juiz avaliará se existe relação (lógica) entre o elemento de prova e o fato a ser provado para se avaliar a existência (ou não) da relevância, isto é, da utilidade daquela informação que se pretende introduzir para resolver a causa.

A relevância é ainda um conceito binário. A prova é ou não relevante, ou seja, não existem graus ou níveis de relevância. Se tornar o fato a ser provado mais ou menos provável, não importando o quanto, ainda que infimamente, a prova será relevante (Roberts; Zuckerman, 2022, p. 110-111).

A pretensão de um caráter puramente lógico da relevância, contudo, é de difícil aplicação na prática e fatores adicionais podem influenciar a (in)admissão de provas em tese relevantes, “como os custos de tempo, pessoal e mesmo econômico de produção da prova” (Badaró, 2016, p. 226, nota 26).

A prova supérflua exemplifica a dificuldade em seguir uma orientação estritamente lógica da relevância. Trata-se da prova que vista isoladamente é relevante, mas cotejada com o conjunto de elementos já produzidos, mostra-se desnecessária, pois confirma conclusões já alcançadas por outras provas.

A prova supérflua é inútil, mas a sua vedação não ocorre por motivos lógicos, mas por economia processual e razoável duração do processo na medida em que alcançaria um resultado já conhecido (Badaró, 2016, p. 226; 230, nota 41). Assim, a prova supérflua, mesmo se relevante, pode ser excluída, representando, assim “uma atenuação ‘econômica’ racional do princípio da relevância” (Taruffo, 2016, p. 168)¹⁰.

Discute-se se na aferição da relevância o valor probatório da prova deve ser considerado ou não. Taruffo (2014, p. 36-37) nega essa

¹⁰ Duas ressalvas devem ser feitas quanto à prova supérflua: a) a inadmissibilidade dessa prova obedece a um critério subsidiário, pois o juízo sobre a relevância e pertinência deve ocorrer após alguma atividade probatória já ter sido realizada (Badaró, 2016, p. 227); b) a prova redundante nem sempre é supérflua, pois em princípio serve como corroboração à outra prova (como por exemplo quando mais de uma testemunha alega ter visto o mesmo fato que a outra). Todavia, há um limite para a utilidade da prova por corroboração. Para evitar o “perigo de desborde de la información”, é justificável epistemologicamente excluir a prova redundante a partir de certo ponto (Ferrer-Beltrán, 2007, p. 75).

possibilidade, entendendo que o juiz deve pressupor que os meios de prova oferecidos conseguirão alcançar o resultado antevisto pela parte e, em seguida, a partir da suposição de um resultado positivo, verificar se possui informações úteis para estabelecer a verdade de um fato, admitindo-o em caso positivo, sendo que o efetivo valor probatório será determinado somente após a produção da prova¹¹. A análise da relevância se fundaria, assim, em um juízo *ex ante*, “com base nas aquisições probatórias que hipoteticamente resultarão do meio requerido pela parte” (Badaró, 2106, p. 253).

Por sua vez, acenando pela realização de um juízo concreto, ainda que preliminar, sobre a provável idoneidade do resultado da prova em demonstrar a existência do fato a ser provado, Tonini (2002, p. 61) explica que para a prova ser relevante “o seu provável resultado deve ser idôneo para dar uma contribuição probatória no acerto do fato a ser provado. Não é necessária que a ‘relevância’ seja certa, é suficiente a dúvida, vale dizer, a não manifesta irrelevância”.

Ainda sobre o conceito de relevância, há uma posição que exige mais do que o caráter meramente lógico. Trata-se da concepção proposta por Wigmore, que divide a relevância em dois estágios: o primeiro puramente lógico e o segundo com uma exigência adicional de que a prova seja “suficientemente probatória” (*sufficiently probative*) em relação a outras provas possíveis para justificar o tempo e o trabalho envolvidos na sua recepção no processo. (Roberts; Zuckerman, 2022, p. 113).

Essa ideia estendida ou qualificada de relevância é chamada de *legal relevance* e exige na segunda etapa um *plus value*, não bastando que a prova tenha alguma (qualquer) relação lógica com o fato a ser provado, mas é necessário possuir peso ou valor probatório mínimo para ser admitida¹².

¹¹ Idem para Ferrer-Beltrán (2007, p. 71, nota 19). Para Badaró (2016, p. 244; 253), a inserção da idoneidade do provável resultado probatório na análise da relevância impediria o controle do raciocínio judicial decisório sobre a exclusão da prova na medida em que significaria a valoração de uma prova ainda não concretamente produzida, o que além de inadequado conceitualmente para se definir a relevância, dá margem ao arbítrio e inaceitável exercício de futurologia.

¹² Nesse sentido: “[b]ut to a more important extent the effect is to require a generally higher degree of probative value for all evidence to be submitted to a jury than would be asked in ordinary reasoning. The judge in his efforts

A relevância legal, contudo, é criticada por não tornar claro o standard de admissibilidade da prova e ter o potencial de obscurecer o exato motivo de sua exclusão (Roberts; Zuckerman, 2022, p. 114; Choo, 2021, p. 3).

1.2 CRITÉRIOS JURÍDICOS

Diversamente do critério lógico, os critérios jurídicos de admissibilidade são instituídos por normais legais e atuam necessariamente após aquele, ou seja, incidem sobre prova tida como logicamente relevante.

Os critérios políticos alcançam a prova que, apesar de relevante e com valor cognitivo, não é admissível pela necessidade de proteger bens e interesses extrínsecos ao processo, mas igualmente dignos de tutela pelo ordenamento jurídico. Face essa concorrência de valores, o sistema processual opta pela inadmissibilidade.

O processo é o *locus* no qual interesses, valores e direitos de variadas matizes são discutidos, o que frequentemente implica na concorrência de normas que ora visam a descoberta da verdade (viés epistêmico), ora restringem essa atividade (viés contraepistêmico) (Taruffo, 2016, p. 160-161).

O exemplo típico são provas obtidas com violação à dignidade humana e privacidade. No direito brasileiro correspondem à vedação da prova ilícita (art. 5º, LVI, da CF/88; e art. 157 do CPP), notadamente nos casos de prova obtida mediante tortura ou com violação de liberdades públicas e direitos constitucionais.

Por sua vez, os critérios procedimentais, como a restrição ao número de testemunhas, a previsão de prazos e o sistema de preclusões, também podem excluir prova logicamente relevante na medida em que

to prevent the jury from being satisfied by matters of slight value, capable to being exaggerated by prejudice and hasty reasoning, has constantly seen fit to exclude matter that does not rise to a clearly sufficient degree of value. In other words, legal relevancy denotes, first of all, something more than a minimum of probative value” (Wigmore, 1983, p. 969). Trata-se de conceito que admite níveis ou graus e, por isso, pode-se falar em prova “pouco” ou “muito” relevante, o que não ocorre com a relevância lógica dada a sua binariedade.

impedem, por exemplo, a produção de provas requeridas fora do prazo ou do momento adequado (Ferrer-Béltran, 2007, p. 43)¹³.

A imposição de limites procedimentais se justifica não apenas em virtude de fatores econômicos e/ou utilitários, mas também por razões prático-funcionais. A capacidade cognitiva do ser humano impõe um limite à quantidade de provas que pode ser admitida, já que o excesso e o acúmulo de informação, ainda que relevante, pode dificultar ao invés de contribuir com a apuração dos fatos¹⁴.

Por derradeiro, os critérios epistemológicos são ditados pelo interesse na correta apuração dos fatos (*fact-finding* ou juízo de fato) e visam evitar a avaliação errônea e aumentar a probabilidade de se alcançar a verdade mediante a exclusão da prova.

Damaška (1997, p. 15) anota que tais normas são uma característica genuína dos ordenamentos da *common law*¹⁵ e se consubstanciam em regras que rejeitam *a priori* material probatório sob fundamento que possa ser superestimado ou o seu valor probatório seja superado pelo efeito “prejudicial”.

Por efeito “prejudicial” entende-se uma circunstância capaz de influenciar o julgador de maneira tendenciosa e o predispor a um julgamento injusto sob o prisma fático. Para Silva (2019, p. 205), a expressão

¹³ Para Badaró (2016, p. 227), a limitação do número de testemunhas visa evitar a prova supérflua e é expressão da economia processual. Por seu turno, Greco (2011, p. 141) aponta que os prazos devem ser respeitados como regra para assegurar a boa marcha do processo e a celeridade.

¹⁴ Nesse sentido: “[t]here are finite limits to the amount of information that any person or group of fact-finders, however, experienced or talented, can digest. Human beings have limited cognitive competence. Piling up more and more evidence, even evidence that is indubitably relevant to the task at hand, will eventually produce mental saturation, a point beyond which any additional information is likely to diminish, rather to enhance, the accuracy of the final determination” (Roberts; Zuckerman, 2022, p. 112).

¹⁵ Sobre a dificuldade em se encontrar normas parecidas nos ordenamentos continentais: “[o]ne also scans the legal map of Europe in vain for analogues to common law provisions that prohibit character evidence, evidence of collateral misdeeds, or similar information about a person’s past life. The few rules that can be located on this subject are intended not to enhance the accuracy of factfinding but to impose side-constraints on the pursuit of truth for the sake of extrinsic policy reasons” (Damaška, 1997, p. 16).

unfair prejudice se relaciona com a preocupação de evitar julgamentos com base em circunstâncias e fundamentos outros que não aqueles demonstrados pela prova sobre os fatos¹⁶.

Nesses casos rejeita-se prova logicamente relevante, mas que por outras razões – epistemológicas –, a lei ou o sistema processual assim o permite sob o fundamento de que pode ser mal utilizada (*misused*) (Damaška, 1997, p. 17).

A proibição do *hearsay* (testemunho de ouvir dizer)¹⁷, a *incompetent witness* (pessoa que a lei considera formalmente incapaz de testemunhar) e a *character evidence* (prova de personalidade ou caráter)¹⁸ são exemplos tradicionais dessa espécie de exclusão (Spencer, 2004, p. 87).

As proibições de provas fundadas em razões epistemológicas podem parecer contraintuitivas e até paradoxais, pois apesar de pretenderem alcançar uma melhor qualidade do conjunto probatório, optam por excluir prova logicamente relevante e, assim o fazendo, impedem que a prova seja produzida e chegue ao julgador.

Há inúmeras críticas em detrimento dessa *ratio*. Bentham (1825, p. 227) assevera que “[t]he exclusion of all evidence would be a denial

¹⁶ Em inglês, o termo “prejudicial” deriva de “*prejudice*” que, segundo Black (2009, p. 1299), pode ser definido: “1. [...] undue prejudice. [...] The harm resulting from a factfinder’s being exposed to evidence that is persuasive but inadmissible (such as evidence of prior criminal conduct) or that so arouses the emotions that calm and logical reasoning is abandoned; 2. A preconceived judgment formed with little or no factual basis; a strong bias”. Doravante, quando utilizado o termo “prejuízo” ou “prejudicial”, estará subentendido esse sentido, que se assemelha a preconceito ou um juízo antecipado ou irrefletido.

¹⁷ No direito norte-americano, a *hearsay* normalmente é descrita como a preferência por um depoimento baseado em um conhecimento de “primeira mão”, ou seja, pela testemunha verdadeira, podendo ser definido como “whenever a testifying witness (an in-court declarant) recounts a statement that was made outside of the proceeding at hand (an out-of-court assertion)” (Fenner, 2013, p. 4).

¹⁸ Black (2009, p. 636) define *character evidence* como “[e]vidence regarding someone’s general personality traits or propensities, of a praiseworthy or blameworthy nature; evidence of a person’s moral standing in a community. [...] Character evidence is usu[ally], but not always, prohibited if offered to show that the person acted in conformity with that character”.

of all justice”¹⁹. Semelhantemente, Taruffo (2016, p. 177) alude que entre o risco de um erro de valoração e uma decisão incompleta sobre os fatos, escolhe-se a segunda opção, que seria epistemologicamente contraproducente²⁰.

Malan (2009, p. 36) recorda que, na sistemática da *common law*, evita-se que o julgador da causa tenha contato com um elemento inadmissível que possa influenciar o seu convencimento, sendo comum que o exame de admissibilidade da prova seja feito pelo juiz, preservando o júri de influências indevidas²¹.

Além de normas sobre situações específicas (*hearsay* etc.) onde é pressuposta a necessidade de exclusão da prova, no direito anglo-americano a prova (logicamente) relevante está sujeita a ser excluída também em virtude da *exclusionary discretion* atribuída ao juiz.

A regra 403 das *Federal Rules of Evidence* (FRE) é exemplo disso, autorizando a exclusão genérica de prova, ainda que relevante, “if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence” (Estados Unidos da América). Observam-se aqui razões econômicas (atraso injustificado, tempo excessivo, prova cumulativa), mas também epistemológicas (risco de prejuízo indevido, induzir o julgador em erro ou confundi-lo).

¹⁹ Não obstante as críticas, o autor ainda assim admitia exclusões se destinadas a evitar um mal maior: “[s]till, there are cases in which exclusion is proper. [...] that is, exclusion is always an evil, but sometimes an evil inferior to another, viz. to the delay, expense, and vexation which would arise from admitting such and such evidence” (Bentham, 1825, p. 229).

²⁰ Em igual sentido, Ferrer-Béltran (2007, p. 85) entende que “la existencia de este tipo de reglas de exclusión está claramente injustificada”. Greco (2011, p. 132) também rejeita a *ratio* dessas normas: “a falta de credibilidade de determinadas provas, ainda que fundada na observação daquilo que geralmente acontece, é um modo absolutamente imperfeito de conduzir os juízes a proferirem decisões conforme a verdade”.

²¹ Isso explicaria que, “por vezes o que no sistema da *common law* é considerada uma questão de *admissibilidade* probatória, na *civil law* se consubstancia em questão de *força probante*, no momento da valoração probatória” (Malan, 2009, p. 39, destaque original).

O direito inglês também admite essa discricionariedade, ainda que aplicável apenas ao órgão acusatório: “[t]he most important exclusionary discretion is the discretion, in criminal cases, to exclude prosecution evidence on the ground that its probative value is outweighed by its prejudicial effect” (Choo, 2021, p. 12).

Semelhantemente à hipótese de *unfair prejudice* da regra 403 das FRE (Estados Unidos da América), a discricionariedade inglesa exige que a prova tenha valor superior ao efeito prejudicial que possa causar, demandando não apenas um prognóstico preliminar do valor probatório, mas o sopesamento deste com o potencial efeito negativo (Roberts; Zuckerman, 2022, p. 117).

A aproximação dessa discricionariedade judicial com a concepção estendida de relevância formulada por Wigmore (*legal relevance*) é visível, pois ambos os casos exigem análise preliminar do valor da prova a ser produzida e o sopesamento com fatores epistemológicos ou econômicos para o juízo de admissibilidade²². Não por acaso a regra 403 das FRE (Estados Unidos da América) é chamada de relevância legal (Ingram, 2018, p. 221)²³.

²² As críticas da doutrina anglo-americana sobre o conceito estendido de relevância concentram-se na introdução de elementos estranhos à lógica na relevância, o que geraria dificuldades na compreensão do motivo da exclusão quando a prova for considerada irrelevante. O problema não seria a exclusão da prova em si ou o seu motivo, mas o sincretismo e a não distinção do critério lógico com outros critérios. Ocorre que, como visto, o direito anglo-americano autoriza a atuação discricionária do juiz para excluir provas em circunstâncias semelhantes à relevância legal. A diferença é que a discricionariedade leva em conta critérios jurídicos e/ou econômicos, mas não lógicos, evitando indistinções na decisão que excluir a prova.

²³ Taruffo (2016, p. 175) critica essa possibilidade: “[p]or outro lado, observe-se que tal exclusão depende de uma valoração largamente discricionária do juiz, que, além do mais, deve operar um confronto entre duas entidades não comparáveis, como o *probative value* de uma prova que ele não conhece e o risco de que se verifique uma das consequências indicadas (as quais – por sua vez – são definidas com expressões bastante vagas, que podem ser interpretadas de diversas formas)”.

2. VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA E RAPE SHIELD LAWS

A reconstrução histórica do fato criminoso, inerente à persecução penal, pode resultar em vitimização secundária (revitimização) ao fazer com que o ofendido revisite situações traumáticas e/ou receba tratamento inadequado ou desrespeitoso, notadamente quando comparece em juízo²⁴.

A preocupação com a vitimização secundária tem sido um fator relevante para o desenvolvimento de normas de proteção às vítimas no processo penal. Na seara do direito europeu, a Diretiva 2012/29/EU (União Europeia, 2012), que substituiu a Decisão-Quadro 2001/220/JAI (União Europeia, 2001), estabelece diretrizes normativas básicas para o tratamento da vítima no processo penal, especialmente o direito de participação e medidas de proteção contra a vitimização secundária²⁵.

A vitimização secundária associada a estereótipos de gênero e preconceitos sociais pode ter repercussões particularmente nocivas em julgamentos criminais e afetar a apuração dos fatos. O direito anglo-americano foi pioneiro em se preocupar com a intimidade da vítima e a correlacioná-la a aspectos probatórios em crimes sexuais, discutindo aberta e criticamente a utilidade da chamada *previous sexual history evidence*, isto é, prova relativa ao histórico sexual ou comportamento sexual passado da vítima²⁶.

²⁴ Entende-se por vitimização secundária “os sofrimentos que às vítimas, às testemunhas e majoritariamente aos sujeitos passivos de um delito lhes impõem as instituições mais ou menos diretamente encarregadas de fazer ‘justiça’” (Beristain, 2000, p. 105).

²⁵ O estudo “Project Victims in Europe” (Van der Aa et al., 2009) conduziu uma análise empírica sobre a implementação da Decisão-Quadro 2001/220/JAI (União Europeia, 2001) nos Estados-Membros europeus. Ao examinar o cumprimento dessa normativa, forneceu um diagnóstico detalhado sobre o estágio e o grau de incorporação das medidas de proteção às vítimas nas legislações nacionais até a data de sua realização, em 2009.

²⁶ Roberts e Zuckerman (2022, p. 483, nota 22) alertam que, não obstante a expressão *previous sexual history* (PSH) tenha se tornado padrão no direito inglês, a rigor, a prova referente ao comportamento sexual ou modo de vida pode logicamente incluir tanto condutas pretéritas como posteriores ao fato em apuração. Frise-se ainda que a prova de conteúdo sexual pode versar propriamente sobre o histórico sexual, entendido como atos ou práticas específicas que podem ser individualizadas, mas também alcança a prova de

Choo (2021, p. 370) aponta que, tradicionalmente na *common law*, em julgamentos de crimes sexuais, sobretudo estupros, reconhecia-se o direito do acusado de apresentar prova ou fazer o exame-cruzado versando sobre o comportamento sexual pretérito da vítima²⁷, prova essa normalmente admitida sem muitos questionamentos acerca de sua efetiva relevância em relação aos fatos da causa ou no que importava para a apuração da credibilidade da vítima.

Em realidade, seja qual fosse o crime apurado, permitia-se ampla abertura para a impugnação da credibilidade de uma testemunha durante a inquirição, autorizando perguntas sobre a personalidade e, em especial, prévias condutas comprometedoras, graves ou não.

Todavia, a ampla aceitação de provas dessa natureza, com elevado potencial de causar prejuízos, começou a ser questionada com o advento das *rape shield laws* ou leis de proteção às vítimas de crimes sexuais²⁸.

Esses diplomas legais se fundam na percepção de que é danoso para a sociedade e, em especial, para a administração da justiça, que vítimas de crimes sexuais não reportem tais delitos às autoridades por medo ou receio de serem maltratadas e atacadas injustamente durante a inquirição judicial por questionamentos sobre experiências sexuais prévias (Keane; Mckeown, 2012, p. 202-203).

Esses ataques ocorreriam normalmente durante a inquirição judicial da vítima pelo defensor do acusado por meio de questionamentos humilhantes e vexatórios sobre a sua vivência sexual pretérita (principalmente com terceiros) e ataques ao seu caráter e honra (Durstont, 2011, p. 442).

personalidade (*sexual character*), relacionada ao estilo de vida, hábitos pessoais, forma de se vestir e outros (McGlynn, 2017, p. 371).

²⁷ Na *common law*, a prova de comportamento sexual era considerada fundamental nos crimes de estupro, muito embora focada historicamente em casos de vítimas prostitutas visando questionar a respectiva credibilidade. Essa visão se expandiu progressivamente e passou a admitir a prova de “promiscuidade genérica” para outros casos, além da prévia atividade sexual com o acusado, que passaram a ser entendidas como relevantes, concepção essa que se cristalizou no século XIX. (Herriot, 2023, p. 46).

²⁸ Ao invés do literal “lei escudo contra o estupro”, optou-se por uma tradução contextualizada em razão dessas normas abrangerem outros crimes sexuais e não somente o estupro (*rape*).

Em suas diversas manifestações, as *rape shield laws* tem como ponto comum vedar o ingresso de informação relativa ao histórico sexual anterior da vítima e restringir as situações nas quais o acusado pode produzir tal prova (Tanford; Bocchino, 1980, p. 544). Em outros termos, tais leis constituem “an attempt to regulate the admissibility of sexual history evidence” (Choo, 2021, p. 370).

Para além de mitigar a vitimização secundária e incentivar o registro de ocorrências, há uma finalidade epistemológica subjacente, que remete não apenas a impedir o ingresso de prova irrelevante, mas também a prova com efeito prejudicial associada a preconceitos e estereótipos de gênero, entendida como aquela com potencial de distorcer o *fact-finding*, substituindo ou obscurecendo, ainda que inconscientemente, o exame dos fatos pelo modo de vida e personalidade da vítima.

Em síntese, as *rape shield laws* tem como *rationales*: i) evitar o ingresso no processo de prova logicamente irrelevante ou que possa causar prejuízo ao juízo de fato por se basear em estereótipos e preconceitos; ii) prevenir (ou ao menos evitar) a vitimização secundária, além de resguardar a privacidade da vítima; iii) encorajar a notícia do crime e o registro de ocorrência pela vítima²⁹.

Nesse contexto, há uma distinção marcante entre as legislações anglo-americana e continental europeia. Enquanto as *rape shield laws* foram concebidas principalmente como mecanismos de exclusão de provas visando impedir que informações sobre o comportamento sexual passado e personalidade da vítima sejam introduzidas de forma a causar prejuízos cognitivos à precisa apuração dos fatos, os instrumentos normativos europeus priorizam o direito de participação da vítima e instituem mecanismos de proteção dentro e fora do processo, especialmente para

²⁹ McGlynn (2017, p. 369-373) alude seis *rationales* para a restrição do material probatório de cunho sexual: i) prevenir que o consentimento para o ato sexual atual seja indevidamente presumido por condutas sexuais anteriores da vítima com o acusado ou terceiras pessoas (proteção da autonomia); ii) evitar efeito prejudicial que a prova de cunho sexual possa ter no julgador, especialmente em relação à credibilidade da vítima; iii) proteger a privacidade da vítima e reduzir a vitimização secundária; iv) garantir que a vítima possa produzir a melhor prova possível (*best evidence*); v) encorajar a vítima em registrar a ocorrência; vi) garantir um julgamento justo, o que implica em conferir tratamento digno e respeitoso, além de dar “voz” à vítima durante o julgamento.

prevenir a revitimização. No entanto, não estabelecem critérios específicos para a admissibilidade de provas³⁰.

Segundo Temkin (2000, p. 219), iniciativas legislativas sobre o tratamento das vítimas em julgamentos de crimes sexuais começaram a partir da década de 1970.

Nos Estados Unidos da América, a primeira lei foi editada no Estado de Michigan em 1974 e por volta de 1976 cerca de metade dos outros Estados já possuíam diplomas semelhantes (Wallach, 1997, p. 488). No fim da década de 1980, os cinquenta Estados e o governo federal norte-americano tinham adotado alguma modalidade normativa de proteção às vítimas de estupro em relação a indagações sobre o histórico sexual pretérito (Kello, 1988, p. 317, nota 3). Por sua vez, na Inglaterra o primeiro diploma explícito sobre o tema foi o *Sexual Offences (Amendment) Act* de 1976 (Reino Unido, 1976).

Exemplos atuais de *rape shield laws* na *common law* podem ser encontrados no direito norte-americano, na regra 412 das FRE (Estados Unidos da América), no direito inglês, na seção 41 e seguintes do *Youth Justice and Criminal Evidence Act (YJCEA)* de 1999 (Reino Unido, 1999) e no direito canadense, nas seções 276 e 277 do *Criminal Code* (Canadá, 1985).

Apesar de as legislações oriundas da *common law* proibirem em regra a produção de prova ou questionamentos sobre o comportamento

³⁰ Essa característica explica a ausência de previsões expressas ou implícitas sobre exclusões probatórias tanto na Decisão-Quadro 2001/220/JAI (União Europeia, 2001) quanto na Diretiva 2012/29/EU (União Europeia, 2012). Na Diretiva de 2012, o artigo 10(2) (“direito a ser ouvido”) dispõe que “[a]s regras processuais ao abrigo das quais as vítimas podem ser ouvidas durante o processo penal e podem apresentar elementos de prova são determinadas pela legislação nacional”. O dispositivo remete à normativa de cada país sem estabelecer critérios de admissibilidade probatória. Por sua vez, o artigo 18 (“direito à proteção”) determina que “[s]em prejuízo dos direitos da defesa, os Estados-Membros devem assegurar a aplicação de medidas para proteger as vítimas e os seus familiares contra a vitimização secundária e repetida, a intimidação e a retaliação, nomeadamente contra o risco de danos emocionais ou psicológicos, bem como para proteger a dignidade das vítimas durante os interrogatórios e depoimentos”. Embora imponha diretrizes para resguardar a vítima e sua integridade, o dispositivo não institui regras expressas de exclusão de provas.

sexual passado da vítima, em maior ou menor grau preveem exceções e hipóteses autorizadoras³¹.

A proibição de prova sobre aspectos comportamentais passados tem o condão de suscitar controvérsias, principalmente quanto ao direito de defesa³². Com efeito, o comportamento ou conduta social da vítima, ainda que de cunho sexual, não pode ser tido aprioristicamente como inútil sob o ponto de vista lógico-probatório em qualquer caso, indistintamente da situação retratada.

³¹ Wallach (1997, p. 490-497) aponta quatro modelos ou abordagens de *rape shield laws* no direito norte-americano, todas tendo como elemento comum a rejeição da outora automática admissibilidade da prova sobre o comportamento sexual da vítima: i) Michigan: estabelece rol taxativo de exceções em que a prova pode ser admitida e cumulativamente exige do juiz o sopesamento entre o valor probatório e o efeito prejudicial ou discriminatório da prova. Assim, mesmo se o valor probatório superar o efeito prejudicial o juiz só poderá admitir a prova se ela estiver dentro das exceções legais, o que gera críticas pelo rigor do juízo de admissibilidade; ii) New Jersey: não prevê exceções legais e confere ao juiz discricionariedade plena para admitir ou não a prova a partir do sopesamento entre o efeito prejudicial e o valor probatório, valendo-se da regra 403 das FRE (Estados Unidos da América), o que resulta em críticas de proteção insuficiente à vítima na medida em que na prática não implica em mudança significativa com o modelo anterior à edição das *rape shield laws*; iii) direito federal: híbrido que agrega elementos tanto do modelo “subinclusivo” de Michigan quanto do modelo “sobreinclusivo” de New Jersey, proibindo como regra a prova do comportamento sexual pretérito, mas admite várias exceções onde considera que a prova seja relevante, além de uma cláusula genérica que permite ao juiz autorizar excepcionalmente o ingresso da prova ainda que não haja exceção expressa para tanto; iv) Califórnia: modelo singular que divide o histórico sexual pretérito em duas categorias: iv.1) prova que visa elucidar que houve consentimento na relação sexual; iv.2) prova para atacar a credibilidade da vítima. Em tese, esse modelo não permite prova do comportamento sexual anterior para tratar da questão do consentimento, mas essa mesma prova pode ser admitida para questionar a credibilidade da vítima, havendo críticas da insuficiência de distinção entre a prova para o consentimento e a prova para a credibilidade, o que na prática pode resultar no ingresso indistinto de uma e outra prova.

³² Criticando as *rape shield laws* no âmbito do direito norte-americano sob a ótica do direito ao confronto e direito à prova: Tanford e Bocchino (1980) e Wallach (1997). No direito inglês, Murphy e Glover (2013, p. 221) entendem que as restrições impostas têm potencial de afetar o direito de um julgamento justo e o direito a inquirir testemunhas previstos no art. 6.3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, razão pela qual advertem por cautela na interpretação dos preceitos legais.

A problemática se insere em duas frentes: se essa prova pode ser relevante em relação aos fatos e/ou se pode ser relevante em relação à apuração da credibilidade da pessoa que depõe, seja a vítima ou a testemunha³³.

Em relação aos fatos, é possível diferenciar duas situações principais e distintas relacionadas ao histórico sexual: i) aquela envolvendo a vítima e o acusado, normalmente atrelada à pretensão de prova da existência de consentimento; ii) aquela envolvendo a vítima com terceira(s) pessoa(s), em regra relacionada à intenção de demonstrar erro na identificação ou reconhecimento do acusado como o autor do fato.

The crucial question is why the sexual behaviour of the complainant is said to be relevant to the defence. There are cases in which some aspect of the complainant's past sexual behaviour is clearly relevant to the substantive issues. For example, in a rape case in which consent is the issue, a history of previous sexual relations between the complainant and the accused may very well be relevant, depending on the time frame during which the relationship continued and the question of whether or not anything occurred to end it. In some cases in which the accused claims that he was not the rapist, or that the complainant has made a false complaint against him, evidence of the complainant's sexual relationship with a third party may be relevant (Murphy; Glover, 2013, p. 215-216).

Por conseguinte, a prova poderá ser ou não útil e a aferição da relevância será necessariamente casuística, a depender das particularidades do caso concreto³⁴.

³³ Recorda Zuckerman (1989, p. 94) que no direito anglo-americano por vezes é traçada uma distinção no interior do conceito de relevância em relação à prova oral, no sentido de que a prova deve ser relevante tanto em relação aos fatos da causa (*relevance to issue*) quanto à credibilidade da testemunha (*relevance to credibility*). Essa distinção, contudo, não raro é criticada por ser irreal tratar separadamente a relevância de um depoimento e sua credibilidade: “[i]n other words, the relevance of a witness's testimony is embedded in his credibility, actual or potential. Credibility is not something separate (a separate issue) which is somehow suspended between the witness's statement and the fact asserted therein” (Zuckerman, 1989, p. 95-96).

³⁴ Para McGlynn (2017, p. 371) a prova de histórico sexual com terceiros será sempre irrelevante se pretender provar o consentimento da vítima em

Por outro lado, a pretensão de introduzir de prova sobre o comportamento sexual passado da vítima pode ocorrer não propriamente por ser relevante na resolução de questão fática concernente à causa, mas para aferir a credibilidade da vítima.

Em se tratando de prova oral, a força probatória de um depoimento se baseia em quatro fatores: i) confiabilidade da percepção dos fatos pela testemunha; ii) precisão de sua memória para lembrar os fatos; iii) honestidade do depoente; iv) transmissão clara do fato recordado ao julgador. A inquirição de uma pessoa em juízo pode testar esses quatro aspectos, mas está particularmente associada à sinceridade (*truthfulness*) e veracidade (*veracity*) da testemunha. (Roberts; Zuckerman, 2022, p. 371).

Isso pode ocorrer de dois modos. Diretamente, ao tentar extrair que a testemunha mentiu ao, por exemplo, chamar outras testemunhas que darão depoimento contrário, ou ainda, fazer perguntas cujas respostas mostrarão a existência de contradição no relato. Indiretamente, ao tentar demonstrar que a testemunha não tem histórico de dizer a verdade. Ambas as formas diminuem o valor probatório do depoimento, mas mediante estratégias distintas. A forma indireta, todavia, pode implicar não apenas na fragilização do valor do depoimento, mas na impugnação do próprio caráter da testemunha, no sentido de que a integridade moral desta estaria tão comprometida que não seria possível acreditar na sua palavra (Roberts; Zuckerman, 2022, p. 371).

Dentro da abordagem sobre a credibilidade, fala-se *probative credibility*, quando referente à dimensão fática da veracidade do alegado pela testemunha³⁵ e *moral credibility*, concernente ao impacto do caráter moral

posterior relação sexual com o acusado. No tocante a relações anteriores da vítima com o acusado, Wallach (1997, p. 514) explica a dificuldade em se alcançar um critério objetivo: “[m]ost courts allow evidence of prior sexual encounters between the defendant and the victim, however this evidence may not be relevant in all cases, especially if the last encounter was not close in time to the alleged incident. In addition, where the victim and defendant are acquaintances but never had any sexual relationship, evidence of a victim’s sexual history may be relevant under certain factual situations. As a result, rulings in this area of law appear arbitrary”.

³⁵ A credibilidade probatória da vítima normalmente se relaciona a aspectos da valoração da prova e tem sido debatida inclusive sob a perspectiva de gênero em crimes sexuais. Nesse sentido, discute-se, por exemplo, se a necessidade

(e da personalidade) da testemunha na valoração do depoimento, independentemente do teor deste (Roberts; Zuckerman, 2022, p. 371-372)³⁶.

Ocorre que, independentemente da teórica possibilidade de ser relevante, seja para os fatos, seja para a credibilidade, frequentemente a prova de vivência sexual pretérita é introduzida somente para instigar ou induzir no julgador, sobretudo em jurados, preconceitos indevidos contra a vítima decorrentes de seu modo de vida (Durston, 2011, p. 442).

Isso transfere o objeto da análise da conduta (supostamente) praticada pelo acusado para a figura da vítima, que passa a ser julgada pelo seu modo de vida, personalidade e forma como se comporta na sociedade, notadamente os aspectos de cunho sexual.

A prova torna-se, então, um disfarçado ataque ao caráter e personalidade da vítima, “intended to do no more than portray the complainant in an unfavourable light with a view to making her appear less sympathetic in the eyes of the jury [...] often referred to as ‘putting the victim on trial’” (Murphy; Glover, 2013, p. 216).

A frequente remissão ao comportamento, à reputação e à personalidade da vítima, particularmente em estupro, é alimentada em grande parte pelos chamados *twin myths* (mitos gêmeos), como mencionado pela Suprema Corte do Canadá no caso *R. v. Seaboyer*: “unchaste women were

de corroboração por elementos externos da versão da vítima não se traduziria em uma exigência “que opere em detrimento de las víctimas y que no hace sino reforzar un escepticismo estructural hacia su credibilidad, al tiempo que refuerza la impunidad de cierta clase de delitos, como los delitos sexuales” (Gama, 2020, p. 297). Identificando um problema de parcialidade epistêmica, Ferrantelli (2023, p. 1325) observa que em casos de estupro a valoração da prova está ligada a hierarquias sociais consolidadas que protegem a posição dos homens sobre as mulheres e tem aptidão para gerar “unreliable justifications that distort how factual reality is addressed in legal fact-finding”.

³⁶ Fernandes (2020, p. 212-228) elenca oito parâmetros para valoração da prova testemunhal: i) credibilidade do depoente; ii) confiabilidade do relato; iii) filtro de falsas memórias; iv) modo de coleta dos depoimentos; v) modo de realização do reconhecimento de pessoas; vi) ineficácia da repetição do reconhecimento; vii) excepcionalidade do testemunho de ouvir dizer; viii) contraditório na produção da prova. A *moral credibility* em tese corresponderia a uma das facetas do conceito de credibilidade, enquanto a *probative credibility* se assemelharia ao conceito de confiabilidade, em particular os requisitos consistência-plausibilidade e compatibilidade com as demais provas.

more likely to consent to intercourse and in any event, were less worthy of belief” (Canadá, 1991).

A ideia de promiscuidade (*unchastity*) é empregada na esfera da relevância, destinada a provar o consentimento, assim como na esfera da credibilidade da vítima (ou da testemunha), que é vista como pessoa desonesta e não confiável.

At common law, evidence of a victim’s past sexual behavior was always relevant and admissible into evidence in rape prosecutions. This is because a victim’s past sexual conduct could prove a history of unchaste behavior. Unchaste behavior also was thought to purport dishonesty. This allowed allegations of promiscuity to be entered into evidence not only to show consent, but also to attack a victim’s credibility (Wallach, 1997, p. 487).

Além de retrógrada e defasada social e culturalmente, essa visão permite a manipulação do critério de relevância da prova do comportamento sexual e vulnera indevidamente a credibilidade da pessoa que depõe em juízo.

A introdução de informações assim contextualizadas tem aptidão para gerar problemas epistemológicos, notadamente quando usada a partir de estereótipos de gênero como estratégia para tentar substituir a voluntariedade do consentimento, que deve ser sempre real e expresso, por um arremedo de aceitação presumida ou implícita.

No plano da credibilidade, a figura da “mulher promíscua” é frequentemente usada para desacreditar a vítima. Em outros termos, “a capacidade do falante como agente cognitivo é avaliada a partir de preconceitos e estereótipos inculcados no interlocutor, prevalecendo até mesmo sobre fatos e evidências concretas” (Mardegan, 2023, p. 79).

Em relação à aferição da credibilidade, tem havido cuidado especial das legislações anglo-americanas em proibir a prova de histórico sexual exclusivamente para esse fim. Isso porque a credibilidade é um dos parâmetros básicos de aferição do valor probatório de qualquer depoimento e, se admitido que a vida sexual pretérita e o modo de vida da vítima sejam elementos relevantes para essa apuração, o resultado seria a indistinta e irrestrita admissibilidade de prova dessa natureza em juízo.

Como exemplo, a seção 277 do Código Criminal canadense proíbe prova da “reputação sexual”, geral ou específica, se o fim for impugnar ou corroborar a credibilidade da vítima (Canadá, 1985). Por sua vez, a lei inglesa, na seção 41(4) do YCJEA (Reino Unido, 1999) estabelece que nenhuma prova ou pergunta será considerada pertinente ao caso se o tribunal entender que o principal propósito de sua apresentação ou indagação seja questionar a credibilidade da vítima como depoente.

A preocupação com o uso de estereótipos de gênero no processo penal e seus efeitos para a adequada solução do caso alcançou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH). No caso *Barbosa de Souza v. Brasil*, a Corte IDH entendeu que aspectos comportamentais e sexuais vinculados a estereótipos desviaram o foco das investigações e interferiram negativamente na fase processual (Organização dos Estados Americanos, 2021, § 146).

No que importa ao aspecto probatório, a Corte IDH reconheceu que preconceitos sociais e estereótipos de gênero podem influenciar na determinação dos fatos, em especial “[n]a avaliação da credibilidade das testemunhas e da própria vítima” (Organização dos Estados Americanos, 2021, § 144).

Em suma, o que se mostra reprovável e com capacidade de gerar distorções cognitivas é o uso inadequado da prova, mais precisamente, a finalidade buscada, seja no momento da inquirição, seja depois de sua produção (caso de documentos, por exemplo), quando desvinculada dos fatos e/ou direcionada a invocar e/ou induzir preconceitos e estereótipos de gênero contra a vítima e testemunhas, seja para facilitar a prova do consentimento, seja para desacreditar a palavra do depoente com base apenas no seu modo de vida e passado sexual.

Considerando os critérios de admissibilidade de provas já expostos, as restrições oriundas das *rape shield laws* têm natureza epistemológica, pois visam melhorar a apuração dos fatos ao impedir o ingresso de informação sobre o comportamento sexual da vítima quanto associada a estereótipos de gênero e preconceitos com potencial de gerar prejuízos cognitivos indevidos ao julgador.

Por outro lado, há um inegável conteúdo político subjacente destinado ao resguardo da dignidade e intimidade da vítima, além do incentivo ao registro de ocorrências em crimes sexuais. Ressalta-se, contudo, que o

elemento epistemológico prevalece na equação que justifica a proibição de prova. Afinal, o que provoca as nefastas consequências em desfavor das vítimas e testemunhas é, em última análise, a leniência quanto ao ingresso de informação versando sobre histórico sexual com potencial enganoso e visando fins indevidos.

Em maior ou menor intensidade, a exposição da privacidade de pessoas que depõem em juízo estará presente, pois elas se sujeitam a indagações que a depender da necessidade podem abarcar aspectos íntimos e pessoais, delas próprias ou de terceiros.

Daí a conclusão da prevalência do fim epistemológico, funcionando o fim político como elemento corroborador, mas não propriamente autônomo, para justificar a exclusão da prova.³⁷

3. LEI N. 14.245/2021: DEVER DE TRATAMENTO E REFLEXOS PROBATÓRIOS

Dentre outros dispositivos, a Lei n. 14.245/2021 incluiu no CPP o art. 400-A. Segundo “justificação” da Deputada Federal Lídice da Mata (Brasil, 2020), uma das autoras do Projeto de Lei que originou a Lei n. 14.245/2021, o episódio divulgado na mídia envolvendo a influenciadora digital Mariana F., vítima de estupro e que sofreu fortes ataques pessoais em audiência judicial, aliado ao alto índice de crimes sexuais contra mulheres, foram os motivos que ensejaram a proposta de modificação legislativa.

A Lei n. 14.245/2021 declaradamente pretendeu proteger a dignidade das vítimas e testemunhas em juízo de modo a prevenir, ou ao menos mitigar, a vitimização secundária, incumbindo ao juiz a função de garantidor desse direito.

³⁷ A seção 276 (3) do Código Criminal canadense (Canadá, 1985) enumera diversos parâmetros os quais o juiz deve sopesar no exame da admissibilidade da prova. Dentre eles, constam fundamentos extrínsecos (dignidade, intimidade, segurança da vítima em juízo e interesse da sociedade em encorajar o registro de crimes sexuais) e intrínsecos (excluir da apuração dos fatos qualquer viés ou crença discriminatória, aferir prospectivamente se a prova ajudará na solução justa do caso e o risco da prova incitar prejuízo, simpatia ou hostilidade do júri), além da cláusula genérica de assegurar um julgamento justo, inclusive pelo viés do direito de defesa.

Muito embora a Lei n. 14.245/2021 não tenha empregado termos como “comportamento”, “conduta social” ou “histórico sexual”, a *mens legis* se direciona no sentido de coibir manifestações e informações com esse conteúdo e que tenham o potencial de afetar a dignidade e integridade da vítima e testemunhas.

Essa interpretação é corroborada pela expressão “em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual”, além da própria gênese da lei que, como visto, originou-se de episódio ocorrido em apuração judicial de crime sexual.

Desta forma, ainda que embrionariamente, a Lei n. 14.245/2021 deve ser entendida como espécie de *rape shield law*. Mesmo que o diploma possa ser aplicado a quaisquer delitos, é incontornável o seu vínculo com aspectos sexuais e comportamentais associados a preconceitos e estereótipos de gênero, circunstância que deve obrigatoriamente orientar e direcionar a sua aplicação.

Visto isoladamente, o *caput* constitui norma de proteção a direitos da vítima ligado ao dever de tratamento digno e respeitoso em juízo, em princípio limitado a aspectos de direito material e sem repercussão epistemológica.

Nesse sentido, o referido preceito complementa a tutela do art. 201 do CPP, que prevê medidas necessárias à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da vítima. Contudo, a *ratio* desse último dispositivo é evitar a (super)exposição e não necessariamente impedir o assédio moral, a intimidação ou a humilhação em audiência criminal. Logo, há uma relação de complementação e de acréscimo entre a Lei n. 14.245/2021 e o art. 201 do CPP e não mera redundância.

Por sua vez, embora o *caput* estabeleça *per se* uma norma de proteção e dever de tratamento relacionado à forma do ato judicial, o legislador instituiu disposições no art. 400-A, I e II, do CPP que têm o potencial de limitar provas, constituindo também restrição de conteúdo, daí ser oportuno o exame da natureza e amplitude de tais restrições.

Quanto ao art. 400-A, I, do CPP, a vedação “a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos” se relaciona com a relevância lógica e em regra ocorrerá durante a

produção da prova oral, sejam as perguntas formuladas, sejam eventuais comentários feitos durante a inquirição³⁸.

A norma representa um detalhamento do art. 212 do CPP, que autoriza o juiz a indeferir perguntas que “não tiverem relação com a causa”. Não se trata de mera repetição legal, mas sinal inequívoco da intenção do legislador em trazer maior rigor ao filtro lógico de admissibilidade das provas previsto genericamente no art. 400, § 1º, do CPP, agora em atenção às matérias do art. 400-A do CPP³⁹.

No que concerne ao art. 400-A, II, do CPP, veda-se a utilização de linguagem, de informações ou de material capazes de ofender a dignidade da vítima e testemunhas.

A expressão “linguagem” pressupõe o emprego de termos insultuosos e abusivos, tanto oralmente ou por escrito, sem se relacionar diretamente com a admissibilidade de provas ou perguntas formuladas. Reforça-se o dever de urbanidade dos profissionais do direito para com terceiros, de resto já previsto em outros diplomas legais (v. g., art. 33, parágrafo único, da Lei n. 8.906/1994, art. 35, inciso IV, da Lei Complementar n. 35/1979 e art. 43, inciso IX, da Lei n. 8.625/1993).

O dispositivo veda ainda o uso de “informações” e de “material”. Nesse ponto, não se limitou apenas à forma (“linguagem”) pela qual as partes se dirigem às vítimas e testemunhas oralmente ou por escrito, mas adentra o campo probatório.

Por “utilização” deve ser entendida não apenas a informação que porventura já ingressou no processo (como a prova pré-constituída, submetida a um juízo de admissibilidade *a posteriori*), mas também aquela que se pretende introduzir ou a que está sendo produzida via depoimentos orais. Desta forma, a depender das circunstâncias, o dispositivo pode implicar restrição à admissibilidade de provas propostas pelas partes.

³⁸ Nesse sentido, Nucci (2023, p. 916) entende que o dispositivo alcança “comentários pessoais dos envolvidos no processo” e “inadequadas opiniões expostas pelas partes (acusação ou defesa) em relação à pessoa da vítima ou da testemunha”. De fato, externar juízos de valor sobre as respostas dadas pela vítima ou testemunhas durante a inquirição é conduta altamente revitimizadora (Mendonça, 2022, p. 828).

³⁹ Entendendo tratar-se de norma de reforço ao art. 400, § 1º, do CPP: Demercian, Maluly e Villaboim (2024, p. 8).

Importa destacar que, diferentemente do inciso I, o inciso II não traz referência a “circunstâncias ou elementos alheios”. Logo, em tese, pode eventualmente alcançar elementos relacionados direta ou indireta com os fatos objeto de apuração.

Como visto, as exclusões epistemológicas limitam provas que já ultrapassaram o filtro lógico, mas não são confiáveis, podem ser superestimadas, ou ainda, tenham o potencial de induzir prejuízos e, consequentemente, levar a decisões imprecisas sob o ponto de vista de um adequado juízo de fato, como pode ocorrer com informações sobre comportamento pretérito quando associadas a estereótipos de gênero.

Desta forma, a expressão “que ofendam a dignidade” do inciso II deve ser compreendida como vinculada ao espectro probatório e relacionada a elementos de prova que, mesmo tendo liame com os fatos, podem atentar contra a dignidade da vítima e testemunhas no sentido de serem empregados ou utilizados com fins indevidos.

Sem impropriedade no modo de obtenção ou na produção do meio de prova, a dignidade por si só não pode restringir o ingresso de prova logicamente relevante, pois do contrário qualquer prova versando sobre aspectos íntimos e privados, independentemente do contexto, seria inadmissível, o que é inaceitável.

Portanto, a utilização de informação e de material que ofendam a dignidade deve estar atrelada ao efeito epistemológico negativo que possam produzir. Para os fins do inciso II, a prova ofensiva à dignidade é aquela empregada com fins indevidos e potencial de causar prejuízos cognitivos, em especial, quando associada a estereótipos.

Ainda que incipiente, o art. 400-A, II, do CPP se aproxima de uma proibição típica das *rape shield laws*, introduzindo critério de natureza epistemológica (evitar possíveis reflexos cognitivos prejudiciais), sem prejuízo de um fim residual político (mitigar vitimização secundária e estimular o registro de ocorrências)⁴⁰.

⁴⁰ Aparentemente aceitando a dignidade como critério exclusivo para inadmitir a prova, vide Moreira (2023, p. 129): “em situações limítrofes (*hard cases*) em que o interesse estatal na obtenção de provas processuais se contraponha a direitos fundamentais da pessoa da vítima/testemunha (v.g. honra, imagem, intimidade, integridade psicológica, etc.), em não sendo possível compatibilizar os interesses contrapostos, há que se dar prevalência ao respeito

Evidentemente, dada a tensão com o direito à prova, as restrições da Lei n. 14.245/2021 demandam cautela e não significam uma proibição de prova incondicional de forma a presumir, absolutamente, que os dados sobre aspectos comportamentais da vítima serão sempre irrelevantes e prejudiciais, sob pena de cerceamento da atividade probatória assegurada às partes, notadamente a defesa do acusado⁴¹.

Em *R. v. Seaboyer* (Canadá, 1991), a Suprema Corte do Canadá reconheceu como superada e desacreditada a ideia de que experiências sexuais pretéritas de uma mulher poderiam implicar, por si só, na redução da credibilidade de seu depoimento, isso por não haver ligação lógica ou prática entre a reputação sexual de uma mulher e a mendacidade de seu depoimento ou o consentimento para o ato sexual. Não obstante, a citada Corte entendeu que a legislação não poderia excluir em abstrato prova potencialmente relevante sem considerar as circunstâncias concretas.

A antiga redação da seção 276 do Código Criminal canadense não distinguia os diferentes propósitos para os quais a prova podia ser apresentada, isto é, via a prova sobre comportamento sexual em si como o mal a ser combatido, quando na verdade o problema real era o uso inadequado dessa prova para fins irrelevantes e enganosos (*irrelevant and misleading purposes*). Assim, a lei acabava por estabelecer uma proibição

à dignidade da pessoa humana, ainda que, para tanto, a obtenção das provas reste prejudicada”.

⁴¹ Fernandes e Cunha (2021) entendem que o inciso II dispõe sobre elementos que tenham relação com o “objeto de prova dos autos, mas, mesmo nesse caso, há limites na sua produção: não se admitem excesso de linguagem, informações ou qualquer material ofensivo às vítimas ou testemunhas. Assim, não podem ser usados termos que causem inegável constrangimento, fotografias de redes sociais para fazer julgamentos quanto à honra, especulações quanto a namoros ou relacionamentos anteriores da vítima, dentre outras provas”. No mesmo sentido: Fernandes (2024, p. 552) e Moreira (2023, p. 143). Discorda-se em parte desses argumentos. Entende-se que a dignidade e a privacidade devem ser protegidas não de qualquer prova com potencial invasivo, mas da prova desnecessariamente invasiva, isto é, a prova irrelevante (inciso I) ou com fins indevidos e alto potencial de gerar prejuízos advindos de estereótipos de gênero e preconceitos (inciso II), não podendo ser admitida proibição absoluta e em abstrato de, por exemplo, toda e qualquer fotografia de rede social ou questionamentos sobre relacionamentos anteriores independentemente da situação concreta.

absoluta para esse tipo de prova, sem avaliar as circunstâncias do caso e independentemente de um propósito ilegítimo ou válido.

A Corte entendeu, assim, que a seção 276 infringia direitos constitucionais, pois ao tentar alcançar seu propósito – abolir o retrógrado e sexista emprego de prova referente à conduta sexual e afastar possíveis inferências indevidas que o juiz ou o júri pudessem extrair dessa prova – exagerava e poderia tornar inadmissível prova relevante e legítima proposta pela defesa, afetando o direito a um julgamento justo.

A legislação foi então alterada e em julgamento posterior (*R. v. Darrach*), a Suprema Corte canadense confirmou a constitucionalidade da reforma e rejeitou a tese de que a (nova) lei violaria o direito de defesa. Na oportunidade, reafirmou-se a falácia dos mitos gêmeos e esclareceu-se que a legislação reformada proibia a prova de comportamento sexual passado apenas quando ofertada para dar suporte a dois tipos de inferências ilegítimas: pelo mero fato de terem tido experiências sexuais prévias, mulheres seriam mais propensas a consentirem ao sexo e menos críveis como testemunhas. Por fim, lembrou-se que “[a]n accused has never had a right to adduce irrelevant or misleading evidence” (Canadá, 2000).

Logo, sob pena de cerceamento indevido da atividade probatória das partes, é inviável a proibição apriorística e abstrata de prova versando sobre o comportamento sexual ou conduta social da vítima. Desta forma, visando compatibilizar o diploma legal com o direito à prova, propõe-se a seguinte solução *de lege lata*.

Se a prova proposta ou pergunta se relacionar a temas da Lei n. 14.245/2021, o juiz poderá determinar que a parte justifique a providência requerida, seja eventual questionamento, seja a juntada de documentos entre outros, tanto no aspecto da relevância lógica, como do propósito da prova a fim de evitar efeitos prejudiciais associados a aspectos discriminatórios ou de estereótipos de gênero.

Para a prova testemunhal, especificamente, há dificuldade para o juiz analisar a relevância ou a finalidade, pois pode desconhecer o assunto que será tratado pelo depoente, em especial na prova requerida pela defesa. Segundo Ferrer-Béltran (2007, p. 69, nota 15), um procedimento adequado para evitar essa situação seria a previsão de audiência específica na qual as partes proporem as provas e justificariam o que esperam obter delas, permitindo que o juiz decida com mais informação.

Nessa linha, a seção 43 do YJCEA (Reino Unido, 1999) prevê que o pedido de permissão (*leave of the court*) para a produção de prova sobre comportamento sexual deve ser feito em caráter reservado pela defesa, com o órgão julgador decidindo na ausência do júri se concede ou não essa permissão e, em caso de deferimento, deverá ser especificada a extensão em que a prova foi admitida e o seu respectivo fundamento.

Situação semelhante ocorre em determinadas legislações do direito norte-americano, como a regra 412, (c), 1, A e (2), das FRE (Estados Unidos da América), no qual a parte interessada em produzir tal prova deverá fazer um requerimento específico descrevendo a prova e declarando o propósito pelo qual está sendo proposta, sendo que antes de admiti-la o juiz deve designar uma audiência reservada (*in camera*) e dar oportunidade à vítima e às partes de serem ouvidas.

Inexistindo previsão de audiência específica para essa deliberação no direito brasileiro, o controle sobre a admissão deve ocorrer tão logo se perceba que a providência pretendida integre as matérias da Lei n. 14.245/2021. O juiz pode determinar, se assim entender cabível, que a parte justifique previamente sua pergunta sob o prisma da relevância lógica e finalidade⁴².

A prova documental, por ser pré-constituída, não passa por um juízo prévio de admissibilidade sob o crivo da relevância ou pertinência, pois simplesmente é juntada aos autos e submete-se, no máximo, a um juízo *a posteriori* de critérios jurídicos, como uma carta obtida por meios ilícitos (Badaró, 2019, p. 163-164). Nesse caso, a apresentação (juntada) do documento pela parte já caracteriza a produção propriamente dita, tornando inevitável o conhecimento da prova pelo juiz e pela parte contrária⁴³.

⁴² Em se tratando de prova testemunhal, tende-se a entender que a lei processual reconhece a existência de um direito “incontroverso e ilimitado à inquirição das testemunhas tempestivamente arroladas” (Gomes Filho, 1997, p. 79). Assim, inexistindo regra legal que imponha que as partes esclareçam previamente o que pretendem obter com a testemunha, é improvável que o juiz tenha elementos para avaliar a admissibilidade, salvo pedido de oitivas feitos fora do momento processual próprio como testemunhas de juízo ou referidas, onde a necessidade da parte pode resultar em algum ônus explicativo-argumentativo sobre a utilidade da providência.

⁴³ A exceção ocorre quando a parte não tem acesso direto ao documento e depende de decisão judicial para obtê-lo. Nessa hipótese, o juiz pode exigir

Contudo, considerando os fins da Lei n. 14.245/2021, é possível estender a *ratio* desse exame *ex post* também aos aspectos da relevância lógica da prova documental, assim como a finalidade a que se destina.

Poder-se-ia cogitar a aplicação de multa pelo juiz como forma de coibir a juntada de prova documental irrelevante ou prejudicial. No entanto, além de extrema, essa previsão suscitaria questionamentos constitucionais. O direito à prova é assegurado como expressão do direito de ação e da ampla defesa, de modo que a previsão de multa poderia gerar um efeito inibidor da iniciativa probatória, incompatível com o devido processo legal. Além disso, haveria o risco de penalizar a parte por apresentar, de boa-fé, uma prova que considerou relevante para o caso e compatível com seus interesses⁴⁴.

Omitindo-se a parte interessada em justificar a pergunta ou a prova proposta (ou apresentada) e seu respectivo fim, ou ainda, reputada insuficiente a explicação dada, a prova poderá ser indeferida motivadamente pelo juiz com base na Lei n. 14.245/2021⁴⁵.

justificativa prévia quanto à sua relevância antes de analisar o pedido.

⁴⁴ *De lege ferenda*, a imposição de multa seria constitucionalmente viável apenas como sanção disciplinar aplicada pelo juiz em caso de flagrante descumprimento do dever das partes de zelar pela integridade física e psicológica da vítima. No entanto, essa multa não poderia estar vinculada à proposição ou produção de provas, mas unicamente à garantia de tratamento respeitoso em juízo. Seu objetivo seria coibir condutas ofensivas e humilhantes como ataques pessoais, insinuações indevidas ou maliciosas e comentários pejorativos e jocosos, como aliás ocorreu na audiência do caso de Mariana F. (Alves, 2020). É importante destacar, todavia, que a Lei n. 14.752/2023 recentemente revogou a previsão de multa para casos de abandono do processo, o que sinaliza uma tendência legislativa contrária à ampliação do poder disciplinar do juiz criminal nessa seara.

⁴⁵ Guardadas as devidas proporções, esse procedimento se aproxima da *offer of proof* do direito norte-americano previsto na regra 103 das FRE (Estados Unidos da América), na qual a parte pode discordar da admissão de prova pelo juiz e pedir motivadamente a sua exclusão. Se o juiz concordar e excluir a prova, a parte contrária pode fazer uma *offer of proof* e pedir a manutenção da prova, descrevendo aquilo que pretende produzir com o meio de prova requerido. Nesse sentido, admitindo que o juiz possa intimar a parte para justificar o liame direto ou indireto da prova que pretende produzir com o *thema proandum*, vide Silva (2019, p. 257-264).

Essa forma de admissão de prova mediante determinação judicial de prévia justificação nos casos do art. 400-A do CPP assemelha-se a um regime de exclusão.

Conforme Badaró (2016, p. 249-250), o critério lógico de admissibilidade da prova pode ser concebido de duas formas: i) regime de inclusão, no qual os meios de prova somente podem ser excluídos em caso de manifesta irrelevância; ii) regime de exclusão, no qual há inversão desses sinais, isto é, em regra não se admite a prova, salvo se a parte demonstrar que ela é pertinente e relevante.

Evidentemente, um regime de inclusão confere maior amplitude ao direito à prova e idealmente é mais adequado. Contudo, diante da necessidade de compatibilização dos preceitos da Lei n. 14.245/2021 e face ao legítimo interesse estatal em uma adequada apuração dos fatos e resguardo da integridade e dignidade da vítima, a excepcional possibilidade de o juiz, casuisticamente, determinar que a parte justifique previamente a relevância lógica e/ou o propósito da prova não necessariamente compromete direitos e garantias sob o prisma probatório, mas apenas suscita um cuidado maior do juiz na admissão de elementos sensíveis de prova e impõe um ônus aceitável às partes caso pretendam produzir provas deste teor.

Em síntese, para as provas referidas no art. 400-A do CPP com potencial para atentar contra a integridade e dignidade da vítima e testemunhas, entendidas *lato sensu* como versando sobre a personalidade e conduta social e sexual passada, o juiz poderá determinar, diante das peculiaridades concretas da causa, que a admissibilidade da prova fique sujeita à prévia demonstração pelo interessado da respectiva relevância lógica (inciso I) e, num segundo momento (inciso II), que não se destina ao uso discriminatório e fundado em estereótipos de gênero com potencial de gerar prejuízos, em especial, quando a prova se destinar a aferir a credibilidade do(a) depoente⁴⁶.

⁴⁶ Não se olvida que uma interpretação ampla dos termos “manifestação” ou “utilização de [...] informações” empregados no incisos I e II possam aproximar a Lei n. 14.245/2021 na direção de uma limitação argumentativa ou temática, a exemplo do que ocorre no art. 478 do CPP do rito do júri ou do entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF 779 (Brasil, 2023), que vedou a invocação em abstrato de uma tese jurídica, no caso, a legítima defesa da honra. Assim, além de restringir provas, a Lei n.

Não se trata de interditar invariavelmente qualquer possibilidade de admissão de prova sobre a personalidade ou o caráter moral da vítima e testemunhas, mas de impor limites racionais à prova, em especial quando destinada a aferir a credibilidade do depoente exclusivamente a partir de sua conduta social e comportamento sexual pretérito.

Considerando a forma como o legislador tratou a questão e a necessidade de fornecer uma interpretação funcional aos dispositivos da Lei n. 14.245/2021, de resto harmoniosos com normativas internacionais sobre a proteção às vítimas de crimes sexuais tanto no aspecto do direito material como processual-probatório, o juiz poderá, atendendo as peculiaridades do caso concreto e restrito às matérias da Lei n. 14.245/2021, exigir esclarecimentos das partes para avaliar não apenas a relevância lógica, mas também a finalidade da prova pretendida de modo a afastar o ingresso de informações com possíveis efeitos prejudiciais à apuração dos fatos, ainda que para tanto tenha que excepcionalmente realizar um prognóstico preliminar do resultado da prova e sopesá-lo com tais efeitos prejudiciais, sempre mediante decisão fundamentada e ponderando o direito à prova das partes, notadamente a defesa do acusado⁴⁷.

De todo modo, caso admitida a prova sobre o comportamento anterior, esta deverá ser produzida de forma a ocasionar o menor inconveniente possível à vítima e testemunhas, remanescendo presente e intacto,

14.245/2021 vedaria o uso de determinados argumentos, isto é, independentemente da prova produzida a parte não poderia se valer de certos temas ou fundamentos para amparar a(s) sua(s) respectiva(s) tese(s) ao final do processo. Nesse sentido entendem Mendonça (2022, p. 828) e Badaró (2022, p. 949). Esse também pareceu ser o caminho trilhado na ADPF 1.107, pelo qual o STF interpretou parte dos dispositivos da Lei n. 14.245/2021 “para conferir máxima efetividade aos direitos constitucionalmente postos e coibir a práticas que impliquem na revitimização de mulheres agredidas sexualmente” (Brasil, 2024). O presente artigo, contudo, volta-se especificamente às repercussões de direito probatório e, portanto, não investiga especificamente o potencial da lei em instituir eventual restrição abstrata ao uso de argumentos ou teses jurídicas, o que fica reservado para outra oportunidade.

⁴⁷ Interpretada dessa forma, a Lei n. 14.245/2021 se aproxima do modelo de New Jersey. Sobre os diversos modelos de *rape shield laws*, vide nota 31.

obviamente, o dever de tratamento respeitoso e digno, a ser observado continuamente por todas as partes e demais sujeitos processuais⁴⁸.

Por fim, justamente por afetar o direito à prova, a expressão do *caput* “[n]a audiência de instrução e julgamento” deve ser interpretada extensivamente e de forma consentânea aos fins buscados por uma lei voltada à proteção de vítimas sob a ótica da produção de prova sobre a personalidade e o comportamento passado. Assim, deve abranger todos os momentos nos quais a atividade probatória se desenvolve em juízo e não apenas a audiência de instrução e julgamento⁴⁹.

⁴⁸ Em caso de admissão indevida de prova (descumprimento das normas lógicas e epistemológicas dos incisos I e II), a consequência não será a nulidade, mas a desconsideração da prova na valoração judicial. Por outro lado, se descumprida a norma de proteção do *caput* (dever de tratamento respeitoso), Fernandes e Cunha (2021) entendem que, apesar de a lei não prever sanção processual, a depender do grau de violação aos direitos fundamentais, a prova produzida pela vítima ou testemunha pode ser tida como imprestável. Por sua vez, Badaró (2022, p. 951) entende que a lei não tutela a correta reconstrução histórica dos fatos, mas apenas protege a dignidade da vítima e testemunhas, sendo um mecanismo de proteção de direitos e não de técnica para assegurar a justiça da decisão. Assim, por não incidir na obtenção do elemento de prova ou na produção do meio de prova, eventual descumprimento da lei não afeta a prova produzida. Todavia, o autor pondera que, se o desrespeito ocorrer na produção da prova e for intenso e reiterado de modo a comprometer o potencial epistêmico das informações poderá haver ilegitimidade do meio de prova e consequente nulidade da prova (Badaró, 2022, p. 951). Muito embora discorde-se que a Lei n. 14.245/2021 seja apenas um mecanismo de proteção da dignidade e não tenha repercussão epistemológica direta, concorda-se com a possibilidade de se reconhecer a ilegitimidade da prova em situações de intensa hostilidade contra a vítima ou testemunha durante a produção da prova sem que tenha havido intervenção judicial visando evitá-la ou mitigá-la. Nesse caso a nulidade ocorrerá não pelo desrespeito à dignidade em si, mas pelo efeito epistemológico que a conduta pode causar durante a produção da prova, isto é, em razão do constrangimento sofrido em audiência o depoente não consegue prestar adequadamente seu depoimento.

⁴⁹ A vítima e a testemunha evidentemente também gozam de proteção quanto à intimidade e dignidade fora desse momento, em especial na fase pré-processual, aplicando-se a legislação ordinária no que couber. Todavia, o intuito principal da Lei n. 14.245/2021 foi estabelecer limites no âmbito judicial, inclusive por abranger questões de prova que devem ser produzidas em juízo. Ressalta-se que as disposições do art. 400-A do CPP incidirão em caso de produção antecipada de prova, seja na forma do art. 366 do CPP, seja em outros diplomas, como a Lei n. 13.431/2017 e a Lei n. 9.807/1999.

CONCLUSÃO

Com propósito semelhante às *rape shield laws*, a Lei n. 14.245/2021 visa proteger a integridade e dignidade das vítimas e, no que couber testemunhas, notadamente em crimes sexuais, contra tratamento humilhante em juízo, mitigando a vitimização secundária, bem como estimular o registro de ocorrências, e ainda, evitar que aspectos do comportamento social da vítima, em especial de natureza sexual, sejam empregados em juízo e manipulados indevidamente na forma de estereótipos ou com fins discriminatórios de forma a gerar efeitos prejudiciais à correta apuração dos fatos.

Além de instituir norma de proteção material à dignidade e reforçar o dever de tratamento respeitoso (*caput*), o diploma criou disposições que afetam o direito probatório (incisos I e II). Constatada hipótese de potencial afetação à dignidade e integridade da vítima e das testemunhas na forma do art. 400-A do CPP e havendo pretensão de prova sobre conduta social, comportamento ou vivência sexual da vítima e testemunhas, o juiz poderá determinar, diante das peculiaridades concretas da causa e sempre sopesando o direito à prova das partes, que a admissibilidade da prova fique sujeita à prévia demonstração da relevância lógica (inciso I) ou que não se destina ao uso discriminatório ou fundado em estereótipos de gênero ou preconceitos (inciso II).

Caso assim determinado, caberá à parte interessada explicar *a priori* a relação da prova requerida com a solução da causa, assim como a respectiva finalidade, sejam eventuais perguntas durante a inquirição, seja a juntada de documentos (entre outras provas), isso para melhor avaliar a relevância lógica e, num segundo momento, se há risco de associação ou manipulação via preconceitos, atentando-se especialmente quando a prova for destinada a aferir a credibilidade do(a) depoente.

As restrições de prova instituídas pela Lei n. 14.245/2021 são aplicáveis durante toda a fase judicial, sempre que houver possibilidade de produção de provas e não apenas na audiência de instrução e julgamento. Ademais, a restrição do inciso I possui natureza lógica, enquanto o inciso II tem natureza epistemológica, relacionada ao potencial de causar prejuízos cognitivos à apuração dos fatos, sem prejuízo de um fim residual político (mitigar vitimização secundária e estimular o registro de ocorrências).

Para além de instar o necessário debate sobre a vitimização secundária, a Lei n. 14.245/2021 constitui, em última análise, uma primeira incursão da legislação brasileira sobre a prova de comportamento sexual, que tem forte intersecção com a *character evidence* (prova de personalidade ou de caráter), típica da *common law*, apresentando-se como uma oportunidade para um debate mais aprofundado sobre essa regra de exclusão que, no direito comparado alcança não apenas a vítima e testemunhas, mas também o acusado, notadamente quando possui registros criminais prévios⁵⁰.

REFERÊNCIAS

ALVES, Shirlei. Caso Mariana Ferrer termina com ‘estupro culposo’. *The Intercept Brasil*. [s. l.]. 3 nov. 2020. Disponível em: <https://www.intercept.com.br/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/>. Acesso em: 17 dez. 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Comentários ao artigo 474-A. In: BADARÓ, Gustavo Henrique; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias (coord.). *Código de Processo Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coord.). *Garantismo processual*. Garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 219-260.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: RT, 2019.

BENTHAM, Jeremias. *A treatise on judicial evidence*. London: Baldwin, Cradock, and Joy, Paternost-Row, 1825. Disponível em: <https://ia600307.us.archive.org/23/items/atreatiseonjudi00dumogoog/atreatiseonjudi00dumogoog.pdf>. Acesso em: 29 out. 2024.

⁵⁰ Sobre a relação com a *character evidence*, explica Herriot (2023, p. 43): “bad character legislation and previous sexual history legislation are in fact notably similar in that both aim to shield witnesses from the introduction of private evidence that may be of low probative value and could cause distress”.

BERISTAIN, Antonio. *Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Trad. Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 9. ed. Editado por Bryan A. Garner. Saint Paul: Thomson-West, 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 5.096, de 2020*. Autoria: Lídice da Marta e outros. Brasília: 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node09ncp0kdsyntfius0k52gkz255198089.no de0?codteor=1940755&filename=Tramitacao-PL+5096/2020. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADPF 779/DF*. Rel. Dias Toffoli. Brasília, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15361685556&ext=.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADPF 1.107/DF*. Rel. Carmen Lúcia, Brasília, 2024. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%201107%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 05 out. 2024.

CANADÁ. *Criminal Code*. R.S.C., 1985, c. C-46. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-46.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2024.

CANADÁ, Corte Suprema do Canadá. *R. v. Darrach 2000 2 S.C.R. 443*. Ottawa, 2000. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1810/index.do>. Acesso em: 05 nov. 2024.

CANADÁ, Corte Suprema do Canadá. *R. v. Seaboyer 1991 2 SCR 577*. Ottawa, 1991. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/783/index.do>. Acesso em: 22 jul. 2023.

CHOO, Andrew L-T. *Evidence*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2021.

DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf; VILLABOIM, Ana Carolina Gregory. Lei Mariana Ferrer: respeito à dignidade da vítima no processo penal. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 24, p. 04-12, jan.-jun. 2024. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/issue/view/42. Acesso em: 03 dez. 2024.

DURSTON, Gregory. *Evidence. Text and materials*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Rules of Evidence*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_412. Acesso em: 22 jul. 2023.

FENNER, Michael G. *The hearsay rule*. 3. ed. Durham: Carolina Academic Press, 2013.

FERNANDES, Lara Teles. *Prova testemunhal no processo penal*. Uma proposta interdisciplinar de valoração. 2. ed. Florianópolis: EMais, 2020.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha*. O processo no caminho da efetividade. 5. ed. Salvador: Judpodivm, 2024.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance; CUNHA, Rogério Sanches. Lei 14.245/21 (Lei Mariana Ferrer): Considerações iniciais. *Meu Site Jurídico*. [s. l.]. 24 nov. 2021. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br>. Acesso em 30 mar. 2023.

FERRANTELLI, Talita. Sexual consent and epistemic partiality in rape fact-finding. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 3, p. 1297-1332, set./dez. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.776>

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

GAMA, Raymundo. Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico. *Quaestio Facti*. Revista internacional sobre razonamiento probatorio, n. 1, p. 285-298, 2020. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22373

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Processo de conhecimento. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HERRIOT, Charlotte. *Sexual history evidence in rape trials*. Is the jury out? Abingdon: Routledge, 2023.

HO, Hock Lai. The legal concept of evidence. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2021 Edition). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/evidence-legal/>. Acesso em: 21 mar. 2024.

KEANE, Adrian; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KELLO, Catherine L. Rape shield laws. Is it time for reinforcement? *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 21, n. 1, p. 317-345, 1988. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol21/iss1/11>. Acesso em: 07 jan. 2025.

INGRAM, Jefferson L. *Criminal evidence*. 13. ed. New York: Routledge, 2018.

MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARDEGAN, Alexssandra Muniz. Injustiça epistêmica: a prova testemunhal e o preconceito identitário no julgamento de crimes contra a mulher. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 9, n. 1, p. 65-100, jan.-abr. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.788>

MENDONÇA, Andrey Borges de. Comentários ao artigo 400-A. In: BADARÓ, Gustavo Henrique; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias (coords.). *Código de Processo Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

OLIVEIRA, Heitor Moreira de. Vedação à violência institucional e à revitimização no curso do processo. Comentários à Lei n. 14.245/2021 (Lei Mariana Ferrer). *Revista Internacional de Vitimologia e Justiça Restaurativa*, ano 1, v. 2, p. 119-150, jul. 2023. <https://doi.org/10.58725/rivjr.v1i2.28>

MCGLYNN, Clare. Rape trials and sexual history evidence: reforming the law on third-party evidence. *The Journal of Criminal Law*. v. 81, n. 5, p. 367-392, spt. 2017. <https://doi.org/10.1177/0022018317728824>

MURPHY, Peter; GLOVER, Richard. *Murphy on evidence*. 13. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Corte IDH. *Caso Barbosa de Souza v. Brasil*, serie C n. 435, 07 set. 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em: 25 mar. 2022.

REDMAYNE, Mike. The structure of evidence law. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 805-822, winter, 2006. <https://doi.org/10.1093/ojls/gql024>

REINO UNIDO. *Sexual Offences (Amendment) Act 1976*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/82>. Acesso em: 24 out. 2024.

REINO UNIDO. *Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/23/contents>. Acesso em: 22 jul. 2023.

ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. *Roberts & Zuckerman's Criminal Evidence*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2022.

SILVA, Bernardo Braga e. *O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro*. Curitiba: CRV, 2019.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SPENCER, John. O processo penal na Inglaterra. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Trad. Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

TANFORD, J. Alexander; BOCCHINO, Anthony J. Rape victim shield laws and the Sixth Amendment. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 128, n. 3, p. 544-602, jan. 1980. <https://doi.org/10.2307/3311608>

TARUFFO, Michelle. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michelle. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TEMKIN, Jennifer. Prosecuting and defending rape: perspectives from the Bar. *Journal of Law and Society*, v. 27, n. 2, p. 219-248, jun. 2000. <https://doi.org/10.1111/1467-6478.00152>

THAYER, James Bradley. *A preliminary treatise on evidence at the common law*. Boston: Little, Brown, and Company, 1898. Disponível em: <http://www.minnesotalegalhistoryproject.org>. Acesso em 15 fev. 2024.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.

UNIÃO EUROPEIA. *Decisão-Quadro 2001/220/JAI*, de 15 de março de 2001. Bruxelas: Conselho da União Europeia, 2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32001F0220>. Acesso em: 21 fev. 2025.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 25 de outubro de 2012. Bruxelas: Parlamento Europeu-Conselho da União Europeia, 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029>. Acesso em: 21 fev. 2025.

VAN DER AA, Suzan; VAN MERRIËNBOER, René; PEMBERTON, Antony; LÁZARO, João; RASQUETE, Carmen; AMARAL, Carla; MARQUES, Frderico; PITA, Marta. *Project Victims in Europe*. Implementation of the EU framework decision on the standing of victims in the criminal proceedings in the Member States of the European Union. Lisbon: APAV, 2009. Disponível em: https://apav.org.pt/publiproj/images/yootheme/PDF/VinE_Final_Report_EN.pdf. Acesso em: 18 fev. 2025.

WALLACH, Shawn J. Rape shield laws: protecting the victim at the expense of the defendant's constitutional rights. *New York Law School Journal of Human Rights*, v. 13, n. 2, p. 485-521, 1997. Disponível em: https://digitalcommons.nyls.edu/journal_of_human_rights/vol13/iss2/7. Acesso em: 22 jul. 2023.

WIGMORE, John Henry. *A treatise on the system of evidence in trials at common law*. v. III. Boston: Little, Brown, and Company, 1904. Disponível em: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=coo.31924020192377&seq=7>. Acesso em: 02 nov. 2024.

WIGMORE, John Henry. *Evidence in trials at common law*. v. IA. Revisado por Peter Tillers. Boston: Little, Brown and Company, 1983.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. *The principles of criminal evidence*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

Authorship information

Fernando Martinho de Barros Penteado. Doutorando e Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pós-graduado lato sensu (especialização) em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Pós-Graduado em Direito Processual Penal pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Graduado em Direito pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS). Professor Assistente em cursos de especialização em direito processual penal da Escola Paulista da Magistratura (2019/2024). Juiz de Direito no Estado de São Paulo. fernandombpenteado@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 30/12/2024
- Desk review and plagiarism check: 15/01/2025
- Review 1: 03/02/2025
- Review 2: 03/02/2025
- Preliminary editorial decision: 17/02/2025
- Correction round return: 05/03/2025
- Final editorial decision: 09/03/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

PENTEADO, Fernando Martinho Barros. A Lei n. 14.245/2021 e seus reflexos na prova penal: relevância, admissibilidade e proteção contra vitimização secundária. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 1, e1147, jan./abr. 2025. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i1.1147>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Repensando a «contrariedade à evidência dos autos»: o «erro na valoração da prova» e seu controle via revisão criminal

Rethinking the “contrariety to the evidence in the case records”: controlling errors in evidence evaluation through criminal review

Fernando Braga¹

Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Brasília, DF, Brasil

fernando-braga@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/9489087695696684>

 <https://orcid.org/0000-0002-8690-3440>

RESUMO: O presente estudo debruça-se sobre o controle, em revisão criminal, da valoração da prova penal exaurida e estabilizada. Admitindo que a revisão criminal não poderia configurar uma via para uma ampla reavaliação probatória nem se fechar à verificação de toda espécie de vícios ou erros decisórios, perquire-se o conceito de «contrariedade à evidência dos autos», enquanto defeito da sentença que impediria a sua estabilização, o que se faz a partir de uma releitura fundamentada na ciência do direito probatório e nos princípios de um processo penal democrático. Referida análise incorpora reflexões sobre os princípios da unidade e da necessidade da prova, objetivando critérios intersubjetivos que favoreçam o controle de erros judiciais de forma racional e previsível, assegurando os valores de verdade (ou justiça substancial) e segurança jurídica, consolidando um modelo de prova penal que

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1998), mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2005), mestrado em Raciocínio Probatório pela Universidade de Girona (2024) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2023). Atualmente é professor integrante do quadro permanente da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e desembargador federal junto ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, atuando principalmente nos seguintes temas: prova penal, formação de juízes, processo penal, investigação criminal e tribunal do júri.

leva a sério o erro. Conclui-se que condicionar a revisão criminal à existência de *contrariedade à evidência dos autos* equivale a exigir a configuração de uma dissonância entre os enunciados fáticos evidenciais estabelecidos na sentença condenatória sob revisão e os (resultados de exames sobre os) elementos empíricos constantes/documentados nos autos.

PALAVRAS-CHAVE: Efetividade e Sistema de Justiça; Direito probatório; Revisão Criminal; Erro Judiciário; Contrariedade à Evidência dos Autos.

ABSTRACT: *This study examines the control of exhausted and stabilized evaluation of criminal evidence within criminal review proceedings. Recognizing that criminal review cannot be a broad mechanism for reevaluating evidence, nor entirely closed to the examination procedural flaws or decisional errors, the study examines the concept of contrariety to the evidence contained in the case records as a defect in the decision that prevents its stabilization. This is undertaken through a reinterpretation grounded in the evidence law and the principles of democratic criminal procedure. This analysis incorporates reflections on the principles of unity and necessity of evidence, aiming to develop intersubjective criteria that enable rational and predictable judicial error control, safeguarding the values of truth (or substantive justice) and legal certainty, and consolidating a model of criminal evidence that takes error seriously. It is concluded that conditioning criminal review on the existence of contrariety to the evidence contained in the case records equates to requiring the demonstration of a dissonance between the evidential facts established in the judgment under review and the (results of examinations of) empirical elements contained or documented in the case records.*

KEYWORDS: *Effectiveness and Criminal Justice System; Evidence Law; Criminal Review; Wrongful Convictions; Contrariety to the Evidence in the Case Records.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Entre a correção material do juízo fático-probatório e a necessidade de sua estabilização; 2. O erro na valoração da prova: a necessidade de um conceito operativo; 3. O artigo 621, I, parte final, e a sua interpretação pela doutrina tradicional; 4. A evidência (dos autos) segundo a nova ciência do direito probatório; 5. A contrariedade à evidência dos autos segundo a (nova) ciência do direito probatório; Conclusões; Referências.

“Es más fácil identificar los errores que los aciertos (...) más fácil saber cuándo un razonamiento o una conclusión es equivocada que cuándo es correcta”².

INTRODUÇÃO

No marco de um processo penal garantista, não há mais espaço para decisões subjetivistas, como se o/a julgador/a fosse um ser iluminado, capaz de simplesmente “enxergar” a solução correta para cada caso que lhe é submetido. Ao contrário, a ordem jurídica fixa critérios que vinculam a própria tomada de decisão³.

Em relação ao juízo fático-probatório, longe de uma ampla liberdade de convencimento, há um conjunto de critérios que vinculam o/a julgador/a quando examina, organiza, interpreta e raciocina (sobre) a prova incorporada ao processo, que corresponde ao que se poderia denominar de *regime jurídico da valoração da prova*⁴.

Sem descuidar que há inúmeras discussões sobre o próprio conteúdo da disciplina respectiva, enfrentar-se-á, aqui, problema relacionado à sua efetividade, ou seja, ao plano da sua concretização nas praxes judiciais, mesmo porque o/a jurista não pode despreocupar-se com o (quê do) Direito que se converte em realidade.

Desse modo, sendo direta a associação entre a efetividade de um dado regime jurídico e a qualidade de seus respectivos mecanismos de controle, propõe-se investigar a natureza (e/ou a medida) da violação dos critérios de valoração da prova que impediria a estabilização da sentença ou acórdão condenatório e autorizaria, por meio de revisão criminal, a rediscussão sobre sua correção/legitimidade.

² MALEM SEÑA, Jorge F. *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona, Gedisa, 2008, p. 110.

³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 82.

⁴ BRAGA DAMASCENO, Fernando. *Direito probatório (stricto sensu): da valoração da prova*. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2023. p. 128 e ss.

Tentando ser mais preciso, o problema central deste estudo é: *qual é o conceito de «erro na valoração da prova» que justificaria, via revisão criminal, o controle sobre a quaestio facti já resolvida e estabilizada pelo exaurimento da instância ordinária?*

Assume-se, então, como hipótese de trabalho, que a *ordem jurídica brasileira incorpora o que se poderia chamar de regime jurídico do controle sobre a valoração da prova já exaurida*, que emerge a partir de uma abordagem garantista⁵ do direito positivo, que, por sua vez, reclamaria os aportes da *nova ciência do direito probatório*⁶.

⁵ Segundo o garantismo de Ferrajoli, o Direito se legitima por valores que lhe são anteriores (e externos) e que a sua função não é outra, senão a de contenção do poder, impedindo ou reduzindo o arbítrio por parte daquele que o exerce (FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio L.; TRINDADE, André K. *Garantismo Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: Um Debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre, 2012, p. 18-19).

⁶ A assim também chamada probatorística deixa para trás a compreensão do direito probatório como uma ciência procedimentalista (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Ciência processual, ciência procedimental e ciência jurisdicional*. Empório do Direito. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-8-ciencia-processual-ciencia-procedimental-e-ciencia-jurisdicional-por-eduardo-jose-da-fonseca-costa>. Acesso no dia 9 dez. 2024). Aprofundando a ideia, Knijnik assevera “É nessa quadra que a contribuição realista nos pode favorecer. De um lado, ela põe em evidência que não é possível eliminar, de todo, a intuição do julgador (...) especificamente quanto ao controle do juízo de fato, a ideia de fundamentação como processo de racionalização jurídica se estende para a formação de uma dogmática-probatória, exigindo um conjunto de categorias e processos técnicos que auxiliem no controle, o quanto possível, dos subjetivismos que incidem na formação do juízo de fato. Mais do que isso, tal perspectiva demonstra que uma ideia de livre convencimento do juiz como convencimento alheio a regras não pode ser metodológica ou cientificamente aceita, por inibir o aparelhamento teórico capaz de fazer frente às delicadas contingências do juízo de fato. (...) do ponto de vista metodológico, isso conduz a uma importante proposição: a formação do juízo de fato tem de ser mediada pela dogmática processual, não podendo ser terra estranha ao trabalho do jurista prático ou assunto privativo do mundo fenomênico, para o qual todo o saber tecnológico do jurista seria dispensável. Dito de outro modo: o realismo, ainda que não se concorde inteiramente em suas premissas, permite evidenciar a necessidade de um direito probatório sistemático, com categorias e instituições próprias, de modo a evitar que o convencimento judicial escape a toda forma de controle dogmático e a um real contraditório.”. KNIJNIK, Danilo. *Ceticismo*

Como metodologia, buscar-se-á, com base em revisão bibliográfica, construir, desconstruir e reconstruir (um modelo para) o mencionado regime jurídico, de modo a verificar se essa releitura propicia base dogmática consistente que favoreça a concretização do direito fundamental à prova, mantendo-se ainda o ideal de segurança jurídica.

1. ENTRE A CORREÇÃO MATERIAL DO JUÍZO FÁTICO-PROBATÓRIO E A NECESSIDADE DE SUA ESTABILIZAÇÃO

Necessário iniciar fazendo (ainda mais) visível a premissa já assumida, qual seja a distinção entre a «valoração da prova» e o «controle sobre a valoração já exaurida e estabilizada», donde decorre que:

a) o regime jurídico da valoração da prova disciplina tanto a atuação do/a juiz/a de primeiro grau, como da corte de apelação, já que ambos têm competência para uma ampla cognição sobre toda a matéria fática, cabendo-lhes resolver o *problema da prova*, qual seja o de verificar/decidir sobre a existência e suficiência de prova que autorizaria a admissão da hipótese acusatória;

b) quer pela ausência de recurso contra a sentença de primeiro grau, quer pelo pronunciamento definitivo da Corte de apelação, deve-se considerar exaurida a valoração da prova;

c) havendo uma tensão no sentido de conferir estabilidade ou imutabilidade ao respectivo resultado, não se faz possível na revisão criminal uma mera retomada da valoração da prova, sob o seu regime jurídico (ordinário);

d) o «controle sobre a valoração da prova já exaurida», porque não voltado diretamente a resolver o *problema da prova* do processo originário, mas a detectar e corrigir (determinadas espécies de) «erros na valoração da prova», consubstancia-se em uma atuação *necessariamente limitada em sua cognição*.

fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova Judiciária: Estudos sobre o novo Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25.

e) ainda que se reconheça a necessidade de se valorizar o decidido, desestimulando a perpetuação da disputa sobre os fatos, deve-se admitir que um modelo que se fechasse completamente ao controle sobre a valoração da prova exaurida equivaleria a um modelo que não admite o erro do/a julgador/a que decidiu por último, o que terminaria violando o paradigma assumido (o Garantismo), já que, na prática, o correto seria aquilo que restou definido quando se exauriu a instância de fato, ou, de uma maneira bem direta, “acertaria quem errasse por último”⁷.

Ou seja, para seguir em busca de uma disciplina para o controle sobre a valoração da prova exaurida, necessário reconhecer que: de um lado, os marcos normativos voltados a balizar a atuação do sujeito da valoração da prova terão maior efetividade – entendida como o respeito no plano de sua concretização – à medida que a eles se associarem mecanismos de controle mais rigorosos; de outro, a definição sobre os fatos não pode ficar indefinidamente aberta a uma ampla rediscussão, não havendo como negar a existência de um interesse social em se dar por sepultadas as disputas e seguir adiante, de modo que o próprio valor justiça – aqui correspondente à «correção do juízo fático-probatório»⁸ – deve ser de alguma maneira relativizado, para que os indivíduos/instituições possam seguir com seus planos a partir do estado de coisas determinado na decisão, valendo lembrar Radbruch, quando disse que “[...] as injustiças, que possa acarretar determinado mecanismo de realização do Direito, vêm a ser apenas o preço do bem-estar e da tranquilidade gerais”⁹.

Assim, uma vez exaurida a instância fática ordinária, deve-se tentar conciliar os valores da segurança jurídica (coisa julgada) e da justiça substancial (correção material do juízo fático-probatório), mediante

⁷ “In general, it will have to serve two competing interests, namely that of legal certainty, finality and res judicata on the one hand, and justice in specific and exceptional cases on the other. If this mechanism is set up too narrowly, justice might not prevail”. NAN, Joost; LESTRADE, Sjarai. Towards a European right to claim innocence? *European Papers*, v. 5, n. 3, pp. 1325-1340, 2020, p. 1340.

⁸ O que equivaleria a uma elevada/adequada «credibilidade racional». MENDES, Paulo Sousa. *Causalidade complexa e prova penal*. Coimbra: Almedina, p. 350.

⁹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. L. Cabral de Moncada, São Paulo: Saraiva, 1934, p. 103.

um ajuste da “abertura” a um subseqüente «controle sobre a valoração da prova via revisão criminal», o que, por sua vez, se daria mediante a fixação dos requisitos autorizadores de uma rediscussão sobre a correção do juízo fático-probatório já coberto por alguma espécie de imutabilidade.

De logo, vê-se que dois modelos extremos parecem ser incompatíveis com a ordem jurídica brasileira:

a) a ausência de qualquer meio revisional, porque, como dito, equivaleria à ideia de que o/a julgador/a não erra, algo incompatível com o ideal garantista de Verdade que, aqui, se vocaciona a concretizar o próprio direito à liberdade de ir e vir¹⁰; e

b) a previsão de uma livre revisão da valoração já realizada, porque (b1) se estaria apenas deslocando o problema da efetividade – da instância ordinária para a “instância revisional” –, que nada mais seria que uma terceira instância ordinária, e também porque (b2) a previsão dessa terceira instância terminaria gerando uma sobrecarga ao órgão que daria a última palavra, sendo certo que os órgãos mais graduados têm uma capacidade de trabalho bem menor que a da soma dos órgãos de base ou intermediários.

2. O ERRO NA VALORAÇÃO DA PROVA: A NECESSIDADE DE UM CONCEITO OPERATIVO

O vocábulo *erro* pode abranger ideias distintas. No inglês, *mistake* é frequentemente utilizado para descrever a violação de um padrão ou norma que regula uma atividade específica, já *failure* associa-se à falha

¹⁰ Rogério Lauria Tucci relembra que a Constituição termina impondo meios para o reconhecimento do erro judiciário. (TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 86-87). De se registrar, ainda, que, embora em muitos ordenamentos não haja uma previsão expressa da reabertura de um caso, com base na alegação de má valoração da prova, percebe-se uma tendência a uma maior abertura para a chamada *post conviction litigation*. Nesse sentido, Brandon Garret, *verbis*: “[...] and that is open to reinvestigating cases that may have been mistaken. While high profile examples of wrongful convictions have often provided the impetus for adopting new standards for claims of innocence, whether those miscarriages of justice result in lasting change may depend less on the traditional legal rules in a jurisdiction than the adaptability of that system to new practical problems.”. GARRETT, Brandon L. Towards an International Right to Claim Innocence. *California Law Review*, v. 105. p. 1173-1221. 2017, p. 1220.

no resultado de um projeto, organização ou sistema¹¹. Em contraste, em português, *erro* termina englobando ambas as compreensões.

Portanto, será adotada aqui a expressão «erro na valoração da prova»¹² ou «erro decisório» para se referir ao primeiro sentido mencionado, ou seja, ao descumprimento das normas que perfazem o regime jurídico de valoração da prova. Por outro lado, «erro judiciário» será utilizado para fazer referência à falha no cumprimento da finalidade do sistema de justiça criminal, quer derive do descumprimento da disciplina respectiva, quer da própria imperfeição desta. Assim, o termo «erro judiciário» corresponderá ao erro substancial, seja um «falso positivo» ou um «falso negativo». No contexto do processo penal condenatório,

¹¹ VANDERHEIDEN, Elisabeth; MAYER, Claude-Hélène. There Is a Crack in Everything. That's How the Light Gets in: An Introduction to Mistakes, Errors and Failure as Resources. In: Vanderheiden, E., Mayer, CH. (eds.). *Mistakes, Errors and Failures across Cultures*. Springer. 2020, p. 3 e ss.

¹² Jordi Ferrer o chama de “erro inferencial” (FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. *El test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. In: PAPAYANNIS, Diego et al. (eds.). *Filosofía del derecho privado*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 419.), mas o termo não parece o mais adequado, já que não raro o julgador erra já na percepção/interpretação da prova, como registra Malem Seña (et. al): “Una vez admitida la prueba, el juez ha de conocer cuál es el contenido del material probatorio. Aquí el juzgador puede cometer errores en la observación y en la percepción del material probatorio. Los errores en la percepción y la observación de los jueces pueden afectar a todo tipo de pruebas y no resultan inhabituales en la práctica forense. Su efecto más notorio es que los jueces desconocen el contenido informativo de las pruebas que practican y, por lo tanto, no pueden valorarlo adecuadamente. Las causas de tales equivocaciones son múltiples y de una naturaleza muy variada. Se pueden deber a alteraciones físicas o síquicas del observador, a sus prejuicios ideológicos, a su experiencia, su conocimiento o su cultura, o a la naturaleza excepcional del objeto observado, entre otras.”. (MALEM SEÑA, Jorge F.; EZQUIAGA GANUZAS, F. Javier; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *El error judicial*. La formación de los jueces. Madrid: F.C.J.E, 2009, p. 20-21). “Desde el punto de vista material, la prueba no puede ser arbitraria, irracional o absurda. Lo es cuando los hechos de los cuales se parte no están debidamente acreditados [o los enunciados que a ellos se refieren son falsos] o cuando no existe una vinculación sostenible entre dichos hechos y aquellos que se presumen probados, ya sea porque violan las reglas de la lógica o de la experiencia científica o corriente, o bien por que las conclusiones del razonamiento en su conjunto son contradictorias o absurdas.” (Ibidem, p. 21-22).

o «falso positivo» poderá ser denominado também de «condenação errônea» (*wrongful conviction*).

Nossa lei processual incorpora essa distinção, quando institui a possibilidade de revisão do juízo fático-probatório (1) através de uma nova reconstrução, baseada em um conjunto de provas diverso, que poderia levar a um resultado mais seguro/confiável, que autorize admitir o «erro judiciário», ou seja, uma demonstração de que a proposição considerada provada pela decisão revisanda, dada a nova realidade, não pode mais ser admitida como verdadeira – tenha ocorrido um «erro na valoração da prova», ou não –, e (2) por meio de uma reavaliação do próprio conjunto probatório disponível no momento da decisão revisanda, com o objetivo de identificar o descumprimento de determinado critério decisório (e/ou justificativo).

Assim, sendo da segunda espécie o controle objeto do presente estudo, surge imperiosa a necessidade de captar no ordenamento o conceito de «erro na valoração da prova» que divisaria os casos passíveis de revisão do juízo fático-probatório inerente, o que não parece tarefa fácil, porque, embora, no plano teórico, o erro (*mistake*) consista no descompasso entre aquilo que foi realizado e a resposta correta, entendida como ação esperada de acordo com um determinado padrão ou critério concebido abstratamente¹³, a disciplina da valoração da prova tem uma textura mais aberta, não sendo marcada por critérios que vinculem juízos de tudo ou nada¹⁴.

Ademais, ante à necessidade de se conferir (alguma) estabilidade ao juízo fático-probatório, esse conceito de erro deve representar uma espécie de margem de tolerância a ser respeitada pelo órgão responsável pela revisão.

¹³ “En un sentido amplio se podría aducir que para que haya un error judicial es necesario que exista una respuesta, o varias respuestas, correcta(s) para un determinado problema jurídico. Además, es necesario que un caso resuelto por un juez o tribunal, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, no sea subsumido en alguna de esas respuestas correctas. Estas dos condiciones parecen ser necesarias y suficientes”. (MALEM SEÑA, Jorge F. *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa. 2008. p. 101).

¹⁴ BRAGA DAMASCENO, Fernando. *Direito probatório stricto sensu: da valoração da prova*. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2023. p. 116.

Essa ideia de margem de tolerância, enquanto ajuste pragmático, vem da metrologia, que assume a impossibilidade de se aferir o valor verdadeiro de uma determinada grandeza física e passa a trabalhar com a ideia de aferição da “incerteza” e indicação do “erro limite”, desenvolvendo-se uma teoria do erro, que tem por objetivos: “determinar a melhor aproximação possível para o valor verdadeiro, em termos probabilísticos” e “obter a incerteza no melhor valor obtido, *o que significa determinar quanto este melhor valor pode ser diferente do valor verdadeiro (...)*”¹⁵.

Perceba-se que a definição dessa margem de tolerância a ser definida deve contemplar tanto (i) a ideia do risco de erro substancial associado ao descumprimento dos critérios de valoração da prova, ou seja, na medida do possível, a definição do erro-que-autorizaria-a-revisão se voltaria a separar aqueles «erros de valoração» que carregam maior risco de erro substancial associado, como, também, a (ii) “gravidade” da violação, de modo a separar também os erros mais próximos do arbítrio decisório, de um voluntarismo, ou de um *non sense*. Ademais, objetivando um sistema de revisão de erros na valoração que projete uma concretização com mais previsibilidade (ou com menos seletividade), dever-se-ia considerar também o grau de objetividade com que se *definiria* a ocorrência do erro-que-autoriza-a-revisão, ainda que não exista uma relação direta entre o risco de erro (substancial) que se associa a uma determinada «valoração da prova exaurida» e o grau de intersubjetivação das razões que autorizariam a admissão do erro decisório.

3. O ARTIGO 621, I, PARTE FINAL, E A SUA INTERPRETAÇÃO PELA DOUTRINA TRADICIONAL

Nosso direito positivo parece indicar o «erro na valoração da prova» que autoriza a revisão criminal. O artigo 621 do Código de Processo Penal, assim dispõe:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I – *quando a sentença condenatória for contrária* ao texto expresso da lei penal ou *à evidência dos autos*;

¹⁵ VUOLO, José Henrique. *Fundamentos da teoria dos erros*. São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda, 2005, p. 54.

II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Tratando-se de rol exaustivo, parece certo que a hipótese trazida na parte final do inciso I corresponde ao que restou definido como o «erro na valoração da prova que autoriza a revisão da decisão transitada em julgado».

Perceba-se que a previsão do inciso III, como visto há pouco, abrange a pretensão de demonstração direta do erro substancial. Já o inciso II não parece ter autonomia, na medida em que a falsidade de depoimentos, exames e documentos, ou seriam detectadas com base em provas novas (e aí se teria configurada a hipótese do inciso III) ou a partir daquilo que já estava disponível quando proferida a decisão revisanda (o que faria configurar, também, a previsão do inciso I, parte final).

Mas o que significa dizer que uma sentença – ou aquilo que está registrado numa sentença – *contraria a evidência dos autos*?

A ideia de *contrariedade à evidência*, para conferir segurança jurídica – reduzindo a seletividade ou aleatoriedade na sua concretização – e evitar um indevido estreitamento ou alargamento da via revisional, reclama o desenvolvimento de um conceito operativo pela ciência do direito probatório, na medida em que isto depende de um refinamento na abordagem dos conceitos e categorias pertinentes a esta área do conhecimento, como os de *prova-resultado*, *prova-fonte*, *prova-meio*, *direito à prova* e etc.

Todavia, como se verá, nesse ponto a doutrina não parece contribuir para a construção de um critério capaz de conferir a mínima previsibilidade à decisão de admitir, ou não, a *contrariedade à evidência dos autos*.

Para Médici¹⁶:

a) “a evidência é, pois, a verdade manifesta”;

¹⁶ MÉDICCI, Sérgio de Oliveira. *Revisão Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 160-161.

b) “evidência da prova não significa, de modo algum, a prova *prima facie* ou prova fácil. No pressuposto de que tal prova já tenha sido adquirida para o processo, significa prova idônea para determinar um juízo de certeza, mesmo que o iter crítico para chegar a tal conclusão não se apresente nem fácil, nem expedito”.

c) “contrariedade à evidência dos autos consiste no antagonismo entre fundamentação ou parte dispositiva da sentença e o conjunto de provas existentes no processo. Trata-se da inobservância ou do desprezo da prova, que enseja condenação equivocada”.

Perceba-se, aí, além de uma (ao menos) aparente incoerência (entre a e b), uma inaptidão para projetar uma concretização com uma mínima previsibilidade.

Maria Elisabeth Queijo registra duas ideias diversas para *contrariedade à evidência dos autos*. A primeira, relacionada à facilidade com que se percebe a incongruência: “[...] *clareza* que se manifesta no conjunto dos autos resultante do exame ou apreciação das diversas peças”¹⁷; “deve predominar a *objetividade* na aferição do erro judiciário (...) já que a *evidência se refere à clareza e à certeza*”¹⁸. A segunda, relacionada à inexistência de qualquer elemento de prova que possa favorecer aquilo que a sentença estabelece, de sorte que “se houver elemento a favor e contra o acusado e a sentença *optar* por um deles não há sentença contrária à evidência dos autos”¹⁹.

Heráclito Mossin defende as mesmas duas concepções, entendendo que a contradição precisa ser *clara e manifesta* e, também, que, ante à existência de “[...] elementos probatórios pro e contra, e a sentença, certa ou errada, se funda em algum deles, não se pode afirmar que é contra evidência dos autos”²⁰.

Carlos Haddad e Victor dos Santos, já agora em 2022, renovam o entendimento anterior: “[...] a expressão “evidência” deve ser entendida

¹⁷ QUEIJO, Maria Elisabetn. Da revisão criminal: condições da ação. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 210.

¹⁸ Ibidem, p. 211.

¹⁹ A autora diverge dessa concepção; entendendo que, além de existir prova, a prova deve ser suficiente (Ibidem, p. 210-211).

²⁰ MOSSIN, Heráclito Antônio. Revisão criminal no direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 1994, p. 82-83.

como *verdade manifesta*. A sentença é contrária à evidência dos autos quando essa não se apoia em *nenhuma* prova produzida no curso do processo, tampouco, subsidiariamente, em elementos informativos produzidos no curso da fase investigatória”²¹.

Por fim, Alexandre Coura reverbera o enunciado 117 das mesas de processo penal da Universidade de São Paulo²², afirmando que sentença condenatória contrária à evidência dos autos “[...] é aquela que fora proferida sem *nenhum* respaldo nos elementos probatórios contidos nos autos, completamente dissociada do contexto.”²³

Há ainda quem recorra a fórmulas completamente imprecisas, v. g.:

a) “dizer isso, bem-feitas as contas, é aceitar que aquele elemento sustentador da condenação não era suficiente para elidir a presunção de inocência (...)”²⁴;

b) “[...] se a reanálise da prova originária gerou dúvida no espírito do julgador, dúvida essa que igual conjunto poderia ter gerado no juiz de origem, houve condenação na hipótese de dúvida... só lhe restará rescindir o resto condenatório, desde que as dúvidas forem de tal porte, que o possa levar a concluir que a imputação não ficou suficientemente provada”²⁵.

De logo, vê-se que essa amplitude de concepções impede a necessária segurança jurídica ao «sistema de controle sobre a valoração da

²¹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido; SANTOS, Victor Hugo Cardoso dos. O déficit de acesso à justiça sob a via das revisões criminais. *Revista de Processo*, vol. 332/2022, p. 385-405, São Paulo, 2022, p. 393.

²² “Contrária a evidência dos autos é a sentença que se distanciar por completo da prova produzida, resguardando o princípio do livre convencimento do juiz”.

²³ COURA, Alexandre de Castro; CERQUEIRA, Maira Ramos. A revisão criminal e a (im)possibilidade da existência de uma única verdade no processo penal: uma análise à luz da teoria de Karl Raimund Popper. *Revista dos Tribunais*, vol. 1039/2022, p. 345-362, São Paulo, 2022, p. 355.

²⁴ MORAES, Maria Alice Silva. Âmbito cognitivo da revisão criminal, quando fundada no art. 621, I, segunda hipótese, do CPP. *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, vol. 5, p. 1061-1078, 2012, p. 1670.

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 503.

prova exaurida», tanto que se percebe, na praxe judicial, uma oscilação entre dois polos antagônicos: (i) de configurar-se a hipótese do 621, I, parte final, numa terceira instância recursal²⁶; e (ii) de não se admitir que o órgão revisor sequer reexamine as provas²⁷.

Ademais, associar o «erro na valoração da prova que autoriza a revisão» à ideia de «erro-manifesto» – perceptível “automaticamente”, “sem a necessidade de uma atenção compreensiva” ou de “um raciocínio mais sofisticado” – revela um empirismo ingênuo e uma autoconfiança na percepção e pensamento intuitivo do/a julgador/a, algo incompatível com a nossa ordem jurídico-constitucional, que impõe que a decisão judicial, inclusive a da revisão criminal, deve necessariamente ser compreendida como o ápice de um processo decisório racional, controlado e controlável intersubjetivamente e que reclama critérios objetivos que lhe confirmem previsibilidade.

Não há dúvidas que a facilidade de obtenção de uma intersubjetividade é algo desejável, mas a ideia de “perceptibilidade” não tem, em si, a aptidão para se converter em um critério apto a separar os casos que merecem a revisão, ainda que com o recurso a palavras ou expressões “mágicas”, como “manifestamente”, “claramente”, “frontalmente”, “visível a olhos desarmados”, que se conformam em nada mais que um recurso à impressão ou achismo do julgador²⁸.

²⁶ QUEIJO, Maria Elisabetn. *Da revisão criminal: condições da ação*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 213.

²⁷ Tal entendimento, que parece se explicar apenas por um apego a uma concepção ultrapassada de imediação, viola a própria lógica, porquanto “o julgamento da revisão implica, qualquer que seja a amplitude conceitual que se atribua ao instituto, *reexame de provas*: “parece indubitado que sem o exame das provas – vale dizer, as da própria ação penal que se quer rever – não é possível saber se a decisão foi ou não contrária a essa evidência, expressão que pode ser interpretada como decorrência de uma apreciação específica da prova, no dizer de Borges da Rosa: a evidência dos autos (...) resultante do exame ou apreciação das suas diversas peças’ (Processo penal brasileiro, 1942, IV/66)” (Fascículo criminal, capítulo reservado ao TACrimSP, vol. 711/324 et seq.) MORAES, Maria Alice Silva. Âmbito cognitivo da revisão criminal, quando fundada no art. 621, i, segunda hipótese, do CPP. *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, vol. 5, p. 1061-1078, 2012, p. 1667.

²⁸ FONSÊCA, Vitor. A fundamentação das decisões judiciais e os direitos humanos: uma interpretação convencional do art. 489, § 1º, do CPC a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista*

Já em relação à concepção de contrariedade à evidência dos autos enquanto ausência de qualquer elemento dos autos favorável à hipótese acusatória, levando-se em conta os ideais garantistas de verdade e controle, que reclamam uma (aproximação com a) justificabilidade epistêmica dos enunciados admitidos como provados, torna-se forçoso reconhecer que a *só existência de um único elemento de prova favorável à hipótese acusatória, independentemente do grau de corroboração que propicia e do grau de refutação proveniente de eventuais elementos contrários*, jamais poderia ser tomada como uma razão minimamente suficiente para estabilizar a decisão que admite como provada a hipótese acusatória.

Isso fica muito claro quando se observa a previsão do artigo 621, III, do Código de Processo Penal, para o qual o surgimento de um único elemento de prova autorizaria a reconhecimento sobre todo o conjunto disponível no momento da decisão impugnada, para verificar se a condenação manter-se-ia legítima com a respectiva ampliação do conjunto probatório. Daí que parece absolutamente sem sentido defender-se que uma dada condenação apoiada numa prova E_1 deveria ser revertida pelo surgimento posterior de uma prova E_2 , contrária à hipótese acusatória, e não ser na hipótese de $E_2, E_3, E_4 \dots E_n$, todas também contrárias à hipótese acusatória, tiverem sido solenemente ignoradas na sentença revisanda, apesar de já integrantes dos autos no momento da decisão.

Admitir essa ideia – de que basta algum ponto de apoio, sendo irrelevante aquilo que contrariaria a hipótese admitida como provada – equivaleria, em última análise, à defesa de que aquele/a que dá a última palavra da instância ordinária *teria poderes para condenar* ainda quando a *prova como um todo* se converta em razões contrárias à admissão da hipótese acusatória, ou seja, razões que apoiam a inocência do acusado.

Por fim, necessário insistir que a ausência de critérios objetivos capazes de delimitar que tipo de «erro na valoração da prova» autorizaria a revisão, ao contrário de fazer concretizar um sistema mais protetivo, que realize em maior medida o ideal garantista de verdade, termina gerando uma jurisprudência defensiva, demasiado restrita e que, paradoxalmente,

Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, ano 16, v. 23, n. 1, p. 1485-1486, 2022.

não exclui a possibilidade de que razões juridicamente irrelevantes, não mapeáveis aprioristicamente, terminem por autorizar esporádicas “reaberturas” de casos.

4. A EVIDÊNCIA (DOS AUTOS) SEGUNDO A NOVA CIÊNCIA DO DIREITO PROBATÓRIO

4.1. A EVIDÊNCIA COMO NECESSÁRIA, MAS INSUFICIENTE: A INDISPENSABILIDADE DO RACIOCÍNIO/ARGUMENTO PROBATÓRIO

Segundo Marina Gascón Abellán²⁹, a concepção canônica de prova (direta) baseia-se na ideia de que esta seria uma forma *exclusivamente empírica* de verificar os fatos. O/a juiz/a, mediante o exame da prova, simplesmente “apreenderia” o fato sem necessidade de qualquer tipo de raciocínio. Já na prova indireta, o fato provado seria utilizado como ponto de partida para uma especulação racional, mediante um raciocínio abduativo. Como consequência, a prova direta seria considerada mais segura que a indireta.

A prova direta, entretanto, corresponde ao enunciado verificável empiricamente que está diretamente relacionado com a *probanda*. A passagem entre eles, ou a assunção do primeiro como razão para admitir a segunda não prescindiria de uma inferência de natureza indutiva, ainda que esta se concentre nas credenciais vinculadas à confiabilidade da prova, enquanto fonte da informação.

Por exemplo, se a testemunha T afirma “que viu quando João atirou em Pedro em tempo e lugar”, a prova, enquanto hipótese empiricamente verificada, seria “T disse que viu quando João atirou em Pedro em tempo e lugar”. Considerando a *probanda* “João matou Pedro mediante disparo de arma de fogo em tempo e lugar”, vê-se que a conexão entre ambas poderia ser vista como “direta”, porque a primeira “enuncia” a segunda; todavia os respectivos enunciados não podem ser simplesmente iguais, fazendo-se necessário perquirir sobre a confiabilidade do testemunho de T, a partir de um raciocínio abduativo ou uma espécie de especulação

²⁹ GASCÓN, Marina. *Los hechos em el derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 1999, p. 87 e ss.

sobre os índices de inconfiabilidade relacionados à percepção do evento testemunhado – condições da observação e acuidade visual de T –, à preservação da memória de T e ao seu resgate: objetividade do relato, espontaneidade etc.

Nesse sentido, Ferrajoli e Cordero afirmam que a evidência coincidiria plenamente com o fato a ser provado apenas nos casos de crimes cometidos em audiência, situação em que o/a juiz/a atuaria como testemunha.³⁰

Assim, embora a ordem jurídico-processual exija para uma condenação aquilo que se poderia chamar de “ostensão probatória”³¹ – a

³⁰ Confira-se: “A diferença entre provas diretas e provas indiretas é de J. Bentham, *Traité des preuves*, cit., liv. I, cap. V, p. 246: uma prova é “direta se imediatamente ligada ao fato que se quer provar; indireta se não o é”. As vezes coincide com a diferença entre “provas” e “indícios” (por exemplo, G. Bellavista, *Indizi*, em *Enciclopédia dei diritto*, cit., XXI, p. 225). Na realidade, se forem excluídos os delitos cometidos durante a audiência, onde o fato probatório se identifica com o fato que se deve provar, as provas diretas não existem.” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, São Paulo, 2002, p. 145). “Es una cuestión de nomenclatura si son pruebas también los hechos que se han de probar, cuando los percibimos em lo vivo, mientras ocurren; algunos los llaman pruebas directas; el único caso que se puede hallar se refiere a los delitos cometidos em la audiencia y juzgados durante la sesión (art. 476). Fuera ellos toda prueba es indirecta, ya que consiste em signos del supuesto hecho.” CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*, tomo I. Trad. Jorge Guerrero. Editorial Temis, 2021, p. 63.

³¹ “An *item of evidence* can be either a tangible item or a testimonial assertion.” (ANDERSON, T.; SCHUM, D.; TWINING, W. *Analysis of Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, 63-67). Essa ideia equivale ao que Tuzet chama de ostensão probatória: “Ahora bien, el discurso probatorio tal como lo desarrollan las partes en una disputa puede ser caracterizado significativamente por medio del uso de demostrativos indexicales. “He aquí el objeto hallado”; “esa es la fotografía que fue tomada”; “escuchen esta declaración ...”; “observen esta carta ...”: estos constituyen ejemplos simples de lo que estamos poniendo bajo consideración, esto es, enunciados indexicales probatorios llevados a cabo con la *ostensión* del elemento relevante. (TUZET, Giovanni. Sobre la ostensión probatoria. Trad. de Diego Dei Vecchi. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁSQUEZ, Carmen (coord.). *El razonamiento probatorio en el proceso judicial: un encuentro entre diferentes tradiciones*. Madrid: Marcial Pons, 2020, p. 165). Mais adiante, o autor conclui que na prova judicial a ostensão é exigida, salvo em relação às provas estatísticas, *verbis*: “La tesis de la *ostensión*, en cambio, es verdadera respecto de muchos tipos de prueba, pero no universalmente verdadera respecto de la prueba jurídica, ni de

apresentação de uma prova que se conforme em elemento do mundo empírico, que seja submetido a uma verificação (puramente) empírica pelo/a julgador/a (ou algum/a auxiliar, como um/a perito/a) –, o resultado da mera experiência sensorial jamais autorizaria a admissão da hipótese acusatória, o que equivale a dizer que a evidência – aquilo que o/a julgador/a viu ou ouviu – ou o enunciado evidencial (*evidential fact*)³² – aquilo que o/a julgador/a poderia estabelecer na sentença apenas porque viu e ouviu –, embora necessária, não esgota a “verificação” a que corresponde a prova judicial.

4.2. A PROVA COMO EXPERIÊNCIA PRESERVADA: A EVIDÊNCIA DOS AUTOS

O regime jurídico da valoração da prova brasileiro exige não apenas a ostensão probatória, mas também a preservação da prova enquanto realidade empírica experimentada pelo/a julgador/a. Esta exigência – que conforma o princípio da *preservação da prova* – é um corolário natural do princípio da *necessidade de prova*³³ e se revela como condição *sine qua non* para a efetividade do controle sobre a valoração.

Assim, o princípio da preservação da prova estabelece que apenas os elementos que restaram documentados – espelhados aos autos e, conseqüentemente, passíveis de revisitação – é que podem ser levados em consideração ou valorados pelo/a julgador/a. Esta regra não é mero formalismo processual, mas uma garantia fundamental do devido processo legal e do direito à prova.

la prueba en general. Como dije al inicio del texto, la determinación jurídica de los hechos requiere típicamente algún acto ostensivo. La tesis de la ostensión es sintéticamente verdadera respecto de algunas subcategorías típicas de lo que denominamos “pruebas” y es probablemente falsa alguna de ellas. Es verdadera respecto de la prueba material e incluso frente al testimonio, pero es probablemente falsa frente a la prueba estadística (o, por lo menos, no es verdadera respecto de ella en el mismo sentido)” (Idem, p. 173).

³² “The term “evidence” can, secondly, refer to a proposition of fact that is established by evidence in the first sense. This is sometimes called an “evidential fact” (HOCK LAI, HO. The Legal Concept of Evidence. In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2021).

³³ BRAGA DAMASCENO, Fernando. *Direito probatório (stricto sensu): da valoração da prova*. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2023. p. 128 e ss.

Com efeito, se admitíssemos que o/a julgador/a pudesse considerar e atribuir valor a circunstâncias captadas e memorizadas durante o exame de uma determinada prova, mas não registradas sob alguma forma, estaríamos renunciando a qualquer espécie de controle efetivo sobre a valoração. Neste cenário, a correção material da decisão ficaria à mercê das virtudes éticas e intelectuais do/a julgador/a, bem como da acurácia de sua percepção e memória ³⁴.

O ordenamento jurídico brasileiro incorpora o princípio da preservação da prova em diversos dispositivos. O artigo 460 do Código de Processo Civil, por exemplo, determina a documentação do depoimento testemunhal, seja por meio de gravação ou de registro escrito. De forma ainda mais contundente, o artigo 371 do mesmo diploma estabelece que “o juiz apreciará a prova *constante dos autos*, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

A preservação da prova transcende a mera formalidade documental, demandando uma captura (mais) autêntica e integral da experiência probatória, abrangendo suas nuances e particularidades fundamentais, o que se converte numa tensão para incorporação de novas tecnologias de registro audiovisual. Nesse sentido, o artigo 475 do Código de Processo Penal, que dispõe “o registro dos depoimentos e do interrogatório será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar, destinada a obter *maior fidelidade* e celeridade na colheita da prova”.

Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reforçado a importância deste princípio. No julgamento do Habeas Corpus nº 277.298, a Corte anulou, por manifesta ilegalidade, um acórdão que, no julgamento da apelação, limitou-se a admitir as evidências conforme já

³⁴ Essa perspectiva nos convida a reconsiderar o papel da imediação no contexto do processo probatório. Fenoll adverte, com propriedade, que é um equívoco depositar excessiva confiança na ‘pura intuição’ do julgador, uma vez que este pode se revelar vítima de todo tipo de emoções, inclinações, gostos, preferências e até aflições, elementos que nem sempre são confessáveis. Nesse sentido, a imediação deve ser compreendida, antes de tudo, como um método para exame da prova e não como um fundamento para avaliações subjetivas e imunes a controle (NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010. p. 209).

estabelecidas pela própria instância *a quo*, deixando de examinar o acervo documentado, porquanto estaria inacessível ao tempo do julgamento em segundo grau. Nesta decisão, o STJ chegou a equiparar a prova não preservada ou não documentada à prova inexistente, demonstrando a centralidade do princípio da preservação para a validade do processo probatório³⁵.

Assim, o/a julgador/a não pode mais confiar nas impressões que foram se formando ao longo do tempo em que a prova foi sendo incorporada, devendo organizar e reexaminar cuidadosamente a prova efetivamente preservada, num exercício de reflexão crítica que é essencial para uma valoração racional e controlável.

Registre-se, ainda, que esta exigência serve como uma importante compensação às limitações cognitivas do ser humano³⁶, que tem

³⁵ “[...] 4. Hipótese em que o Tribunal de origem, ao julgar a apelação, concluiu não ser possível analisar a prova produzida por sistema audiovisual, por falta de recursos tecnológicos. Chegou a cogitar considerar a prova inexistente e absolver o réu, mas acabou por decidir o recurso com base no que foi exposto na sentença condenatória, o que é inadmissível. 5. Diante de tal situação, em que um réu está sendo julgado, em sede de apelação, por um Tribunal que não tem acesso à prova produzida, apenas com base no que constou da sentença de primeiro grau, a duração razoável está se sobrepondo a direitos e garantias constitucionais mais relevantes. 6. De rigor, portanto, a realização de novo julgamento, mediante a apreciação de toda a prova produzida, ainda que, para isso, seja necessária a baixa dos autos ao Juízo de primeiro grau para degrevação. Em consequência, considerando o quantum da pena aplicada na sentença de primeiro grau e o tempo de prisão, deve o paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. 7. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para o fim de anular o julgamento da apelação, devendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferir novo julgamento, mediante a apreciação de toda a prova produzida, ainda que, para isso, seja necessária a baixa dos autos ao Juízo de primeiro grau para degrevação. Deve o paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. (HC 277.298/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014).

³⁶ Para Damásio, a memória de trabalho é um recurso cognitivo consistente na capacidade de manter representações em um espaço de trabalho temporário. In verbis: “A atenção — a capacidade de concentração num determinado conteúdo mental em detrimento de outros — estava também intata; igualmente intata estava a memória de trabalho, a qual consiste na capacidade de reter informação durante um período de muitos segundos e de a manipular mentalmente.” DAMÁSIO, António. *O erro de Descartes. Emoção, razão e o cérebro humano*. Companhia das Letras. Kindle.

uma capacidade limitada para trabalhar com um considerável volume de informações, o que implica o elevado risco de erro no resgate da cognição/interpretação sobre os elementos empíricos ou argumentos realizadas em momento anterior, de sorte que o princípio da preservação da prova, por reportar o/a julgador/a a um permanente confronto com o registro dos elementos empíricos ou das experiências sobre estes, ajuda a reduzir esse risco de erro.

Em suma, a exigência de prova como experiência preservada, *materializada nos autos*, é um dos pilares fundamentais de um sistema probatório racional e controlável, porque indispensável a um efetivo controle intersubjetivo das decisões judiciais.

4.3. O PRINCÍPIO DA EFICÁCIA DA PROVA E A VEDAÇÃO DA CHAMADA VALORAÇÃO CONJUNTA

O princípio da eficácia da prova determina que todas as provas devem ser examinadas, interpretadas e terem verificadas todas as suas relações com a hipótese acusatória – se são neutras, corroboram-na ou refutam-na³⁷ –, o que desdobra na exigência de uma abordagem analítica ou atomista³⁸ do conjunto probatório, mediante o isolamento de cada

³⁷ “Todo elemento de prueba tiende a producir una creencia o una duda. Por lo tanto, sólo debemos formar una conclusión luego de haberlos considerado todos y de haber pesado el valor de cada uno. Es preciso no omitir ninguno de sus aspectos parciales, ni estimarlos con exceso ni juzgarlos despreciables a fin de que la conclusión resulte digna de fe y la convicción conforme a los hechos’. Es un error atenerse a la primera impresión que producen los hechos, porque ‘la experiencia demuestra que no cabe coordinarlos convenientemente la primera vez que se perciben’”. ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba Judicial*. Buenos Aires: V.P. de Zavalia, 1976, p 306.

³⁸ “Com base no método atomista, a valoração se realiza por meio de uma análise individualizada de cada elemento probatório e das inferências que podem ser extraídas a partir do seu conteúdo. O julgador verificará seu potencial para atribuir suporte corroborativo a cada uma das hipóteses alternativas ou mesmo para evidenciar seus pontos falhos ...”. NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A prova no tribunal do júri*. Uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 136.

item de prova e a explicitação/registro de sua eventual ligação com cada *probanda* em disputa³⁹.

Essa abordagem analítica, além de indispensável para assegurar o direito à prova, tem a aptidão para conter a subjetividade do/a julgador/a, que sem adotar qualquer método decisório, pode preencher lacunas com suposições, atribuir sentidos às narrativas apresentadas ou até mesmo inventar evidências⁴⁰.

Forma deveras comum de violação do princípio da eficácia opera-se através da chamada *valoração conjunta da prova*⁴¹ – “a hipótese acusa-

³⁹ “An item of directly relevant evidence must be linked to a penultimate probandum by a chain of inferences. This chain can contain several links. The first link in the chain is always the credibility link. The remaining links are those necessary to demonstrate the relevance of the item to a penultimate probandum.” ANDERSON, T.; SCHUM, D.; TWINING, W. *Analysis of Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 71.

⁴⁰ Basta mencionar as pesquisas de Pennington e Hastie, PENNINGTON, N.; HASTIE, R. Explanation-based decision making: effects on memory structure on judgement. *Journal of Experimental Psychology, Learning and Memory and Cognition*, 14 (3), p. 521-33, 1988.; PENNINGTON, N.; HASTIE, R. Evidence evaluation in complex decision making. *Journal of Personality and Social Psychology*, 51(2), 242 – 258.

⁴¹ Nesse sentido, José Bonet: “[...] *la valoración conjunta de la prueba*: ... la valoración de cada medio de prueba esté motivado, esto es, que el juzgador exprese la razón de por qué ha realizado la apreciación en el modo que lo ha hecho, haciendo constar las razones por las que se realiza la fijación fáctica y, en su caso, el motivo por el que concede mayor valor a un medio de prueba sobre otro.” BONET NAVARRO, José. *La prueba en el proceso civil: cuestiones fundamentales*. Madrid: Grupo Madrid, 2009, p. 253. “Como pone de manifiesto Ramos, la valoración conjunta debería significar la necesidad de que el resultado que arrojan los medios de prueba se valore ‘poniéndolos en relación uno con otros para deducir en bloque la eficacia de las pruebas practicadas en el juicio’, operación que ha de ser común en todos los juicios. En fin, como afirma Ortells, ‘debería terminarse con la viciosa práctica de la llamada apreciación conjunta de la prueba, consistente en la exposición de un resultado global de las pruebas practicadas, que permitía ocultar, por un lado, el incumplimiento de las normas de valoración legal vigentes y, por otro, omitir las razones de la formación de la convicción en lo que se refiere a los medios de prueba de libre apreciación’... Así y todo, estos mismos autores llaman razonablemente la atención del peligro de que pueda convertirse en una corruptela de graves consecuencias para la seguridad jurídica de las partes si no es equilibrada con el derecho a la tutela judicial efectiva entendido como derecho a obtener una resolución motivada y lógica desde un punto de

tória encontra amparo na prova robusta que se formou”; “a negativa do/a acusado/a, além de não merecer credibilidade não encontra guarida no conjunto probatório” etc. –, marcadamente superficial, parcial e intuitiva, sendo crucial distinguir que o sistema demanda é uma *avaliação plena* e não apenas conjunta⁴².

5. A CONTRARIEDADE À EVIDÊNCIA DOS AUTOS SEGUNDO A NOVA CIÊNCIA DO DIREITO PROBATÓRIO

Como visto há pouco, a *evidência dos autos* deve ser compreendida justamente como o resultado da percepção e interpretação da realidade empírica que estes viabilizam, aquilo que se espera que qualquer um perceberia e interpretaria após “experimentá-los”⁴³.

vista no sólo jurídico, sino también fáctico y probatorio.”. Idem, p. 255. “[...] que la prueba pericial sea de libre apreciación, si el juzgador se decide por alguna de las alternativas, deberá razonarlo particularmente (...) Ciertamente, la necesidad de evitar la arbitrariedad es clave para excluir la valoración conjunta de la prueba, cuando con ella se pretende sustituir el debido análisis particularizado de cada uno de los medios de prueba. Como lo es igualmente el derecho de defensa de las partes, en cuanto que la valoración conjunta les impide conocer los motivos del enjuiciamiento y, por tanto, las posibilidades de defensa y recurso. Ibidem, p. 258.

⁴² Nesse sentido: NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 105.; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid, 2007, p. 56; ALARCÓN, Reynaldo Bustamante. *El derecho a Probar como elemento esencial de un proceso justo*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2015, p. 314.

⁴³ Douglas Walton defende que evidência se justificaria ante à ausência de razões que apontassem para uma anormalidade da experiência sensorial: “for another example, I believe that there is a cat in front of me. I believe this because there appears to be a cat in front of me. That seems to be ample evidence. Of course, we can think of situations where I would be wrong. I might be hallucinating, or there might be a hologram of a cat, or there might be a mirror and the cat I think I see in front of me is actually behind me. But I have no reason to believe that I am hallucinating, and there is no evidence of a holographic projector or of a mirror. The absence of evidence that my perceptual circumstances are abnormal provides part of the justification for my belief that there is a cat in front of me”. (WALTON, Douglas. *Argument Evaluation and Evidence*. Cham: Springer International. Publishing AG, 2015, p. 228). “Perception: having a percept with content Y is a prima facie reason to believe Y” (op. cit. 270). Vitor Paula Ramos, tratando da avaliação da

Então, a *contrariedade à evidência dos autos* ocorrerá toda vez que a *prova preservada* evidenciar A e o/a julgador/a tiver (percebido, interpretado e) estabelecido na sentença, como enunciado evidencial (*evidencial fact*), algo diverso de A ou sequer ali registrado A.

Vale aqui registrar que seria ingenuidade considerar que o resultado dessa experiência marcadamente sensorial será sempre unívoco. Deve-se reconhecer que a evidência é carregada de um potencial alucinatório, por conta de problemas de percepção e/ou por conta de seu poder de *expansão*, que opera de maneira inconsciente; daí a imprescindibilidade de uma permanente abertura a uma problematização voltada à sua *contenção*, via contraditório⁴⁴.

prova documental, aprofunda a ideia de indexicalidade, ou seja, do caráter indicativo que um determinado fragmento de realidade (documento, o resultado) apresenta, como, por exemplo, a capacidade de indicar ou “apontar para” uma outra realidade que ficou no passado (sua causa); ali, aborda a ideia de sentido mínimo dessa indexicalidade. Definir esse sentido mínimo – estabelecer aquilo que todos adeririam – equivale exatamente à mesma ideia de contenção da evidência. Referindo-se especificamente ao documento fotográfico, o autor assevera “um ponto interessante, entretanto, é que, apesar de a fotografia, em tese, ter múltiplos sentidos, em geral existe algum *elemento mínimo de sentido*, que faz com que ninguém ao ver a foto do presidente Obama, diga que viu um carro, ou um abajur. Nas palavras de Barthes, mesmo quando há um efeito de ancoragem gerado por uma legenda em uma fotografia, é (im)possível que a palavra dobre a imagem. No mínimo dos mínimos a indexicalidade denotará, por exemplo, uma mancha em uma foto desfocada. Esse será um elemento indexical. A dificuldade será, sempre, em casos reais e de interesse para o direito, delimitar qual é o sentido mínimo que uma imagem, um vídeo ou um áudio podem possuir (...)” RAMOS, Vitor de Paula. *Prova documental*. Do documento aos documentos. Do suporte à informação, Salvador, 2021.

⁴⁴ Há na evidência: [...] um excesso epistêmico, entendendo-se por este termo a posição do sujeito face ao conhecimento. Evidência significa agora presentificação do sentido e da verdade como autossuficientes e autoposicionando-se, como sugere a expressão *index sui*. Uma verdade índice de si mesma é excessiva por natureza. (...) A evidência é uma alucinação em sentido quase estrito, ... a verdade evidente é vista com os olhos da mente, e não se pode dizer de outro modo. E a evidência contagia a verdade na medida em que o desprendimento da evidência que falava há um instante nunca pode ser completo – tal significaria que o sujeito deixaria de ser sujeito, que a primeira pessoa se transformaria na terceira pessoa. (...) nisto tudo, onde está a verdade? Ela obtém-se, dissemo-lo há pouco, mediante operadores e constrangimentos, impostos a uma evidência por essência devoradora. (GIL, Fernando. Modos

Pois bem, reconhece-se que, numa primeira aproximação, pode parecer demasiado estreita a abertura viabilizada pelo referido conceito, parecendo contrariar o ideal garantista de verdade; todavia, não havendo como o direito positivo propiciar um sistema normativo completo, pode-se tomar essa ideia como uma boa partida para o desenvolvimento de um modelo voltado a propiciar um bom balanço entre os valores acima mencionados.

Ademais, essa conclusão é reforçada, não apenas pela compatibilidade com o Sistema de Valoração da Prova brasileiro, como parece ser o único caminho que se abre a partir do direito positivado: deve-se notar que o Código de Processo Penal não recorre à categoria “evidência” em qualquer outro dispositivo, muito menos no sentido defendido pela doutrina – de ausência de contrariedade e/ou a uma espécie de obviedade, apreendidas sem maiores esforços cognitivos –, de sorte que não há sentido em atribuir-lhe um sentido tão amplo (*o de prova resultado*), incapaz de divisar de maneira objetiva os casos que teriam acesso à revisão.

Ademais, o estado atual da arte — segundo o qual a doutrina ainda conforma um conjunto heterogêneo de opiniões díspares que deixam os tribunais livres para estipularem seu próprio critério — termina reforçando a ideia de que este é o caminho certo.

De fato, não parece ter surgido interpretação diversa, ainda que minoritária, capaz de projetar uma concretização minimamente previsível e de propiciar um balanço adequado aos valores que se conflitam, o que autoriza admitir que o sentido da norma sempre foi — ou, ao menos, passa a ser a partir de uma abordagem garantista, que impõe uma valoração da prova intersubjetivável — o de permitir a revisão tão somente quando a alegação de erro se confinar à violação ao *princípio da unidade* ou da *necessidade* de prova, mediante, a desconsideração, a deturpação ou até mesmo a invenção de um elemento de prova.

A melhor leitura do 621, I, parte final, parece ser, então, de que a revisão criminal não será autorizada: *a*) com base numa pretensão (generalizada) de reavaliação da prova — ou seja, com base em causas de pedir

da verdade (entrevista conduzida por Rui Cunha Martins), *Separata da Revista de História das Ideias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra*, vol 23, Coimbra, 2002. p. 19-21.

abertas como “a prova não é suficiente”, “não há prova”, “o princípio do *in dubio pro reo* restou violado”; ou *b*) para impugnar uma (suposta) sub ou sobrevaloração de um determinado argumento probatório ou de uma determinada combinação, ou unificação de argumentos.

Em síntese, na revisão criminal baseada no artigo 621, I, parte final, não caberiam discussões voltadas a demonstrar que se empregou um raciocínio inferencial subótimo — p. ex. uma totalização apressada ou um mau ajuste entre solidez e relevância de uma generalização —, sob pena de se desprezar por completo os ideais de previsibilidade e de estabilidade do juízo fático probatório — já que aí seria mais difícil estabelecer de modo intersubjetivo a partir de onde o erro inferencial seria intolerável.

Aquele/a que pretende ter acesso a essa via de impugnação tem o ônus de estabelecer uma relação da sentença (dos enunciados ali estabelecidos) com a *evidência dos autos* – aquilo que se pode estabelecer após o exame do escrito, do registrado, do documentado – que permitiria concluir por um descompasso entre ambos. Algo como:

a) “os autos, às fls., evidenciam *A* e a sentença registra *B*”;

b) “em relação ao enunciado fático admitido *A*, a sentença não deu conta da evidência E_1 , que lhe é contrária (violação do princípio da eficácia), ou mal interpretou a evidência E_1 , que indica *B* e não *A*, como admitido pelo julgador”;

c) “em relação ao fato-estabelecido *A*, a sentença faz simples transposição de categorias, extraindo-o do enunciado fático *C* sem o reforço de qualquer outro indício; ou seja, a passagem de *C* pra *A* não se dá com apoio em qualquer elemento empírico constante dos autos (violação do princípio da necessidade da prova)”.

“Assim, sob um paradigma garantista/racionalista, o sentido do artigo 621, I, (mesmo que concebido sob uma concepção subjetivista da prova) certamente muda, porque o termo *evidência* tem um sentido próprio e porque o/a juiz/a jamais poderia ter, como decorrência de uma ampla liberdade de convicção, autorização para simplesmente “enxergar” nos autos a condenação ou a absolvição, o acerto ou o erro.

Ademais, deve-se reiterar que a “abertura” correspondente à interpretação do artigo 621, I, última parte, aqui defendida, não é demasiado estreita como se poderia apressadamente concluir. Inventar

uma evidência, por exemplo, que, num primeiro momento, poderia ser considerado absurdo, que remeteria à má-fé do/a julgador/a, é, como dito há pouco, mais comum do que se imagina⁴⁵: não raro o/a julgador/a confia na opinião do/a investigador/a ou do/a próprio/a acusador/a sobre a existência de um elemento empírico, como o depoimento de um/a agente público/a que declara a existência de um documento ou declaração testemunhal com determinadas características, quando tais elementos simplesmente não existem nos autos.

E, como dito há pouco, a partir da compreensão dessa ideia de «erro autorizador da revisão», a doutrina poderia propiciar o devido desenvolvimento do respectivo sistema, para admitir, por exemplo, que contrariaria a evidência dos autos a sentença que, não obstante estabeleça corretamente a evidência, p. ex., E_1 , apoia sobre ela um dado enunciado fático, I_1 , sem que exista uma razão *minimamente razoável* para tanto (abuso das máximas da experiência).

É que, na realidade, o estabelecimento da evidência em si, seria apenas meio para iniciar uma cadeia de suporte, sendo fácil defender que o passo seguinte não poderia ser utilizado para aniquilar ou desnaturar a evidência corretamente estabelecida. Explica-se:

a) se o/a julgador/a, após o exame de $*E_1$, corretamente estabelece o enunciado evidencial E_1 , mas apoia neste um enunciado I_1 , que não guarda a mínima relação (onto)lógica, algo completamente *non sense*, poder-se-ia dizer que I_1 não encontra nenhum apoio na evidência dos autos e que, portanto, sua admissão na sentença também a contraria;

b) mas se o/a julgador/a, após o Exame de $*E_1$, estabelece na sentença o enunciado evidencial E_2 , quando o exame de $*E_1$ autorizava apenas o enunciado E_1 , mas, na sequência, apoia em E_2 o enunciado I_1 , que poderia ser apoiado em E_1 , com base nas mesmas razões que se utilizou para apoiá-lo em E_2 , poder-se-ia entender que não haveria, aí, propriamente, uma contrariedade (relevante) à evidência dos autos.

Daí porque, pareceria autorizada a ideia de que mediante o abuso de máximas da experiência a sentença pode contrariar a evidência dos autos. Nesse caso, todavia, deveria se exigir um completo *non sense* por parte do/a decisor/a.

⁴⁵ vide nota 40.

CONCLUSÃO

Entende-se que toda a argumentação desenvolvida no presente trabalho autoriza responder que integra a ordem jurídica brasileira um sistema de controle sobre o erro na valoração da prova, que autoriza se rediscuta sua justiça/correção sempre que delineada a violação aos princípios da unidade e da necessidade de prova, mediante a deturpação, desconsideração e/ou invenção de provas relevantes, o que, segundo uma abordagem garantista do processo e/ou racionalista da prova, corresponde aos vícios que conformam a ideia de *contrariedade à evidência dos autos*, prevista no artigo 621, I, parte final, do Código de Processo Penal.

Assim, aquele/a que quer acionar o Judiciário com o propósito de ver reconhecida uma violação ao regime jurídico de valoração da prova deve construir um caso de «erro na valoração da prova», com base na ideia de *contrariedade à evidência*, no sentido aqui defendido, não lhe aproveitando uma causa de pedir típica de uma irresignação recursal.

Vale deixar claro que não se está diante de um modelo pronto, acabado e operativo, mas talvez de um ponto de partida para alguns debates que poderão se refletir em uma doutrina e jurisprudência firmes, viabilizando um sistema de controle sobre erros na «valoração da prova exaurida e estabilizada» com maior racionalidade e previsibilidade, o que parece essencial para assegurar a efetividade do próprio regime jurídico da valoração da prova brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN. Reynaldo Bustamante. *El derecho a Probar como elemento esencial de un proceso justo*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2015

ANDERSON, T.; SCHUM, D.; TWINING, W. *Analysis of Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 71. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511610585>

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BONET NAVARRO, José. *La prueba en el proceso civil: cuestiones fundamentales*. Madrid: Grupo Madrid, 2009.

BRAGA DAMASCENO, Fernando. *Direito probatório (stricto sensu): da valoração da prova*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*, tomo I. Trad. Jorge Guerrero. Editorial Temis, 2021.

COURA, Alexandre de Castro; CERQUEIRA, Maira Ramos. A revisão criminal e a (im)possibilidade da existência de uma única verdade no processo penal: uma análise à luz da teoria de Karl Raimund Popper. *Revista dos Tribunais*, vol. 1039/2022, p. 345-362, São Paulo, 2022.

DAMÁSIO, António. *O erro de Descartes. Emoção, razão e o cérebro humano*. Companhia das Letras. Kindle.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba Judicial*. Buenos Aires: V.P. de Zavalía, 1976.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio L.; TRINDADE, André K. *Garantismo Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: Um Debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para uma teoria sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. In: PAPAYANNIS, Diego et al. (eds.). *Filosofía del derecho privado*. Madrid: Marcial Pons, 2018. <https://www.jstor.org/stable/10.2307/jj.11786247.11>

FONSÊCA, Vitor. A fundamentação das decisões judiciais e os direitos humanos: uma interpretação convencional do art. 489, § 1º, do CPC a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 16, v. 23, n. 1, p. 1485-1486, 2022. <https://doi.org/10.12957/redp.2022.59119>

GARRETT, Brandon L. Towards an International Right to Claim Innocence. *California Law Review*, v. 105. p. 1173-1221. 2017. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2733692>

GASCÓN, Marina. *Los hechos em el derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 1999.

GIL, Fernando. Modos da verdade (entrevista conduzida por Rui Cunha Martins), Separata da *Revista de História das Ideias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra*, vol 23, Coimbra, 2002.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido; SANTOS, Victor Hugo Cardoso dos. O déficit de acesso à justiça sob a via das revisões criminais. *Revista de Processo*, vol. 332/2022, p. 385-405, São Paulo, 2022.

HOCK LAI, HO. The Legal Concept of Evidence. In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2021.

KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova Judiciária: Estudos sobre o novo Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MALEM SEÑA, Jorge F. *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona, Gedisa, 2008.

MALEM SEÑA, Jorge F.; EZQUIAGA GANUZAS, F. Javier; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: F.C.J.E, 2009.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MENDES, Paulo Sousa. *Causalidade complexa e prova penal*. Coimbra: Almedina.

MORAES, Maria Alice Silva. Âmbito cognitivo da revisão criminal, quando fundada no art. 621, i, segunda hipótese, do CPP. *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, vol. 5, p. 1061-1078, 2012.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Revisão criminal no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1994.

NAN, Joost; LESTRADE, Sjarai. Towards a European right to claim innocence? *European Papers*, v. 5, n. 3, pp. 1325-1340, 2020.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A prova no tribunal do júri. Uma abordagem racionalista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2010.

PENNINGTON, N.; HASTIE, R. Evidence evaluation in complex decision making. *Journal of Personality and Social Psychology*, 51(2), 242-258. <https://doi.org/10.1037//0022-3514.51.2.242>

PENNINGTON, N.; HASTIE, R. Explanation-based decision making: effects on memory structure on judgement. *Journal of Experimental Psychology*,

Learning and Memory and Cognition, 14 (3), p. 521-33, 1988. <https://doi.org/10.1037//0278-7393.14.3.521>

QUEIJO, Maria Elisabetn. *Da revisão criminal: condições da ação*. São Paulo: Malheiros, 1998.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. L. Cabral de Moncada, São Paulo: Saraiva, 1934.

RAMOS, Vitor de Paula. *Prova documental*. Do documento aos documentos. Do suporte à informação. Salvador: Juspodivm, 2021.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TUZET, Giovanni. Sobre la ostensión probatoria. Trad. de Diego Dei Vecchi. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁSQUEZ, Carmen (coord.). *El razonamiento probatorio en el proceso judicial: un encuentro entre diferentes tradiciones*. Madrid: Marcial Pons, 2020.

VANDERHEIDEN, Elisabeth; MAYER, Claude-Hélène. There Is a Crack in Everything. That's How the Light Gets in: An Introduction to Mistakes, Errors and Failure as Resources. In: Vanderheiden, E., Mayer, CH. (eds.). *Mistakes, Errors and Failures across Cultures*. Springer. 2020. https://doi.org/10.1007/978-3-030-35574-6_1

VUOLO, José Henrique. *Fundamentos da teoria dos erros*. São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda, 2005.

WALTON, Douglas. *Argument Evaluation and Evidence*. Cham: Springer International Publishing AG, 2015. <https://doi.org/10.1007/s10503-016-9413-7>

Authorship information

Fernando Braga Damasceno. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1998), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2005), mestrado em raciocínio probatório pela Universidade de Girona (2024) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2023). Atualmente é professor integrante do quadro permanente da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e desembargador federal junto ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Trabalha principalmente com os seguintes temas: prova penal, formação de juízes, processo penal, investigação criminal e tribunal do júri. fernando-braga@hotmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 09/12/2024
- Desk review and plagiarism check: 12/12/2024
- Review 1: 06/01/2025
- Review 2: 25/01/2025
- Preliminary editorial decision: 17/02/2025
- Correction round return: 26/02/2025
- Final editorial decision: 09/03/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

BRAGA, Fernando. Repensando a «contrariedade à evidência dos autos»: o «erro na valoração da prova» e seu controle via revisão criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, 1, e1138, jan./abr. 2025. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i1.1138>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Reconhecimento pessoal e seletividade penal: uma análise acerca da necessidade da estrita aplicabilidade do rito previsto no Código de Processo Penal

Personal recognition and criminal selectivity: an analysis of the need for strict application of the procedure laid down in the Code of Criminal Procedure

Luis Alberto Oliveira da Costa¹

Universidade Ceuma – São Luís, Maranhão, Brasil

luisalberto.ocosta@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/0414692528372807>

 <https://orcid.org/0009-0008-7423-8608>

Thiago Allisson Cardoso de Jesus²

Universidade Estadual do Maranhão – São Luís, Maranhão, Brasil

Universidade Ceuma – São Luís, Maranhão, Brasil

t_allisson@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5469677786284210>

 <http://orcid.org/0000-0002-4605-8019>

RESUMO: Este estudo visou analisar os reflexos do reconhecimento pessoal realizado de maneira inadequada em um contexto de seletividade penal

-
- ¹ Mestrando em Direito e Afirmação de Vulneráveis pela Universidade Ceuma. Pós-Graduando em Direitos Humanos pela Universidade Estadual do Maranhão.
 - ² Pós-doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-doutor em Desigualdades Globais e Justiça Social: diálogos Sul e Norte, pela Faculdade de Direito da UnB em parceria com a Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais. Doutor em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Doutorando em Estado de Derecho Y Gobernanza Global pela Universidad del Salamanca/Espanha. Bolsista Produtividade Fapema (Ciclo 2024-2025). Professor Permanente e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito e Afirmação de Vulneráveis (Mestrado Profissional em Direito) da Universidade Ceuma. Professor Adjunto I do Curso de Direito e Relações Internacionais da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA).

e racismo. Assim, buscou-se responder: quais as consequências e os perfis de indivíduos vítimas de reconhecimento pessoal errôneo? Adotou-se o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, fundamentada em legislações, artigos acadêmicos e relatórios do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais (Condege) e Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPE/RJ). O referencial teórico foi estruturado em quatro seções, de modo a discorrer sobre: a) o rito do reconhecimento pessoal e seus fatores comprometedores; b) a seletividade penal e seus impactos em indivíduos vulnerabilizados pelas estruturas de poder que controlam o direito penal; c) a influência do racismo estrutural na política criminal adotada no Brasil; d) a análise dos dados do CNJ, Condege e DPE/RJ relativos a reconhecimentos pessoais desatentos às diretrizes legais. Concluiu-se que o reconhecimento pessoal, sobretudo quando desatento ao rito legal, é uma prova suscetível a falhas, agravadas pela seletividade penal, atingindo de forma desproporcional pessoas negras, vítimas de um histórico discriminatório que ainda hoje permeia a sociedade e influencia a política criminal adotada no país.

PALAVRAS-CHAVE: reconhecimento pessoal; seletividade penal; vulnerabilidade; racismo; etiquetamento social.

ABSTRACT: *This study aimed to analyze the consequences of inadequate personal recognition in a context of criminal selectivity and racism. It sought to answer the following questions: what are the consequences and profiles of individuals who are victims of erroneous personal recognition? The deductive method was adopted, using bibliographic and documentary research, based on legislation, academic articles and reports from the National Council of Justice (CNJ), the National Council of Public Defenders (CONDEGE) and the Public Defender's Office of the State of Rio de Janeiro (DPE/RJ). The theoretical framework was structured into four sections: a) the rite of personal recognition and its compromising factors; b) criminal selectivity and its impact on individuals made vulnerable by the power structures that control criminal law; c) the influence of structural racism on the criminal policy adopted in Brazil; d) the analysis of data from the CNJ, CONDEGE and DPE/RJ regarding personal recognitions that do not comply with legal guidelines. It was concluded that personal recognition, especially when it fails to comply with the legal rite, is evidence susceptible to flaws, aggravated by criminal selectivity, disproportionately affecting black people, victims of a discriminatory history that still permeates society today and influences the criminal policy adopted in the country.*

KEYWORDS: *personal recognition; penal selectivity; vulnerability; racism; labelling approach.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. O rito legal e fragilidades na produção do reconhecimento pessoal; 2. Estruturas de poder e seletividade penal; 3. A influência da discriminação racial na aplicação do direito penal; 4. Consequências e perfil das vítimas de reconhecimento pessoal errôneo relatados pelo CNJ, Condege e DPE/RJ; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O reconhecimento pessoal é uma modalidade de prova prevista nos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal (CPP). O cumprimento dessas orientações legais serve para garantir confiabilidade ao procedimento. Contudo, observa-se, na prática jurídica, uma relativização de tais requisitos, sem que tal desatenção acarrete nulidade da prova adquirida, sendo inclusive utilizada para fundamentar sentenças condenatórias.

O cenário de seletividade penal, em que preconceitos e estigmatizações sociais determinam o perfil do indivíduo conhecido como “criminoso”, influencia na forma como as instituições de segurança pública se comportam em relação ao processo de identificação dos indivíduos acusados, principalmente daqueles pertencentes a grupos vulnerabilizados, como pessoas negras e de baixa renda. Uma comunidade permeada pela seletividade penal reproduz o chamado etiquetamento social (*labelling approach*), fenômeno que determina características e comportamentos daqueles sujeitos propensos a uma maior atuação estatal punitiva no âmbito penal.

Por consequência, tal mazela social influencia diretamente na produção e nos resultados do reconhecimento pessoal. Além disso, importa salientar que a política criminal adotada no Brasil é impactada pelas discriminações raciais implantadas desde o Período Colonial, perdurando até a atualidade. Assim, o sistema penal continuamente atinge com mais ênfase as pessoas negras (pretas e pardas).

Diante desse contexto, o presente estudo se propõe a analisar as consequências de um reconhecimento pessoal errôneo, tendo como pressupostos teóricos o fenômeno social da seletividade penal e o racismo implantado na atuação penal do Estado. A problemática central consiste em saber: quais as consequências e os perfis de indivíduos vítimas de reconhecimento pessoal errôneo? O objetivo geral é analisar os reflexos de um reconhecimento pessoal realizado de maneira inadequada, dentro de um contexto de seletividade penal e de racismo.

Os objetivos específicos incluem: a) discutir o rito do reconhecimento pessoal conforme o CPP e identificar as principais observações críticas sobre tal modalidade de prova; b) examinar o conceito de seletividade penal e seus efeitos nas políticas criminais; c) expor a correlação entre o racismo e a atuação punitiva do Estado brasileiro; d) avaliar o perfil dos reconhecidos e as consequências de um reconhecimento pessoal inadequado, com base em dados fornecidos por órgãos como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais (Condege) e a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPE/RJ).

Este estudo tem como hipótese principal o pressuposto de que o reconhecimento pessoal deve ser produzido com cautela, de acordo com as normas da lei processual penal, haja vista que sua feitura desatenta às determinações legais contribui para uma postura seletiva em desfavor de grupos marginalizados, sobretudo de pessoas negras. Sob o prisma acadêmico, a pesquisa tem potencial de contribuir para o aprimoramento de concepções acerca do reconhecimento pessoal, já que tal prova será estudada sob a perspectiva interdisciplinar do direito, sociologia e psicologia.

Por consequência, tem-se o condão de expandir a compreensão dos problemas relacionados ao reconhecimento pessoal e à seletividade do sistema penal. Quanto à sua contribuição social, a relevância se dá pela apresentação dos possíveis erros decorrentes de um reconhecimento pessoal inadequado, que podem resultar em uma atuação estatal punitiva injusta. A análise de casos permite a reflexão sobre como é necessário um aprimoramento da política criminal com relação ao reconhecimento pessoal.

Adotou-se abordagem metodológica dedutiva, conforme a classificação de Marconi e Lakatos³, uma vez que o presente trabalho busca explicitar um conteúdo de premissas por meio de uma cadeia de raciocínio que parte da análise geral para uma particular, possibilitando, desse modo, o alcance efetivo de uma conclusão. A pesquisa foi bibliográfica, embasando-se em livros e artigos científicos, além de documental, com análise de legislações e relatórios emitidos por órgãos como CNJ, Condege e DPE/RJ.

A técnica de pesquisa foi predominantemente descritiva, com foco na análise de características e variáveis relativas a reconhecimento pessoal, seletividade penal e racismo. O referencial teórico fundamentou-se em autores como Baratta⁴ e Zaffaroni⁵, que examinam a seletividade penal e a culpabilidade por vulnerabilidade. Além disso, relatórios do CNJ, Condege e DPE/RJ ofereceram uma base para avaliar erros processuais decorrentes do reconhecimento pessoal inadequado.

Desse modo, este artigo estrutura-se em quatro seções de referencial teórico. A primeira aborda o rito do reconhecimento pessoal, com base nas previsões do CPP e na falibilidade humana como fator que afeta a credibilidade dessa prova. A segunda discute o conceito de seletividade penal e suas implicações nas políticas criminais do país. A terceira tem como foco a influência do racismo sobre a atuação estatal em questões criminais. A quarta analisa dados de órgãos como CNJ, Condege e DPE/RJ, discutindo as consequências de um reconhecimento pessoal inadequado e o perfil das vítimas de um reconhecimento errôneo.

³ MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁴ BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. Trad. Ana Lucia Sabadelli. *Fascículos de Ciências Penais: tutela penal dos direitos humanos*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 44-61, 1993.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. Trad. Fernanda Freixinho e Daniel Raizman. *Revista Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, ano 9, n. 14, p. 31-48, 2004. <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=3253967>

1. O RITO LEGAL E FRAGILIDADES NA PRODUÇÃO DO RECONHECIMENTO PESSOAL

No contexto prático do processo penal, o reconhecimento pessoal é uma modalidade probatória comumente utilizada, porém possui fragilidades notórias. A confiabilidade dessa prova está vinculada à observância das formalidades processuais previstas no CPP. Não sendo atendidas as orientações legais, o valor probatório do reconhecimento pessoal deve ser reduzido⁶.

É necessário que o processo de reconhecimento seja feito com rigor, evitando induções e garantindo que o resultado chegue o mais próximo dos eventos ocorridos — tarefa difícil, dada a falibilidade da memória humana. Nessa esteira, o artigo 226, inciso I, do CPP, determina que a pessoa reconhecidora descreva o agente delitivo antes de proceder o reconhecimento.

Trata-se de um aspecto relevante para garantir a confiabilidade da prova, pois estimula o indivíduo reconhecedor a recuperar a imagem mental da pessoa autora do crime antes de confrontá-la diretamente⁷. Sendo o procedimento conduzido dessa maneira, reduz-se a possibilidade de sugestões visuais no momento do reconhecimento. Entretanto, mesmo com essa formalidade, o reconhecimento pessoal ainda permanece suscetível a falhas⁸.

Outro ponto que merece menção é a formalidade prevista no inciso II do art. 226 do CPP, por exigir que o indivíduo suspeito seja colocado ao lado de pessoas com características físicas semelhantes. Para Magalhães, essa exigência pende a promover um processo comparativo, no qual a pessoa reconhecidora é impulsionada a identificar o verdadeiro

⁶ ALVES, Luize Cristina de Oliveira. O reconhecimento pessoal e sua previsão no art. 226 do CPP: questões sobre vigência, validade, efetividade e justiça. *Revista da Universidade Vale do Rio Verde*, Três Corações, v. 19, n. 1, p. 228-237, 2021. <http://periodicos.unincor.br/index.php/revistaunincor/article/view/6389>

⁷ ALVES, Luize Cristina de Oliveira. *Reconhecimento pessoal e verdade no processo penal: uma discussão à luz do garantismo de Luigi Ferrajoli*. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2022.

⁸ ALVES, ref. 6.

agente delitivo em meio a outras pessoas que possam se parecer com ele⁹. Ressalte-se que o estado emocional do indivíduo reconhecedor é um fator relevante no sucesso ou no fracasso do reconhecimento.

Nessa ótica, Alves sustenta que o nervosismo gerado pelo próprio procedimento pode levar o sujeito a uma identificação equivocada, sobretudo quando a pessoa reconhecedora sente uma pressão psicológica para apontar um culpado, o que pode distorcer ainda mais suas lembranças¹⁰. Ademais, um aspecto adicional pertinente acerca da confiabilidade do reconhecimento pessoal é a presença de pequenos elementos que estavam, ou não, presentes durante o ilícito.

O uso de acessórios, como bonés, óculos ou capacetes, bem como mudanças no estilo de cabelo, barba e até mesmo no peso do indivíduo suspeito, podem afetar a fidedignidade da prova¹¹. Importa mencionar a fragilidade da memória humana, já que ela não é um registro fotográfico, mas sim um processo dinâmico e subjetivo de reconstrução^{12,13}. A memória é composta por um conjunto de subsistemas que interagem entre si e com o ambiente em que a pessoa está inserida¹⁴.

A memória não armazena o fato da forma como ele ocorreu; o cérebro codifica, armazena e recupera o evento¹⁵. Logo, embora bem-intencionado, o indivíduo reconhecedor pode inconscientemente narrar

⁹ MAGALHÃES, Marina Trindade. O reconhecimento pessoal e a psicologia judiciária: falibilidade do testemunho como reforço do etiquetamento e violação ao *in dubio pro reo*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1699-1731, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.339>

¹⁰ ALVES, *op. cit.*

¹¹ ALVES, ref. 6.

¹² MAGALHÃES, ref. 9.

¹³ ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 507-540, 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.172>

¹⁴ GUARAGNI, Fábio André; TANAKA, Carolline Mayumi. Falsas memórias no processo penal: a incidência de falsas memórias na prova testemunhal. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, v. 2, n. 59, p. 181-209, 2020. <https://doi.org/10.21902/revistajur.2316-753x.v2i59.4086>

¹⁵ ANDRADE, *op. cit.*

uma lembrança distorcida dos fatos¹⁶. Dessa maneira, ocorrem as falsas memórias, ato que consiste na recordação de eventos que nunca aconteceram, mas são lembrados como se fossem verdadeiros. Segundo Guaragni e Tanaka, as falsas memórias podem surgir espontaneamente, a partir do próprio funcionamento mental do sujeito ou podem ser induzidas por fatores externos, pessoas ou ambientes¹⁷.

No contexto do reconhecimento pessoal, tal ocorrência é problemática, já que a prova baseada em uma memória falsa pode levar a condenações injustas. Na mesma acepção, Alves ressalta que a memória, em geral, é falível, e o reconhecimento pessoal como forma de prova deve sempre ser analisado com cautela¹⁸. Essa fragilidade parece não ser uma preocupação da prática jurídica, uma vez que há decisões judiciais que permitem a flexibilização das formalidades processuais previstas no CPP.

Em sintonia, Matida e Cecconello explanam que as falsas memórias se distinguem da intenção de faltar com a verdade deliberadamente, mas envolvem a dissonância entre ocorrido/experimentado e rememorado/relatado. Em razão disso, os autores salientam que o reconhecimento, quer seja fotográfico ou presencial, requer condições mínimas para prevenir falsos reconhecimentos: realizar alinhamento justo, sem sobressair a pessoa suspeita em relação aos demais indivíduos; instruir adequadamente vítimas e testemunhas sobre a possibilidade de o sujeito autor do delito estar ou não entre as pessoas apresentadas como potenciais suspeitos; evitar feedbacks às vítimas e testemunhas que possam ampliar seu grau de confiança ao fazerem o apontamento da autoria do delito¹⁹.

¹⁶ OLIVEIRA, Helena Mendes; ALBUQUERQUE, Pedro; SARAIVA, Magda. O estudo das falsas memórias: reflexão histórica. *Trends in Psychology*, Ribeirão Preto, v. 26, n. 4, p. 1763-1773, 2018. <https://doi.org/10.9788/TP2018.4-03Pt>

¹⁷ GUARAGNI; TANAKA, ref. 14.

¹⁸ ALVES, *op. cit.*

¹⁹ MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William Weber. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 409-440, 2021. <https://doi.org/10.22197/rb-dpp.v7i1.506>

Conforme explana Alves²⁰, em nome da celeridade processual, algumas decisões judiciais têm se baseado em modalidades alternativas de reconhecimento pessoal, por vezes conduzidas de modo informal e sem o devido respeito às garantias processuais. Essa flexibilização, além de comprometer a confiabilidade da prova, viola os princípios fundamentais do processo penal, os quais exigem que a prova seja colhida de maneira justa e imparcial.

Como tal, importa enfatizar que a memória é influenciada por esquemas mentais e conhecimentos prévios do indivíduo, o que pode levar a distorções no momento da recordação²¹. A lembrança de um fato não é uma simples reprodução do que ocorreu, mas sim uma reconstrução baseada em padrões individuais armazenados no cérebro. A condução do procedimento de reconhecimento pessoal por profissionais não capacitados também representa um risco à qualidade da prova.

Nesse sentido, Magalhães destaca que muitos profissionais que atuam nesses procedimentos não têm treinamento científico adequado, acarretando reconhecimentos conduzidos com base em experiências subjetivas²². Por conta disso, é necessário seguir as formalidades previstas na legislação processual penal, sob o risco de a prova perder a sua força probante para fundamentar a condenação da pessoa acusada²³.

Seguir as diretrizes legais é mais seguro que produzir o reconhecimento pessoal desatento à legalidade, principalmente porque tal prova está sujeita a falhas, mesmo produzida em atenção ao rito do CPP²⁴. Convém ressaltar que o perigo da condução ilegal desse procedimento se dá pelo comprometimento que a prova acarreta a todo o processo, afrontando os princípios constitucionais penais e processuais penais, visto que a forma

²⁰ *Idem.*, ref. 7.

²¹ GUARAGNI; TANAKA, *op. cit.*

²² MAGALHÃES, ref. 9.

²³ CORDAZZO, Karine; MENDES, Cintia Rocha. Os riscos e falhas no reconhecimento pessoal do acusado. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, v. 15, n. 2, p. 247-268, 2020. <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/1040>

²⁴ ALVES, ref. 6.

da prova é garantia no direito penal, o que torna problemática a permissão de informalidades no reconhecimento pessoal²⁵.

Diante de todos os aspectos ora abordados, é pertinente discutir o fenômeno da seletividade penal e como ele influencia na atuação das instituições de justiça criminal.

2. ESTRUTURAS DE PODER E SELETIVIDADE PENAL

A seletividade penal é um fenômeno que reflete a discrepância entre a igualdade formal, garantida pela legislação, e as desigualdades que permeiam a sociedade. Desse modo, Baratta destaca que, desde o primeiro contato com as instituições de segurança pública, certos indivíduos tornam-se vulneráveis ao serem etiquetados como criminosos, sendo inclusive submetidos a uma espécie de pena antecipada²⁶.

Essa vulnerabilidade é atrelada ao status social do indivíduo na comunidade em que vive²⁷, demonstrando que o tratamento penal recebido não é uniforme, mas depende de aspectos socioculturais e raciais. O estudo do direito penal, sob o ponto de vista da teoria do etiquetamento social ou *labelling approach*, não deve se reduzir a uma análise normativa, e sim considerar a forma como as instituições reagem quando determinados grupos sociais cometem infrações²⁸.

Nesse sentido, essa teoria diferencia a criminalização primária da secundária. A criminalização primária refere-se à rotulação de certas condutas como criminosas pela norma jurídica, enquanto a criminalização secundária diz respeito ao comportamento seletivo do Estado, que penaliza de modo desproporcional as minorias e os grupos mais vulneráveis²⁹. Tal seletividade reflete não apenas a aplicação da lei, mas a construção social que revela a manutenção de um sistema penal excludente e discriminatório.

²⁵ CORDAZZO; MENDES, *op. cit.*

²⁶ BARATTA, ref. 4.

²⁷ ZAFFARONI, ref. 5.

²⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

²⁹ MAGALHÃES, ref. 9.

As políticas de controle social historicamente têm dirigido a força punitiva do Estado para setores marginalizados, especialmente aqueles que possuem menor acesso à cidadania e direitos fundamentais³⁰. Essa seletividade, portanto, não pode ser entendida como fenômeno casual ou acidental, mas como escolha histórica de perpetuação das desigualdades sociais.

Nessa ótica, Fernandes, Pellenz e Bastiani argumentam que o direito penal é utilizado como um instrumento para a manutenção das relações de poder, em vez de um mecanismo destinado à proteção dos direitos fundamentais de todos os cidadãos³¹. De acordo com Lopes, a criminalização ocorre mediante a construção de estruturas sociais que servem para manter as relações de dominação³².

Percebe-se que o sistema de justiça penal passa a atuar não em prol da redução da criminalidade, mas para garantir a manutenção das estruturas de poder estabelecidas, utilizando-se do controle social para reproduzir essas relações³³. As instituições do sistema penal operam para perpetuar as hierarquias sociais que foram historicamente construídas e que privilegiam certos grupos em detrimento de outros³⁴.

³⁰ LOURENÇO, Luiz Claudio; VITENA, Gabrielle Simões Lima; SILVA, Marina de Macedo. Prisão provisória, racismo e seletividade penal: uma discussão a partir dos prontuários de uma unidade prisional. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 220-239, 2022. <https://doi.org/10.31060/rbsp.2022.v16.n2.1367>

³¹ FERNANDES, Sérgio Ricardo Aquino; PELLENZ, Mayara; BASTIANI, Ana Cristina Bacega de. Fraternidade como alternativa à seletividade do direito penal. *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 38, n. 76, p. 155-182, 2017. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n76p155>

³² LOPES, Luciano Santos. A contribuição de Alessandro Baratta para a criminologia crítica. *De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 11, p. 69-80, 2008. <https://bdjur.stj.jus.br/items/1f5101d3-5233-4a10-855f-50443ae04e0d>

³³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites do Judiciário na era da globalização neoliberal. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 11-14, 2006. <https://doi.org/10.1590/S1414-49802006000100001>

³⁴ MEDEIROS, Fabiana Irala de. A construção dialética de uma criminologia crítica para as fronteiras latino-americanas. *Novum Jus*, Caracas, v. 15, n. 1, p. 117-132, 2021. <https://doi.org/10.14718/novumjus.2021.15.1.6>

Conforme já mencionado, a seletividade penal está diretamente relacionada ao processo de escolha de quem será criminalizado. Nesse contexto, Barros aponta que, diante da impossibilidade de cumprir plenamente as promessas de uma política criminal igualitária, o sistema penal acaba por selecionar indivíduos mais vulneráveis como alvos preferenciais do poder punitivo³⁵.

Por conta disso, condutas mais lesivas à sociedade muitas vezes não sofrem a devida repressão estatal, mesmo porque são praticadas por indivíduos pertencentes a classes sociais dominantes³⁶. A seletividade, portanto, está ligada a um processo de escolha e criminalização daqueles que se encontram em situação de fragilidade social e econômica. A função repressiva do crime é frequentemente utilizada como instrumento para a reprodução da violência estrutural, favorecendo os interesses daqueles que detêm o poder³⁷.

No Brasil, a seletividade penal não é um fenômeno recente, estando presente desde o Período Colonial, perpetuando-se até os dias de hoje. Nessa linha, Ribeiro e França apontam que o sistema penal brasileiro é historicamente marcado por uma disparidade no tratamento de grupos marginalizados, com a manutenção de uma falsa igualdade perante a lei, não refletida na prática³⁸. Essa seletividade reflete um processo ideológico e sistemático, no qual as discriminações sociais são aceitas e reproduzidas, por vezes de forma inconsciente, o que dificulta seu questionamento e desconstrução.

³⁵ BARROS, Bruna Gonçalves Loureiro de Andrade. *Culpabilidade: análise crítica do conceito com base na ideia de vulnerabilidade*. 2017. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

³⁶ FUZIGER, Rodrigo José. *Ao arbítrio de Ananke: por uma revisão do conceito de autodeterminação no direito penal*. 2018. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

³⁷ BARATTA, ref. 4.

³⁸ RIBEIRO, Ingrid Medeiros Lustosa Diniz; FRANÇA, Rosilene Marques Sobrinho de. Violência, seletividade penal e encarceramento no Brasil. In: CONGRESSO INTERNACIONAL CIÊNCIA E SOCIEDADE, 1., 2023, Campinas. *Anais eletrônicos* [...]. Campinas: Galoá, 2023. p. 1-12. <https://proceedings.science/cics-2023/trabalhos/violencia-seletividade-penal-e-encarceramento-no-brasil-2?lang=pt-br>

Conforme explicita Lopes, o crime é uma construção social, e o processo de criminalização é utilizado para manter as relações de poder³⁹. Esse processo é evidente na criminalização secundária, que se dá pela atuação seletiva das instituições do Estado, direcionada sobretudo contra as classes menos favorecidas⁴⁰. O sistema penal seleciona quem deve ser rotulado como criminoso e quais condutas devem ser reprimidas, o que revela uma prática punitiva arraigada às desigualdades sociais e raciais⁴¹.

De acordo com Baratta, a estigmatização é um dos principais mecanismos que sustentam a seletividade penal, ao atribuir o rótulo de criminoso a determinados grupos sociais⁴². Esse rótulo, por sua vez, perpetua um ciclo de marginalização, no qual os indivíduos etiquetados como criminosos enfrentam dificuldades crescentes para se reintegrar à sociedade e acabam sendo continuamente alvos da repressão estatal.

Para Carvalho e Carvalho Júnior, a estigmatização racial é um dos aspectos centrais desse processo no Brasil, onde a criminalidade é frequentemente associada a indivíduos não brancos, reforçando uma visão preconceituosa e discriminatória da aplicação da justiça penal⁴³. A seletividade penal no país reflete, dessa maneira, um processo de controle social ideologicamente motivado, no qual as práticas punitivas são direcionadas contra os setores mais vulneráveis da população, perpetuando a exclusão e a marginalização desses grupos⁴⁴.

Portanto, a seletividade do sistema penal brasileiro é um fenômeno complexo e multifacetado, que envolve questões de ordem histórica, social e econômica. Sob tal perspectiva, aborda-se a seguir a influência do racismo na aplicação estatal do direito penal.

³⁹ LOPES, ref. 32.

⁴⁰ MAGALHÃES, ref. 9.

⁴¹ ARAÚJO, Fernanda Carolina de. *A teoria criminológica do labelling approach e as medidas socioeducativas*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

⁴² BARATTA, *op. cit.*

⁴³ CARVALHO, Roberta dos Santos Pereira de; CARVALHO JÚNIOR, Natal dos Reis. Seletividade penal. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 9., 2021, Ribeirão Preto. *Anais eletrônicos [...]*. Ribeirão Preto: Universidade de Ribeirão Preto, 2022. p. 471-495. <https://revistas.unaerp.br/cbpc/article/view/2531>

⁴⁴ LOURENÇO; VITENA; SILVA, ref. 30.

3. A INFLUÊNCIA DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL NA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL

O racismo estrutural é um problema social presente na conjuntura atual do país, haja vista que se mantém inserido na ordem econômica e política da sociedade⁴⁵. Por consequência, essa problemática compromete a política criminal adotada pelo Estado, atingindo de modo significativo pessoas negras (pretas e pardas)⁴⁶, grupo vítima de um histórico de marginalização.

As tensões entre senhores e pessoas escravizadas resultaram na reprodução de relações sociais em que vigoram a ideologia de vigilância e castigos preventivos⁴⁷ (Oliveira, Machado, 2024). Essa forma de agir, inicialmente feita de maneira consciente até ser reproduzida de forma explícita, persevera e molda-se na sociedade, pois foi fortemente implantada durante o período da escravidão.

Isso porque no Período Colonial, o Império português implantou na Colônia uma cultura de estigmatização sobre pessoas negras, que ainda hoje se mostra presente no meio social brasileiro⁴⁸. Essa realidade é característica de países latino-americanos, pois se estruturaram sob “paradigmas eurocêntricos, que ensejaram relações de brutal violência e de desrespeito às diversas formas de organização dos povos originários da América, da Ásia e da África”⁴⁹.

⁴⁵ FRANÇA, Rosilene Marques Sobrinho de. Encarceramento e racismo estrutural na América Latina e Brasil. *Argumentum*, Vitória, v. 14, n. 3, p. 119-136, 2022. <https://doi.org/10.47456/argumentum.v14i3.38514>

⁴⁶ Adotando-se o critério do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), pessoas negras correspondem ao somatório de indivíduos pretos e pardos.

⁴⁷ OLIVEIRA, Gabrielle Paula de; MACHADO, Giovanni Simon. Autocracia burguesa, racismo e encarceramento à luz do pensamento social brasileiro. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 27, p. e95242, 2024. <https://doi.org/10.1590/1982-0259.2024.e95242>

⁴⁸ MARTINI, André; ROCHA, Andréa Pires. Racismo estrutural, violações dos direitos humanos e seletividade: determinantes do sistema penal brasileiro. *Captura Críptica: direito, política, atualidade*, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 56-74, 2020. <https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/capturacriptica/article/view/4564>

⁴⁹ FRANÇA, *op. cit.*, p. 121.

O próprio desenvolvimento da polícia no Brasil se deu dentro desse sistema, com uma vigilância estatal na qual a responsabilidade da punição das condutas consideradas ilícitas feitas por pessoas escravizadas foi colocada nas mãos dos policiais⁵⁰ (Bretas, 1991). No período de escravidão a violência contra pessoas negras trazia consigo o discurso da preservação da ordem social; junto a isso, os atos de resistência desse grupo social contra a violência sofrida eram considerados criminosos⁵¹ (Bretas, 1991).

Esse sistema opressor do Período Colonial ainda reflete na atuação hodierna do sistema penal, com a promessa de garantir a segurança pública, contudo projetando um controle social voltado especificamente à população negra⁵² (Lourenço, Vitena, Silva, 2022). A abolição da escravatura não resultou no fim da exclusão social e violência moral e/ou física contra pessoas negras. Isso porque tais indivíduos foram taxados como pertencentes a uma classe perigosa, sendo necessário um controle social sobre eles para evitar desvios⁵³. Um exemplo de como a configuração do sistema penal brasileiro foi influenciada pela concepção eurocêntrica colonial está no Código Criminal da República de 1890, que criminalizou práticas culturais e religiosas de matriz africana, prevendo o crime de vadiagem⁵⁴. Vale mencionar a redação dada ao crime de vadiagem, previsto no referido código:

Art. 399. Deixar de exercitar profissão, ofício, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistência e domicílio certo em que habite; prover a subsistência por meio de ocupação proibida por lei, ou manifestamente ofensiva da moral e dos bons costumes⁵⁵.

⁵⁰ BRETAS, Marcos Luiz. O crime na historiografia brasileira: uma revisão na pesquisa recente. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 49-61, 1991. <https://bibanpocs.emnuvens.com.br/revista/article/view/124>

⁵¹ BRETAS, ref. 50.

⁵² LOURENÇO; VITENA; SILVA, ref. 30.

⁵³ BRETAS, *op. cit.*

⁵⁴ MARTINI; ROCHA, ref. 48.

⁵⁵ O texto original apresenta a seguinte grafia: “Art. 399. Deixar de exercitar profissão, ofício, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo

Conforme ressaltam Martini e Rocha, a abolição da escravatura não cumpriu a promessa da democracia racial, mesmo porque era impossível às pessoas negras gozarem do direito à liberdade quando, embora consideradas livres, não possuíam oportunidades de emprego, estando sujeitas à fome, ao desemprego, ao subemprego ou à prostituição⁵⁶. Nesse sentido, Bretas resalta que “mesmo aqueles envolvidos no movimento abolicionista compartilhavam a ideia de falta de preparação dos negros para a sociedade moderna”⁵⁷.

Não bastassem os grupos que detinham o poder imporem uma posição social desfavorável às pessoas negras, as consequências das condições impostas também eram consideradas um ilícito, representando uma nova forma de violência, decorrente da discriminação racial consolidada na sociedade, mesmo perante a abolição da escravatura. A ausência de planejamento para a inclusão da população negra na sociedade intensificou a discriminação social e pavimentou o caminho para o encarceramento desproporcional desse grupo vulnerabilizado⁵⁸.

A própria manifestação cultural desses sujeitos era vista como um desvio da conduta considerada socialmente adequada, mesmo porque ainda prevaleciam os valores da cultura europeia, ocasionando a criminalização da música afro-brasileira. Nesse prisma, importa mencionar novamente o Código Criminal da República de 1890, que considerava crime a prática a capoeira:

Art. 402. Fazer nas ruas e praças públicas exercícios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou inculcando temor de algum mal: Pena - de prisão celular por dois a seis meses. Parágrafo único. É considerado

meios de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de ocupação proibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes [sic]”.

⁵⁶ MARTINI; ROCHA, *op. cit.*

⁵⁷ BRETAS, ref. 50, p. 54.

⁵⁸ MARTINS, Alisson Thales Moura. Racismo estrutural e suas congruências históricas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 31, n. 363, p. 13-16, 2023. https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1571

circunstância agravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta. Aos chefes, ou cabeças, se imporá a pena em dobro⁵⁹.

O contexto de discriminação cultural era tão intenso a ponto de haver a necessidade de registro nas delegacias de polícia para que fossem permitidas reuniões musicais de origem afro-brasileiras⁶⁰. Mais uma vez, percebe-se a polícia sendo utilizada como um agente de prevenção e combate a pessoas negras e suas manifestações culturais.

Apesar de os dispositivos mencionados não possuírem mais vigência, retratam perfeitamente como o direito penal pode ser usado como instrumento de perpetuação de discriminações sociais, sendo tal violência amparada pela proteção à segurança pública e à legalidade. A revogação desses dispositivos não significa, entretanto, que houve a superação da discriminação racial por meio do sistema criminal.

Um exemplo contemporâneo da permanência desse fato é a política de combate às drogas adotada no Brasil, a qual, em termos práticos, é usada como justificativa para o encarceramento em massa de pessoas negras e pobres⁶¹. Quando o país aderiu à retórica da guerra contra as drogas, associou o uso de entorpecentes “à subversão e à ausência de controle moral, mostrando-se também como parte do ideário da Segurança Nacional brasileira”⁶².

Ressalte-se que essa lei não é precisa acerca da distinção entre usuários e traficantes de drogas, fica a critério do magistrado definir a

⁵⁹ O texto original apresenta a seguinte grafia: “Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal: Pena - de prisão cellullar por dous a seis mezes. [...] Paragrapho unico. E’ considerado circumstancia agravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta. [...] Aos chefes, ou cabeças, se imporá a pena em dobro” [sic].

⁶⁰ BRETAS, *op. cit.*

⁶¹ FRANÇA, ref. 45.

⁶² ROCHA, Andréa Pires; LIMA, Rita de Cássia Cavalcante; FERRUGEM, Daniella. Autoritarismo e guerra às drogas: violência do racismo estrutural e religioso. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 24, n. 1, p. 157-167, 2021. p. 161. <https://doi.org/10.1590/1982-0259.2021.e75331>

conduta do réu⁶³. Estando o racismo estruturado no Brasil, com a repressão punitiva estatal direcionada à população negra, certamente esses indivíduos correm maior risco de serem classificados como traficantes.

Trata-se de uma ironia social, tendo em vista que, conforme Bretas, no século XX, emergência de automóvel e criminalização de entorpecentes eram os dois crimes que mais aproximavam a polícia das classes superiores. Contudo, a repressão estatal era mais intensa na prostituição e raramente atingia os membros da elite⁶⁴. Já na atualidade, a atuação de combate ao tráfico de drogas se dá predominantemente nas periferias dos centros urbanos, reproduzindo desigualdades sociais e perpetuando a vinculação da imagem de pessoas pretas e pobres com o crime em questão⁶⁵.

Percebe-se que, embora menos explícita, ainda é possível notar, na contemporaneidade, o uso do sistema penal como meio de perpetuação a discriminações raciais. O fato de essa violência estar gradativamente se camuflando é ainda mais preocupante, pois exige dos operadores do direito uma análise cada vez mais cautelosa e crítica da aplicação da lei penal.

Vale mencionar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 208.240, firmou o entendimento de que a busca pessoal, ainda que amparada por um mandado judicial, não pode ser fundada na raça daquele a ser abordado⁶⁶. Contudo, Barros, ao analisar boletins de ocorrência de iniciativa própria dos policiais do município de Olinda, Paulista e Recife, no Estado do Pernambuco, constatou que “os brancos foram sub-representados nos três municípios, os pardos apareceram sub-representados em Paulista e sobre-representados em Recife e Olinda, enquanto os pretos foram sobre-representados nas três localidades”⁶⁷.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ BRETAS, Marcos Luiz. Observações sobre a falência dos modelos policiais. *Tempo Social*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 79-94, 1997. <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/86441>

⁶⁵ FRANÇA, *op. cit.*

⁶⁶ STF - HC 208.240/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 11/04/2024, DJe 28/06/2024.

⁶⁷ BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 150, 2008. <https://doi.org/10.31060/rbsp.2008.v2.n1.31>.

Em razão disso, o referido estudo concluiu ser possível se falar em filtragem racial nas abordagens policiais das cidades mencionadas. Também é possível perceber a predominância da sobre-representação de pessoas pretas, indicando que, quanto mais escura a pele, maior a possibilidade do indivíduo ser etiquetado dentro do sistema criminal.

Em um contexto de seletividade penal, o poder coercitivo máximo do Estado é usado para manter a exclusão social da população negra, atendendo à estrutura pautada na ideia de hegemonia racial⁶⁸. O direito, como instrumento de poder, é utilizado, sob o disfarce da garantia à segurança pública, para conter resistências e lutas sociais de pessoas negras. Aliado a isso, está a perpetuação da ideia de impunidade no Brasil, sendo esse discurso insustentável quando se fala em punição a pessoas negras e marginalizadas⁶⁹.

Nesse escopo, o levantamento do *Relatório de Informações Penais*, referente ao segundo semestre de 2023, indica que a população prisional corresponde ao número de 644.491 sujeitos⁷⁰. Todavia, conforme os dados trazidos pelo 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, a população negra corresponde a 68,2% da população carcerária, ao passo que pessoas brancas, amarelas e indígenas equivalem, respectivamente, a 30,4%, 1,1% e 0,2%⁷¹.

Diante das considerações ora efetuadas, destaca-se que é necessário examinar os dados relativos aos reconhecimentos pessoais errôneos, apresentados pelos relatórios do CNJ, Condege e DPE/RJ, verificando se existe a possibilidade de uma correlação entre racismo, seletividade penal e informações concernentes aos reconhecimentos pessoais errôneos.

⁶⁸ MARTINS, ref. 58.

⁶⁹ BAGGIO, Roberta Camineiro; RESADORI, Alice Hertzog; GONÇALVES, Vanessa Chiari. Raça e biopolítica na América Latina: os limites do direito penal no enfrentamento ao racismo estrutural. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1834-1862, 2019. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/34237>

⁷⁰ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Relatório de informações penais: segundo semestre de 2023*. Brasília, DF: MJSP, 2023.

⁷¹ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública*. 17. ed. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023.

4. CONSEQUÊNCIAS E PERFIL DAS VÍTIMAS DE RECONHECIMENTO PESSOAL ERRÔNEO RELATADO PELO CNJ, CONDEGE E DPE/RJ

Na presente seção, analisam-se os dados referentes a reconhecimentos pessoais, disponibilizados por relatórios elaborados pelo CNJ, Condege e DPE/RJ. Cabe destacar que as informações apresentadas trazem somente casos conhecidos de reconhecimento pessoal errôneo investigados nos referidos relatórios, o que significa que pode haver uma subnotificação de casos não analisados ou não reportados. Desse modo, o primeiro relatório a ser examinado é o do CNJ, que analisou dados de reconhecimentos errôneos veiculados pela imprensa e dados compartilhados pelo *Innocence Project*.

A primeira amostra inclui 113 casos de reconhecimentos irregulares veiculados pela imprensa. O estudo divide os processos analisados levando em conta as Unidades Federativas de onde são oriundos, sendo 53 de São Paulo, 33 do Rio de Janeiro, 6 de Minas Gerais, 5 do Ceará, 4 do Paraná, 3 do Rio Grande do Sul, 2 da Bahia, 2 da Paraíba, 1 do Amazonas, 1 do Distrito Federal, 1 de Pernambuco, 1 do Rio Grande do Norte e 1 de Tocantins⁷².

A primeira análise trazida pelo CNJ é referente ao percentual de pessoas acusadas por raça/cor e por sexo. Os indivíduos reconhecidos erroneamente são predominantemente homens, correspondendo a 96%, já as mulheres refletem 4% das pessoas reconhecidas. No que diz respeito ao perfil racial, 66% dos sujeitos são negros⁷³, 18% são brancos, não havendo informações acerca da cor dos 17% restantes⁷⁴.

Ainda no tocante a essa amostra, o estudo apontou a média temporal de um ano e seis meses de privação da liberdade cautelar dos

⁷² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. *Relatório do Grupo de Trabalho "Reconhecimento de Pessoas"*. Brasília, DF: CNJ, 2022.

⁷³ O *Relatório do Grupo de Trabalho Reconhecimento de Pessoas* segue o mesmo critério adotado pelo IBGE, referindo-se a pessoas negras como aquelas que são pretas e pardas.

⁷⁴ BRASIL, ref. 72.

sujeitos erroneamente reconhecidos⁷⁵. Percebe-se que, mesmo depois de inocentados, houve a privação cautelar da liberdade do grupo estudado, o que já caracteriza uma indevida lesão de direitos dessas pessoas.

Partindo para a amostra disponibilizada pelo *Innocence Project*, os 28 processos analisados eram originados das seguintes Unidades Federativas: 7 de São Paulo, 5 de Santa Catarina, 4 do Rio Grande do Sul, 9 do Rio de Janeiro, 1 de Minas Gerais e 2 do Distrito Federal. No que tange ao quantitativo de reconhecidos por sexo, 27 são homens e 1 é mulher. Já com relação ao número de pessoas por raça/cor, 9 são brancas, 5 são pardas, 6 são pretas, e em 8 processos não foi possível identificar a cor dos sujeitos⁷⁶.

Apesar de a diferença racial ter diminuído, observa-se que o número de pessoas negras (pretas e pardas) reconhecidas erroneamente segue sendo maior que o de pessoas brancas. O reconhecimento pessoal da amostra analisada se deu da seguinte forma: em 23 casos, o procedimento foi realizado por meio de fotografias, 4 presencialmente e 1 mediante reconhecimento de voz. O estudo assevera que em nenhum dos casos foi respeitado o rito previsto no artigo 226 do CPP⁷⁷.

Ademais, vale ressaltar que, em 3 dos 28 processos analisados, ocorreu prisão em flagrante dos reconhecidos, todas convertidas em prisões preventivas, fundadas no reconhecimento fotográfico. Em 17 processos, foram decretadas prisões preventivas, 7 delas usando como base para a decisão o reconhecimento efetuado na delegacia⁷⁸. Nessa segunda amostra, também pôde ser notado, em larga escala, o cerceamento da liberdade de indivíduos que posteriormente foram absolvidos da conduta a eles imputada.

Logo, entende-se que eles sofreram uma violência indevida, visto que o Estado, aquele que decretou sua prisão cautelar, concluiu que as provas dos autos não eram suficientes para a condenação deles. Quanto ao risco decorrente dos reconhecimentos pessoais, como os ocorridos nas amostras, o estudo do CNJ ressalta que as imagens utilizadas no

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ BRASIL, ref. 70.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

procedimento extrajudicial são “fotografias de pessoas que já possuem antecedentes criminais, o que tende a resultar na sobre-representação de pessoas negras nesses acervos, em função da seletividade racial do sistema de justiça criminal”⁷⁹.

O relatório também ressalta o fenômeno do *cross-race effect*, que consiste na dificuldade de pessoas pertencentes a grupos sociais distintos de codificar características fenotípicas às quais estão menos habituadas⁸⁰. Dentro de um contexto de seletividade penal, em que indivíduos são separados e selecionados pelas instituições de justiça em decorrência de sua classe social e sua cor, o *cross-race effect* mostra-se ainda mais problemático, pois já existe uma imagem pré-constituída do desviante.

O próximo relatório a ser analisado é o elaborado pelo Condege, que trouxe informações a respeito de reconhecimentos pessoais, tendo-se os seguintes critérios na amostra: o reconhecimento foi feito por meio de fotografia; não houve confirmação do reconhecimento em juízo; a sentença foi absolutória. A amostra estudada é composta por 28 processos e 32 pessoas acusadas, com 4 processos envolvendo 2 indivíduos acusados cada⁸¹.

O estudo abrangeu 10 Unidades da Federação, sendo 13 processos oriundos do Rio de Janeiro, 3 da Bahia, 2 de Goiás, 2 de Minas Gerais, 2 de Santa Catarina, 2 de São Paulo, 1 do Mato Grosso, 1 da Paraíba, 1 de Rondônia e 1 de Tocantins. Com relação ao perfil racial das pessoas absolvidas, foi observado que a maioria das pessoas acusadas era negra, com 83% dos casos, enquanto apenas 17% eram brancas⁸². É um número significativo, que reforça a ideia de seletividade penal direcionada à discriminação de raças. Em 60% da amostra estudada, houve a decretação da prisão preventiva, com o total de 19 casos.

Os dados coletados indicam, nos casos da amostra, uma média de 281 dias de prisão preventiva. Assim, percebe-se, por todas as amostras

⁷⁹ BRASIL, ref. 70, p. 32.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ COLÉGIO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS. *Relatório sobre reconhecimento fotográfico em sede policial: análise dos casos encaminhados pelos defensores públicos*. Rio de Janeiro: DPE/RJ; Condege, 2020

⁸² *Ibidem*.

estudadas, até então, que o reconhecimento pessoal, em que pese ser valorado com cautela, tem sido utilizado como fundamento para a decretação da prisão cautelar de indivíduos. O motivo predominante para a absolvição das pessoas acusadas foi a ausência de provas, totalizando 15 ocorrências⁸³.

Trata-se, inclusive, de uma incoerência que confirma a seletividade penal, pois, em diversos casos, a prisão preventiva foi fundada no reconhecimento pessoal feito na fase inquisitiva. Acerca dos fundamentos para a absolvição, ocorreram 9 casos em que as pessoas acusadas não foram reconhecidas em juízo, 4 em que as vítimas não compareceram em juízo, 2 de impronúncias, 1 em que a pessoa acusada estava sob monitoramento eletrônico e 1 em que o reconhecido estava preso na data dos fatos, por outro processo⁸⁴.

Percebe-se que os dois últimos casos demonstram latente impossibilidade de o indivíduo ter praticado o crime, mesmo assim sendo reconhecidos no inquérito. Importa mencionar que, em alguns casos, as vítimas alegaram não ter condições de realizar o reconhecimento devido à falta de visibilidade no local do crime; em outros casos, houve inconsistências nos depoimentos⁸⁵. Nesses casos, utilizando a própria lógica fundante do direito penal, não há como concluir pela autoria delitiva.

O último relatório a ser analisado é o elaborado pela Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da DPE/RJ, em que se analisam casos de reconhecimento fotográfico em sede policial. Os casos encaminhados deveriam cumprir três requisitos: I) reconhecimento inquisitorial feito por fotografias; II) ausência de confirmação do reconhecimento em juízo; III) sentença absolutória nos processos⁸⁶.

O relatório abrangeu um total de 47 processos e 58 pessoas acusadas, com um mesmo indivíduo figurando em três processos; duas pessoas

⁸³ COLÉGIO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS, ref. 81

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública Geral. Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça. *Relatório sobre reconhecimento fotográfico em sede policial e absolvições*: análise de casos encaminhados pelos defensores públicos do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: DPE/RJ, 2020.

acusadas estiveram em dois processos; e um indivíduo foi processado duas vezes, todos absolvidos, totalizando 53 pessoas distintas. Em relação à cor da pele dos indivíduos acusados, apenas 10 identificados eram brancos, ao passo que 25 eram pardos e 15 pretos, não havendo informações sobre a cor da pele das 8 pessoas acusadas restantes⁸⁷.

Considerando esses números, conclui-se o padrão da predominância de pessoas negras reconhecidas no inquérito como os agentes delitivos e absolvidos ao fim do processo. O relatório também revelou que 50 dos casos resultaram em prisão preventiva, sendo a média de tempo de prisão preventiva analisada na amostra em 277,1 dias⁸⁸. Esse último relatório também mantém o padrão de constatar encarceramento cautelar dos indivíduos estudados nas amostras.

Dessa maneira, a análise dos dados fornecidos pelos relatórios do CNJ, Condege e DPE/RJ revela um padrão preocupante do reconhecimento pessoal, majoritariamente direcionado a indivíduos negros. Os estudos demonstram que, mesmo com a posterior absolvição, o impacto desse reconhecimento é profundo, representando uma violação clara dos direitos fundamentais desses sujeitos.

Cumprido ressaltar que os dois últimos relatórios são de processos oriundos de Defensorias Públicas dos Estados, o que faz presumir que os indivíduos que compõem a amostra são pessoas de baixa renda. Por conseguinte, percebe-se que fatores raciais e sociais contribuem para que indivíduos sejam etiquetados como criminosos, fazendo-os mais propensos a maiores represálias das instituições do sistema de justiça criminal. Essa percepção indica que a questão racial, em virtude de sua complexidade, deve ser abordada de forma interseccionada com outros marcadores, a exemplo do socioeconômico, para se ter uma visão mais abrangente do problema de reconhecimento pessoal.

Tal cenário reforça, portanto, a necessidade de uma revisão crítica dos métodos de reconhecimento pessoal no processo penal, visando minimizar as injustiças e garantir que o devido processo legal seja efetivamente respeitado. A análise final dos relatórios sugere que o Estado tem falhado em proteger adequadamente os direitos fundamentais,

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ RIO DE JANEIRO, ref. 86.

em especial de grupos racialmente marginalizados, expondo a urgência de reformas no sistema de justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho objetivou analisar os impactos de um reconhecimento pessoal inadequado à luz do fenômeno da seletividade penal. A partir de uma abordagem interdisciplinar, envolvendo aspectos jurídicos, sociológicos e psicológicos, foi possível verificar que, apesar de o reconhecimento pessoal ser um instrumento previsto no CPP, sua execução prática muitas vezes se desvia das formalidades estabelecidas.

Esse desvio compromete a confiabilidade da prova e pode resultar em atuações estatais equivocadas. A fragilidade da memória surge como um fator determinante na falibilidade do reconhecimento pessoal. Isso porque a memória, que não atua como um registro fotográfico, mas como um processo de reconstrução de eventos, é suscetível a distorções e influências externas. Quando o procedimento de reconhecimento não segue os rigores exigidos pela legislação, a chance de erros aumenta significativamente.

Esse desrespeito às formalidades processuais é especialmente prejudicial no contexto de seletividade penal, em que as consequências de um reconhecimento falho podem acarretar injustiças irreparáveis. Aliado a isso está o fato de o sistema de justiça penal brasileiro estar corrompido pelo histórico racista do país. Ante essa conjuntura, a análise dos dados fornecidos por órgãos como CNJ, Condege e DPE/RJ revelou um padrão preocupante nos procedimentos de reconhecimento pessoal.

A maioria dos indivíduos reconhecidos e posteriormente inocentados pertence a grupos de pessoas negras. Em razão disso, tais dados corroboram a hipótese de que a seletividade penal desempenha um papel central na escolha de quem será criminalizado, reforçando desigualdades históricas e sociais, de modo a comprometer a condução do reconhecimento pessoal.

A seletividade penal, ao estigmatizar determinados grupos, notadamente pessoas negras, amplia as chances de que esses indivíduos sejam vítimas de erros no processo de reconhecimento pessoal, o que agrava

ainda mais a exclusão social à qual já estão submetidos. Além de ser uma prova suscetível a falhas, o reconhecimento pessoal é frequentemente usado como base para decretações de prisões cautelares, mesmo quando realizado de forma inadequada.

Nos casos ora analisados, foi possível verificar que muitos dos indivíduos reconhecidos permaneceram privados de liberdade por longos períodos, para somente mais tarde serem absolvidos. Essa prática não só fere os direitos fundamentais dessas pessoas, como também demonstra a fragilidade do sistema de justiça em garantir um processo penal justo e imparcial.

A falta de treinamento específico sobre a importância das formalidades e os riscos inerentes à falibilidade da memória humana agrava o problema. Muitas vezes, o procedimento é conduzido de maneira informal, desrespeitando as garantias processuais estabelecidas no CPP. Essa informalidade resulta em prisões cautelares fundamentadas em provas frágeis, pois sequer possuem a confiabilidade necessária para sustentar uma condenação penal.

Ao longo do estudo, também foi possível verificar que a seletividade penal não é um fenômeno acidental ou meramente fruto de falhas isoladas no sistema de justiça, e sim parte de um processo estrutural de controle social, o qual historicamente dirige a força punitiva do Estado contra os grupos mais vulneráveis. A criminalização seletiva, ao definir quem será rotulado como criminoso, reflete uma escolha política que perpetua desigualdades sociais e raciais.

Nesse sentido, o reconhecimento pessoal, quando efetuado de modo inadequado, opera como uma extensão dessa seletividade, contribuindo para a manutenção de um sistema penal excludente e discriminatório. Em face desse cenário, torna-se evidente a necessidade de uma reformulação profunda nas práticas de reconhecimento pessoal na conjuntura brasileira.

A observância rigorosa das formalidades legais instituídas no CPP é uma medida imprescindível para garantir a integridade da prova e a justiça no processo penal. Além disso, é urgente a reformulação dos procedimentos das instituições do sistema de justiça penal, bem como a capacitação dos profissionais envolvidos para lidar com os desafios apresentados pela falibilidade da memória humana e pelos riscos da seletividade penal.

À vista disso, o presente estudo reafirma a importância de uma análise crítica das práticas processuais no Brasil, especialmente no que diz respeito ao reconhecimento pessoal. A pesquisa evidenciou que, enquanto não forem implementadas reformas nesse campo, o sistema de justiça penal continuará a reproduzir desigualdades sociais e raciais que marcam a sociedade brasileira, com impactos diretos sobre a liberdade e dignidade de indivíduos pertencentes a grupos historicamente marginalizados.

Dentre a limitação da presente pesquisa está a análise de dados já produzidos e o fato de os autores não terem estabelecido um contato direto com os processos referentes ao relatório. Esse acesso poderia garantir um exame mais aprofundado e apontar mais variáveis capazes de comprometer o reconhecimento pessoal. Outro ponto limitador foi a concentração de dados em certos estados da Federação, como Rio de Janeiro e São Paulo, o que dificultou a prática de um estudo mais abrangente da problemática sobre o reconhecimento pessoal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Luíze Cristina de Oliveira. O reconhecimento pessoal e sua previsão no art. 226 do CPP: questões sobre vigência, validade, efetividade e justiça. *Revista da Universidade Vale do Rio Verde*, Três Corações, v. 19, n. 1, p. 228-237, 2021. <http://periodicos.unincor.br/index.php/revistaunincor/article/view/6389>

ALVES, Luíze Cristina de Oliveira. *Reconhecimento pessoal e verdade no processo penal: uma discussão à luz do garantismo de Luigi Ferrajoli*. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2022.

ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 507-540, 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.172>

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites do Judiciário na era da globalização neoliberal. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 11-14, 2006. <https://doi.org/10.1590/S1414-49802006000100001>

ARAÚJO, Fernanda Carolina de. *A teoria criminológica do labelling approach e as medidas socioeducativas*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BAGGIO, Roberta Camineiro; RESADORI, Alice Hertzog; GONÇALVES, Vanessa Chiari. Raça e biopolítica na América Latina: os limites do direito penal no enfrentamento ao racismo estrutural. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1834-1862, 2019. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/34237>

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. Trad. Ana Lucia Sabadelli. *Fascículos de Ciências Penais: tutela penal dos direitos humanos*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 44-61, 1993.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BARROS, Bruna Gonçalves Loureiro de Andrade. *Culpabilidade: análise crítica do conceito com base na ideia de vulnerabilidade*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 134-155, 2008. <https://doi.org/10.31060/rbsp.2008.v2.n1.31>

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. *Relatório do Grupo de Trabalho “Reconhecimento de Pessoas”*. Brasília, DF: CNJ, 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Relatório de informações penais: segundo semestre de 2023*. Brasília, DF: MJSP, 2023.

BRETAS, Marcos Luiz. O crime na historiografia brasileira: uma revisão na pesquisa recente. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 49-61, 1991. <https://bibanpocs.emnuvens.com.br/revista/article/view/124>

BRETAS, Marcos Luiz. Observações sobre a falência dos modelos policiais. *Tempo Social*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 79-94, 1997. <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/86441>

CARVALHO, Roberta dos Santos Pereira de; CARVALHO JÚNIOR, Natal dos Reis. Seletividade penal. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 9., 2021, Ribeirão Preto. *Anais eletrônicos [...]*. Ribeirão Preto: Universidade de Ribeirão Preto, 2022. p. 471-495. <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2531>

COLÉGIO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS. *Relatório sobre reconhecimento fotográfico em sede policial: análise dos casos encaminhados pelos defensores públicos*. Rio de Janeiro: DPE/RJ; Condege, 2020.

CORDAZZO, Karine; MENDES, Cintia Rocha. Os riscos e falhas no reconhecimento pessoal do acusado. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, v. 15, n. 2, p. 247-268, 2020. <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/1040>

FRANÇA, Rosilene Marques Sobrinho de. Encarceramento e racismo estrutural na América Latina e Brasil. *Argumentum*, Vitória, v. 14, n. 3, p. 119-136, 2022. <https://doi.org/10.47456/argumentum.v14i3.38514>

FERNANDES, Sérgio Ricardo Aquino; PELLENZ, Mayara; BASTIANI, Ana Cristina Bacega de. Fraternidade como alternativa à seletividade do direito penal. *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 38, n. 76, p. 155-182, 2017. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n76p155>

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública*. 17. ed. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023.

FUZIGER, Rodrigo José. *Ao arbítrio de Ananke: por uma revisão do conceito de autodeterminação no direito penal*. 2018. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

GUARAGNI, Fábio André; TANAKA, Carolline Mayumi. Falsas memórias no processo penal: a incidência de falsas memórias na prova testemunhal. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, v. 2, n. 59, p. 181-209, 2020. <https://doi.org/10.21902/revistajur.2316-753x.v2i59.4086>

LOPES, Luciano Santos. A contribuição de Alessandro Baratta para a criminologia crítica. *De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 11, p. 69-80, 2008. <https://bdjur.stj.jus.br/items/1f5101d3-5233-4a10-855f-50443ae04e0d>

LOURENÇO, Luiz Claudio; VITENA, Gabrielle Simões Lima; SILVA, Marina de Macedo. Prisão provisória, racismo e seletividade penal: uma discussão a partir dos prontuários de uma unidade prisional. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 220-239, 2022. <https://doi.org/10.31060/rbsp.2022.v16.n2.1367>

MAGALHÃES, Marina Trindade. O reconhecimento pessoal e a psicologia judiciária: fiabilidade do testemunho como reforço do etiquetamento e violação *ao in dubio*

pro reo. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1699-1731, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.339>

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARTINI, André; ROCHA, Andréa Pires. Racismo estrutural, violações dos direitos humanos e seletividade: determinantes do sistema penal brasileiro. *Captura Críptica: direito, política, atualidade*, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 56-74, 2020. <https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/capturacriptica/article/view/4564>

MARTINS, Alisson Thales Moura. Racismo estrutural e suas congruências históricas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 31, n. 363, p. 13-16, 2023. https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1571

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William Weber. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 409-440, 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.506>

MEDEIROS, Fabiana Irala de. A construção dialética de uma criminologia crítica para as fronteiras latino-americanas. *Novum Jus*, Caracas, v. 15, n. 1, p. 117-132, 2021. <https://doi.org/10.14718/novumjus.2021.15.1.6>

OLIVEIRA, Gabrielle Paula de; MACHADO, Giovanny Simon. Autocracia burguesa, racismo e encarceramento à luz do pensamento social brasileiro. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 27, p. e95242, 2024. <https://doi.org/10.1590/1982-0259.2024.e95242>

OLIVEIRA, Helena Mendes; ALBUQUERQUE, Pedro; SARAIVA, Magda. O estudo das falsas memórias: reflexão histórica. *Trends in Psychology*, Ribeirão Preto, v. 26, n. 4, p. 1763-1773, 2018. <https://doi.org/10.9788/TP2018.4-03Pt>

RIBEIRO, Ingrid Medeiros Lustosa Diniz; FRANÇA, Rosilene Marques Sobrinho de. Violência, seletividade penal e encarceramento no Brasil. In: CONGRESSO INTERNACIONAL CIÊNCIA E SOCIEDADE, 1., 2023, Campinas. *Anais eletrônicos [...]*. Campinas: Galoá, 2023. p. 1-12. <https://proceedings.science/cics-2023/trabalhos/violencia-seletividade-penal-e-encarceramento-no-brasil-2?lang=pt-br>

RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública Geral. Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça. *Relatório sobre reconhecimento fotográfico em sede policial e absolvições: análise de casos encaminhados pelos defensores públicos do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: DPE/RJ, 2020.

ROCHA, Andréa Pires; LIMA, Rita de Cássia Cavalcante; FERRUGEM, Daniela. Autoritarismo e guerra às drogas: violência do racismo estrutural e religioso. *Revista*

Katálysis, Florianópolis, v. 24, n. 1, p. 157-167, 2021. <https://doi.org/10.1590/1982-0259.2021.e75331>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. Trad. Fernanda Freixinho e Daniel Raizman. *Revista Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, ano 9, n. 14, p. 31-48, 2004. <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=3253967>

Authorship information

Luis Alberto Oliveira da Costa. Master's student in Law and Vulnerable Affirmations at Ceuma University. Postgraduate student in Human Rights at the State University of Maranhão. luisalberto.ocosta@gmail.com

Thiago Allisson Cardoso de Jesus. Post-doctorate from the Graduate Program in Criminal Sciences at the School of Law of the Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul (PUC/RS). Post-doctorate in Global Inequalities and Social Justice: Dialogues South and North, from the Faculty of Law of the University of Brasília (UnB) in partnership with the Latin American Faculty of Social Sciences. PhD in Public Policy from the Federal University of Maranhão. PhD student in Rule of Law and Global Governance at the Universidad del Salamanca/Spain. t_allisson@hotmail.com

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Luis Alberto Oliveira da Costa*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

- *Thiago Allisson Cardoso de Jesus*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 26/11/2024
 - Desk review and plagiarism check: 05/12/2024
 - Review 1: 10/01/2025
 - Review 2: 13/01/2025
 - Preliminary editorial decision: 17/02/2025
 - Correction round return: 05/03/2025
 - Final editorial decision: 09/03/2025
- Editorial team**
- Editor-in-chief: 1 (VGV)
 - Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

COSTA, Luis Alberto O.; JESUS, Thiago Allisson C. Reconhecimento pessoal e seletividade penal: uma análise acerca da necessidade da estrita aplicabilidade do rito previsto no Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 1, e1125 jan./abr. 2025. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i1.1125>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Extração compulsória de material biológico para fins de identificação criminal: a resposta adequada à Constituição à luz da Crítica Hermenêutica do Direito

Compulsory extraction of biological material for criminal identification purposes: the appropriate response to the Constitution in light of the Hermeneutic Critique of Law

Fátima Aurora Guedes Afonso Archangelo¹

Universidade do Vale do Rio dos Sinos – São Leopoldo/RS, Brasil

farchangelo@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/0835200279576994>

 <http://orcid.org/0000-0002-2780-8830>

RESUMO: Os avanços tecnológicos da segunda metade do século XX trouxeram inovações que ainda despertam polêmica no cenário da persecução penal. Relevante dissenso refere-se à possibilidade de coleta compulsória de material biológico para obtenção de perfil genético, mesmo em relação a portadores de identificação cível, prevista na Lei nº 12.037/2009 (art. 3º, inciso IV, e art. 5º). Embora a questão jurídica controversa seja única (coleta compulsória de material genético para a persecução penal), são proferidas decisões diametralmente opostas pelos tribunais. Diante desse contexto, indaga-se: é possível que decisões tão dissonantes sejam igualmente adequadas à Constituição? Sob a perspectiva do processo penal garantista, quais efeitos decorrem de uma decisão constitucionalmente inadequada em relação à questão jurídica posta? A partir da análise de julgados antagônicos, este artigo investiga se, dentre eles, há uma resposta judicial constitucionalmente

¹ Doutoranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestra em Direito e Poder Judiciário na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Juíza Federal Substituta – Tribunal Regional Federal da 6ª Região. Pesquisadora e Formadora da ENFAM, com ênfase em Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Direito da Antidiscriminação, Justiça Criminal Consensual e Processo Penal.

adequada para a questão jurídica controversa, sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), cunhada por Lenio Luiz Streck. Ao final, o texto agrega uma abordagem crítica, expandindo a reflexão quanto aos impactos da tomada de decisão constitucionalmente inadequada em relação à coleta de material genético para fins de persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: Dados genéticos; Identificação Criminal; Persecução Penal Humanista; Resposta Constitucionalmente Adequada; Crítica Hermenêutica do Direito.

ABSTRACT: *Technological advances in the second half of the 20th century brought innovations that still stir controversy in the criminal prosecution scenario. A relevant disagreement concerns the possibility of compulsory collection of biological material to obtain a genetic profile, even in relation to individuals with civil identification, as provided for in Law no. 12.037/2009 (art. 3, item IV, and art. 5). Although the controversial legal issue is unique (compulsory collection of genetic material for criminal prosecution), diametrically opposed decisions have been issued by the courts. Given this context, the question is: is it possible for such dissonant decisions to be equally in line with the Constitution? From the perspective of the criminal procedure guarantee, what effects result from a decision that is constitutionally inadequate in relation to the legal question posed? Based on the analysis of conflicting judgments, this article investigates whether, among them, there is a constitutionally adequate judicial response to the controversial legal issue, from the perspective of the Hermeneutic Critique of Law (CHD), coined by Lenio Luiz Streck. At the end, the text adds a critical approach, expanding the reflection on the impacts of constitutionally inadequate decision-making in relation to the collection of genetic material for the purposes of criminal prosecution.*

KEYWORDS: *Genetic Data; Criminal Identification; Humanist Criminal Prosecution; Constitutionally Adequate Response; Hermeneutic Criticism of Law.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. O uso de dados genéticos no contexto da persecução penal: atualidade e relevância da questão; 2. A perspectiva de análise dos casos: a Crítica Hermenêutica do Direito como paradigma; 3. Estudo de casos: a busca pela resposta constitucionalmente adequada; 4. Parênteses necessários: a crítica científica garantista. Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos da segunda metade do século XX trouxeram inovações que ainda despertam polêmica no cenário da persecução penal. Nesse contexto, a tensão ente o uso de dados genéticos para fins de investigação criminal e os direitos fundamentais do suspeito tem sido objeto de questionamentos que aportam nos tribunais brasileiros desde o advento da Lei nº 12.037/2009; cujos dispositivos possibilitam, mediante prévia autorização judicial, a coleta compulsória de material biológico para obtenção de perfil genético, mesmo em relação a portadores de identificação cível, quando for essencial às investigações policiais (art. 3º, inciso IV e art. 5º)².

Embora a questão jurídica controversa seja única (coleta compulsória de material genético para fins de investigação criminal), a exigir tomada de decisão unívoca consoante o método hermenêutico, o que se verifica é que são proferidas decisões diametralmente opostas pelos tribunais, todas arrogando-se estar em conformidade com a Constituição Federal. É possível que decisões tão dissonantes sejam igualmente adequadas à Constituição? Ou a colidência entre tais decisões judiciais reforça a “crise na compreensão das garantias processuais penais”³? Pode-se afirmar que uma das decisões é correta e a outra incorreta em relação à Constituição?

No intento de contribuir para o esclarecimento dessas indagações, este texto pretende investigar se há uma resposta judicial constitucionalmente adequada para a questão jurídica controversa (coleta compulsória de material genético para a persecução penal), sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), cunhada por Lenio Luiz Streck, tomando para análise julgados antagônicos. E, para tal desiderato,

² BRASIL. Lei nº. 12.037, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 2 out. 2009. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 jul. 2024.

³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?* 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. 140 p., p. 16.

adota como fio condutor uma teoria da decisão jurídica que abrange a problemática dos princípios⁴.

Ao resultado dessa análise, acrescentam-se aportes críticos, no intuito de expandir as reflexões científicas sobre o problema nuclear do texto: os impactos decorrentes da tomada de decisão constitucionalmente inadequada.

Ancorou-se o artigo em revisão bibliográfica de referenciais teóricos interdisciplinares, complementada por pesquisa documental, para densificar a argumentação crítica e contribuir para o debate sobre a adequação constitucional da autorização judicial para extração compulsória de material genético para fins de persecução penal.

1. O USO DE DADOS GENÉTICOS NO CONTEXTO DA PERSECUÇÃO PENAL: ATUALIDADE E RELEVÂNCIA DA QUESTÃO

A identificação criminal é excepcional, nos termos do art. 5º, LVIII, da Constituição Federal⁵, sendo permitida nas estritas hipóteses legais. Estas estão previstas na Lei nº 12.037/2009⁶, que estabelece rol taxativo dos casos em que a identificação criminal se justifica.

A identificação criminal ordinária é feita por processo datiloscópico e fotográfico, nos termos do art. 5º da referida lei. A par dessas vias ordinárias, a obtenção de perfil de DNA para identificação criminal também encontra previsão na mesma Lei nº 12.037/2009, por acréscimo da Lei nº 12.654/2012⁷, que incluiu a coleta de material biológico para

⁴ Tal como propõem STRECK; OLIVEIRA, 2019, p. 17.

⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 jul. 2024.

⁶ BRASIL, 2009.

⁷ A Lei nº. 12.654/2012 também modificou a Lei nº. 7.210/84 (Lei de Execução Penal – LEP), que passou a prever a obrigação de condenados por certos crimes graves serem submetidos à identificação por DNA e seus perfis genéticos armazenados em banco de dados (art. 9-A). A constitucionalidade desse novel dispositivo da LEP está sendo questionada perante o STF, tendo sido afetada ao regime de repercussão geral (Tema 905 – Constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes

obtenção do perfil genético dentre os casos em que o juiz pode determinar a identificação criminal para fins de investigação de crimes e o seu armazenamento em banco de dados de perfis genéticos.

Vale ressaltar que o desenvolvimento da genética, como ramo da biotecnologia, ensejou relevante contribuição para a medicina e para outras ciências. A molécula de DNA carrega informações relativas às “[...] características hereditárias das pessoas e que possibilitam a identificação única de cada indivíduo”⁸, possuindo várias aplicações, que podem ser classificadas em clínica, pesquisa científica e identificação⁹, sendo esta última a que interessa a este texto. A respeito, esclarece Cardoso:

Por fim, a análise de DNA para fins de identificação examina as variantes de uma determinada sequência de DNA, que são os polimorfismos. Estes se manifestam no DNA não codificante, que, como mencionado, compõe a maior parte do genoma. *Constitui a prova forense, que atende a finalidades legais, como o esclarecimento da autoria de delitos, a verificação de vínculos familiares biológicos e o reconhecimento das vítimas de crimes e desastres*¹⁰.

A coleta, o tratamento e a conservação de dados genéticos exigem proteção jurídica especial. De um modo geral, essa proteção há que abranger o direito à intimidade, o direito à proteção de dados pessoais e à autonomia das pessoas. Essas balizas jurídicas variam conforme o

violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal). Todavia, este texto refere-se à coleta de dados genéticos tão somente do investigado, não alcançando aspectos da constitucionalidade da alteração na LEP (BRASIL. Lei n.º. 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis n.ºs. 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, p. 1, Brasília, DF, 29 maio 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm. Acesso em: 17 jul. 2024).

⁸ CARDOSO, Thales Messias Pires. *Direitos fundamentais e tecnologia: o uso de dados genéticos para a persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. 208 p., p. 76.

⁹ Para saber mais: CARDOSO, 2022.

¹⁰ CARDOSO, 2022, p. 77, destaques nossos.

arcabouço normativo dos países¹¹, e, no aspecto do mérito, conforme a coleta de amostra dependa, ou não, de intervenção corporal.¹²

Para os limites deste texto, interessa o uso do DNA no campo da investigação criminal. Nessa seara, importante distinguir entre amostras duvidosas (encontrada no local dos fatos ou na vítima) e as indubitadas (extraídas diretamente do corpo de um indivíduo investigado), uma vez que:

O que interessa à investigação é o contraste entre os perfis de DNA colhidos de vestígios biológicos da cena do crime, de origem desconhecida, e os obtidos de pessoa conhecida, possível autora dos fatos, inclusive o contraste dos primeiros com uma base de dados de perfis genéticos, que armazena DNA proveniente de amostras duvidosas e indubitadas, para verificar a coincidência ou não entre

¹¹ Cardoso sublinha que documentos internacionais, como a Recomendação R5 (97), de 13 de fevereiro de 1997, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros Proteção de Dados Médicos, e também a Convenção de Oviedo, “remetem à legislação específica relativa à coleta, tratamento e conservação de dados genéticos para fins de prevenção e investigação criminal” (2022, p. 98). No Brasil, de forma semelhante, a Lei nº 13.709/2018, ou Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), a par de disciplinar de forma geral a coleta e o processamento de dados pessoais (inclusive os dados sensíveis, como os genéticos), exclui expressamente do âmbito de sua aplicação o tratamento de dados pessoais realizado exclusivamente para fins de segurança pública ou atividades de investigação e repressão de infrações penais, dentre outros, reservando à legislação específica (art. 4º, III e §1º). Em atenção a esse dispositivo legal, a Presidência da Câmara dos Deputados, em ato de 26/11/2019, instituiu Comissão de Juristas destinada a elaborar anteprojeto da necessária legislação específica. A par do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais para Segurança Pública e Persecução Penal (APL), também foi apresentado o Projeto de Lei nº 1515/2022, pelo então Deputado Coronel Armando (PL-SC), cujas distinções podem ser compreendidas através da leitura da *Nota técnica: análise comparativa entre o anteprojeto de LGPD penal e o PL 1515/2022*, publicada em conjunto pelo Instituto de Referência em Internet e Sociedade (IRIS) e Laboratório de Políticas Públicas e Internet (LAPIN), novembro de 2022. O Projeto de Lei 1515/2022 aguarda a criação de comissão especial para apreciação conclusiva sobre a matéria desde 20 de junho de 2022, conforme informações de tramitação da Câmara dos Deputados (Disponíveis em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2326300&fichaAmigavel=não>. Acesso em: 04 mar. 2025).

¹² Para saber mais: CARDOSO, 2022.

os perfis genéticos, servindo o laudo pericial de genética forense como prova no âmbito da investigação ou processo penal.¹³

A questão de fundo deste estudo imbrica-se com a coleta de amostras indubitadas de forma compulsória. A celeuma surge porque a pessoa investigada ou acusada passa a ser objeto de prova, o que é questionado como colidente a direitos fundamentais do suspeito de um lado e, de outro, defendido como prática constitucional ao argumento de que deve prevalecer o dever estatal de resguardar a sociedade contra crimes de maior violência.

Após o advento da previsão legal, não tardaram as primeiras coletas de material genético para fins de investigação criminal. Embora muitas vezes tenha havido o consentimento esclarecido dos investigados, também ocorreu a recusa de suspeitos à submissão à coleta de material genético para fins de investigação criminal, seguida, em alguns casos, de autorização judicial para a coleta compulsória. E essa autorização judicial de primeira instância foi questionada perante os Tribunais, que adotaram posições divergentes.

Diante desse contexto, indaga-se: há uma resposta constitucionalmente correta para essa celeuma à luz da Crítica Hermenêutica do Direito? E quais reflexos negativos ao processo penal humanista decorrem de eventual decisão constitucionalmente inadequada? É o que se pretende analisar juridicamente nos próximos tópicos¹⁴.

2. A PERSPECTIVA DE ANÁLISE DOS CASOS: A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO COMO PARADIGMA

Como delimitado nas linhas anteriores, este texto pretende tomar acórdãos divergentes sobre a constitucionalidade da autorização judicial

¹³ *Id.*, p. 106.

¹⁴ Para conhecer análise biopolítica sobre os bancos de perfis genéticos: ver LAZZARETTI, Bianca Kaini; CUNHA, Anita Spies da; SHCIOCCHET, Taysa. Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: implicações éticas de jurídicas da coleta compulsória de material genético. In: ENCONTRO NACIONAL DE ANTROPOLOGIA E DIREITO, 4., 2015, São Paulo. *Anais* [...]. São Paulo: ENADIR, 2015. p. 1-11. Disponível em: <https://nadir.fflch.usp.br/sites/nadir.fflch.usp.br/files/upload/paginas/Artigo%20SUBMETIDO%20-%20ENADIR%202015%20-%20Bianca%2C%20Anita%20e%20Taysa%20-%20BPG.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2024.

para coleta compulsória de amostras indubitadas para fins de investigação criminal, analisando se há, ou qual seria, a decisão constitucionalmente adequada à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.

Fundada por Lenio Luiz Streck, a Crítica Hermenêutica do Direito é uma teoria jurídica gestada a partir do novo paradigma jurídico que emergiu da Constituição Federal de 1988, cujo maior desafio é o controle hermenêutico das decisões judiciais¹⁵. A CHD reúne fundamentos da filosofia hermenêutica¹⁶, da hermenêutica filosófica¹⁷, da intersubjetividade linguística no âmbito da filosofia analítica¹⁸ e da teoria integrativa do Direito¹⁹. Merece transcrição síntese seminal de Streck sobre o desafio da CHD:

A tarefa da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) é a de “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos” (Heidegger-Stein). Fincada na ontologia fundamental, busca, mediante uma análise fenomenológica, o desvelamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e somos aquilo que nos tornamos por meio da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isso porque o ser é sempre

¹⁵ Dentre outras teorias, elegeu-se a *Crítica Hermenêutica do Direito* como paradigma para o controle hermenêutico das decisões judiciais selecionadas, tanto por sua reconhecida consistência epistêmica como porque é a base teórica da disciplina *Hermenêutica, Interpretação do Direito e Linguagem*, ministrada pelo Prof. Dr. Lenio Luiz Streck no âmbito do Doutorado em Direito Público do PPGD da UNISINOS, cursada pela autora em 2024, quando iniciou a análise de tais casos em trabalho de conclusão de nominada disciplina.

¹⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. 600 p.

¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. 624 p.; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. 631 p.

¹⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. 350 p.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 593 p.

o ser de um ente, e o ente somente é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico)²⁰.

Neste tópico, busca-se expor alguns fundamentos da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), matriz teórica em que se fundará a análise crítica dos julgados selecionados. Não se pretende abordar todos os contornos da CHD²¹, uma vez que sua complexidade não comporta uma apresentação exauriente nos estreitos limites de um artigo, mas de esclarecer aqueles temas e conceitos da CHD em que se pautará a análise do tópico subsequente, e que se interrelacionam, quais sejam: (i) a necessidade de uma nova perspectiva hermenêutica (constitucional) no Estado Democrático de Direito; (ii) o direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição (resposta correta); (iii) a compreensão dos elementos que permeiam os princípios do Constitucionalismo Contemporâneo; e (iv) o ativismo judicial.

Com o advento da Constituição de 1988, Streck ressalta a necessidade de se dar “[...] novos contornos à interpretação do direito (constitucional) sem que se confundam, contudo, os princípios da interpretação constitucional com os princípios jurídico-constitucionais”²².

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. DOI: 10.18593/ejll.v17i3.1.2206. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206/pdf>. Acesso em: 9 jul. 2024.

²¹ Para saber mais: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro digital (E-pub); STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020a. 486 p. (Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento); STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck*. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020b. 279 p.; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11.ed. rev. atual. e ampl. 4. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. 455 p.; QUARELLI, Vinicius. *O que é isto: a crítica hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck?* Salvador: JusPodivm, 2024. 176 p.

²² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET,

Defendendo um rigoroso controle das decisões judiciais em prol do novo paradigma (a democracia), Streck propõe uma nova perspectiva, baseada em um conjunto mínimo de princípios (hermenêuticos), quais sejam: 1) a preservação da autonomia do Direito, que abarca outros princípios como o da correção funcional, o da rigidez do texto constitucional, o da força normativa da Constituição e o da máxima efetividade; 2) o controle hermenêutico da interpretação constitucional, tendo como razão final o controle da discricionariedade das decisões judiciais; 3) o efetivo respeito à integridade e à coerência do direito; 4) o dever fundamental de justificar as decisões ou de como a motivação não é igual à justificação; e 5) o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada²³. Esses princípios devem ser compreendidos como um “modo de concretizar a Constituição”²⁴, e, por isso, orientam a análise do tópico 3 deste texto.

Como Dworkin, a CHD entende o Direito como atividade interpretativa em um contexto intersubjetivo de fundamentação que assegure a coerência e a integridade da decisão. E, tal como Gadamer, Streck esclarece que a interpretação é a explicitação do compreendido: compreende-se para interpretar. Por conseguinte, a CHD entende que o intérprete deve compreender o sentido da Constituição, a partir do círculo hermenêutico, e não como elemento objetivo separado do intérprete. Para tanto, é imprescindível uma pré-compreensão sobre a totalidade do sistema jurídico-político-social, da qual depende a força normativa da Constituição. Nessa senda, a baixa compreensão sobre o sentido da Constituição conduz a uma interpretação incorreta ou inadequada, que impacta negativamente na efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Para a CHD, há um direito fundamental de se obter uma resposta adequada à Constituição, “[...] que não é a única e nem a melhor”²⁵. A partir disso, Streck assevera que o cidadão tem um direito a uma “*accountability* hermenêutica”:

Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 73-90. p. 74.

²³ *Id.*, p. 72-89.

²⁴ *Id.*, p. 76.

²⁵ STRECK, 2016, p. 729

Assim, partindo do dever fundamental de justificar/motivar as decisões, chegamos ao direito fundamental à obtenção de respostas corretas/adequadas à Constituição. Mais do que isso: a concretização dos direitos fundamentais requer a obtenção de respostas adequadas à Constituição. Trata-se de um direito (humano) fundamental do cidadão, ou seja, o cidadão tem o direito a uma *accountability* hermenêutica. Há uma ligação umbilical entre esse dever fundamental e esse direito fundamental. A complementaridade entre ambos representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais²⁶.

Segundo anotam Streck e Oliveira²⁷, o conceito de princípio pode aparecer na linguagem jurídica com, pelo menos, três significados distintos: a) como princípio geral do Direito; b) como princípio jurídico-epistemológico; e c) como princípio pragmático-problemáticos, a que a CHD nomeia por princípios constitucionais. E é essa terceira acepção, de princípios constitucionais, “[...] que se desenvolve no contexto do movimento constitucional do segundo pós-guerra”²⁸ que será tomada para análise crítica dos julgados abordados no tópico seguinte deste texto.

Para a CHD, a perspectiva de princípios constitucionais envolve a descontinuidade com relação às possibilidades significativas anteriores. São princípios próprios do Estado Democrático, associados à “Constituição e a toda sua carga política de conformação de uma nova sociedade e da possibilidade de instituição de um melhor governo, limitado e respeitador dos direitos e garantias fundamentais”²⁹, com forte pragmatismo. Para melhor esclarecer a ruptura paradigmática dos princípios constitucionais em relação aos axiomas anteriores (elemento abstrato-sistemático, aplicável por mera dedução de conceitos), Streck reforça a distinção entre ambos,

²⁶ *Id.*, p. 730-731. Para saber mais: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário senso incomum: mapeando as perplexidades do Direito*. São Paulo: Dialética, 2023. E-book.

²⁷ STRECK; OLIVEIRA, 2019.

²⁸ STRECK, 2020a, p. 370.

²⁹ STRECK, 2020a, p. 370.

destacando que aqueles “[...] surgem como elementos constitutivos da normatividade jurídica”³⁰. A propósito, merece transcrição:

Do conceito de princípio pragmático-problemático podemos dizer, com o auxílio de Castanheira Neves (2003, p. 108), que “[...] se distinguem decisivamente dos ‘princípios gerais do Direito’ que o positivismo normativista-sistemático via como axiomas jurídico-rationais do seu sistema jurídico, pois são agora princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade, expressões normativas de ‘o Direito’ em que o sistema jurídico cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade”³¹.

Dworkin afirma que “[...] o julgamento é, caracteristicamente, uma questão antes de princípio que de política”³². A par disso, Streck esclarece que, embora os princípios constitucionais “[...] projetem maior luz para o fenômeno da decisão judicial”, eles também “[...] oferecem espaços argumentativos que permitem controlar os sentidos articulados pelas decisões”³³. Disso resulta que o conteúdo dos princípios constitucionais não é uma escolha discricionária do julgador, afastando-se construções arbitrárias, decisionismos e o fenômeno que Streck criticamente descreve como “pamprincipiologismo”³⁴. Adverte o teórico que o conteúdo dos princípios constitucionais “[...] não pode ser livremente determinado pelos tribunais, isso porque eles são manifestações histórico-cultural que se expressa em determinado contexto de uma experiência jurídica comum”³⁵.

Para a CHD, os princípios constitucionais possuem normatividade capaz de conduzir a decisão judicial à resposta adequada à Constituição. Nesse sentido, a CHD ressalta que os princípios constitucionais: a) devem ser compreendidos como um “fechamento interpretativo”, agregando-lhes

³⁰ *Id.*, p. 372.

³¹ *Ibid.*

³² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 593 p., p. 10.

³³ STRECK, *op. cit.*, p. 372-373.

³⁴ Para saber mais sobre o fenômeno ‘pamprincipiologismo’: STRECK, 2020a, p. 253-256 (verbete 34), que se refere à utilização de princípios como mero recurso argumentativo, “álisis teóricos” sem qualquer densidade deontológica.

³⁵ STRECK, *op. cit.*, p. 373.

o caráter deontológico e o de preenchimento da “inexorável porosidade das regras jurídicas” – noutros dizeres, devem ter sua normatividade reconhecida; b) não podem ser usados como “grau zero de sentido” – “direcionam a decisão judicial para o sentido mais coerente com o todo de nossas práticas jurídicas num espaço democrático”; c) “devem refletir um sentido constitucional reconhecido em nossa comunidade de modo vinculante, ainda que passível de exceções”; d) possuem a característica da transcendência, ultrapassando a discussão meramente semântica – o “princípio é, pois, o elemento compreensivo que vai além da regra, ou seja, transcende à onticidade da regra”; e e) não são conceitos vazios – “sua normatividade direciona sentidos que espelham a *comum-idade* a que pertencem”³⁶.

Lado outro, a CHD denuncia o fenômeno do ativismo judicial como sempre prejudicial à democracia. Isto porque o ativismo judicial é compreendido como inerente a “comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais”; como um “behaviorismo judicial”; como “absolutamente ruim e censurável em uma perspectiva de democracia normativa”³⁷. Em suma, o ativismo caracteriza-se pela atuação judicial que excede os limites jurídicos fixados para a tomada de decisão (Constituição, princípios, leis, jurisprudência etc.) e/ou invade a competência legislativa ou executiva.

A partir desses conceitos da CHD, passa-se à análise crítica dos julgados sobre a possibilidade de coleta compulsória de material genético para fins de investigação criminal.

3. ESTUDO DE CASOS: A BUSCA PELA RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

Em diversos países, são questionados os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos e de condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em banco de dados e deles fazer uso para fins de persecução penal.

No Brasil, com o advento da Lei nº 12.654/2012, esse questionamento aportou no Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à possível

³⁶ STRECK, 2020a, p. 372-375

³⁷ *Id.*, 2016, p. 724.

violação de direitos de condenados por intermédio do RE 973837 RG/MG, sendo afetada ao regime de repercussão geral em 2016 (Tema 905).

A par disso, a coleta compulsória de amostras indubitadas de suspeitos (não condenados) para fins de investigação criminal também foi questionada perante os tribunais brasileiros, recebendo respostas divergentes. Como amostra do posicionamento superior dispensando o assentimento do suspeito para a coleta de seu material biológico para fins de investigação criminal, seleciona-se o HC 115.767/PR, apreciado pelo STF em 16 de novembro de 2012, sob relatoria da então Ministra Rosa Weber. Esse *habeas corpus* tem sido considerado paradigma para aqueles que afirmam a constitucionalidade da coleta compulsória de material biológico do investigado no processo penal, embora esse caso não tenha se referido à identificação de perfil genético nos termos e para os fins da Lei nº 12.654/2012, mas para verificação de concentração de álcool no material biológico do paciente (urina e sangue)³⁸. Do inteiro teor do julgado, extrai-se:

Observo, ademais, que não é tão claro, como alega o Impetrante, que a realização do exame dependeria do assentimento do paciente quanto à coleta de urina. Invoca o direito o silêncio como base de um direito genérico à não autoincriminação e que impediria a colheita de material biológico para exame sem a concordância expressa do investigado. Inegável que o direito ao silêncio é uma das vigas mestras do processo penal em um Estado Democrático de Direito. Em sua origem tinha profunda conotação religiosa, sendo apontado texto de São João Crisóstomo como principal fonte da máxima latina *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* [...]. Durante os séculos XVI e XVII, o direito foi invocado pelas Cortes inglesas da *Common Law* contra a jurisdição dos tribunais eclesiásticos, perante os quais não era respeitado, em batalha judicial que se confundiu com a afirmação da própria liberdade de consciência e de crença. De forma semelhante, o direito de permanecer em silêncio progressivamente se afirmou como mecanismo de proteção das próprias liberdades políticas e de expressão. Também como pano de fundo, o direito ao silêncio firmou-se como característica diferenciadora de dois modelos de processo penal, um, o inglês, no

³⁸ LAZZARETTI; CUNHA; SHIOCCHET, 2015.

qual os direitos do acusado eram relativamente resguardados, outro, o continental europeu, fundado na prática de extração mediante tortura de confissões involuntárias do investigado. [...] No Brasil, o direito ao silêncio teve reconhecimento um pouco mais tardio, contemplado que foi no Código de Processo Penal de 1941 e elevado a garantia constitucional apenas com a Constituição de 1988. Na atualidade, o direito ao silêncio não mais está tão intimamente relacionado às liberdades básicas de expressão, políticas e religiosas. Não obstante, ainda cumpre a importante função de prevenir a extração de confissões involuntárias no processo penal. Com base nessa compreensão da função do direito ao silêncio, ele não tem sido invocado, no Direito Comparado, como óbice à colheita compulsória de material biológico do acusado ou do investigado para fins de exame no processo penal³⁹.

A decisão segue transcrevendo trechos de julgados da Suprema Corte norte-americana e dispositivos legais do Direito Continental europeu (alemão, português e francês) no sentido de que o direito ao silêncio não previne a coleta compulsória de material biológico da pessoa acusada ou investigada no processo penal. Como derradeiro exemplo, a decisão colaciona manifestação da Corte Europeia de Direitos Humanos (em *Saunders v. United Kingdom*, de 1996):

O direito a não autoincriminação está primordialmente relacionado, no entanto, com o respeito à vontade do acusado de permanecer em silêncio. Como usualmente entendido no sistema legal dos Estados Partes da Convenção [Europeia de Direitos Humanos] e em outros lugares, ele não se estende ao uso, no processo criminal, de material que pode ser obtido do acusado por meio de poderes compulsórios, mas que tem existência independente da vontade do suspeito como, entre outros, documentos apreendidos por mandado, amostras de hálito, sangue e urina e tecidos corporais para fins de exame de DNA⁴⁰.

³⁹ HC 115.767/PR, rel. Min. Rosa Weber, em 16 nov. 2012. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=115171384&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2024.

⁴⁰ *Id.*

Ao final, a decisão argumenta que manifestações no sentido de que o direito ao silêncio preveniria a coleta compulsória de material biológico da pessoa investigada ou acusada seriam “[...] afirmações acríicas a respeito do instituto”, que “[...] ignoram a origem histórica, a função atual e a compreensão dele no Direito Comparado”⁴¹.

Embora essa decisão afirme que considera a historicidade do direito ao silêncio, parece mais espelhar a “onticidade” eurocêntrica e norte-americana, desconsiderando “o sentido mais coerente com o todo de nossas práticas jurídicas” no espaço da democracia brasileira, tal como indicado como via correta para aplicação de princípios constitucionais pela CHD. No próprio STF, prevalece o entendimento de que ninguém é obrigado a fazer qualquer prova contra si mesmo⁴². Assim, ao crivar outras compreensões de vulgares e acríicas, a decisão proferida no HC 115.767/PR, opta por se distanciar do sentido constitucional reconhecido em nossa comunidade de modo vinculante ao princípio da não autoincriminação e de sua correlação com outros princípios constitucionais que regem o processo penal acusatório. Distancia-se do sentido constitucional e aproxima-se de uma leitura política, fundamentada em ordens jurídicas distintas da vigente na democracia brasileira.

No HC 115.767/PR, percebe-se que a argumentação está umbilicalmente ligada ao paradigma da subjetividade, do esquema sujeito-objeto. Abriu-se espaço para exposição do “livre convencimento do juiz” sobre questão de mérito deduzida em *habeas corpus* a que se negou seguimento por inadequação da via eleita. Essa visão pessoal da magistrada não poderia ser tomada como parâmetro para outros julgamentos, principalmente porque não constituiu razões de decidir (a questão não foi sequer decidida), não operou coisa julgada material (o *habeas corpus* teve seu seguimento negado por prejudicial de mérito), limitando-se o teor da manifestação à exposição de pensamento “em tese” sobre a “gestão da prova”.

Em sentido oposto, sobre a mesma questão, manifestou-se a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por mais de

⁴¹ *Id.*

⁴² Nesse sentido: STF, HC 94.082-MC/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 25/03/2008 e HC 99289, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009.

uma ocasião⁴³, em julgados relatados pelo Desembargador Federal Néviton Guedes, concluindo pela indispensabilidade do consentimento da pessoa acusada para a coleta de seu material biológico para obtenção de perfil genético. Segue um dos acórdãos, por todos⁴⁴:

PENAL. PROCESSO PENAL. INVESTIGAÇÃO. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. ART. 3º, IV E 5º, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 12.037/09. COLETA DE MATERIAL BIOLÓGICO. DIREITO DE NÃO PRODUIR PROVA CONTRA SI MESMO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. (...) 4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo (HC 99289, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009). 5. O STF firmou também o entendimento de que viola a dignidade humana, a intimidade, a intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório para coleta do material indispensável à feitura de exame (HC 71373, Relator Min. Francisco Rezek, Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/1994). 6. Por sua vez, a Constituição expressamente estabelece em seu art. 5º, inciso LVIII que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”, e, ainda, que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (inciso XLIX); e, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (inciso LVI), sob pena de inconstitucionalidade.

⁴³ Por exemplo: ACR 0002272-80.2017.4.01.3823, Desembargador Federal Néviton Guedes, TRF1 – Quarta Turma, e-DJF1 21/03/2018; e ACR 0000089-71.2019.4.01.3822, Desembargador Federal Néviton Guedes, TRF1 – Quarta Turma, e-DJF1 28/01/2020.

⁴⁴ A seleção do acórdão a ser contraposto ao anterior decorreu de busca na jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ) e também dos Tribunais Regionais Federais, optando-se por aquele cuja leitura preliminar revelou maior explicitação dos elementos indicados pela CHD como ínsitos à resposta adequada à Constituição. No mesmo sentido, sugere-se também a leitura de acórdãos proferidos por outros Tribunais: REsp 1677380/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, STJ – Segunda Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 16/10/2017; e MSCrim 5016208-17.2021.4.03.0000, Desembargador Federal José Marcos Lunardelli, TRF3 – Décima Primeira Turma, DJEN 01/12/2021.

7. A Constituição Federal estabelece também que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (art. 5º, LXIII), devendo-se acentuar que a doutrina e a jurisprudência internacionalmente têm interpretado que o direito ao silêncio deve ser observado como causa e consequência do direito mais amplo de a pessoa não ser forçada a produzir prova contra si. 8. É certo que a Lei 12.037/2009 dispõe que, embora apresentando documento de identificação, poderá ocorrer a identificação criminal do indivíduo, com coleta de material biológico para obtenção de perfil genético, quando for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa (art. 3º, inciso IV e art. 5º). 9. Buscando, pois, harmonizar os dispositivos legais referidos (art. 3º, IV e 5º, parágrafo único da Lei 12.037/09), de modo a compatibilizá-los com o texto constitucional, há de fazer sempre presente a anuência do investigado para coleta de dados e material genético, sem o que as referidas normas padeceriam de inconstitucionalidade (interpretação conforme à Constituição). 10. Em resumo, somando-se os dispositivos constitucionais já referidos com o comando do inciso XLIX (é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral), resulta logicamente inafastável a conclusão de que a Constituição Federal não consente com qualquer possibilidade de forçar o acusado em processo penal a produzir prova contra ele mesmo, especialmente, quando o meio de prova pressupõe método invasivo de sua integridade física ou moral. 11. Por força do direito de não produzir prova contra si mesmo, sempre que a produção de prova tiver como pressuposto uma ação por parte do acusado, é indispensável o seu consentimento. 12. O MPF no juízo de primeira instância requereu a identificação criminal e coleta de material biológico compulsória. Assim, a apreciação de pedido subsidiário - que seja deferida a coleta voluntária que se faz com a permissão do investigado -, deve ser apreciada pelo juízo natural, sob pena de indevida supressão de instância. 13. Apelação a que se nega provimento⁴⁵.

⁴⁵ ACR 0000089-71.2019.4.01.3822, Desembargador Federal Néviton Guedes, TRF1 – Quarta Turma, e-DJF1 28/01/2020. Disponível em: <[https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http s%3A%2F%2Farquivo.trf1.jus](https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Farquivo.trf1.jus)>

Esse acórdão contém os elementos indicados pela CHD como necessários à tomada de decisão constitucionalmente correta: 1) sustenta-se em consistente justificação, reconstruindo “[...] o direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições”⁴⁶ – esclarece a tradição dos entendimentos do STF sobre os princípios constitucionais regentes do processo penal acusatório e protetivos dos direitos fundamentais dos suspeitos/investigados; 2) correlacionou os diversos princípios constitucionais com aplicação sobre a questão da identificação criminal por coleta de material biológico do sujeito suspeito/investigado, apresentando uma interpretação que prestigiou a integridade e coerência da Constituição; 3) no ponto em que reforçou sua argumentação com a posição internacional sobre o tema, deu relevo à jurisprudência mais garantista e próxima do sistema acusatório (“a jurisprudência internacionalmente têm interpretado que o direito ao silêncio deve ser observado como causa e consequência do direito mais amplo de a pessoa não ser forçada a produzir prova contra si”⁴⁷).

Ao se posicionar pela indispensabilidade do consentimento do investigado para a coleta de material biológico para fins de persecução penal, a decisão se curva ao sistema acusatório (manifestação da recepção do paradigma filosófico do giro ontológico-linguístico), afastando-se do subjetivismo. E, no esforço argumentativo de expor a conformidade de sua interpretação à integridade constitucional, reflete o acatamento à intersubjetividade que ocorre na linguagem, e que é essencial ao sistema acusatório. A despeito da relevância do sistema acusatório, destaca Streck:

é possível afirmar que o sistema acusatório é o modo pelo qual a aplicação igualitária do Direito Penal penetra no Direito processual-penal. É a porta de entrada da democracia. É o modo pelo qual se garante que não existe um “dono da prova”; é o modo pelo qual se tem a garantia de que o Estado cuida de modo igualitário

br%2FAGText%2F2019%2F0000000%2F00000897120194013822_3.doc&-wdOrigin=BROWSELINK>. Acesso em: 22 jul. 2024.

⁴⁶ STRECK, 2016, p. 730.

⁴⁷ ACR 0000089-71.2019.4.01.3822, Desembargador Federal Néviton Guedes, TRF1 – Quarta Turma, e-DJF1 28/01/2020.

da aplicação da lei; enfim, é o *locus* onde o poder persecutório do Estado é exercido de um modo, democraticamente, limitado e equalizado⁴⁸.

Assim, apenas a segunda decisão analisada adotou uma interpretação conforme a Constituição, passando pelos filtros indicados pela CHD como necessários à uma resposta constitucionalmente adequada e inserindo-se no contexto democrático de um sistema acusatório.

4. PARÊNTESES NECESSÁRIOS: A CRÍTICA CIENTÍFICA GARANTISTA

O advento da Lei nº 12.654/2012 intensificou as discussões interdisciplinares sobre a coleta e uso de informações genéticas para fins de investigação criminal no Brasil, reproduzindo debates precedentes noutros países. Dentre notas técnicas⁴⁹ e outros estudos publicados⁵⁰, sublinham-se aqueles que problematizam a lei brasileira em relação à possibilidade de ofensa a direitos fundamentais.

Este tópico pretende contribuir para essa discussão, retomando o fio que permeou o precedente estudo de julgados: a autorização judicial para coleta compulsória de dados e material genético para fins de investigação criminal, analisada sob a perspectiva de uma teoria da decisão jurídica que abrange a problemática dos princípios⁵¹.

Em breve regresso ao segundo acórdão analisado, extrai-se a indicação de vários princípios constitucionais que o julgador correlacionou com a questão da coleta compulsória de material biológico do indivíduo suspeito/investigado, conducentes à afirmação de que “a *Constituição*

⁴⁸ STRECK; OLIVEIRA, 2019, p. 56.

⁴⁹ Como a endereçada pelo *Projeto Novas Fronteiras dos Direitos Digitais* à Comissão de Juristas da Câmara de Deputados responsável pela elaboração do anteprojeto para tratamento de dados pessoais por órgãos de segurança pública e para fins de persecução penal (BIONI *et al*, 2020)

⁵⁰ Por exemplo: FREITAS, C. O. DE A.; SOARES, R. J.; MILANEZI, R. DE C.. O caso Yara Gambirasio e a (im)possibilidade da coleta de material genético em massa da população brasileira. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 10, n. 2, p. e847, 2024.

⁵¹ Tal como propõem STRECK; OLIVEIRA, 2019, p. 17.

*Federal não consente com qualquer possibilidade de forçar o acusado em processo penal a produzir prova contra ele mesmo, especialmente, quando o meio de prova pressupõe método invasivo de sua integridade física ou moral*⁵². Em especial, essa conclusão judicial prestigia o princípio *nemo tenetur se detegere*, ínsito ao modelo acusatório de persecução penal, vocacionado à proteção do indivíduo contra os excessos estatais. Esse inafastável cariz garantista é destacado por Maria Elizabeth Queijo em sua tese doutoral:

Não poderá ser inviabilizada a persecução penal, pelo reconhecimento de direitos fundamentais ilimitados, mas não será admissível também que sejam eles, inclusive o *nemo tenetur se detegere*, aniquilados, para dar lugar ao direito à prova ilimitado e à busca da verdade a qualquer custo, com a colaboração inarredável do acusado.⁵³

Em relação às provas que dependem da cooperação da pessoa acusada, tal como a coleta de amostra indubitada de material genético, Queijo pondera que a desconsideração do *nemo tenetur se detegere* enseja a ilicitude da prova colhida⁵⁴, a despeito de entendimentos em sentido contrário⁵⁵, que sustentam que a coleta compulsória de material

⁵² ACR 0000089-71.2019.4.01.3822, Desembargador Federal Néviton Guedes, TRF1 – Quarta Turma, e-DJF1 28/01/2020. Disponível em: <[https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http s%3A%2F%2Farquivo.trf1.jus.br%2FAGText%2F2019%2F0000000%2F00000897120194013822_3.doc&wdOrigin=BROWSELINK](https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Farquivo.trf1.jus.br%2FAGText%2F2019%2F0000000%2F00000897120194013822_3.doc&wdOrigin=BROWSELINK)>. Acesso em: 22 jul. 2024.

⁵³ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2002. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/001277596>. Acesso em: 05 mar. 2025.

⁵⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2002. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/001277596>. Acesso em: 05 mar. 2025.

⁵⁵ Em oposição à tese de Queijo, Suxberger e Furtado sustentam que a “garantia da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) não é ofendida quando do imputado não se exige colaboração ativa para a coleta da amostra biológica. Assim, não ocorre violação da referida garantia quando o Estado obriga o investigado ou condenado a colaborar passivamente, simplesmente não resistindo ao ato legal de retirada da sua amostra biológica de maneira adequada e indolor (como no caso da coleta de unha ou sangue)” (SUXBERGER, Antonio H; FURTADO, Valtan T. *Investigação criminal genética – banco de*

genético está circunscrita à função meramente identificadora e não de produção de prova, não ofendendo o princípio da não autoincriminação. Em crítica científica a artigo de Suxberger e Furtado⁵⁶, Garrido sublinha o interesse probatório dos perfis genéticos a serem coletados com base na Lei nº 12.654/2012:

De imediato, vale destacar as palavras de André Nicolitt e Carlos Wehrs, quando reconhecem que a nova lei introduziria “aparato científico probante, a nosso ver travestido de forma de identificação” (2014, p. 135). A mesma percepção tem Maria Elizabeth Queijo, reconhecendo que a utilização do banco de perfis genéticos tem a pretensão de comprovar autoria/participação em delito, sendo a finalidade “inegavelmente probatória” (2013, p. 14). [...] É claro que toda a discussão entre uso do DNA para a identificação ou para a produção de prova, isto é, para a comparação com como evidências de crime, acaba por retornar à problemática de o banco de perfis genéticos agredir às garantias do Pacto de São José da Costa Rica, no que se refere à não autoincriminação. Por outro lado, se houver o consentimento do doador, de forma livre de vícios e esclarecido, expressão real de sua autonomia, não há o que se falar em lesão à direitos fundamentais (GARRIDO e GARRIDO, 2013, p. 300). Essa deveria ser a forma de coleta no contexto da identificação criminal, na hipótese do inciso IV do art. 3º da Lei 12.037/2009, podendo inclusive ser de interesse da defesa.⁵⁷

A compreensão da coleta de material genético de indivíduos suspeitos como finalisticamente probatória desafia que a interpretação e a aplicação da Lei nº 12.654/2012 ocorram sob as luzes da teoria da prova

perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 2, p. 809–842, 2018).

⁵⁶ SUXBERGER e FURTADO (2018).

⁵⁷ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Crítica científica de “Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados” - Apontamentos sobre a inconstitucionalidade da Lei 12.654/2012. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 2, p. 889–900, 2018. <https://doi.org/10.22197/rb-dpp.v4i2.163>

no contexto do processo penal humanista, com todas suas decorrências jurídicas. Nesse mesmo sentir, esclarece Maria Elizabeth Queijo:

Se não houvesse limitações ao direito à prova, todo e qualquer material probatório, mesmo que produzido à custa de violações a direitos, poderia ser introduzido no processo e valorado, o que conduziria à adoção de um modelo de processo autoritário e distante da ética.⁵⁸

No contexto dessa discussão, a questão da coleta compulsória de amostra indubitada de suspeitos também suscita reflexões sobre a constitucionalidade do princípio da verdade real. A respeito, Nicolitt adverte que o constituinte não optou “por uma verdade absoluta, alcançada por qualquer meio, mas, sim, por uma verdade mínima ou relativa, uma verdade possível e limitada pelos procedimentos e pelas garantias da defesa”⁵⁹. Prossegue o jurista:

Enfim, a análise das garantias constitucionais os leva a concluir que a Constituição optou por um processo penal democrático, adotando um sistema acusatório com espírito garantista e abraçando a ideia de verdade mínima possível, descoberta sob o crivo do contraditório, da ampla defesa e com respeito às garantias processuais, dentre as quais a dignidade da pessoa humana e a imparcialidade do julgador. Como se antecipou, a busca da verdade deve se harmonizar com os demais interesses tutelados pela ordem jurídica, pois do contrário, o processo se subverte em um espetáculo de horrores.⁶⁰

De todo modo, mesmo que se afirme a recepção do princípio da verdade real, sua aplicação carece de força absoluta, devendo se curvar ao conjunto de princípios fundamentais constitucionais, notadamente aos da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e da inadmissibilidade das provas ilícitas⁶¹.

⁵⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 421

⁵⁹ NICOLITT, 2023, p. 807.

⁶⁰ NICOLITT, 2023, p. 819.

⁶¹ “Dignidade, igualdade, liberdade e estado de inocência são direitos inerentes a todos os seres humanos que, além de *status* supraconstitucional, contam

Importante ressaltar a tríplice dimensão do princípio da inocência no âmbito do devido processo penal humanista, todas desconsideradas quando autorizada a coleta compulsória de prova dependente de intervenção corporal:

Não obstante o inafastável senso de justiça e clamor humanista da declaração francesa, decorreram quase dois séculos para que o princípio da presunção de inocência passasse a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, o que só ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988. E, apenas após a ratificação pelo Brasil da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em 1992, esse princípio passou a ser aqui compreendido a partir de sua dúplici acepção originária, como regra probatória (consagrando que a prova da inocência é presumida) e norma de tratamento (garantindo o estado de inocência do acusado durante o processo)⁶². A essas vertentes é ainda acrescentada a dimensão de norma de julgamento (relacionada à definição e suficiência do *standard* probatório conforme a fase decisória), como esclarece Moraes⁶³. (ARCHANGELO, 2024, p. 36)

Enfatiza-se, também, que, ante a liquidez e a certeza dos direitos fundamentais⁶⁴, mostra-se indispensável o consentimento do investiga-

com assento constitucional, neles erigindo-se pilares essenciais ao Estado Democrático de Direito brasileiro e à legitimação da atuação do Sistema Penal de Justiça. Guardam entre si estreita conexão que assume relevo na interpretação e aplicação das normas processuais penais, desde o procedimento investigativo até o desfecho da execução de eventual pena.” (ARCHANGELO, 2024, p. 33).

⁶² GOMES FILHO, 2011, p. 15-51.

⁶³ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

⁶⁴ De forma lapidar, Rosemiro Pereira Leal ensina: “Afiguram-se de importância significativa a liquidez e certeza dos direitos fundamentais da vida, liberdade e dignidade, na linha constituinte de sua construção, porque a lei constitucional, nesse passo, é provimento de mérito não rescindível ou afastável por juízos cognitivos ou de conveniência ou equidade da decidibilidade judicial, cabendo a esta tão-somente cumprir e conduzir a execução dessa fundamentalidade jurídica titularizada ou protegê-la de ilegalidades supervenientes” (PEREIRA LEAL, 2016).

do para a coleta de material biológico para fins de persecução penal, se afirmando inafastável o correspondente provimento judicial garantista.

Diante desse quadro, é possível afirmar, com espeque em uma linha epistêmica garantista, que, para além de não atender aos contornos teóricos da CHD, a decisão judicial que autoriza a coleta compulsória de material genético na seara criminal enseja efeitos deletérios ao devido processo penal humanista, tais como: a) excede à permissão judicial para fins de excepcional e necessária identificação criminal; b) libera a produção de prova mediante intervenção corporal forçada; c) vilipendia o princípio *nemo tenetur se detegere*, afastando a garantia da não autoincriminação da situação concreta; d) eiva de ilicitude a prova decorrente da coleta compulsória de material genético do indivíduo suspeito, contaminando de nulidade a persecução penal dela decorrente; e) (re)estabelece via direta para a persecução penal inquisitorial, legitimando o arbítrio estatal; f) desconsidera as múltiplas acepções do princípio da presunção de inocência, seja como regra probatória, seja como norma de tratamento e de julgamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inarredável que os avanços tecnológicos possam instrumentalizar lícitamente a persecução penal, aumentando o percentual de elucidação de crimes. Não obstante, o uso de tecnologias para procedimentos investigatórios deve se atrelar ao contexto democrático do sistema acusatório adotado no Brasil.

O estudo dos casos selecionados para análise à luz da CHD indicou apenas a segunda decisão como resposta constitucionalmente adequada (correta), uma vez que: (i) compatibilizou os dispositivos legais questionados (art. 3º, IV e 5º, parágrafo único da Lei nº 12.037/2009) com o texto constitucional, considerando sua integridade e coerência, ao afirmar que é imprescindível a anuência do investigado para coleta de seu material genético; e, lado outro, (ii) afirmou a inconstitucionalidade da extração compulsória de material biológico para fins de identificação criminal (interpretação conforme à Constituição).

O sistema acusatório é um marco civilizatório e democrático. O plexo de princípios constitucionais que o delineiam não pode admitir

interpretações reducionistas, muito menos leituras isoladas de um deles. A correção/adequação constitucional de uma resposta judicial a uma dada questão tem como condição de possibilidade o respeito à coerência e integridade do Direito. Nessa senda, quando o poder persecutório colidir com direitos fundamentais do investigado, a resposta judicial adequada deve resultar de interpretação conforme a Constituição. Desconsiderar esses imperativos democráticos pode conduzir ao ativismo e ao arbítrio, ensejando retrocesso ao inquisitorialismo.

Ao fim e ao cabo, importa reiterar: há um direito fundamental a uma resposta judicial constitucionalmente adequada (correta), que, na seara criminal, é aquela que se imbrica com o sistema acusatório.

REFERÊNCIAS

ARCHANGELO, Fátima Aurora Guedes Afonso. *Medida cautelar penal prospectiva: o comparecimento periódico em juízo sob lentes humanistas*. Londrina: Thoth, 2024. 129p.

AZEVEDO, Cynthia Picolo Gonzaga de; LIMA, Eliz Marina Bariviera de; SILVA, Felipe Rocha da; RODRIGUES, Gustavo Ramos; DUTRA, Luiza Corrêa de Magalhães; SANTARÉM, Paulo Rená da Silva; RODRIGUES, Victor Barbieri Vieira Rodrigues. *Nota técnica: análise comparativa entre o anteprojeto de LGPD penal e o PL 1515/2022*. Instituto de Referência em Internet e Sociedade (IRIS) e Laboratório de Políticas Públicas e Internet (LAPIN), novembro de 2022. Disponível em: <https://lapin.org.br/wp-content/uploads/2022/11/Nota-tecnica-Analise-comparativa-entre-o-anteprojeto-de-LGPD-Penal-e-o-PL-15152022-1.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2025.

BIONI, Bruno; EILBERG, Daniela Dora; CUNHA, Brenda; SALIBA, Pedro; VERGILI, Gabriela. *Proteção de dados no campo penal e de segurança pública: nota técnica sobre o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal*. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2020. Disponível em: <https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2021/11/NT-PROTECAO-DE-DADOS-NO-CAMPO-PENAL-E-DE-SEGURANCA-PUBLICA.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2025.

CARDOSO, Thales Messias Pires. *Direitos fundamentais e tecnologia: o uso de dados genéticos para a persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREITAS, C. O. DE A.; SOARES, R. J.; MILANEZI, R. DE C. O caso Yara Gambirasio e a (im)possibilidade da coleta de material genético em massa da população brasileira. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 10, n. 2, p. e847, 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.847>

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Crítica científica de “Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados” - Apontamentos sobre a inconstitucionalidade da Lei 12.654/2012. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 2, p. 889–900, 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.163>

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais: comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares penais no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 15-51.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. 600 p.

LAZZARETTI, Bianca Kaini; CUNHA, Anita Spies da; SHCIOCCHET, Taysa. Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: implicações éticas de jurídicas da coleta compulsória de material genético. In: ENCONTRO NACIONAL DE ANTROPOLOGIA E DIREITO, 4., 2015, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: ENADIR, 2015. p. 1-11. Disponível em: <https://nadir.fflch.usp.br/sites/nadir.fflch.usp.br/files/up%20load/paginas/Artigo%20SUBMETIDO%20-%20ENADIR%202015%20-%20Bianca%20-%20Anita%20e%20Taysa%20-%20BPG.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2024.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

PEREIRA LEAL, Rosemiro. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/21612>. Acesso em: 5 mar. 2025.

QUARELLI, Vinicius. *O que é isto: a crítica hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck?* Salvador: JusPodivm, 2024. 176 p.

NICOLITT, André; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no Processo Penal e a nova identificação criminal. Lei 12.654/2012.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? *Boletim IBCCRIM*, n. 250, p. 13-15, set. 2013.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.* 2002. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/001277596>. Acesso em: 05 mar. 2025.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. <https://doi.org/10.18593/ejll.v17i3.12206>

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso.* 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro digital (E-pub).

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional.* In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (org.). *Comentários à Constituição do Brasil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 73-90.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.* 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020a. 486 p. (Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento).

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck.* 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020b. 279 p.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* 11.ed. rev. atual. e ampl. 4. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. 455 p.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário senso incomum: mapeando as perplexidades do Direito.* São Paulo: Dialética, 2023. E-book.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?* 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. 140 p.

SUXBERGER, Antonio H; FURTADO, Valtan T. Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 2, p. 809–842, 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.122>

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. 350 p.

Authorship information

Fátima Aurora Guedes Afonso Archangelo. Doutoranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito e Poder Judiciário na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Juíza Federal Substituta – Tribunal Regional Federal da 6ª Região. Pesquisadora e Formadora da ENFAM, com ênfase em Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Direito da Antidiscriminação, Justiça Criminal Consensual e Processo Penal. farchangelo@hotmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 27/09/2024
 - Desk review and plagiarism check: 27/09/2024
 - Review 1: 20/10/2024
 - Review 2: 15/12/2024
 - Review 3: 27/12/2024
 - Preliminary editorial decision: 17/02/2025
 - Correction round return: 05/03/2025
 - Final editorial decision: 09/03/2025
- Editorial team**
 - Editor-in-chief: 1 (VGV)
 - Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

ARCHANGELO, Fátima A. G. A. Extração compulsória de material biológico para fins de identificação criminal: a resposta adequada à Constituição à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 1, e1106, jan./abr. 2025. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i1.1106>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Interrupção dos processos salvadores e prova da causalidade acima da dúvida razoável: uma análise de casos

Interruption of life-saving processes and proof of causality beyond reasonable doubt: a case analysis

Wictória Passos Alves¹

Universidade de Lisboa – Lisboa, Portugal
alveswictoria@gmail.com

 <https://lattes.cnpq.br/4670510674370343>

 <https://orcid.org/0009-0002-6009-2771>

RESUMO: O presente trabalho destinar-se-á a estudar a problemática que acompanha a prova da causalidade nos casos com interrupção de processo salvador, seja ele próprio ou por terceiro. Para realizar este estudo, far-se-á a análise de três casos reais: operação fura-fila; caso dos transplantes de Göttingen e o caso Madrid Arena, sendo que todos têm como ponto em comum a interrupção de um processo causal salvador por um profissional médico. Diante disso, passa-se para as principais questões conceituais dessa complexa espécie causal, a começar da sua definição entre crime comissivo por ação ou por omissão, implicando em diferentes formas de constituição de prova. À vista disso, passar-se-á para a problemática da definição do *standard* probatório e os seus problemas, respectivamente, o problema da ineficiência política criminal ou a violação do princípio do *in dubio pro reo*. Por fim, será analisada qual a teoria mais adequada para a sistemática processual penal e se a atividade médica deve receber tratamento especial para fins de imputação penal.

PALAVRAS-CHAVE: Interrupção dos processos causais salvadores; teoria da inevitabilidade; teoria da diminuição do risco; *in dubio pro reo*; *standard* probatório.

¹ Mestranda em Ciências Criminais (FDUL). Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia (CEI). Pós-graduada em em Law Enforcement, Compliance e Resp. Empresarial (FDUL). Pesquisadora (CNPq - UFBA).

ABSTRACT: *This study aims to examine the issues around the proof of causality in cases where there is an interruption of lifesaving process, whether by the patient or a third party. To achieve this purpose, an analysis will be conducted on three real cases: the “queue jumping” scandal, the Göttingen transplant case and the Madrid Arena case, all of which share the common feature of an interruption in a lifesaving causal process by a medical professional. This report will begin by examining the main conceptual questions related to this complex causal category, starting with its definition as either a crime committed through action or omission, which implies different forms of evidence collection. In view of this, we will proceed to address the issue of defining the standard of proof and its problems. In view of this, we will proceed to address the issue of defining the standard of proof and its problems, including, the issue of criminal policy inefficiency or the violation of the principle of in dubio pro reo. Finally, it will analyze the most appropriate theory for the criminal procedural system and whether medical activity should receive special treatment for the purposes of criminal liability.*

KEYWORDS: *interruption of lifesaving causal processes; avoidability theory; risk reduction theory; in dubio pro reo; standard of proof.*

SUMÁRIO: Introdução; I. Interrupção dos Processos Causais Salvadores e suas Principais Características Conceituais; II. Interrupção de Processos Causais Salvadores e estudo de casos em uma perspectiva comparada; 1. Caso Brasileiro “Operação Fura-Fila”; 2. Caso alemão “Transplantes de Göttingen”; 3. Caso espanhol “Madrid Arena”; 4. Breve paralelo entre os casos e a identificação do problema de prova; III. A Problemática Prova da Causalidade e (in)suficiência das soluções postas pelas teorias existentes; 1. Teoria da Evitabilidade; 2. Teoria da Diminuição/Incremento do risco; IV. Resolução dos Casos e Tomada de Posição; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A interrupção dos processos causais salvadores diz respeito a uma complexa modalidade causal relacionada à prática de uma conduta tipificada como crime e gera inúmeros debates doutrinários, começando por questões conceituais básicas de direito material até problemas de ordem processual.

Isto porque, por ser uma forma *sui generis* de se praticar um ilícito penal, engloba duas condutas distintas de comportamento por parte do agente: *a priori*, o comportamento se caracteriza pela interrupção ativa pelo agente de um intento salvador - próprio ou alheio -, e *a posteriori* se caracteriza pela omissão do agente ao se quedar passivo em uma situação em que tinha o *dever* e o *poder* de agir.

Por essas questões, a doutrina se divide em classificar esta prática criminosa entre crime comissivo por ação ou crime comissivo por omissão. De partida, a escolha por uma dessas modalidades influencia a discussão acerca do *standard* probatório necessário para a responsabilização criminal do agente, uma vez que, quando se trata de comportamento ativo, a constituição probatória tende a ser menos complexa e mais robusta.

À vista disso, há duas teorias que visam ditar quais os parâmetros probatórios exigidos para ligar o comportamento do agente ao resultado delitivo. Com efeito, essas teorias divergem, sobretudo, se é necessária a prova da inevitabilidade do delito ou apenas a prova do incremento de um perigo proibido para justificar a imputação delitiva. Diante disso, chega-se ao problema principal que o presente trabalho busca responder: nos casos de interrupção de um processo causal salvador, qual deverá ser o *standard* probatório necessário para se condenar o réu pela prática do crime a ele imputado?

É importante frisar que, embora o problema abordado seja de natureza processual, é essencial, antes, considerar questões e debates do Direito Material que influenciam direta e significativamente o Processo Penal. O Direito Penal e o Processo Penal possuem uma relação de codependência essencial. Enquanto o Direito Penal define as condutas passíveis de punição, o Processo Penal fornece os meios para a aplicação dessas normas, alcançando o cidadão de forma direta. Além de garantir a instrumentalização das proibições penais, o Processo Penal desempenha um papel fundamental na proteção dos direitos fundamentais, assegurando o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência.

Para deixar a pesquisa mais palpável, trabalhar-se-á com três casos práticos – a Operação Fura-Fila, o caso dos Transplantes de Göttingen e, por fim, o caso Madrid Arena - cujos fatos geraram distintas formas de interrupções de processos causais salvadores, analisando os fundamentos jurídicos utilizados tanto pelo órgão acusatório nas decisões judiciais.

Dessa forma, será possível analisar criticamente as principais questões conceituais que envolvem os casos, bem como o posicionamento da doutrina e dos tribunais, proporcionando uma compreensão mais clara do problema e contribuindo para a formulação de uma resposta mais sólida e precisa. Em seguida, serão discutidas as principais teorias que procuram definir o *standard* probatório necessário para condenar um réu quando este interrompe o processo causal de salvamento.

A fim de responder ao problema deste artigo, serão analisadas as teorias da evitabilidade e da diminuição do risco, explorando a sua exigência probatória e as suas principais falhas. Este é, portanto, um trabalho de relevância jurídica, não por apenas identificar os problemas atuais enfrentados pela doutrina e jurisprudência ao lidar com essa delicada forma de se cometer um ilícito e seu impacto no Processo Penal, mas também por buscar oferecer, a partir da análise desse problema e do estudo de casos reais, soluções para essa antiga questão, sem negligenciar o intransponível princípio do *in dubio pro reo*.

É também um trabalho de interesse e relevância social, uma vez que os problemas e soluções versam sobre o Processo Penal, que é o ramo do direito que toca o cidadão. E, por óbvio, é interesse de todo cidadão a defesa de um Processo Penal constitucional, com respeito aos princípios basilares. Para isso, far-se-á um estudo a partir de pesquisas bibliográficas e de pesquisa qualitativa. As informações apresentadas, desse modo, foram colhidas a partir de estudos pré-existentes de doutrinadores da matéria de Direito Penal e Processo Penal.

Do ponto de vista metodológico, o método científico utilizado será o hipotético-dedutivo, sendo analisados os casos práticos como cenário de fundo para estudar questões práticas e teóricas de causalidade e prova penal.

Isto posto, o artigo será dividido em quatro principais tópicos, sendo o primeiro destinado ao estudo das principais características e de discussões na conceituação dos processos causais salvadores.

O segundo será destinado ao estudo de casos, como “Operação Fura-Fila”, “Transplantes de Göttingen” e, por fim, “Madrid Arena”. Ainda nesse tópico, será realizado um breve paralelo entre os casos escolhidos e o tema abordado, com o intuito de identificar o problema da prova que acompanha a interrupção de processos causais salvadores.

No terceiro tópico, serão estudadas as teorias da evitabilidade e da diminuição do risco com o fito de responder se essas teorias são suficientes e adequadas para dirimir o problema probatório. Para isso, identificar-se-á quais os seus principais defeitos e se são passíveis de serem superados pelo direito probatório.

No quarto e último tópico serão resolvidos os casos com base nos conceitos e nas delimitações realizadas ao longo do texto, com uma consequente tomada de posição.

Por fim, será defendida a classificação da interrupção causal como concausa e a teoria da evitabilidade, por sua vez, será defendida como a mais adequada por exigir um *standard* avaliativo compatível com as regras do Processo Penal

I. INTERRUPTÃO DOS PROCESSOS CAUSAIS SALVADORES E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS CONCEITUAIS

A interrupção dos processos causais salvadores, como o próprio nome sugere, acontece quando está em curso uma ação que teria a potencialidade de diminuir um perigo preexistente e salvaguardar o bem jurídico, contudo, essa ação é interrompida (Gimbernat Ordeig, 2000, p. 74) pelo próprio sujeito ou por um terceiro.

Logo de partida, é fundamental destacar que a interrupção dos processos causais salvadores não representa um tipo de causalidade, mas sim um meio pelo qual se pode cometer uma infração. A interrupção do processo causal salvador pode ser dividida em duas partes distintas, isto é, está em curso uma ação salvadora e este intento vem a ser impedido. A ação poderá ser interrompida pelo próprio autor (interrupção dos cursos causais próprios) ou por um terceiro (interrupção de cursos causais alheios ou por terceiro).

O tratamento penal dado a esses dois tipos de interrupção do processo causal de salvamento é muito semelhante, a depender do momento da interrupção. A interrupção do curso salvador poderá acontecer em três momentos distintos, os quais são: a) a interrupção de uma tentativa de salvamento inacabada; b) a interrupção de uma tentativa de

salvamento acabada e, por fim, c) a interrupção de um processo salvador já consumado (Silva Sánchez, 1986, p. 221).

No caso da tentativa inacabada, o sujeito realiza todos os atos preparatórios para iniciar o processo salvador, mas desiste antes mesmo de ter realizado tudo aquilo que acreditava ser necessário para socorrer a vítima. Um exemplo comum possível de ser observado na doutrina é o do afogamento. Nessa situação hipotética, uma pessoa está se afogando, um indivíduo inicia o resgate, mas, ao reconhecer que se trata de um inimigo, desiste antes de alcançá-la. Nesses casos, o tratamento penal seria, sem muitas discussões, o da omissão própria – exceto nos casos em que o sujeito em questão é considerado garantidor (Silva Sánchez, 1986, p. 221).

Já no caso da interrupção do processo de salvamento consumado, o processo já foi iniciado e finalizado, encontrando-se a vítima fora de risco até o momento que o sujeito, por meio de uma postura ativa, restabelece a situação de perigo anterior. Aqui, o agente lança uma boia à vítima, que consegue agarrá-la. No entanto, quando a vítima já está segura, o agente retira a boia, restabelecendo o perigo anterior e levando-a a morrer afogada. Nessa situação, trata-se de um crime comissivo (Silva Sánchez, 1986, p. 226).

Os mais interessantes, todavia, são os casos de tentativa acabada. Nesses casos, o sujeito dá marcha ao processo de salvamento da vítima e cria uma “possibilidade objetiva de salvação e desiste ativamente da sua pretensão” (Silva Sánchez, 1986, p. 222), fazendo com que o tratamento penal se iguale aos casos da interrupção dos cursos causais salvadores por terceiros. Seguindo o exemplo do afogamento, trata-se do caso em que o agente lança uma boia à vítima, mas a retira antes que ela consiga alcançá-la, ao final, a vítima morre afogada.

Nesse ínterim, é relevante averiguar qual a classificação penal para os casos com interrupção do processo causal salvador – próprio ou de terceiro – de tentativa acabada. O fato de ser crime comissivo é inquestionável e até mesmo unânime na doutrina (Roxin, 1997, p. 358).

As divergências se dão ao tentar caracterizá-lo como crime comissivo por ação² ou crime comissivo por omissão³.

Cabe mencionar, ainda que brevemente, as principais diferenças entre os crimes omissivos e comissivos. A tentativa de diferenciar juridicamente a ação da omissão é um tema antigo na doutrina penal, tendo sido criados diversos critérios, como o da energia, o da causalidade e o da gravidade da conduta (Tavares, 2012, p. 284-292). No entanto, todos os critérios apresentam problemas significativos, pois violam o princípio da legalidade e, conseqüentemente, geram insegurança jurídica (Tavares, 2012, p. 292).

É verdade que, na maioria dos casos, a distinção entre crimes omissivos e comissivos não apresenta grandes dificuldades na prática, uma vez que a omissão se caracteriza justamente na ausência da ação (D'Avila, 2017, p. 205). Para este trabalho, adotar-se-á a diferenciação mais elementar: os crimes comissivos violam normas proibitivas (ex.: não matar, não roubar), ao passo que os crimes omissivos infringem obrigações mandamentais, caracterizando-se pela inação (D'Avila, 2017, p. 207).

² Defendido por parte majoritária da doutrina. Nesse sentido: GRECO; ROXIN, 2024, p. 589; SOUSA MENDES, 2019, p. 317; PALMA, 2020, p. 82; JAKOBS, 1995, p. 261; SCHÜNEMANN, 2013, p. 165 acredita que a interrupção dos processos causais salvadores se configuraria como uma espécie de causalidade por ação. GIMBERNAT ORDEIG, traz de forma bem explorada uma série de autores que entendem que a interrupção dos processos causais salvadores configura um crime comissivo por ação, expondo, de forma sucinta, as suas ideias. Enquanto traz como doutrina minoritária e quase isolada, aqueles <<que entendem que a interrupção dos cursos causais salvadores configura em verdade um crime comissivo por omissão>>, o autor SILVA SANCHEZ – cuja ideia será agora exposta no presente subtópico. Desta forma, para um estudo mais aprofundado sobre as opiniões doutrinárias, consultar: GIMBERNAT ORDEIG, 2000, p.87-93.

³ Enquanto uma outra diminuta parte da doutrina entende ser caso de comissão por omissão, por se fazer necessária a utilização de um juízo hipotético, próprio dos crimes omissivos. É bem verdade que o autor SILVA SANCHEZ (1986, p. 240) defende esse posicionamento quase que de forma isolada, reconhecendo isso em sua obra “*El delito de omisión concepto y sistema*” e mencionando ainda que o único autor, à época, que possuía posicionamento similar ao seu foi GÖSSEL, em uma obra escrita no ano de 1984. Na doutrina brasileira, quem se posiciona nesse sentido é Fabio Roberto D'Avila (2017, p. 210).

Contudo, a interrupção dos processos causais salvadores é um dos casos que na prática (e na teoria) apresenta dificuldades para distinguir se estar-se-ia diante de uma omissão ou de uma ação. A dificuldade é justificada porque, ao olhar para o fato delitivo, pode-se enxergar a partir da perspectiva do *comportamento físico do agente* ou *pela perspectiva do resultado imediato*. No primeiro caso, é plausível afirmar que o agente praticou um crime comissivo por ação – impedir ativamente a realização de um *provável* salvamento. Contudo, ao analisar pela perspectiva do resultado, é razoável afirmar que o agente incorreu em um crime comissivo por omissão, por ter “ajudado” a evitar a conduta que teria impedido o resultado esperado (Sousa Mendes, 2019, p. 253).

Para que determinada conduta seja enquadrada como crime omissivo impróprio, é fundamental que o sujeito seja caracterizado como garantidor. Isso ocorre quando ele rompe ou impede a realização de um possível salvamento, criando ou agravando um risco. Nessas circunstâncias, o agente assume a posição de garantidor por ingerência (art. 13, §2º, alínea c) (Silva Sánchez, 1986, p. 223).

Em que pese ambas as concepções serem completamente defensáveis, a verdade é que, ainda assim, nenhuma delas alcança em sua plenitude as facetas desta melindrosa forma de praticar um delito. Nesse sentido, Gimbernat Ordeig (2000, p. 94-96) defende que ambos os posicionamentos são simplistas e não compreendem a complexidade dessa *forma* de cometer infração. Isso porque, quando se trata de crimes comissivos por ação, evoca-se a causalidade físico-natural.

Ademais, nos delitos de ação “existe a certeza de que o movimento muscular é o que produziu a modificação no mundo exterior do resultado típico” (Gimbernat Ordeig, 2000, p. 94) e, nos casos da interrupção dos cursos causais salvadores, é necessário utilizar a causalidade hipotética (Lerman 2004, p. 136; Roxin; Greco, 2024, p. 589) – ou, melhor dizer, duplamente hipotética (Ruivo, 2020, p. 211) –, que é requerida nos crimes omissivos impróprios, trabalhando a probabilidade de que a conduta interrompida seria – ou não – capaz de salvar o bem jurídico em perigo, enfrentando, com isso, todos os problemas próprios dos crimes comissivos por omissão.

Ainda, para o referenciado autor, identificar a interrupção dos processos causais salvadores como crime comissivo por omissão também

seria equivocado, uma vez que, para caracterizar uma omissão imprópria, é preciso um comportamento passivo do sujeito diante uma situação em que ele *devia e podia* ter agido para evitar o resultado (Gimbernat Ordeig, 2000, p. 98). Diante disso, conclui-se que a interrupção dos processos causais salvadores, em verdade, não se trata puramente de uma comissão e nem de uma omissão imprópria, mas de uma terceira forma (Gimbernat Ordeig, 2000, p. 99-100): uma concausa em que apenas a soma de uma condição positiva (ação) com uma condição negativa (omissão imprópria) é capaz de levar ao resultado típico.

Seguindo a fórmula da *conditio sine qua non*, se suprimíssemos a conduta ativa, o resultado delitivo não viria a acontecer, o que demonstra que a conduta ativa é causa para o resultado. De forma semelhante, se acrescentássemos ao curso causal a conduta esperada, mas omitida – fórmula da *conditio sine qua non* adaptada aos crimes omissivos impróprios –, observar-se-ia que, *provavelmente*, o resultado típico não aconteceria. Por isso, pode-se também dizer que a conduta omitida é causa – ou, quase causa⁴ – para o resultado típico.

Posicionamento semelhante a esse é defendido pelo autor Juarez Tavares (2018, p. 209-210) ao dividir a conduta em dois momentos: uma ação primária – que, caso seja crime, será crime comissivo por ação – que acaba ensejando a omissão de um dever de garante, em um segundo momento, que seria o dever de salvamento de um risco que, em tese, impediu a extinção da situação de risco⁵.

⁴ Muito se debate se nos crimes comissivos por omissão haveria uma causa propriamente dita ou uma quase causa. Para o presente no artigo, tal discussão não será relevante. Contudo, para melhor entender esta discussão e todas as suas facetas, ler: GREGO, 2018, p. 17-20; GIMBERNAT ORDEIG, 2000, 31-72; ROXIN, 2014, p. 167 e 168; ROCHA, 2013, 159-184; TAVARES, 2012, p.359-392.

⁵ Para melhor esclarecer o pensamento do autor: “Por exemplo, alguém mata o guarda-vidas para impedi-lo de salvar um banhista que está se afogando e que, por falta do salvamento, acaba morrendo. Embora não se possa dizer que, caso o guarda-vidas estivesse vivo, não teria ocorrido a morte do banhista, a não ser por meio de emprego do critério da probabilidade [...] Para tanto, desdobra a causalidade em duas sequências, da morte do guarda-vidas e do banhista, mas no caso concreto considera-se que uma complementa a outra. [...] Assim, o atirador seria autor do crime de homicídio por ação, com respeito ao guarda-vidas, e autor do crime de homicídio por omissão diante do banhista.”

A classificação do crime como omissivo impróprio ou comissivo é essencial para a análise da conduta. No entanto, em ambas as modalidades, estar-se-á diante de uma mesma consequência: a imputação do crime ao agente por ter interrompido um processo de salvamento em curso por si ou por um terceiro, ainda que com pressupostos distintos (Gimbernat Ordeig, 2000, p. 88).

II. INTERRUPTÃO DOS PROCESSOS CAUSAIS SALVADORES E ESTUDO DE CASOS EM UMA PERSPECTIVA COMPARADA

Neste capítulo, serão analisados três casos, a Operação Fura-Fila, o caso dos Transplantes de Göttingen e o caso Madrid Arena, com o fito de trazer as suas similitudes e diferenças entre si para que, em seguida, sejam expostas as principais questões conceituais sobre a interrupção de processos salvadores que refletem no *standard* probatório necessário para a responsabilização criminal de um agente.

Desde o início, é relevante destacar os motivos subjacentes à seleção dos casos. Em relação ao primeiro caso, a “Operação Fura Fila”, será observado que nem os magistrados nem o Ministério Público enquadraram a sequência de eventos como pertencente à categoria da interrupção de processos causais salvadores. Entretanto, este estudo argumenta que o Ministério Público cometeu um equívoco em sua denúncia ao deixar de adotar essa categoria, considerando a existência de dois momentos distintos.

No caso dos “Transplantes de Göttingen”, os acontecimentos apresentam semelhanças significativas com a “Operação Fura Fila”, mas ali o Ministério Público levou a juízo a tese da existência da interrupção de um processo causal salvador. Ademais, é interessante observar como eventos tão parecidos podem resultar em acusações e debates legais de natureza tão contrastante.

No terceiro caso, intitulado “Madrid Arena”, os eventos são diferentes dos cenários anteriores e também não foi levantado o debate de interrupção de processo causal salvador. No entanto, a importância deste caso reside em evidenciar que existem diversas maneiras de interromper um processo causal salvador, o que amplifica sua relevância. Destaca-se

também porque os tribunais espanhóis, nesse caso, debatem de forma direta as teorias da evitabilidade e do aumento/diminuição do risco, apresentando abordagens divergentes.

1. OPERAÇÃO FURA-FILA⁶

A denominada “Operação Fura-Fila”, deflagrada no ano de 2007, teve como principal réu o médico JR, Coordenador da equipe de transplantes do Hospital Universitário Clementino Fraga Filho e da Central de Notificações, Captação e Distribuição de Órgãos do Estado do Rio de Janeiro (CNCDO/RJ) – e, portanto, servidor público. Suas atribuições incluíam a classificação e a destinação de órgãos para transplante, atribuições conferidas pelo Ministério da Saúde.

Em 2003, JR realizou um transplante hepático irregular no paciente JA, que estava na 32ª posição da fila nacional. Segundo a narrativa do MPF, o então coordenador da CNCDO/RJ foi pressionado pelo Secretário de Saúde da época para “furar” a fila em favor de JA, membro de uma família influente. O coordenador renunciou e o réu assumiu o cargo, realizando o transplante hepático do paciente apenas dois dias depois⁷. Em 2007, inscreveu o paciente CA na lista de transplante, omitindo que seu tumor ultrapassava o limite permitido pelo critério de Milão (critério adotado no Brasil). Em julho de 2017, um fígado disponível foi inicialmente destinado à paciente SA, que ocupava a 38ª posição na lista. Contudo, o órgão foi transplantado para CA, que ocupava a 65ª posição na fila, contrariando

⁶ AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – nº 1.30.012.000435/2007-13 ; RIO DE JANEIRO. 12ª VJFCRJ. Sent. 0023884-74.2009.4.02.5101. Juíza Edna Carvalho Kleemann, de 8/072013; JFRJ, Sent. 0814261-21.2007.4.02.5101, 3ª VJFC/RJ, Juiz Fabrício Antonio Soares, de 11/09/2013; TRF2, Ac. 081461-21.2007.4.02.5101, 1ª T, Rel. Des. Antonio Ivan Athié, de 07/12/2016

⁷ O critério para organizar a lista única, à época, era o da ordem cronológica, de acordo com a inscrição, vindo a mudar apenas no ano de 2006, quando passou a ser por grau de urgência, conforme uma escala com pontuações, de acordo com a gravidade/necessidade do transplante. Nesse sentido, na época, não necessariamente os primeiros pacientes eram aqueles que mais necessitavam do transplante e, em muitos casos, se manifestavam por desinteresse para receber órgãos marginais/limítrofes.

as regras da distribuição. CA ainda pagou um valor de R\$90 mil ao réu pela cirurgia, que fora realizada em hospital particular.

O MPF imputou a JR a prática dos crimes de peculato (artigo 312 do Código Penal Brasileiro); falsidade ideológica (artigo 299, do CPB) e, por fim, por ter agido em desacordo com a Lei de nº 9.434, de 1997, violando a inteligência dos artigos 10 e 16.

O estudo propõe uma análise hipotética sobre as imputações: examinando a hipótese de o Ministério Público ter entendido que o réu interrompeu um processo causal salvador ao desrespeitar as regras que estabelecem a ordem de pacientes em uma lista de espera para transplantes permitindo que um órgão fosse destinado a alguém que deveria aguardar por mais tempo, em prejuízo do verdadeiro beneficiário. Diante dessa conduta, qual deveria ser o *standard* probatório necessário para condenação?

Além disso, é fundamental considerar que, ao assumir a responsabilidade de gerenciar um processo tão essencial, como a coordenação da Central de Notificações, Captação e Distribuição de Órgãos, o médico passa a ter o dever de preservar a integridade do sistema, garantindo uma gestão adequada dessa fonte de perigo (Tavares, 2012, p. 330).

2. CASO ALEMÃO “TRANSPLANTES DE GÖTTINGEN”

Logo a princípio, é importante pontuar, que por se tratar de microcomparações, o complexo caso dos Transplantes de Göttingen não será estudado exaustivamente neste artigo, mas será realizada uma síntese⁸ dos seus principais aspectos para que, ao final, se possa fazer uma análise comparativa com o caso espanhol e com o caso brasileiro.

O caso alemão, designado como “escândalo dos transplantes de Göttingen”, ocorreu entre os anos de 2010 e 2011 e possui grande semelhança com a “Operação Fura-Fila” no que se refere, especialmente, à sucessão dos fatos. Em que pese a tamanha semelhança, como será narrada no presente tópico, é de se observar a diferença de como o Ministério Público de cada país interpretou os fatos para a tipificação e, conseqüentemente, as diferentes discussões em sede de julgamento.

⁸ Importante mencionar que o presente resumo do caso foi realizado a partir da obra: SOUSA MENDES, 2019, p. 254-288.

Em apertada síntese, o réu – à época, médico principal e Diretor do Centro de Transplante do Hospital Universitário de Göttingen – fez inserir informações falsas na plataforma informática responsável pela seriação dos pacientes que aguardavam por transplante hepático, com a intenção de priorizar outros pacientes com menor pontuação no sistema MELD, infringindo, desta maneira, as regras para transplantes de órgãos da Ordem dos Médicos da República Federal Alemã. Semelhantemente ao caso brasileiro, no caso alemão o médico e diretor do centro de transplante estava sendo investigado por privilegiar determinados pacientes em detrimento de outros, de forma a inobservar a lista única da federação alemã.

O Ministério Público acusou o réu de onze tentativas de homicídio e três ofensas à integridade física, agravadas pelo resultado morte e por corrupção passiva. A imputação baseia-se na inserção de informações falsas no sistema de classificação de transplantes hepático, alterando a ordem da fila única, para priorizar determinados pacientes.

As onze tentativas de homicídio correspondem ao número de transplantes realizados devido à manipulação do sistema, violando as diretrizes da Ordem dos Médicos da Alemanha. Já as três ofensas à integridade física, agravadas pelo resultado morte, referem-se aos pacientes que faleceram após transplantes indevidos.

As vítimas incluem pacientes preteridos na fila, que perderam a chance de um salvamento. Todavia, o MP tratou as vítimas de forma abstrata, sem verificar individualmente sua compatibilidade com os órgãos doados, a viabilidade do transplante ou seu estado de saúde à época dos fatos.

3. CASO ESPANHOL “MADRID ARENA”⁹

De início, cabe ressaltar que as decisões judiciais classificaram o comportamento do réu como omissivo, ensejando, assim, uma comissão por omissão, frente à posição de garante do réu. Entretanto, esse trabalho argumenta que a conduta do agente equivale, em verdade, à interrupção de um processo causal salvador próprio.

⁹ STS 805/2017, 11-12.

O caso espanhol “Madrid Arena” ocorreu entre a noite do dia 31 de outubro e a madrugada do dia 1 de novembro de 2012, durante uma festa de *halloween*, realizada na casa de eventos Madrid Arena. Problemas como superlotação, falhas no controle de fluxo e saídas bloqueadas resultaram em uma avalanche humana, deixando vinte e nove feridos e cinco mortos. Devido à quantidade de problemas, se trata de um caso complexo, com múltiplos réus e imputações diversas, o que justifica as mais de 600 páginas referentes apenas à Audiência Provincial.

Três vítimas – BY, CJ e IJ – foram levadas à enfermaria do evento, onde deveriam receber atendimento médico. O coordenador da equipe médica, Dr. LE, e outro médico, FP, prestaram assistência inadequada, interrompendo as tentativas de reanimação antes de seguirem os protocolos necessários. Não se sabe se BY chegou à enfermaria em parada cardiorrespiratória ou se já estava morta, tendo-se certeza apenas de que CJ e IJ chegaram vivas para o atendimento.

De acordo com a narrativa judicial, que se encontra nos autos da Audiência, o trabalho da equipe médica da enfermaria não atuou com rapidez, nem de forma eficaz, constando ainda que o médico responsável pela equipe, LE, desconhecia como manusear corretamente um desfibrilador. As demais pacientes, CJ e IJ, foram atendidas, respectivamente, por LE e FP e, em ambos os casos, os médicos cessaram a tentativa de salvação antes de seguirem todo o protocolo de primeiros socorros exigidos, por terem acreditado, erroneamente, que as vítimas já estariam mortas.

Posteriormente, a equipe de Samu que transferiu as vítimas ao hospital aplicou novas manobras de reanimação, as quais resultaram em uma recuperação da respiração momentânea da paciente IJ – que havia sido dada como morta pelo médico FP -, contudo, a paciente não chegou com vida ao hospital. De forma semelhante, a paciente CJ, que foi atendida pelo médico LE, que, segundo informações extraídas do informe da Samu e dos testemunhos dos médicos e peritos, só fez uma rápida massagem cardíaca e deferiu três choques com o desfibrilador, interrompendo depois o seu processo de salvamento por ter acreditado, também erroneamente, que a paciente já se encontrava morta.

Como se pode perceber, o caso Madrid Arena possui várias nuances e problemáticas, todavia, apenas interessa ao presente estudo os fatos que envolvem os médicos FP e, sobretudo, LE, para que se possa estudar

mais profundamente uma provável interrupção de um processo causal salvador, que como se verá mais à frente, no *tópico 4*, possui diferenças significativas dos demais casos estudados, em que pese possa ser tratado pela mesma ótica da problemática causal.

O Ministério Público Espanhol e os advogados das famílias das vítimas imputaram ao réu LE a prática de crime de homicídios consumados por imprudência contra BY e CJ, enquanto a FP foi imputada a prática de homicídio por negligência, tendo como vítima IJ. Em relação ao suposto homicídio consumado praticado contra a vítima BY o réu foi absolvido pelo crime por ausência de provas no que tange à chegada com vida da vítima à enfermaria.

O réu FP, o qual realizou o diagnóstico da vítima IJ incorretamente e interrompeu o processo causal salvador, foi absolvido na Audiência Provincial, com base na teoria causal da evitabilidade. Como nem a família da vítima nem o Ministério Público espanhol recorreram, a decisão não foi revista em sede do Tribunal Superior no que tange aos fatos e ao direito relacionado ao médico FP.

A Audiência decidiu pela absolvição do réu LE em relação ao crime de homicídio por imprudência contra CJ, pautando a sua fundamentação de que não há provas que a vítima sobreviveria, com uma probabilidade próxima à certeza, se o réu tivesse agido, alternativamente, com a melhor praxe médica. Ainda que assumindo que o réu era garantidor e com o seu comportamento negligente – e omissivo – incrementou o risco de morte da vítima.

O Ministério Público recorreu da sentença sob o argumento de que o médico, como profissional da saúde, não possui uma obrigação de fim – isto é, a de salvar a vida da paciente – mas sim, uma obrigação de meio, devendo fazer todo o possível para salvar aquela vida, o que, *in casu*, não ocorreu.

Diante disso, a decisão do Tribunal Superior converteu a sentença absolutória em condenatória, responsabilizando o médico por prática do delito de imprudência grave com resultado morte, na modalidade de imprudência profissional, previsto no art.142 do CP Espanhol. Em suas razões, expôs que a teoria da evitabilidade não pode ser utilizada nos casos de responsabilidade médica.

Isto ocorreria porque, nos “possíveis cursos causais médicos”¹⁰, quase nunca existirá probabilidade próxima à certeza de que a conduta conforme o direito haveria evitado o resultado. Como a medicina não é, afinal, uma ciência exata e lida com a imprevisibilidade das reações do organismo, que varia de paciente para paciente. Dessa forma, nunca seria possível comprovar que, caso o médico tivesse agido de acordo com a *lex artis* médica, o paciente certamente teria sobrevivido.

Em contrapartida, segundo o Tribunal Superior Espanhol, a teoria que deve ser utilizada para os casos em que o réu é médico e é necessário clamar por juízos hipotéticos, seria a teoria do incremento/diminuição do risco. Para a teoria do incremento do risco, não é forçoso demonstrar que a conduta lícita alternativa seria capaz de salvar a vida do paciente com uma probabilidade raiana à certeza, mas apenas que o réu, com o seu comportamento negligente, incrementou o risco e atuou como “*fator coadjuvante do resultado final*” (STS 805/2017, 11-12, p. 71).

À vista disso, o Tribunal entendeu que, no caso, o médico “desatende escandalosamente a sua atuação profissional” ao desistir da tentativa de salvamento da vítima antes mesmo de aplicar os procedimentos elementares para a sua reanimação, tendo a sua não-atuação (omissão) incrementado o risco de morte da paciente CJ e, portanto, a sua responsabilidade penal justificada a partir da teoria da imputação objetiva¹¹.

4. BREVE PARALELO ENTRE OS CASOS E IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA DE PROVA

Neste subtópico far-se-á um paralelo entre os três casos em estudo, com a finalidade de identificar as suas principais semelhanças, diferenças e problemas que os casos instigam à doutrina. De partida, cabe demonstrar porque nos três casos supramencionados houve uma interrupção de um curso causal salvador.

¹⁰ Termo utilizado na sentença ao citar decisão do Tribunal Federal Supremo Alemão (BGH) de 20 de maio de 1980.

¹¹ A defesa levou ao debate a tese do *erro de tipo*, contudo, tanto na Audiência Provincial quanto no Tribunal Superior os julgadores descartaram a possibilidade da exclusão da tipicidade por entenderem que se tratar de erro vencível.

Na operação fura-fila – doravante, caso brasileiro –, entende-se que o médico, ao supostamente burlar a lista única de transplante hepático de forma a priorizar seus pacientes, interrompeu um curso causal salvador que estava prestes a acontecer ou já em andamento (como no caso do transplante para CA). Isso porque, ao priorizar um paciente em detrimento de outro que, segundo os critérios legais, deveria ser contemplado com a doação do órgão, estaria retirando ou, ao menos, reduzindo a chance de salvar a vida do paciente preterido. Tendo em vista que a lista de transplante é um processo necessário pelo qual o paciente precisa para dar continuidade ao seu tratamento, o preterimento injustificado constitui uma interrupção desse processo que, se observado, poderia dar causa ao salvamento ou prolongamento de sua vida.

No caso dos transplantes de Göttingen – doravante, caso alemão – os fatos sucederam de maneira muito similar ao caso brasileiro, e a interrupção dos cursos causais salvadores também foram realizadas pelo médico que fez inserir informações falsas dos seus pacientes no sistema para que eles pudessem ter prioridade na lista única para receber transplante hepático. Os autores Luís Greco e Claus Roxin abordam esse caso em sua obra mais recente e também o classificam como uma interrupção de um processo causal salvador. No entanto, analisam a imputação com base nos pressupostos de um crime comissivo (2024, p. 590-591).

Já no caso Madrid Arena – doravante, caso espanhol – a interrupção do curso causal salvador foi realizada pelo próprio médico chefe do serviço de urgência do evento que, antes de aplicar todas as manobras necessárias e exigidas pela *lex artis* médica, desistiu do seu intento salvador por acreditar, erroneamente, que a paciente já estaria morta.

Em todos os casos observa-se como sujeito ativo um profissional médico que, nos casos dos transplantes, após priorizarem pacientes pessoais em detrimento da lista única e interromperem um processo salvador, assumem a responsabilidade de garantidor por ingerência sobre a vida dos pacientes preteridos.

Já no caso espanhol, pode-se observar uma análise direta da responsabilidade penal de médico, no exercício das suas funções, que interrompe um curso salvador já iniciado, por si ou por outro. Vindo a ser defendido, inclusive, pelo Tribunal Superior Espanhol, a necessidade de um tratamento diferenciado para a atividade médica. Dessa forma, é

possível defender que nos três casos nota-se uma responsabilidade penal médica no exercício de suas funções, ainda que de uma função indireta ou adquirida (como nos casos dos transplantes).

Não obstante as semelhanças, é importante registrar algumas relevantes diferenças entre os casos: a primeira é que a interrupção do processo salvador foi realizada em momentos diferentes em cada caso. No caso brasileiro, passou-se da fase dos atos preparatórios, haja vista que foram individualizadas as vítimas que teriam recebido o transplante, caso não houvesse ocorrido a *suposta* burla à lista única. Diferentemente do caso alemão, em que em momento algum o Ministério Público conseguiu identificar qual paciente teria recebido o transplante em caso de uma *não fraude* e em qual estado de saúde estava o paciente. Por isso, o Tribunal Alemão, acertadamente, concluiu que a conduta do médico não passou de meros atos preparatórios não puníveis.

Com efeito, o caso espanhol diferencia-se por se tratar de outra categoria de interrupção salvadora (interrupção causal salvadora própria) e pelo momento de interrupção. Isto porque se trata da interrupção de uma tentativa de salvamento acabada. Ademais, tanto a decisão da Audiência Provincial quanto o Tribunal Superior enfrentaram o problema da prova da causalidade, divergindo, respectivamente, entre a aplicação da teoria da evitabilidade ou a teoria do incremento do risco, culminando, ao final, na condenação do médico por imprudência grave com resultado morte.

Em resumo, apenas a soma da burla à lista única figura como conduta positiva - necessária, mas não suficiente - somada ao preterimento, pelo médico, de realizar o transplante em favor dos demais pacientes em posição cimeira (condição negativa). Essa combinação de condição positiva e negativa é capaz de gerar a complexa forma de praticar ilícitos denominada “interrupção de um processo causal salvador”, nos casos brasileiro e alemão. Este raciocínio também deve ser utilizado para o caso espanhol, ainda que não de forma idêntica.

Diante disso, passar-se-á ao principal problema deste artigo: qual deverá ser o *standard* probatório necessário para se condenar o réu pela prática do crime a ele imputado e, conseqüentemente, a qual teoria se deve socorrer para uma melhor proteção dos princípios processuais penais. Para isso, investigar-se-á as teorias da evitabilidade e do incremento do risco/diminuição do risco e as suas principais falhas.

III. A PROBLEMÁTICA PROVA DA CAUSALIDADE E (IN) SUFICIÊNCIA DAS SOLUÇÕES EXISTENTES

É importante destacar que independentemente de como se classifique a interrupção de processos causais salvadores — seja por ação, omissão ou uma combinação de ambos, como se defende nesse artigo — é quase unânime o uso da causalidade hipotética (Greco; Roxin, 2024, p. 589) ou do “método duplamente hipotético” (Ruivo, 2020, p. 211), para determinar a responsabilidade criminal do réu. Isto é, nos crimes comissivos, a causalidade é natural, capaz de ser demonstrada no mundo dos fatos, enquanto nos crimes omissivos impróprios, trabalha-se com a chamada causalidade (duplamente) hipotética, baseada em uma análise probabilística.

O método duplamente hipotético ocorre em duas fases sucessivas. A primeira, comum aos crimes comissivos, consiste na eliminação mental da ação para verificar se foi condição necessária para o resultado. Caso essa relação seja confirmada, passa-se à segunda fase, que consiste na adição mental da ação omitida, avaliando se seria capaz de evitar o desfecho. Essa análise depende do conhecimento preciso das leis causais. O método envolve, primeiro, a retirada mental da ação realizada para verificar sua relevância causal e, depois, a adição mental da ação omitida para avaliar se teria evitado o resultado (Ruivo, 2022, p. 475).

Por essa razão, a análise das teorias utilizadas para identificar a prova da causalidade nos casos que possuem processos causais salvadores em curso remetem à mesma estrutura dos crimes comissivos impróprios e, conseqüentemente, aos mesmos problemas (Puppe, 2019, p. 48; Gimbernat Ordeig, 2000, p.96; Ruivo, 2022, p. 467-468).

O raciocínio duplamente hipotético e a incerteza sobre a eficácia da conduta do réu complicam a prova (Ruivo, 2020, p. 211). Assim, a utilização da causalidade hipotética¹², somada à fórmula da conduta alternativa lícita (Bolea Bardon, 2018, p. 4), faz questionar se o agente houvesse agido

¹² Sobre a causalidade hipotética, é preciso esclarecer que esta pode ser utilizada tanto para os crimes comissivos por ação quanto para os crimes comissivos por omissão. Ademais, a associação entre a causalidade hipotética e a conduta alternativa lícita não é unânime. Para mais: BOLEA BARDON, 2018, p. 4.

conforme o esperado e devido o resultado lesivo ainda haveria ocorrido, para então ser construído o nexó entre a omissão e o resultado.

Nesse ponto, encontra-se a problemática principal: a constituição da prova, em casos assim, nunca alcançará o grau máximo de certeza (traduzido matematicamente como 100%) - ao contrário do que acontece com os crimes puramente comissivos, diante dessa ausência de certeza que a doutrina e os tribunais se bifurcam na defesa das teorias da evitabilidade e da diminuição do risco (Bolea Bardon, 2018, p. 4).

Como exemplo, no caso espanhol, apresentado no capítulo anterior, pode-se verificar que os tribunais utilizaram diferentes fundamentações para absolver ou para condenar os réus. Isso se dá porque existem duas correntes distintas que buscam delimitar qual o *standard* avaliativo necessário para comprovar a ligação entre o resultado delitivo e o comportamento do agente. Pelo ora exposto, é imperiosa a análise das teorias da evitabilidade e da diminuição do risco, estudando as suas principais características e as principais debilidades para a utilização, sobretudo, em matéria de Processo Penal.

É inquestionável que ambas as teorias que serão analisadas possuem sérias lacunas. De forma antecipada, cabe mencionar que a escolha pela aplicação de uma ou de outra teoria, na verdade, não é uma escolha do cunho ideal, mas sim qual é a teoria menos violenta das diretrizes do Processo Penal.

Ademais, para evitar o equívoco de confundir essa análise com os pressupostos puramente da imputação, que sucede ao exame da causalidade, deve-se lembrar que a causalidade na omissão combina um elemento normativo e um elemento empírico (Tavares, 2012, p. 367-368), sendo necessário analisar também a probabilidade da evitabilidade ou, alternativamente, fazer um exame sob a existência da diminuição do risco.

1. TEORIA DA EVITABILIDADE

A teoria da evitabilidade corresponde à teoria majoritária na doutrina e a mais utilizada nos tribunais da Alemanha e Espanha (Bolea Bardon, 2020, p. 77). Essa teoria é dividida em subteorias que variam entre posicionamentos mais restritos a mais ampliados no que tange ao

grau de probabilidade e possibilidade exigido para imputação da conduta delitiva ao réu (Gimbernat Ordeig, 2015, p. 28).

De forma geral, a teoria entende que o agente não pode ser penalmente responsabilizado quando provado que o comportamento lícito alternativo não teria evitado a realização do resultado lesivo (Frisch, 2019, p. 30 e 50). Parte da doutrina entende que para que se justifique a absolvição do autor é necessária prova com probabilidade próxima à certeza de que a conduta alternativa lícita levaria ao mesmo resultado, ou seja, que a conduta correta não seria capaz de salvaguardar o bem jurídico em perigo (Gimbernat Ordeig, 2015, p. 26).

A segunda subcorrente da teoria flexibiliza a necessidade de uma probabilidade próxima à certeza, solicitando apenas uma “possibilidade mais ou menos elevada” (Gimbernat Ordeig, 2015, p. 27) de que a conduta alternativa conforme ao direito não seria capaz de evitar o resultado lesivo.

Essa segunda subcorrente foi aplicada pela primeira vez no Tribunal alemão, contrariando o seu entendimento anterior, no famoso caso do ciclista¹³, em que o caminhoneiro foi absolvido haja vista a alta probabilidade de o acidente ter ocorrido, mesmo que o réu houvesse guardado a distância de segurança exigida (Bolea Bardon, 2020, p. 75). Cabe registrar que essas duas primeiras subcorrentes parecem inverter o ônus probatório no processo penal, fazendo com que o réu faça prova de que o seu comportamento não gerou um aumento do risco existente, nem foi o suficiente para causar o resultado, isto é, parte de uma presunção de culpabilidade do réu (Bolea Bardon, 2020, p. 75-76).

A terceira subcorrente¹⁴ volta a exigir uma probabilidade próxima à certeza, mas devolve o ônus probatório para a acusação. Ou seja, para condenar o réu pelo crime consumado ou tentado é necessário se provar que o comportamento alternativo lícito teria evitado o resultado (Gimbernat Ordeig, 2015, p. 28).

Já nos casos dos crimes comissivos por omissão e das interrupções dos processos causais salvadores, a teoria da evitabilidade

¹³ Para detalhes, ver: PUPPE, 2019, p. 33.

¹⁴ Destaca-se que esta subcorrente foi a utilizada pelos Tribunais Alemães no caso dos transplantes de Göttingen e na Audiência Provincial no caso Madrid Arena.

exige, para a condenação por crime consumado, que haja prova com probabilidade próxima à certeza de que se o agente não houvesse se omitido quando podia e devia agir, ou se não houvesse interrompido um processo salvador em curso, o resultado seria evitado e o bem jurídico não seria lesado. Caso contrário, só poderá imputar ao réu o crime em sua forma tentada (Gimbernat Ordeig, 2000, p. 50). Afinal, não faz sentido punir o garantidor pelo crime consumado se esse, mesmo agindo conforme o delito, não pudesse evitar a perfectibilização do resultado (Roxin, 2014, p. 175).

Como consequência, esse raciocínio leva a um maior número de absolvições, sobretudo, quando se trata de comportamentos culposos, tendo em vista a escolha legislativa impossibilita a condenação por tentativa culposa (Gimbernat Ordeig, 2000, p. 50).

A grande crítica à teoria da evitabilidade gira em torno do argumento de uma política criminal ineficaz levando, não raras vezes, a uma “inaceitável isenção da pena” (Greco, 2018, p. 25). Em contrapartida, a teoria da diminuição do risco vem para tentar sanar o problema político-criminal, exigindo um lastro probatório mais reduzido se comparado à teoria da evitabilidade.

Os críticos dessa teoria afirmam que ela desconsidera o papel do risco permitido nos crimes culposos ao isentar o réu de responsabilidade penal quando o comportamento conforme ao direito fosse provável de conduzir ao mesmo resultado. Nesse sentido, Enrique Gimbernat defende que a teoria desconsidera o papel do risco proibido em matéria penal, cuja função é diminuir a possibilidade e a probabilidade de lesar um bem jurídico (2015, p. 36-37).

Acrescenta o autor que o papel do Direito Penal é o de salvaguardar bens jurídicos por ele tutelados, de forma que não haveria razões para não castigar os delitos de ação imprudente quando estes bens, a partir de um comportamento ilícito do réu, fossem postos em perigo, uma vez que é indiscutível que o agente, em caso de conduta alternativa conforme o direito, teria gerado um risco menor de lesão ao bem jurídico (Gimbernat Ordeig, 2015, p. 38). Entretanto, deve ser considerado que o Direito Penal tipifica tanto crimes de perigo quanto crimes de resultado, diferenciando-os porque, no primeiro, o mero desvalor da ação é tipificado - sendo o resultado naturalístico, caso existente, um mero exaurimento do crime.

Enquanto no segundo, o que é criminalizado é o desvalor da ação somada ao desvalor do resultado.

Por isto, faz-se necessário um nexos de causalidade que ligue a ação/omissão ao resultado naturalístico. Isso importa, pois não se pode castigar por crime de resultado apresentando apenas prova do perigo que, nesse caso, serviria apenas para condenar pelo crime em sua forma tentada, mas, jamais, em sua forma consumada.

Ainda na perspectiva de uma política criminal ineficaz, quando se passa para a análise dos crimes comissivos por omissão ou da interrupção dos processos causais salvadores, o problema se intensifica: para essa corrente, se não houver provas que beirem a certeza de que a adição da conduta omitida ou não-interrupção de um processo salvador em andamento ao curso causal seria capaz de evitar o resultado, apenas será possível condenar o agente por crime em sua forma tentada e, como o legislador não prevê responsabilidade penal aos crimes culposos em sua forma tentada, esses casos quedariam sempre impunes (Gimbernat Ordeig, 2000, p. 51-52; Greco, 2018, p. 25-26).

Esse problema se acentua ainda mais quando se passa à análise da responsabilidade médica. Isso porque, a ineficiência político-criminal que acompanha a teoria da evitabilidade se intensifica ao se exigir prova de que, caso o médico tivesse se comportado conforme o direito, o resultado teria sido evitado. Uma vez que sempre surgirão dúvidas se o paciente teria uma reação favorável ao procedimento cirúrgico, à anestesia ou à outras questões que envolvam amplas variações nas reações do organismo de cada indivíduo (Silva Sánchez, 2006, p. 83).

À vista disso, alguns autores entendem que utilizar o pensamento da teoria da evitação para analisar a responsabilidade médica no exercício da sua função, sobretudo para casos praticados através de omissão imprópria e interrupção dos processos causais salvadores – agravando-se ainda mais em casos culposos – ensejaria o “desaparecimento de responsabilidades médicas” (Gimbernat Ordeig, 2000, p. 67).

Para esses autores, isso justificaria fazer uso de um tratamento penal especial para casos que envolvam atividade médica. Porquanto, muitas vezes, só será possível fazer prova de que se o médico não houvesse se omitido ou interrompido um curso causal salvador – próprio ou alheio – o risco de lesão ao bem jurídico teria sido diminuído, mas

difícilmente poderia se afirmar que teria o evitado com alta probabilidade (Gimbernat Ordeig, 2000, p. 67).

Já que para a teoria da evitabilidade, como mencionado anteriormente, não é suficiente a prova do comportamento descuidado, mas também a prova de que o resultado teria sido evitado com grau de probabilidade próximo à certeza (Silva Sánchez, 1986, p. 238).

É bem verdade que essa exigência pode suscitar a completa impossibilidade de responsabilização médica, fazendo com que estes profissionais possam se manter inertes ao invés de aplicarem tratamentos que poderiam aumentar a expectativa ou a qualidade de vida do paciente, sem que este comportamento descuidado motivasse, ao menos, uma responsabilização por tentativa (Gimbernat Ordeig, 2000, p. 50). Não se questiona, portanto, a pertinência dessas críticas. De fato, há um grave problema de política criminal que deve ser analisado. Afinal, esta certeza (ou quase certeza) pode levar o garantidor a manter-se inerte quando deveria agir, sem que a ele fosse atribuída qualquer responsabilidade criminal (Gimbernat Ordeig, 2000, p. 67), o que busca-se combater é a proposta de solução.

Não se pode olvidar que a política criminal é problema, sobretudo, de ordem legislativa e o legislador optou por não punir os crimes imprudentes em sua forma tentada. Desta forma, na tentativa de suprir essa deficiência legislativa com a aplicação (pelo judiciário) de uma outra teoria que, claramente, viola uns dos mais importantes princípios do Processo Penal – o *in dubio pro reo* – na tentativa de burlar a vontade do legislador. Decerto, essa linha de argumentação pode parecer um tanto “preguiçosa”, na medida em que aparenta evitar o debate de um problema concreto, utilizando-se do subterfúgio de *ser uma escolha legislativa*. No entanto, o que se defende aqui é que a solução apresentada não pode ser aceita, pois está longe de ser a mais adequada. Como se diz popularmente: “não se pode cobrir um santo descobrindo outro”. Ou seja, não se pode enfrentar questões de política criminal criando instabilidade jurídica na processualística penal, ao aceitar um padrão probatório muito aquém daquele necessário como resposta ao problema.

Em que pese não pareça ser justo que a punibilidade de uma conduta dependa da existência de uma prova penal que, no mais das vezes, não será possível de ser constituída (Roxin, 2014, p. 176). Muito menos

é justo admitir, em sede de Processo Penal, que o incremento de um risco possa servir de “condição objetiva de punibilidade” (Jakobs, 1997, p. 123).

Nos casos de responsabilidade penal médica, com maior razão, é compreensível a defesa de um tratamento especial para o profissional médico, revestido da posição de garante. Entretanto, esbarramos na mesma questão: carece de legalidade (Frisch, 2000, p. 61-62).

Não se deve buscar resolver um problema da política criminal à margem da lei. Tratando como crime consumado aquilo que, claramente, deveria ser tratado como crime tentado, apenas como forma de burlar a escolha legislativa de não castigar as tentativas culposas. Muito pior, quando se utiliza conceitos do Direito Civil - como perda de uma chance e obrigação de meio - para justificar o injustificável. Em síntese: trata-se de uma “equivocada tentativa de resolver um problema de imputação jurídico-penal com o auxílio de regras de outros ramos do Direito” (Schünemann, 2013, p. 173)¹⁵.

Nesse sentido, uma possível solução do problema poderia ser construída a partir da adaptação da proposta realizada pelo autor Bernd Schünemann, cujo aviltou uma reforma legislativa no §13 StGB (*Strafgesetzbuch*) para que fosse possível a aplicação da teoria da diminuição/incremento do risco *apenas* para crimes praticados pelos superiores hierárquicos no âmbito do Direito Penal econômico (Schünemann, 1979, p. 207-208 *apud* in Gimbernat Ordeig, 2000, p. 67). Outra solução foi adotada na Alemanha como reação ao caso dos transplantes de Göttingen, que passou a prever como conduta típica a inserção de falsas informações no sistema responsável pela seriação da lista de transplantes (Sousa Mendes, 2019, p. 276-277).

2. TEORIA DA DIMINUIÇÃO/INCREMENTO DO RISCO

A teoria da diminuição do risco é uma versão adaptada para os crimes omissivos impróprios do filtro do “incremento do risco” (Gil Gil, 2007, p. 367), fazendo parte, portanto, da moderna Teoria da Imputação Objetiva, reformulada por Claus Roxin nos anos de 1970 (2002, p. 25).

¹⁵ É bem verdade que o autor se referia, em seu trabalho, a um outro contexto, todavia, a crítica parece ser pertinente também para a questão que está sendo trabalhada.

A teoria do incremento/diminuição do risco tem um papel importante ao complementar e definir limites para a teoria da causalidade. No entanto, não se confunde com esta, pois pertence à teoria da imputação objetiva, sendo, portanto, uma verificação posterior à existência da causalidade (Tavares, 1996, p. 58).

Para a teoria do incremento do risco, pensada para os crimes comissivos por ação, não é necessária uma probabilidade próxima à certeza de que, em caso de uma conduta alternativa lícita, o resultado não teria ocorrido, como entende a teoria da evitação. Assim, para fins de imputação criminal, necessitaria, tão somente, que o comportamento do agente tenha, provavelmente ou possivelmente, incrementado um risco existente (Roxin, 1997, p. 379-380). De modo a focar mais na qualificação do perigo do que na capacidade de evitar o resultado por parte do agente (Gil Gil, 2007, p. 387).

Já para os crimes comissivos por omissão, a teoria da diminuição do risco advoga que para a responsabilização criminal do réu não seria imperioso provar que, se o réu não houvesse se omitido quando *podia e devia* ter agido, o resultado lesivo teria sido evitado. Precisando provar apenas que a *omissão imprópria* do réu diminuiu as chances de salvamento da vítima (Bolea Bardon, 2020, p. 80). Em outras palavras, a possibilidade, mesmo que remota, de proteger um bem jurídico em perigo já obriga o autor a agir, mesmo que o resultado se mantivesse o mesmo (Puppe, 2019, p. 45-46).

Entretanto, essa teoria é minoritária tanto na doutrina quanto na jurisprudência (Bolea Bardon, 2020, p. 79). A teoria tem ainda menos adeptos quando tenta se adaptar aos casos de crimes omissivos impróprios, a chamada *teoria da diminuição do risco* é rechaçada até pelo próprio criador do filtro (para os crimes comissivo), Claus Roxin (2014, p. 179)¹⁶.

As principais críticas direcionadas à essa teoria consistem em: 1) transforma os crimes de resultado em crimes de perigo; 2) viola o princípio do *in dubio pro reo* (Bolea Bardon, 2018, p. 8) e; 3) imputa como crime consumado as tentativas culposas (Jakobs, 1997, p. 123).

¹⁶ Em que pese, GRECO, 2018: notas de rodapé nº 61, p. 36, entenda que, implicitamente, Roxin parece concordar com a teoria da diminuição do risco, desde que analisada a partir de uma perspectiva *ex ante*.

No que tange à primeira crítica, ela se fundamenta na seguinte razão: ao justificar que o fato de o agente ter desperdiçado uma chance de diminuir o risco como critério suficiente para imputar-lhe o crime consumado, a teoria acaba por transformar todos os crimes de resultado em meros crimes de perigo, de modo a criar uma “*condição objetiva de punibilidade*” (Jakobs, 1997, p. 123). Defensor da teoria, Luís Greco afirma que tal crítica não merece prosperar, tendo em vista que só se discute a imputação do delito quando o resultado, concretamente, se materializou. Por isto, nestes casos estaria sendo imputado ao agente a lesão por ele causada e não somente o perigo (Greco, 2018, p. 32; Gimbernat Ordeig, 2015, p. 40).

Contudo, tal defesa parece não ter ultrapassado suficientemente a crítica à teoria realizada. Isso porque a questão em voga não é necessariamente a existência de um resultado naturalístico ou não, mas sim o fato de apenas ter provado que o agente não diminuiu um risco quando podia e devia, escusando-se de provar com, pelo menos, uma probabilidade elevada, que a adição da conduta do agente seria suficiente para salvaguardar o bem jurídico em perigo. Dessa forma, a teoria da diminuição do risco demanda apenas uma prova do risco – escusando-se de fazer prova do nexó entre o perigo e o resultado – para imputar penalmente um resultado.

Diante disso, a teoria traz uma clara tentativa de inversão da lógica processual para *in dubio contra reo*, ao defender a condenação por crime consumado em casos que não se pode afirmar com certeza, ou probabilidade próxima à certeza, que o comportamento do réu poderia ter evitado o resultado lesivo (Gil Gil, 2007, p. 378).

A segunda crítica, que se refere à violação ao princípio do *in dubio pro reo*, se fundamenta no fato de que a teoria orienta o magistrado a condenar o réu, mesmo não tendo a certeza de que a sua ação poderia ter diminuído um risco, sem considerar se aquele resultado poderia ter sido evitado (Roxin, 2014, p. 179).

Os apoiadores da aplicação dessa corrente defendem-se da crítica fazendo uso do subterfúgio de que “a melhor defesa está no ataque” e afirmam que também a teoria da evitabilidade não respeita o princípio do *in dubio pro reo* ao solicitar apenas uma “probabilidade próxima à certeza”, e não a certeza de que o comportamento omitido é causa para o resultado. Ademais, mencionam que o *in dubio pro reo* é um princípio

processual e a problemática em discussão é de cunho material, havendo, portanto, uma “confusão de categorias” (Greco, 2018, p. 32).

Desde logo, cabe ressaltar que o fato de ambas as teorias buscarem determinar qual é o grau de probabilidade necessário para afirmar que um agente, por meio da sua omissão imprópria (ou da interrupção de um processo causal salvador) provocou o resultado delitivo e devendo ser responsabilizado penalmente não se trata de uma questão meramente de direito material, mas também de prova penal e, portanto, de Processo Penal (Puppe, 2019, p. 62).

Ademais, é correto afirmar que a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* em sede de Processo Penal é imprescindível e deve conduzir à absolvição do réu, ainda nos casos de grave negligência (Jakobs, 1997, p. 125). A presunção de inocência é o princípio basilar do direito probatório (Orlandi, 2022, p.21). Afinal, o princípio do *in dubio pro reo*/presunção de inocência é uma escolha política, que assume o risco de se ter “muito mais culpados absolvidos do que inocentes condenados” (Badaró, 2018, p. 72). Por essa razão que se determina que o *standard* probatório seja acima de qualquer dúvida razoável (2018, p. 71-72).

Não se pode utilizar como critério justificante para a imputação objetiva apenas a prova que o comportamento do agente criou um perigo desaprovado pelo direito. Ou, para os crimes omissivos impróprios e as interrupções dos processos salvadores, não se pode imputar objetivamente o crime ao agente apenas por esse, a partir do seu comportamento, ter incrementado (ou, aqui, deixado de diminuir) um risco existente (Frisch, 2000, p. 59-60).

Por essas questões, os defensores da Teoria do Incremento do Risco como critério de imputação objetiva nos crimes comissivos por ação, como Claus Roxin (2014, p. 179), Bernd Schünemann (2013, p. 165), Jesús-María Silva Sanchez (1999, p. 33), não concordam com a aplicação da adaptada teoria para os crimes omissivos impróprios (Bolea Bardon, 2020, p. 77).

Entretanto, nos casos da responsabilidade penal médica¹⁷ - presentes nos casos sob estudo - a teoria da diminuição do risco se torna

¹⁷ Deve ser advertido, segundo o autor Silva Sanchez, que o erro médico no diagnóstico ou tratamento, por si só, não dá causa à responsabilização criminal

mais atraente: como alternativa à teoria tradicional, a teoria adaptada para situações de omissão imprópria culposa na atividade médica, não se utilizaria a fórmula do *comportamento alternativo adequado*, mas restringe-se à análise do comportamento do agente, logo, o simples fato de um atuar descuidado ensejaria o incremento do risco para a realização do resultado, abrindo a possibilidade de imputar ao réu o crime em sua forma consumada (Silva Sánchez, 1986, p. 238.), porquanto, a obrigação do profissional médico é uma obrigação de meio e não de fim (Silva Sánchez, 2006, p. 81).

Foi esse o raciocínio utilizado pelo Tribunal Superior espanhol no caso Madrid Arena. Embasando a sua fundamentação no sentido de que a teoria da evitabilidade não pode ser utilizada para casos de responsabilidade criminal do médico no exercício da sua função, devendo, por isso, socorrer-se o pensamento utilizado pela teoria da diminuição/incremento do risco. É inequívoco que na atividade médica o grau de incerteza acentuado (Bolea Bardon, 2020, p. 71-72) e, conseqüentemente, a dificuldade de constituir prova da evitabilidade do resultado se torna uma missão quase impossível.

Por esta questão é compreensível, da perspectiva político-criminal, um tratamento especial para o profissional médico revestido da posição de garante, seja por imprudência ou por ingerência. Entretanto, ainda que compreensível, não poderá ser admitida sob uma ótica processual penal.

IV. RESOLUÇÃO DOS CASOS E TOMADA DE POSIÇÃO

Iniciando pelo brasileiro e considerando uma hipotética acusação de homicídio, o réu deveria ser absolvido. Apesar da interrupção do processo causal salvador pela fraude à lista única, não há provas de que o réu agiu com dolo de matar os pacientes preteridos. Ademais, o Ministério Público não demonstrou a evitabilidade do resultado, e como as tentativas culposas não são puníveis, a conduta do médico carece de tipicidade, conduzindo à sua absolvição. No caso alemão, a ideia é mais

do profissional médico. Acrescentando que o erro só tem relevância jurídica para o Direito Penal quando é derivado de um comportamento negligente (2006, p. 86).

clara: sem a individualização dos pacientes prejudicados com a burla, a conduta do réu se restringiu a atos preparatórios não puníveis à época, resultando também em atipicidade penal.

Já o caso espanhol apresenta diferenças marcantes, pois o próprio agente interrompeu seu processo salvador, somando-se à concreta individualização da vítima. Como não há dúvidas de que o réu agiu com imperícia profissional, a principal controvérsia reside na imputação do crime como consumado ou tentado. Contudo, como não há prova da inevitabilidade do resultado sem a interrupção do processo salvador, estar-se-ia diante, outra vez, de uma tentativa culposa, justificando a absolvição conforme decidido pela Audiência Provincial.

Essa atipicidade penal pode gerar uma sensação de impunidade e ineficácia da política criminal, sobretudo na esfera médica. Todavia, a qualificação da interrupção causal dos processos salvadores como concausa – englobando tanto a ação quanto a omissão penalmente relevante – não é uma mera questão terminológica, mas uma forma de enfrentar o problema sem que violar o princípio do *in dubio pro reo*.

Ao separar o comportamento do agente como dois momentos – a interrupção ativa do processo salvador e a posterior omissão em salvar a vítima de um perigo que o sujeito incrementou –, percebe-se que o réu pode incorrer tanto em crime comissivo quanto em omissivo impróprio. No caso de crimes comissivos, a prova da causalidade é, no mais das vezes, simples de ser constituída, e o Direito Penal, em certas situações, pune condutas de perigo sem exigir um resultado naturalístico.

Seguindo o modelo alemão, que criminalizou a inserção de informações falsas no sistema de transplantes sem exigir prova de dano concreto, poderia ser criada uma norma menos restritiva – sob pena de hiper legislar – para punir o incremento do risco na atividade médica. Afinal, a ineficiência da política criminal não pode ser resolvida à margem da lei, exigindo intervenção legislativa. Já nos crimes omissivos impróprio, o *standard* probatório não pode ser reduzido ao mero perigo para justificar uma condenação por crime consumado. Nunca é demais lembrar que o princípio do *in dubio pro* é uma decisão política que impede condenações sem a prova de que, caso a conduta esperada não tivesse sido omitida, o resultado teria sido evitado com probabilidade próximo à certeza. Assim, nesses casos, a única possibilidade de imputação seria por tentativa, quando cabível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Processo Penal é um instrumento essencial para a democracia e para a aplicação da justiça – ou, pelo menos, o que é entendido como justiça dentro de uma cultura específica. Trata-se do meio pelo qual a justiça deixa de ser um conceito abstrato e passa a impactar concretamente os cidadãos de uma sociedade.

Em situações complexas, como nos casos de interrupções de processos causais salvadores – nos quais o agente interrompe ativamente uma cadeia causal de socorro e, em seguida, omite-se de salvar a vítima –, emergem questões críticas que demandam um exame rigoroso do *standard* probatório necessário para a condenação. Não raro, é necessário adentrar o terreno do Direito Penal material para melhor compreender certos problemas processuais.

Os casos analisados evidenciam que as dificuldades para se trabalhar com a interrupção de processos causais salvadores incluem a capituloção do delito, a modalidade do comportamento do agente e, evidentemente, o nível de evidência probatória necessário para condenar um réu.

Este estudo demonstrou que essas situações requerem uma abordagem atenta, pois a conduta do agente não se encaixa perfeitamente às classificações convencionais de ação e omissão, gerando um problema específico no campo da prova. A análise dos elementos dogmáticos revelou que esse comportamento pode ser interpretado como uma combinação de conduta comissiva e omissiva.

A definição correta de um *standard* probatório é essencial, pois uma condenação penal exige provas robustas que justificam a imposição de uma sanção penal, especialmente considerando os custos significativos às liberdades individuais. No entanto, quando se trata de casos em que a causalidade é hipotética, como nas omissões penalmente relevantes e nas interrupções de processos causais salvadores em curso, o desafio probatório é especialmente elevado. Avaliar se o resultado teria sido evitado mediante um comportamento alternativo lícito envolve conjecturas complexas, o que demanda um elevado grau de certeza.

Nesse contexto, as teorias analisadas divergem sobre como lidar com essa incerteza. Uma corrente defende um *standard* probatório reduzido, baseado na ideia de diminuição do risco, como meio de facilitar a

imputação penal e atender as demandas da política criminal. Por outro lado, uma abordagem mais restritiva exige a comprovação de que o resultado era evitável com probabilidade próxima à certeza, rejeitando o *simples* perigo como suficiente para a consumação do crime.

Este artigo, por sua vez, defende que a redução do *standard* avaliativo é inaceitável. Adotar critérios mais flexíveis, ainda que aparentem atraentes, infringe o princípio fundamental do *in dubio pro reo*, que deve ser uma barreira intransponível para prevenir condenações injustas. O *in dubio pro reo* veda que, em caso de dúvida razoável, seja imposta uma condenação sem provas concretas que o resultado teria sido evitado. Nos casos em que essa certeza não pode ser alcançada com uma probabilidade, pelo menos, próxima à certeza, é preferível a tipificação como tentativa ou mesmo a não imputação, a fim de preservar a estabilidade jurídica e evitar a criação de um sistema punitivo desproporcional e inseguro.

No âmbito do direito penal médico, é essencial evitar a criação de normas voltadas apenas para atender demandas de política criminal sem uma sólida base legislativa. Embora seja legítimo discutir uma maior responsabilidade dos profissionais de saúde em posição de garantidores, essa responsabilização deve respeitar os padrões probatórios rigorosos sem burlar os princípios do processo penal.

Em síntese, a justiça penal deve respeitar o *standard* probatório necessário, evitando atalhos que fragilizem o processo penal e os direitos dos réus. Como destacado em linhas pretéritas: não se pode cobrir um santo descobrindo outro. No final do tópico III, foram apresentadas duas possíveis soluções em que se respeitava as diretrizes processuais penais e, ao mesmo tempo, buscava resolver o problema da política criminal. Essas propostas, embora ainda embrionárias e carentes de maior aprofundamento, podem ser consideradas um ponto de partida.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo H., Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>

BOLEA BARDON, Carolina. *Conducta alternativa e imputación del resultado*. Barcelona: Justicia Penal, 2020.

BOLEA BARDON, Carolina. La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad. *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*, 4/2018, abril 2018. Disponível em: <<https://indret.com/la-responsabilidad-penal-del-medico-por-omision-desde-una-teoria-normativa-de-la-evitabilidad-2/>>. Acesso em: 06 set. 2023.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. Ação e omissão em Direito Penal. Alguns aspectos teóricos e práticos. *Revista de Estudos Criminais*, v. 66, 2017. p. 201-220.

FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: Estado de La Cuestión. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María (coord.). *Sobre el estado de la teoría del delito* (seminário na Universitat Pompeu Fabra). Cuadernos Civitas, 2000. p. 19-66.

GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente – fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*. Barcelona: Atelier, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n. 53, janeiro/ dezembro, 2000. p. 29-132.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n. 68, 2015. p. 21-62.

GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva em derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

LERMAN, Marcelo D. Sobre el criterio de distinción entre la interrupción de cursos causales salvadores iniciados por terceros o provenientes de la naturaleza y la causación directa. *Anuario de Derecho Penal*, n 93, 2014. p. 131-147.

ORLANDI, Renzo. La dúplice radice della presunzione d'innocenza. In: P.P. Paulesu (et. al). *Studi in onore di Roberto E. Kostoris*. Torino: G. Giappichelli, 2022, p. 3-22.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal: parte geral: A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*. 5. ed. Lisboa: AAFDL, 2020.

PUPPE, Ingeborg. *Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no Direito Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

ROCHA, Ronan de Oliveira. *A relação de causalidade no Direito Penal*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: parte geral*, Tomo I. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 39, jul.-set., 2002. p. 11-31.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. Problemas de causalidade intermediada psicicamente. In: LEITE, Alaor (org.). *Novos Estudos de Direito Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 152-190.

RUIVO, Marcelo Almeida. A Prova e o Método de Verificação da Causalidade na Omissão Imprópria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 170, ano 28. p. 191-219, 2020.

RUIVO, Marcelo A. O Método de Verificação da Causalidade na Omissão Imprópria. In: PALMA, Maria; et all (org.). *Prof. Augusto Silva Dias In Memoriam*, vol. 1. Lisboa: AAFDL, 2022, 463-478.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria: possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 159-181.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *El delito de omisión: concepto y sistema*. Barcelona: Librería Bosch, 1986.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Responsabilidad penal por mala praxis médica*. Paraguai: Marben, 2016.

SOUSA MENDES, Paulo de Sousa. *Causalidade complexa e prova penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. [s.l.]: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

Authorship information

Wictória Passos Alves. Mestranda em Ciências Criminais (FDUL). Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia (CEI). Pós-graduada em Law Enforcement, Compliance e Resp. Empresarial (FDUL). Pesquisadora no grupo de pesquisa Culpabilidade e Responsabilidade no âmbito de Organizações: corrupção e lavagem de Dinheiro (CNPq - UFBA).

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 25/09/2024
- Desk review and plagiarism check: 14/10/2024
- Resubmission: 30/12/2024
- Review 1: 20/01/2025
- Review 2: 05/02/2025
- Review 3: 11/02/2025
- Preliminary editorial decision: 17/02/2025
- Correction round return: 04/03/2025
- Final editorial decision: 09/03/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Assistant-editor: 1 (FDL)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

ALVES, Wictória P. Interrupção dos processos salvadores e prova da causalidade acima da dúvida razoável: uma análise de casos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 1, e1105, jan./abr. 2025. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i1.1105>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Execução Penal

Criminal Execution

Primeras diligencias en la investigación de delitos intracarcelarios en Chile: confusión de roles, prueba ilícita y desprotección a víctimas¹

First proceedings in the investigation of prison crimes in Chile: role confusion, illicit evidence and lack of victim protection

Jörg Alfred Stippel²

Universidad Central de Chile – Santiago/Chile

jorg.stippel@ucentral.cl

 <https://orcid.org/0009-0001-1467-7907>

Paula Medina González³

Universidad Central de Chile – Santiago/Chile

pmedinag@ucentral.cl

 <https://orcid.org/0000-0001-8356-3025>

RESUMEN: El artículo analiza las primeras diligencias investigativas realizadas en casos de delitos intracarcelarios en Chile. El objetivo es evaluar si dichas diligencias coinciden con las funciones asignadas a cada institución y respetan la normativa procesal nacional e internacional. En ese contexto nos interesa saber ¿cuáles son las instrucciones que imparten los fiscales?; ¿qué tipo de diligencias se llevan a cabo? y ¿quién realiza las distintas diligencias? Nuestra hipótesis es que Gendarmería de Chile asume roles

¹ Este trabajo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1211531: “Persecución penal de delitos intracarcelarios y la protección de sus víctimas y testigos en Chile: características y factores que inciden en su eficacia y calidad” (2021- 2023), financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile (ANID).

² Doctor en Derecho, Universidad de Bremen. Docente e Investigador de la Universidad Central de Chile.

³ Magíster en Criminología, Universidad Central de Chile; Magíster en Métodos para la Investigación Social, Universidad Diego Portales. Docente e Investigadora de la Universidad Central de Chile.

investigativos que exceden sus funciones penitenciarias, lo que genera evidencia potencialmente ilícita y desprotege a las víctimas de estos delitos. La metodología se basa en un análisis mixto de 58 partes denuncia de Gendarmería (2021-2022), abarcando homicidios, lesiones, delitos sexuales, apremios ilegítimos y delitos de drogas. Se combinó un análisis cuantitativo de acciones realizadas con un análisis cualitativo de casos específicos. Los resultados destacan que Gendarmería asume funciones investigativas claves, como resguardar el sitio del suceso y tomar declaraciones, sin autorización de la fiscalía. Además, los fiscales suelen emitir instrucciones genéricas y no garantizan medidas de protección a las víctimas. Esto contradice estándares nacionales e internacionales, afectando la legalidad y eficacia de las investigaciones. Se concluye que es necesario mejorar la coordinación institucional y garantizar el respeto a los derechos fundamentales en investigaciones intracarcelarias.

PALABRAS-CLAVE: cárcel; violencia carcelaria; delitos intracarcelarios; diligencias investigativas, derechos fundamentales.

ABSTRACT: *This article analyzes the first investigative steps taken in criminal investigations carried out inside prison. This article analyzes the first investigative steps taken in criminal investigations carried out inside prison. The objective is to evaluate whether these proceedings coincide with the functions assigned to each institution and respect national and international procedural norms. In this context, we are interested in knowing what instructions are given by prosecutors; what type of proceedings are carried out; and who carries out the different proceedings. Our hypothesis is that Gendarmería de Chile assumes investigative roles that exceed its penitentiary functions, which generates potentially illicit evidence and leaves the victims of these crimes unprotected. The methodology is based on a mixed analysis of 58 reports from Gendarmería (2021-2022), covering homicides, injuries, sexual crimes, unlawful coercion and drug offenses. A quantitative analysis of actions carried out was combined with a qualitative analysis of specific cases. The results highlight that the Gendarmerie assumes key investigative functions, such as guarding the scene and taking statements, without authorization from the prosecutor's office. In addition, prosecutors often issue generic instructions and do not guarantee protection measures for victims. This contradicts national and international standards, affecting the legality and effectiveness of investigations. It is concluded that it is necessary to improve institutional coordination and guarantee respect for fundamental rights in criminal investigations carried out in prison.*

KEYWORDS: *prison; prison violence; prison crimes; investigative procedures, fundamental rights.*

CONTENIDO: Introducción; 1. Normativa nacional sobre las primeras diligencias en una investigación penal; 1.1. Procedimiento penal e investigación disciplinaria. 1.2. La Fiscalía y sus auxiliares en la investigación criminal. 1.3. Las instrucciones de la Fiscalía. 2. Resultados del estudio. 2.1. Metodología. 2.2. Resultados cuantitativos de los partes denuncia. a. Toma de conocimiento de hechos intracarcelarios presuntamente delictivos. b. Acciones o diligencias realizadas por parte de Gendarmería de Chile en forma previa al contacto con la Fiscalía. b.1. Acciones de control o detención. b.2. Derivación a salud. b.3. Información a jefaturas y procedimiento disciplinario. b.4. Toma de declaración. b.5. Recopilación de evidencias fílmicas y otras acciones. c. Contacto con Fiscalía. d. Instrucciones de la Fiscalía a Gendarmería de Chile. e. Instrucciones de la Fiscalía respecto a participación de otros organismos auxiliares. f. Instrucciones de la Fiscalía respecto a medidas de protección de víctimas. 2.3. Resultados cualitativos de los partes denuncia: análisis de casos. a. Delitos sexuales. b. Homicidios. c. Apremios ilegítimos. Conclusiones; Referencias.

INTRODUCCIÓN

Las primeras diligencias en el ámbito de una investigación penal corresponden a las actuaciones iniciales realizadas por la Fiscalía y/o las policías, con el objetivo de recolectar pruebas, asegurar el lugar de los hechos para no contaminar la escena del crimen y preservar elementos que puedan ser relevantes para esclarecer el delito y determinar la responsabilidad penal de los involucrados. Estas diligencias suelen ser cruciales para el éxito de la investigación y se deben realizar de manera inmediata, o por lo menos en el menor tiempo posible. En caso contrario la escena del crimen puede resultar alterada, posibles testigos desaparecen, algunos elementos de prueba se pierden y la víctima puede ser amenazada. Todo ello dificulta el esclarecimiento de los hechos y una posible sentencia condenatoria se hace menos probable.

Para enfrentar esa realidad, tanto la legislación chilena como diferentes normas internacionales⁴ regulan esta materia. La Fiscalía Nacional⁵ y la policía⁶ han elaborado una serie de instrumentos (instrucciones y guías) sobre la materia. La administración penitenciaria –Gendarmería de Chile⁷– también cuenta con instrucciones propias.⁸ Encontramos así una normativa detallada acerca de las responsabilidades y deberes de los diferentes intervinientes en esa primera fase de la investigación. Estos varían en parte de acuerdo con el tipo de delito que se haya cometido. También existen diferencias en cuanto a los intervinientes. Algunas diligencias requieren, por ejemplo, de autorización judicial, otras no.⁹

⁴ Como el Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2022); y el Protocolo de Minnesota. Sobre la investigación de muertes potencialmente ilícitas (2016).

⁵ Véase, entre otros: Oficio FN N° 717-2017. Actualización manual de primeras diligencias; Oficio FN N° 606-2013. Instrucción general que imparte criterios de actuación en materia de primeras diligencias a instruir en los delitos que se indican. Oficio FN N° 914-2015. Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos sexuales. <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=13> Guía de diligencias investigativas sobre violencia institucional, muertes potencialmente ilícitas y desaparición forzada de personas. http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/Diligencias_Investigativas.pdf

⁶ Véase, POLICÍA DE INVESTIGACIONES. Primeras diligencias. Instrucciones Generales Delitos de robo y diligencias comunes a todos los ilícitos. https://www.pdichile.cl/docs/default-source/default-document-library/primeras-diligencias5eacb9479a6940f592c703d7b9bb43d8.pdf?sfvrsn=a6984eed_2

⁷ Según el artículo 1° del Decreto Ley N° 2859. Ley Orgánica de Gendarmería de Chile (Diario Oficial, 15.09.1979), esta institución “es un servicio público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que, por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley.

⁸ Véase, Oficio 14.30.00.203/19 del 05.06.2019. Instruye respecto a la adopción de los procedimientos de denuncia ante hechos constitutivos de delitos y al resguardo de los antecedentes o medios de prueba, derivados al Ministerio Público; Oficio 14.30.00.171/19 del 13.05.2019. Instruye respecto a la obligación de denuncia y acciones a favor de víctimas y testigos de hechos constitutivos de delitos ocurridos en recintos a cargo de Gendarmería de Chile.

⁹ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho procesal penal chileno. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002. pp. 490 y ss.

Otras diferencias resultan del lugar de la comisión del hecho delictivo y del tipo de relación entre víctimas y victimarios. No es lo mismo investigar un delito cometido entre familiares en un entorno doméstico¹⁰, que uno relacionado al tráfico ilícito de estupefacientes entre desconocidos.¹¹ Tampoco se debería ocupar igual procedimiento de investigación en un recinto cerrado, como una cárcel o un cuartel, de aquel necesario si el mismo hecho ha ocurrido en la vía pública.

Es desde esa perspectiva que nos preguntamos, ¿cómo se realizan las primeras actividades de investigación de un hecho delictivo al interior de un recinto carcelario en Chile? Nos interesa saber ¿cuáles son las instrucciones que imparten los fiscales?; ¿qué tipo de diligencias se llevan a cabo? y ¿quién realiza las distintas diligencias? A su vez nos preguntamos si las actividades realizadas coinciden con el rol que debe cumplir cada institución. Nuestra hipótesis es que, al interior de las cárceles, Gendarmería de Chile realiza diligencias de investigación que no coinciden con su función penitenciaria y que parte de la evidencia recopilada incluso podría ser considerada ilícita.¹² Además, sostenemos que, respecto de víctimas de delitos intracarcelarios, las y los fiscales se desentienden de instruir medidas de protección, dejando a la discrecionalidad de Gendarmería de Chile la implementación de dichos resguardos.

Nuestro material de análisis consiste en “partes denuncia”. Estos son formularios elaborados por funcionarios de Gendarmería de Chile, donde se registran los hechos que a su criterio constituyen ilícitos criminales. A su vez, se apuntan las acciones realizadas por los funcionarios penitenciarios de manera inmediata a la comisión del hecho, así como las primeras instrucciones recibidas por parte de los y las fiscales del Ministerio Público.

¹⁰ Véase la Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de violencia de género y violencia intrafamiliar (Oficio FN° 1032/2021).

¹¹ Véase la Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de la Ley N° 20.000. (Oficio FN N° 061 – 2009).

¹² Acerca del concepto de prueba ilícita véase: NUNEZ, Raúl y CORREA, Claudio. La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno: algunos problemas. *Ius et Praxis*, 2017, v. 23, n. 1, pp. 195-246. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000100007> pp. 209 y ss.

Analizamos una muestra de 58 partes denuncia de los años 2021 y 2022, que dan cuenta de la comisión de 5 tipos de delitos: homicidios, lesiones, delitos sexuales, delitos de drogas y apremios ilegítimos. En base a ello realizamos un análisis cuantitativo y cualitativo de las primeras instrucciones entregadas por los fiscales y de las diligencias adoptadas por instituciones como la Policía de Investigaciones, Carabineros de Chile, Servicio Médico Legal y Gendarmería de Chile.

El estudio aporta información valiosa en el ámbito de las investigaciones penales, particularmente en contextos complejos como el carcelario. Los hallazgos pueden contribuir a optimizar la coordinación entre Gendarmería, Fiscalía y otras instituciones en las primeras etapas de investigación en cárceles, destacando la necesidad de alinear prácticas y normativas, así como de garantizar la legalidad y efectividad de las primeras diligencias.

El artículo se estructura en tres partes. En la primera desarrollamos un contexto de análisis, dando cuenta de algunos aspectos claves sobre la normativa nacional vigente sobre el tema. Posteriormente exponemos la metodología y realizamos un análisis integrado de los principales resultados cuantitativos y cualitativos. En la tercera parte damos a conocer nuestras conclusiones.

1. NORMATIVA NACIONAL SOBRE LAS PRIMERAS DILIGENCIAS EN UNA INVESTIGACIÓN PENAL

1.1. PROCEDIMIENTO PENAL E INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA

La comisión de un delito al interior de una cárcel implica la necesidad de iniciar una causa penal para determinar la sanción que corresponda.¹³ Así la persona privada de libertad presuntamente responsable se convierte nuevamente en imputado.¹⁴ El mismo hecho faculta al funcionario penitenciario a iniciar un procedimiento disciplinario. Los hechos punibles en el lenguaje penal equivalen en el

¹³ Art. 1 párr. 2 Código Penal, Chile.

¹⁴ Art. 7, Código Procesal Penal, Chile.

“régimen disciplinario” a actos que pueden constituir “alteraciones en el orden y la convivencia del establecimiento”.¹⁵

Ante la comisión de faltas disciplinarias, no es el juez sino el jefe del establecimiento la autoridad que puede imponer sanciones.¹⁶ El respectivo procedimiento disciplinario requiere que se elabore previamente un parte. Este es acompañado de “la declaración del supuesto infractor, de testigos y afectados si los hubiere”.¹⁷ En el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios se consagra expresamente que las personas “sancionadas administrativamente” pueden ser perseguidas penalmente por los mismos hechos.¹⁸ Entonces puede existir una doble sanción por un delito cometido al interior de una cárcel: administrativa -por la vía disciplinaria- y penal.¹⁹

Sin embargo, ambas sanciones persiguen otras finalidades. La sanción penal pretende servir para garantizar la resocialización del penado.²⁰ En cambio, la sanción disciplinaria debe ser útil para “proteger

¹⁵ Reglamento Establecimientos Penitenciarios, Decreto N° 518, art. 76.

¹⁶ Reglamento Establecimientos Penitenciarios, Decreto N° 518, art. 81.

¹⁷ Reglamento Establecimientos Penitenciarios, Decreto N° 518, art. 82.

¹⁸ Reglamento Establecimientos Penitenciarios, Decreto N° 518, arts. 90 y 91.

¹⁹ Véase, Art. 20 Código Penal, Chile. Acerca de la discusión si esto viola el principio *ne bis in idem*, Nash opina: “...de acuerdo a los principios de proporcionalidad, culpabilidad e igualdad, podría ser cuestionable la imposición de ambos tipos de sanciones por un mismo hecho, puesto que implicaría incrementar la pena que reciben los reclusos y reclusas por sobre el umbral que se aplica al resto de las personas. En este sentido [...] el bien jurídico protegido por el derecho penal debiese absorber al fundamento de punición del sistema disciplinario, y aplicarse solamente la sanción penal”. NASH, Claudio. Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile: análisis y propuestas desde una perspectiva de derechos humanos. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2013. p. 39. <https://bibliotecadigital.indh.cl/server/api/core/bitstreams/92035d37-af62-49f1-bc77-f1e57936913c/content> Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas (2011), señala en el punto 379: “Asimismo, y en atención al principio de non bis in idem, ninguna persona privada de libertad podrá ser sancionada disciplinariamente dos veces por los mismos actos. Esto no obsta para que en aquellos casos en los que la acción desplegada por el interno constituya delito, le sean aplicadas también las sanciones penales correspondientes” (p. 149).

²⁰ Acerca de la discusión sobre los fines de la pena, véase: CUNEO, Silvio. Prieson perpetua y dignidad humana. Una reflexión tras la muerte de Manuel

adecuadamente los derechos de la población penal, resguardar el orden interno de los establecimientos y hacer cumplir las disposiciones del régimen penitenciario...”.²¹

Cabe resaltar que, en comparación con el procedimiento penal, el procedimiento administrativo sancionador cuenta con una escasa regulación. Contrario al derecho procesal penal, las normas administrativas no consagran el derecho de contar con un defensor desde el primer momento de la investigación.²² En el procedimiento disciplinario sancionador tampoco se consagra el derecho a ser informado de manera clara acerca de los hechos que se imputan al posible infractor²³, menos se le faculta pedir diligencias de investigación destinadas a desvirtuar la imputación.²⁴ Es por estas razones que el procedimiento administrativo sancionador ha sido criticado como violatorio del debido proceso.²⁵

Contreras. *Revista Política Criminal*, vol. 11, n. 21, pp. 1-20. 2016. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000100001>

²¹ Reglamento Establecimientos Penitenciarios, Decreto N° 518, art. 76. En la práctica, se pone en duda que se consigan cualquiera de estas finalidades. Es por esto que a nivel internacional se recomienda recurrir a sanciones penales no privativas de libertad y a la mediación penitenciaria para las faltas disciplinarias. Véase: VALINO, Almudena. Reflexiones acerca de la viabilidad de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos en los centros penitenciarios españoles. *Ius et Praxis*, v. 26, n. 2, pp. 219-231, 2020. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000200219>

²² Art. 8, Código Procesal Penal, Chile.

²³ Solo en el caso de infracciones graves, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios señala en su art. 82, incs. 2 y 3: “En caso de infracción grave y antes de aplicarse la sanción, el Jefe del Establecimiento deberá escuchar personalmente al infractor. Para aplicar la sanción, se deberá notificar personalmente al interno de la medida impuesta y de sus fundamentos”.

²⁴ Art. 93, letra a. y c., Código Procesal Penal, Chile.

²⁵ Véase: CARNEVALI, Raúl y MALDONADO, Francisco. El tratamiento penitenciario en Chile: especial atención a problemas de constitucionalidad. *Ius et Praxis*, v. 19, n. 2. 2013, pp.384-418. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200012>, p. 410. En el mismo sentido, pero para el caso de los procedimientos disciplinarios para funcionarios públicos, véase: DÍAZ, Luis y URZÚA, Patricia. Procedimientos administrativos disciplinarios en Chile. Una regulación vulneradora del derecho fundamental al debido proceso. *Ius et Praxis*, v. 24, n. 2, 2018, pp. 183-222. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200183>

También el estándar de prueba es diferente.²⁶ Letelier señala que el nivel de persuasión exigido en el procedimiento administrativo es mucho menos intenso que el exigido para el ámbito penal. Él explica la diferencia a partir de la posible afectación de un bien fundamental como la libertad. Esa finalidad justificaría “evitar a toda costa castigar a un inocente”.²⁷ En cambio, en el ámbito administrativo, según el mismo autor, no habría “razones evidentes para justificar una especial necesidad de evitación general de falsos positivos, pues la sanción aplicable nunca podrá ser la privación de libertad”.²⁸ En ese contexto entiende que el principal objetivo de la sanción administrativa es “hacer coercible, aplicable, ejecutable un estándar de comportamiento administrativo aportando razones para la acción futura de aquellos a quienes afecta los deberes de ese estándar”.²⁹ Lo que Letelier no menciona es que la sanción administrativa impuesta en el marco de la ejecución de una pena sí puede afectar la libertad personal en diferentes formas. Por ejemplo, cuando se revocan permisos de salida, se aísla al afectado hasta cuatro fines de semana o por períodos

²⁶ “El estándar de prueba típico en los asuntos civiles es el de la “prueba preponderante” (*preponderance of the evidence*) o también llamado “balance de las probabilidades”. En asuntos penales, por su parte, la fiscalía debe satisfacer el estándar “más allá de toda duda razonable” para tener éxito. En otros casos no penales, el estándar de prueba se considera que es el de una prueba “clara y convincente”. ANDERSON, Terence; SCHUM, David & TWINING, William *Analysis of Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press. 2005, pp. 385-386, citados en LETELIER, Raúl. Garantías penales y sanciones administrativas. *Revista Política Criminal*, v. 12, n. 24, 2017, pp. 622-689. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200622>, p. 640.

²⁷ “Si bien la existencia de ese culpable libre es una manifestación de la inoperatividad o inaplicación fáctica de la regla de conducta penal, se entiende que es posible sacrificar esto antes de arriesgarse al aumento de falsos positivos”. LETELIER, Raúl. Garantías penales y sanciones administrativas. *Revista Política Criminal*, v. 12, n. 24, 2017, pp. 622-689. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200622>, p. 644.

²⁸ LETELIER, Raúl. Garantías penales y sanciones administrativas. *Revista Política Criminal*, v. 12, n. 24, 2017, pp. 622-689. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200622>, p. 644.

²⁹ LETELIER, Raúl. Garantías penales y sanciones administrativas. *Revista Política Criminal*, v. 12, n. 24, 2017, pp. 622-689. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200622>, p. 637.

de 10 días en una celda solitaria.³⁰ En el caso del confinamiento en una celda solitaria se podría argumentar que no se afecta la libertad en sí. Sin embargo, es difícil sostener que la persona que no puede transitar por el patio interior de una cárcel no vea afectada su libertad, a menos respecto de aquella persona que sí lo puede hacer. Existen niveles y formas distintas de perder la libertad. Más allá de eso, lo que aquí interesa es resaltar que un elemento probatorio que puede ser perfectamente admisible en un procedimiento administrativo, no tiene por qué serlo en un procedimiento penal, ya que los estándares probatorios son otros. El caso chileno presenta la dificultad adicional que aún se carece de una Ley de Ejecución de Penas. Las sanciones disciplinarias y el procedimiento que sustenta su imposición reposan en normas reglamentarias.³¹ Este hecho ha sido criticado frecuentemente tanto a nivel nacional³² como internacional.³³ Sin embargo, se sigue justificando la limitación de derechos

³⁰ Sanciones previstas en el art. 81, letra h, j y k, Reglamento Establecimientos Penitenciarios, Decreto N° 518. Mears et al. analizan el impacto de algunos de estos factores en la probabilidad de reincidencia. MEARS, Daniel; COCHRAN, Joshua & CULLEN, Francis. Incarceration heterogeneity and its implications for assessing the effectiveness of imprisonment on recidivism. *Criminal Justice Policy Review*, 2014, pp. 1–22. <https://10.1177/0887403414528950>

³¹ En palabras de Carnevali y Maldonado: “... debemos concluir que la totalidad del régimen penitenciario se encuentra regulado en un nivel normativo inferior, consagrado a partir del ejercicio de la potestad reglamentaria del poder ejecutivo”. CARNEVALI, Raúl y MALDONADO, Francisco. El tratamiento penitenciario en Chile: especial atención a problemas de constitucionalidad. *Ius et Praxis*, v. 19, n. 2. 2013, pp.384-418. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200012>, p. 399.

³² Carnevali y Maldonado (2013) opinan que: “Que se encuentre regulado en una instancia normativa inferior a la ley pone en evidencia que ha habido una escasa preocupación, sobre todo de las autoridades políticas por abordar un área tan sensible como son los derechos que le corresponden a quienes se encuentran privados de libertad... que estamos en un área oscura y que difícilmente permite afirmar que se satisfacen las mínimas exigencias garantísticas. Lo anterior no nos dignifica como sociedad, pues no debe olvidarse que en la etapa de ejecución de la pena es donde se puede apreciar toda la fuerza y capacidad coactiva del Estado”. pp. 406 y ss. STIPPEL describe en detalle los distintos esfuerzos de elaboración de una Ley de Ejecución para Chile y analiza las razones de su fracaso. STIPPEL, Jörg. *Cárcel, derecho y política*. Santiago: LOM, 2013.

³³ Como señala el Informe del Subcomité de Prevención de la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes (2017), CAT/OP/CHL/1, punto

constitucionales y de derechos humanos en base a normas aprobadas por el poder ejecutivo.³⁴

Es aquí dónde surge la pregunta acerca de ¿si un elemento probatorio recabado en el marco de un procedimiento administrativo sancionador puede ser ocupado en un procedimiento penal? En principio, se puede producir un traslape entre los procedimientos disciplinarios y las investigaciones criminales. Los hallazgos de las investigaciones disciplinarias podrían ser utilizadas en las investigaciones criminales. Más adelante vamos a analizar, en el caso de los delitos intracarcelarios, cómo ocurre esto en la práctica. Y discutiremos si ese posible traslape tiene un impacto en la legalidad de los medios probatorios usados en ese contexto.³⁵

Por otra parte, la legalidad probatoria también está vinculada al rol y las facultades asignadas a las distintas instituciones en una investigación criminal. Si Gendarmería de Chile tuviera las mismas facultades en una investigación criminal como las que tiene en un procedimiento

39. Disponible en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsgPEpOPkPvYO%2F7DAnrKRrA-SeCSZxJynm8Gh12SesHiDLXFrhVtTB66PZWKOGKjnv%2FYyyA5iTQ-DO%2Bg6KHeTq7EDZcXH2ee4dfwkXhewCfeGhz>

³⁴ En casos contra Argentina (INFORME N° 38/96, CASO 10.506, ARGENTINA, 1996) la CIDH remarcó que de acuerdo a la Corte Interamericana "... cualquier acción que afecte los derechos básicos debe ser prescrita por una ley aprobada por el Poder Legislativo y debe ser congruente con el orden jurídico interno...". En ese caso encontró que un reglamento que permitía realizar inspecciones o requisas vaginales a mujeres que visitaban la cárcel, no cumplía con esa exigencia.

³⁵ En principio, concordamos con Cordero, cuando señala que: "Aunque el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador provienen del mismo origen –el ius puniendi estatal–, sus funciones y finalidades son diversas. Ello implica que los principios del primero se aplican de forma matizada (no rigurosa) al segundo. Ello impide que la prueba producida durante el procedimiento administrativo pueda aplicarse directamente y sin más a un proceso penal, ya que ella no cumple –a priori, al menos– con las condiciones y requisitos mínimos contemplados por la normativa penal para su obtención". CORDERO, Luis. Informe en derecho sobre la posibilidad de incorporar antecedentes obtenidos en el marco de una fiscalización administrativa, realizada con autorización judicial previa, como prueba en un proceso penal. Santiago: Defensoría Penal Pública. 2019. p. 35. <https://biblio.dpp.cl/datafiles/14840.pdf>

administrativo sancionador, una posible duplicidad de las investigaciones no luce problemática. Vamos a analizar el tema a continuación.

1.2. LA FISCALÍA Y SUS AUXILIARES EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL

La legislación chilena contempla normas detalladas respecto a las responsabilidades y funciones a cumplir por las distintas instituciones cuando se investiga un hecho delictivo. Esas normas tienen especial relevancia. En las palabras de Horvitz y López, "... durante la investigación preparatoria se produce de modo inevitable una tensión entre la necesidad de eficacia de la persecución penal del Estado y el respeto de las garantías individuales comprometidas con dicha persecución...".³⁶ El grado de respeto de las respectivas normas nos habla de la robustez del respectivo Estado de Derecho, ya que la efectividad de una investigación no justifica el empleo de cualquier medio.

En Chile, el Ministerio Público dirige de forma exclusiva la investigación de los delitos. A su vez, debe adoptar medidas para proteger a las víctimas y a los testigos.³⁷ Como vimos antes, en investigaciones disciplinarias, Gendarmería de Chile cumple ese rol.³⁸ Ahora bien, el Ministerio Público no investiga sólo, sino con el auxilio de "las Fuerzas de Orden y Seguridad".³⁹ El Ministerio Público les puede impartir órdenes directas durante la investigación. La propia Carta Magna define a quienes se refiere cuando habla de "Fuerzas de Orden y Seguridad". Están integradas "sólo por Carabineros e Investigaciones". Pues estas dos instituciones "existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior".⁴⁰

³⁶ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho procesal penal chileno. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 447.

³⁷ Art. 83 párr. 1, Constitución Política de la República, Chile.

³⁸ Art. 82, Reglamento Establecimientos Penitenciarios, Decreto N° 518 y art. 3, letra a, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, Decreto Ley N° 2859.

³⁹ Art. 86, párr. 3, Constitución Política de la República, Chile.

⁴⁰ Art. 101, párr. 2, Constitución Política de la República, Chile.

A nivel constitucional no se habla de “la policía” o de “las policías”. Recién a nivel de la legislación ordinaria, la normativa procesal penal enuncia a “la policía” como sujeto procesal.⁴¹ En primer lugar se refiere a la Policía de Investigaciones de Chile como auxiliar del Ministerio Público en las tareas de investigación.⁴² Sus funcionarios deben llevar a cabo las diligencias necesarias de la investigación en conformidad con las instrucciones que le dirigieren los fiscales.⁴³ En segundo lugar, la normativa procesal se refiere a Carabineros de Chile. Cuando se trata de investigar un delito, se le asigna el mismo carácter y las mismas funciones como las que ostenta la Policía de Investigaciones.⁴⁴ Hasta aquí encontramos plena coincidencia con el postulado constitucional. Las Fuerzas de Orden y Seguridad en el lenguaje constitucional, son las dos “policías” en la nomenclatura procesal.

Sin embargo, la legislación nacional da un paso más. Dispone que el Ministerio Público también puede impartir instrucciones a Gendarmería de Chile. Antes tenía que tratarse de hechos cometidos en el interior de las cárceles. Con la última modificación legal el lugar de la comisión del hecho delictivo es irrelevante. La limitante ahora es que la diligencia investigativa se tenga que realizar al interior de un establecimiento penitenciario.⁴⁵

Otra restricción es que al Ministerio Público le tiene que parecer “necesario el carácter auxiliar de Gendarmería de Chile”.⁴⁶ Esta redacción

⁴¹ Título IV, párr. 3, Código Procesal Penal, Chile.

⁴² Oliver sostiene que, “Desde un punto de vista estrictamente normativo, a partir de lo dispuesto en los dos primeros incisos del artículo 79 CPP, bien podría afirmarse que la investigación de los delitos corresponde, principalmente, a la Policía de Investigaciones de Chile, y sólo en subsidio a Carabineros de Chile”. A su vez advierte que, “el hecho de que ambas policías compartan la función de investigación penal puede causar (y ha originado) inconvenientes conflictos institucionales y problemas de eficiencia en el esclarecimiento de los delitos”. OLIVER, Guillermo. *Facultades autónomas de la policía en el sistema procesal penal chileno*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 51, 2018, pp. 35 – 67. pp. 36 y ss.

⁴³ Art. 79, párr. 1, Código Procesal Penal, Chile.

⁴⁴ Art. 79, párr. 2, Código Procesal Penal, Chile.

⁴⁵ Artículo 1° de la Ley N° 21.555. Refuerza las competencias de Gendarmería de Chile y crea un delito general de extorsión. (Diario Oficial, 10.04.2023).

⁴⁶ Art. 79, párr. 3, Código Procesal Penal, Chile.

permite asumir que la necesidad requiere de una fundamentación en cada caso concreto. Gendarmería de Chile no tiene automáticamente el carácter de auxiliar, sino que solo si el Ministerio Público lo encontrase necesario.

Vemos que, en el sentido de las normas procesales penales, podemos entender que Gendarmería de Chile puede actuar como auxiliar del Ministerio Público. Pero esa competencia tan solo se aplica al interior de las cárceles. En ningún caso se podría entender que Gendarmería puede realizar diligencias de investigación fuera de la cárcel. Falta resaltar que la asignación de determinadas funciones no convierte al operador penitenciario en una tercera policía. La normativa procesal penal no dice que Gendarmería de Chile es otra policía cuando se trata de investigar delitos al interior de la cárcel. Eso tampoco ha cambiado con la última modificación a la respectiva norma.⁴⁷

Ahora bien, la normativa ordinaria tiene que ser interpretada a la luz de la Constitución. Aquella no deja espacio para entender a Gendarmería como otra institución de las Fuerzas de Orden y Seguridad. Como vimos, estas son sólo las dos instituciones taxativamente enunciadas. Cada orden directa que el Ministerio Público da puede tener sólo a estos dos destinatarios. En estricto rigor, si, en el marco de una investigación criminal, se da una orden directa a otro destinatario, esta contraviene las disposiciones del ordenamiento constitucional.

Eso no implica que el legislador no pueda estipular por norma ordinaria que otra institución le deba prestar auxilio al Ministerio Público. De hecho, la normativa procesal consagra el deber de “todas las autoridades y órganos del Estado” de “realizar las diligencias y proporcionar, sin demora, la información” que les requiera tanto el Ministerio Público como los tribunales con competencia penal.⁴⁸ Podemos añadir que además existe el Servicio Médico Legal que asesora técnica y científicamente a los órganos de investigación. Lo hace especialmente en lo relativo a la medicina legal y las ciencias forenses.⁴⁹ Similar al caso de Gendarmería, se trata de

⁴⁷ Ley N° 21.555. Refuerza las competencias de Gendarmería de Chile y crea un delito general de extorsión. (Diario Oficial, 10.04.2023).

⁴⁸ Art. 19, párr. 1, Código Procesal Penal, Chile.

⁴⁹ Art. 2, párr. 1, Ley N° 20.065. Modernización, regulación orgánica y planta del personal del Servicio Médico Legal.

una institución dependiente del Ministerio de Justicia.⁵⁰ Otra similitud es que cumple con funciones propias que contribuyen a la seguridad y persecución penal. Por último, el Servicio Médico Legal tampoco es otra Fuerza de Orden y Seguridad en el sentido constitucional. Aquí pareciera evidente que el Ministerio Público no le pueda dar órdenes directas.

El caso de Gendarmería de Chile no es muy diferente. Trabajar en las cárceles es una labor compleja y requiere múltiples atributos y habilidades. La normativa nacional e internacional entrega lineamientos claros en cuanto a la orientación que debería tener el servicio penitenciario. En consonancia con ello, Gendarmería de Chile tiene como objetivo “atender, vigilar y contribuir a la reinserción social” de las personas privadas de libertad.⁵¹ Eso es coherente ya que a nivel internacional se entiende que “la función penitenciaria constituye un servicio social de gran importancia”.⁵² Por eso incluso se estipula la prohibición de que “miembros de la Policía o de las Fuerzas Armadas ejerzan funciones de custodia directa en los establecimientos de las personas privadas de libertad”.⁵³ Es decir, la labor que debe cumplir Gendarmería de Chile no es la de un servicio policial y no se deberían ocupar a sus funcionarios para cumplir con estas finalidades.⁵⁴ En el mismo sentido la normativa

⁵⁰ Art. 1, Ley N° 20.065 y art. 1, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, Decreto Ley N° 2859.

⁵¹ Art. 1, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, Decreto Ley N° 2859.

⁵² Regla 74.2, Reglas Mandela.

⁵³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad. 13 de marzo de 2008, Principio XX, párr. 3. <https://www.oas.org/es/CIDH/js-Form/?File=/es/cidh/mandato/basicos/principiosspl.asp>

⁵⁴ La crítica de Ignacio Castillo apunta al mismo problema cuando dice: “Como se sabe, el artículo 79 del Código Procesal penal prescribe que las policías (Carabineros de Chile y la PDI) son organismos auxiliares del Ministerio Público y, por lo mismo, deben ejecutar las tareas de investigación conforme lo instruyan los fiscales. Además, y lo que resulta particularmente grave, la misma norma dispone que Gendarmería de Chile –un organismo penitenciario que carece absolutamente de la competencia para realizar investigaciones profesionales, respetuosas de los derechos fundamentales– puede también adquirir esa calidad en las investigaciones de hechos constitutivos de delitos al interior de las unidades penitenciarias. Como es fácil de advertir, si el problema de la visión de túnel resulta difícil de enfrentar en las unidades policiales (que se supone son profesionales al investigar), en el caso

procesal⁵⁵ señala en relación a cualquier delito sobre violencia en contra de las mujeres, que la víctima “tendrá derecho a que su declaración sea recibida en el tiempo más próximo desde la denuncia, por personal capacitado de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile o del Ministerio Público y cuente con el soporte necesario para evitar que vuelva a realizarse durante la etapa de investigación, a menos que ello sea indispensable para el esclarecimiento de los hechos o que la propia víctima lo requiera”.⁵⁶ Como vemos, tampoco se menciona a Gendarmería de Chile en estos casos.

Santorso y Rizzuti, en un trabajo reciente sobre el sistema carcelario en el Reino Unido, advierten el riesgo de intentar imponer a la prisión un nuevo modelo organizativo de tipo policial dirigido por los servicios de inteligencia, ya que eso puede distorsionar lo que en teoría debería ser el objetivo social de la prisión, rehabilitar y reinserter a los delincuentes.⁵⁷

Al igual que el resto de las autoridades e instituciones del Estado, los funcionarios y la propia institución penitenciaria solo debería cooperar con la persecución cuando así se lo piden. Auxiliar en una investigación es diferente a “ser auxiliar” del Ministerio Público. Desde nuestra perspectiva, la norma procesal que asigna “el carácter auxiliar”⁵⁸ a Gendarmería tiene que ser interpretada de manera que se respete el mandato constitucional. Eso implica que no se puede entender a Gendarmería de Chile como una

de Gendarmería –donde además se debe agregar la cultura carcelaria, en sí misma prejuiciosa– lo anterior resulta casi imposible”. CASTILLO, Ignacio. Enjuiciando al proceso penal chileno desde el inocentrismo (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes). *Revista Política Criminal*, v. 8, n. 15, 2013, pp. 249-313. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992013000100007>, Pie de página 34.

⁵⁵ Véase, artículo 109, inc. 3°, del Código Procesal Penal, Chile.

⁵⁶ Este inciso fue incorporado por la Ley N° 21.523, que “Modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales, y evitar su revictimización” (Diario Oficial, 31.12.2022).

⁵⁷ SANTORSO, Simone & RIZZUTI, Alice. A critical analysis of the police-prison collaboration in contrasting organised crime groups. *CRIMRXIV*. Pre-prints + Working papers. 2024. <https://10.21428/cb6ab371.16567c86>

⁵⁸ Art. 80, párr. 3, Código Procesal Penal, Chile.

tercera policía especializada en investigaciones intracarcelarias. Se trata más bien de otra institución del Estado, que al igual que el Servicio Médico Legal, tiene que auxiliar al Ministerio Público. Su rol se circunscribe a prestar ayuda en la investigación de hechos criminales cometidos al interior de un recinto carcelario.

La distinción es importante al momento de interpretar las facultades que tiene Gendarmería de Chile durante la investigación de un delito. Si suponemos que es otra policía, podría hacer uso de todas las facultades que la normativa procesal asigna de manera genérica a “las policías”.

A su vez tendría que cumplir con las obligaciones de la policía. Por ejemplo, sólo podría interrogar al imputado en presencia de su defensor.⁵⁹ En cambio, en un procedimiento administrativo sancionador no tendría la obligación de convocar a un abogado defensor. Lo que sería prueba ilegal en un procedimiento penal y debería ser excluido, a más tardar en la audiencia de preparación de juicio oral⁶⁰, podría ser un medio probatorio admisible en un procedimiento administrativo sancionador.

La normativa procesal regula también las actuaciones que se pueden ejecutar sin instrucciones particulares previas de las y los fiscales. Nos referimos, por ejemplo, a la facultad y el deber de prestar auxilio a la víctima, resguardar el sitio de suceso recogiendo y conservando cualquier instrumento u objeto que pudiera ser utilizado como medio de prueba, la identificación de los testigos y el registro de sus declaraciones voluntarias.⁶¹ Lo interesante de la respectiva norma es, que entrega este poder no de manera general a “la policía” o a “las policías”. La facultad de actuar sin orden previa corresponde sólo “a los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile”.⁶² Contrario a otros artículos⁶³, la ley enuncia expresamente y sólo a estas dos instituciones.

El legislador optó por una redacción diferente que no deja margen para poder entender que Gendarmería de Chile pueda ejercer estas

⁵⁹ Arts. 91 y 92, Código Procesal Penal, Chile.

⁶⁰ Art. 276, párr. 3, Código Procesal Penal, Chile.

⁶¹ Art. 83, letras a, c y d, Código Procesal Penal, Chile.

⁶² Art. 83, párr. 1, Código Procesal Penal, Chile.

⁶³ Como los arts. 82, 84, 91 y 92, Código Procesal Penal, Chile.

facultades. Incluso si quisiéramos entender al funcionario penitenciario como una tercera policía, la respectiva norma no permite que sus funcionarios puedan, por ejemplo, resguardar un sitio de suceso o tomar declaraciones a testigos, sin orden previa de un fiscal. Si los funcionarios realizan estas diligencias, tenemos que suponer que lo hacen en el marco de un procedimiento disciplinario sancionador o que actúan de manera preventiva para resguardar la seguridad de la cárcel.⁶⁴ La otra alternativa solo sería que actúen en base a una instrucción de la Fiscalía.

1.3. LAS INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA

La normativa procesal faculta a los fiscales a que den instrucciones a funcionarios penitenciarios cuando se trata de investigar un hecho delictivo cometido al interior de una cárcel.⁶⁵ En su caso, los funcionarios de Gendarmería de Chile los deben cumplir de inmediato sin poder calificar o cuestionar su procedencia, conveniencia u oportunidad.⁶⁶ Las instrucciones pueden ser orales o entregadas por medio electrónico. La respectiva norma exige que se deben realizar “en la forma y por los medios más expeditos posibles”.⁶⁷ Como vamos a ver más adelante, en la práctica se recurre generalmente a llamadas telefónicas.

En el mismo sentido, Fiscalía Nacional ha elaborado recientemente una “Guía de Diligencias Investigativas” en casos de violencia institucional, muertes potencialmente ilícitas y desaparición forzada de personas. Allí sugiere explícitamente a los fiscales sobre la necesidad de instruir de forma expresa, “En relación a aquellas diligencias que implican el levantamiento de información interna del recinto penitenciario, o de la institución de Gendarmería de Chile, se sugiere instruir la realización de éstas a través del Departamento de Investigación Criminal (DICRIM) o a las Oficinas Regionales de Investigación Criminal (ORICRIM), atendido el conocimiento que

⁶⁴ Art. 3, letra a, Decreto Ley N° 2859. Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.

⁶⁵ Art. 80, párr. 3, Código Procesal Penal, Chile.

⁶⁶ Art. 80, párr. 3, Código Procesal Penal, Chile.

⁶⁷ Art. 81, Código Procesal Penal, Chile.

tienen respecto a la dinámica penitenciaria, infraestructura de centros e identificación de posibles funcionarios/as involucrados”.⁶⁸

Entonces se podría señalar que los fiscales pueden darle instrucciones a Gendarmería para que ejerzan las facultades que la normativa procesal entrega exclusivamente a Carabineros de Chile y a la Policía de Investigaciones. Podrían instruirles, por ejemplo, resguardar el sitio de suceso. Pero eso requiere necesariamente que los funcionarios penitenciarios hayan logrado comunicarse con la Fiscalía. La posibilidad de cumplir con instrucciones requiere, por lo tanto, de una comunicación previa de los hechos ocurridos. Si esa no se da, funcionarios de Gendarmería sólo pueden actuar en el marco de una investigación administrativa sancionatoria y las posibles evidencias probatorias que hayan levantado en el contexto de sus atribuciones administrativas sancionatorias, no debieran ser utilizadas como evidencia en el ámbito penal.

Se podría argumentar que la existencia de instrucciones generales podría hacer innecesarias las instrucciones caso por caso. La normativa procesal penal permite expresamente recurrir al uso de instrucciones generales.⁶⁹ Aquí nos encontramos con otro problema. Las instrucciones generales solo pueden referirse a aquellas funciones exclusivamente asignadas a la Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile. La remisión legal es expresa a la norma antes analizada. Eso implica que la Fiscalía puede dictar instrucciones generales para normar el control de identidad y las actuaciones sin orden previa que Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones pueden realizar en el marco de una investigación criminal. Lo que no puede hacer es regular de la misma manera las actuaciones de funcionarios de Gendarmería de Chile.

Consideramos entonces que el Ministerio Público no tiene la facultad de normar por medio de instrucciones generales la forma como Gendarmería debe actuar sin orden previa de un fiscal cuando se trata, por ejemplo, de resguardar un sitio de suceso o de guardar elementos probatorios. Los funcionarios de Gendarmería recién pueden intervenir

⁶⁸ Ministerio Público de Chile. Fiscalía Nacional. Unidad Especializada en Derechos Humanos. Guía de Diligencias Investigativas. Violencia Institucional, Muertes Potencialmente Ilícitas y Desaparición Forzada de Personas. 2024. http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/Diligencias_Investigativas.pdf, p. 53.

⁶⁹ Art. 87, Código Procesal Penal, Chile.

cuando cuentan con una instrucción particular para el caso concreto. Esa interpretación es coherente con la normativa internacional. El derecho internacional exige en general que las investigaciones sean desarrolladas de manera independiente e imparcial.⁷⁰ Deben ser independientes de los presuntos culpables y de las unidades, instituciones u organismos a las que pertenezcan.⁷¹ Eso implica que una delegación genérica de facultades investigativas en materia criminal a la administración penitenciaria contraviene la normativa internacional.

Veamos entonces como es la práctica concreta cuando se investiga un hecho delictivo cometido al interior de un recinto carcelario.

2. RESULTADOS DEL ESTUDIO

2.1. METODOLOGÍA

Se trata de un estudio mixto, que utilizó como técnica de recopilación de información un muestreo de partes denuncia de Gendarmería de Chile, y como estrategia de análisis, dos técnicas complementarias: análisis cuantitativo y análisis documental cualitativo.

Con relación a los partes denuncia, seleccionamos una muestra de 58 partes elaborados por funcionarios penitenciarios, en los cuales se registran los hechos que a su criterio constituyen ilícitos criminales y las primeras diligencias investigativas. El objetivo de estos partes es su derivación al Ministerio Público para dar cumplimiento con la obligación de denuncia de estos hechos. Así, la denuncia, “se materializa a través del documento denominado “parte denuncia”, confeccionado por las Jefaturas de Unidades. Aquí se describe de manera pormenorizada y detallada un hecho denunciado, adjuntándose, las actas, medios de prueba y detalles de las instrucciones que disponga el fiscal.⁷² Los

⁷⁰ Véase, Protocolo de Minnesota, punto 22.

⁷¹ Véase, Protocolo de Minnesota, punto 28, y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, CEJIL. debida diligencia en la investigación de graves violaciones a derechos humanos CEJIL/Buenos Aires. Buenos Aires: CEJIL, 2010, p. 29.

⁷² Conforme a lo dispuesto en el artículo 87° del Código Procesal Penal, Chile.

funcionarios son responsables administrativamente del incumplimiento de las directrices entregadas.⁷³ En virtud de la existencia de estas instrucciones precisas sobre el contenido de los partes, consideramos que los partes denuncia constituyen un instrumento idóneo para conocer las prácticas asociadas a las primeras diligencias frente a un delito intracarcelario.

Seleccionamos partes denuncia de los años 2021 y 2022⁷⁴, que están en poder del Departamento de Investigación Criminal de Gendarmería de Chile.⁷⁵ Se obtuvo acceso a estos partes a partir de un acuerdo de colaboración previamente establecido entre la universidad y la institución penitenciaria⁷⁶, resguardando el anonimato y confidencialidad de la información, en especial los nombres de las y los involucrados, que fueron todos omitidos. Durante el año 2021 se generaron un total de 18.158 partes denuncia y durante el año 2022 un total de 20.079. Como vemos en la tabla N° 1 que se muestra a continuación, los delitos de lesiones y delitos por Ley de drogas representan en conjunto el 81,1% del total de los partes denuncia del año 2021 y el 80% del 2022.

⁷³ Oficio N° 14.30.00.203 del 05 de junio de 2019, de Gendarmería de Chile, que instruye respecto a la adopción de los procedimientos de denuncia ante hechos constitutivos de delitos y al resguardo de los antecedentes o medios de prueba derivados al Ministerio Público.

⁷⁴ Se utilizaron partes denuncias de los años 2021 y 2022, ya que este análisis se realizó en el marco del Proyecto Fondecyt Regular N° 1211531, que abarcó el período de abril de 2021 a abril de 2023.

⁷⁵ Sus tareas específicas son: a) Realizar las investigaciones respecto de hechos que puedan ser constitutivos de delito cometidos o que tengan su principio de ejecución en las Unidades Penales y/o Especiales del Servicio, conforme a lo regulado en el Código Procesal Penal. b) Realizar las investigaciones que disponga el/la Director/a Nacional o el Subdirector Operativo del servicio. c) Denunciar oportunamente al Ministerio Público, todos los delitos de que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones, conforme a lo sancionado en el Código Procesal Penal. d) Ejecutar las demás tareas que le sean encomendadas en el ámbito de su competencia.

⁷⁶ Respaldo a través de carta del Director de Gendarmería de Chile, Sr. Christian Alveal Gutiérrez, a la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo, ANID, el 22 de abril de 2021.

TABLA N° 1. Cantidad de partes denuncia de Gendarmería de Chile, años 2021 y 2022

TIPO DE HECHO	AÑO 2021	%	AÑO 2022	%
Homicidios	36	0,19%	22	0,10%
Delitos sexuales	33 ⁽¹⁾	0,18%	36 ⁽²⁾	0,17%
Apremios ilegítimos	80 ⁽³⁾	0,44%	62 ⁽⁴⁾	0,30%
Lesiones	3.225 ⁽⁵⁾	17,7%	3.839 ⁽⁶⁾	19,1%
Drogas	11.521	63,4%	12.235	60,9%
Otros delitos	3.263	17,9%	3.885	19,3%
TOTAL	18.158	100%	20.079	100%

Fuente: Elaboración propia a partir de Informes sobre partes denuncias de Gendarmería de Chile.

- (1) Corresponden a abusos sexuales (21) y violación (12).
- (2) Corresponden a abusos sexuales (23), violación (8), acoso sexual (3), intento de violación (1) y estupro (1).
- (3) Corresponden a apremios ilegítimos con responsable conocido (48) y sin responsable conocido (32).
- (4) Corresponden a apremios ilegítimos con responsable conocido (42) y sin responsable conocido (20).
- (5) Corresponden a lesiones con responsable conocido (3039) y sin responsable conocido (186).
- (6) Corresponden a lesiones con responsable conocido (3221) y sin responsable conocido (618).

De este universo, nos focalizamos en las denuncias de homicidios, delitos sexuales (entre personas privadas de libertad), lesiones (entre personas privadas de libertad), delitos de apremios ilegítimos por parte de funcionarios y delitos por Ley de drogas (Ley N° 20.000) por parte de personas privadas de libertad. La selección de estos tipos delictivos⁷⁷ obedeció a criterios de relevancia del bien jurídico tutelado (en el caso de los homicidios, delitos sexuales y apremios ilegítimos) y a la magnitud que representan dentro del total de partes denuncia.

⁷⁷ Se consideró el delito señalado en los datos de identificación del parte denuncia, sin perjuicio que, a partir de la narración de los hechos, en algunos casos se evidencia la comisión de más de un delito, o bien se producen cambios respecto del delito original.

Por otro lado, se intencionó que los partes denuncia seleccionados fueran de diversos recintos penales y hubiesen sido informados a distintas fiscalías locales. Así, los 58 partes de denuncia pertenecen a 31 recintos penales⁷⁸ y fueron derivados a 27 fiscalías locales diferentes. Asimismo, se identificaron 41 fiscales distintos⁷⁹ que tomaron conocimiento de estas denuncias e instruyeron las acciones correspondientes. Si bien la muestra no pretende ser representativa del universo estudiado, consideramos que su diversidad permite analizar algunos aspectos relevantes en un nivel exploratorio – descriptivo. La siguiente tabla resume las características de la muestra.

TABLA N° 2. Características de la muestra de partes denuncia de Gendarmería de Chile, años 2021 y 2022

TIPO DE DELITO	2021	2022	TOTAL
Homicidios	5	5	10
Delitos sexuales	5	4	9
Apremios ilegítimos	5	10	15
Lesiones	5	4	9
Drogas	5	10	15
TOTAL	25	33	58

Fuente: Elaboración propia.

A partir de la recopilación de la muestra de partes denuncia, realizamos -en primer lugar- un análisis cuantitativo, para conocer las características generales de los partes denuncia. Para ello, se vació la información de los partes en una matriz Excel, cuyas casillas categorizan diversos aspectos de los partes, tales como el tipo de hecho, la forma en que se tomó conocimiento de este, las instituciones que estuvieron involucradas en las acciones de respuesta, el tipo de procedimientos o diligencias que realizó tanto Gendarmería de Chile como las policías; las

⁷⁸ En Chile existen 82 recintos penales (cárceles) a nivel nacional.

⁷⁹ En el caso de 12 partes denuncia no se indicaba el nombre del o la fiscal.

instrucciones de las y los fiscales; las medidas de protección que derivan del conocimiento de los hechos, entre otros. Luego, se llevó a cabo un análisis cualitativo sobre el contenido de los partes, realizando un análisis de casos de delitos sexuales, homicidios y apremios ilegítimos.

2.2. RESULTADOS CUANTITATIVOS DE LOS PARTES DENUNCIA

A. TOMA DE CONOCIMIENTO DE HECHOS INTRACARCELARIOS PRESUNTAMENTE DELICTIVOS

El primer aspecto analizado dice relación con la identificación de la ocurrencia de un delito intracarcelario. Nos interesa saber aquí ¿cómo es que la institución penitenciaria toma conocimiento de un hecho presuntamente delictivo? El análisis muestra que en un 55% (32) de los casos analizados son los propios funcionarios de Gendarmería los que en forma directa conocen de estos hechos. Esto es especialmente evidente en el caso de los homicidios, lesiones y delitos de drogas. Son los gendarmes quienes, en el ejercicio de sus funciones (rondas preventivas, vigilancia a través de cámaras del C.C.TV⁸⁰, allanamientos, registros corporales, revisión de encomiendas, etc.) encuentran a reclusos heridos o fallecidos, presencian una agresión o encuentran sustancias presumiblemente ilícitas. De hecho, todos los casos de delitos de drogas analizados, fueron detectados directamente por funcionarios penitenciarios. Este no es el caso de los delitos sexuales, en que ninguno de estos fue presenciado por gendarmes, y solo es el caso de tres hechos de apremios ilegítimos, en que un funcionario detecta a un recluso herido y otros dos casos en que los propios funcionarios responsables dieron cuenta de esta situación a sus superiores argumentando que ellos habían hecho “un uso racional y proporcionado de la fuerza” (Parte denuncia N° AI3) en su labor de contención de los reclusos víctimas.

Por otra parte, en un 33% (19) de los casos, son los propios reclusos víctimas o bien otros reclusos, quienes dan cuenta de los hechos a funcionarios penitenciarios. Este es el caso de todos los delitos sexuales, de la mayoría de las lesiones y de un tercio de los apremios

⁸⁰ Circuito cerrado de televisión.

ilegítimos. Finalmente, solo en un 12% (7) de los casos, los hechos son denunciados por otras personas. Y todos estos casos corresponden a apremios ilegítimos. En tres ocasiones la denuncia la realizan familiares o conocidos ante la Oficina de Información, Reclamos y Sugerencias (OIRS) de Gendarmería de Chile. En otras dos ocasiones se trata de un recurso de amparo interpuesto por la Defensoría Penal Penitenciaria, y otro caso es conocido a través de un oficio del Juzgado de Garantía respectivo.

B. ACCIONES O DILIGENCIAS REALIZADAS POR PARTE DE GENDARMERÍA DE CHILE EN FORMA PREVIA AL CONTACTO CON LA FISCALÍA

B.1. ACCIONES DE CONTROL O DETENCIÓN

Al tomar conocimiento de un hecho presuntamente delictivo, y antes de tomar contacto con la Fiscalía, los funcionarios penitenciarios realizan acciones inmediatas. Algunas de estas consisten en acciones de control y/o detención del supuesto victimario, en especial en delitos de homicidios (6 casos), lesiones (3) y drogas (2). En dos de los homicidios intervinieron además unidades especiales, como el Grupo de Apoyo y Reacción Primaria (G.A.R.P): “Gendarme X, se abalanza contra el recluso X, reduciéndolo e incautándole el elemento prohibido, siendo este un cuchillo de mesa con filo artesanal” (Parte denuncia N° H5). Producto de estas acciones, en 3 casos de homicidios y dos de lesiones, se menciona que los reclusos sospechosos son derivados a calabozos de la guardia interna y se realiza un registro corporal; y en dos casos de drogas, a celdas de tránsito.

También se mencionan acciones de desalojo del lugar de los hechos (en 3 casos de homicidios); y de registro, allanamiento e incautación de armas (en un caso de delitos sexuales, 3 de homicidios y 4 de lesiones). En un caso de delitos sexuales y otro de homicidio, se aisló el sitio del suceso y clausuró la dependencia de la víctima. En uno de esos partes denuncia se indica: “cabe señalar que se procede en aislar el sitio del suceso a la espera del personal capacitado” (Parte denuncia N° H1).

En todos los casos de drogas, se incautó la sustancia presumiblemente ilícita y se la derivó a guardia interna y en un caso a la OSI (Oficina de Seguridad Interna).

B.2. DERIVACIÓN A SALUD

En forma previa o en paralelo a las acciones de control ya descritas, en la mayoría de los casos Gendarmería deriva al o los reclusos víctimas para atención de salud y constatación de lesiones. Esta es la diligencia más frecuente y más transversal que realiza Gendarmería ante un delito intracarcelario. Esto ocurrió en el 100% de los casos de delitos sexuales, homicidios y lesiones; en el 87% (13) de los casos de apremios ilegítimos, pero no ocurrió en ninguno de los delitos de drogas.

En general, los reclusos son derivados a la enfermería del mismo penal o bien al Hospital Penal (en el caso de la Región Metropolitana), donde los facultativos médicos emiten un informe de lesiones. En algunas ocasiones (6 casos) el personal de salud de Gendarmería de Chile sugiere el traslado a otra unidad asistencial (servicio de urgencias u hospital base de la comuna respectiva) debido a la gravedad de las lesiones. Cabe señalar que, en dos de estos casos, el servicio de urgencia consigna en su informe de lesiones, la solicitud de realización de una pericia médico forense (un caso de homicidio y un caso de apremios ilegítimos).

En 12 casos (21%) también son derivados para atención de salud a los presuntos agresores y en un caso a un recluso testigo que se interpuso para proteger a la víctima.

B.3. INFORMACIÓN A JEFATURAS Y PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

En paralelo o inmediatamente después de estas acciones (de control y de derivación a salud), en 7 partes se señala explícitamente que se informó al Jefe de la respectiva unidad penal o bien al Jefe de régimen interno. En estos casos se consigna que la autoridad instruye la “realización del procedimiento de rigor”. Entendemos que el procedimiento de rigor alude al “procedimiento administrativo disciplinario”. En un caso de lesiones, por ejemplo, se deja constancia en el parte denuncia que el Jefe de Régimen Interno aplicó el procedimiento disciplinario, dando cuenta de lo sucedido a la jefatura de la unidad penal, “proponiendo para el recluso una sanción de cuatro días de celda de aislamiento, indicando que el interno no presenta faltas anteriores” (Parte denuncia N° L2). Por otra parte, dos de estos casos corresponden a reclusos víctimas de

apremios ilegítimos, que -en el contexto de la situación que dio origen a los apremios- se les acusó de portar elementos prohibidos.

B.4. TOMA DE DECLARACIÓN

La toma de declaración a presuntas víctimas, victimarios y/o testigos es, junto con la derivación a salud, la diligencia realizada en forma más frecuente por los funcionarios penitenciarios, en forma previa al contacto con la Fiscalía. En un 57% de los casos (33) Gendarmería realiza esta acción. Como veremos más adelante, en algunas ocasiones la Fiscalía también instruye a Gendarmería que tome declaraciones, pero la mayoría de las tomas de declaración ocurren en forma previa a la instrucción del fiscal, supuestamente en el marco del procedimiento administrativo, no obstante, estas declaraciones siempre son enviadas posteriormente, junto con toda la documentación, a la Fiscalía.

De los 9 partes denuncia de delitos sexuales, en 7 de ellos se consigna la toma de “declaración voluntaria” a la víctima. En los otros dos casos la víctima y los victimarios deciden no declarar, tomándose la declaración solo a testigos. En los homicidios, en 6 de los 10 casos se derivan al(los) recluso(s) victimario(s) y reclusos o funcionarios testigos a la Guardia Interna para tomar declaración de lo sucedido, y en 4 de estos casos se registra que: “los reclusos se niegan a entregar información basándose en sus códigos carcelarios, ya que por delatar un hecho de estas características pueden tener problemas con sus pares” (Parte denuncia N° H7).

En el caso de las lesiones, en 4 de los 9 casos los reclusos agresores son enviados a la oficina de Guardia Interna para obtener declaración. En uno de los casos, los reclusos agresores se niegan a prestar declaración o firmar cualquier tipo de documento. En otros tres partes denuncia también se constata que se les tomó declaración a la víctima y funcionario testigo, todo ello previo al contacto con el fiscal.

En el caso de los delitos de drogas, existen solo dos casos en que se envía a los presuntos autores a la guardia interna para prestar declaración voluntaria de los hechos, uno de los cuales se niega a declarar. Finalmente, respecto a los apremios ilegítimos, en 8 de los 15 casos se constata que Gendarmería toma declaración al recluso víctima y en un caso al recluso y funcionario sospechoso.

B.5. RECOPIACIÓN DE EVIDENCIAS FÍLMICAS Y OTRAS ACCIONES

Respecto a acciones distintas a las anteriores por parte de Gendarmería, previas al contacto con el fiscal, solo en los delitos de homicidio se consignan dos casos en que se realizó contacto con el personal de las cámaras de seguridad del recinto penal, con la finalidad de corroborar si existía un respaldo fílmico de los hechos. En uno de estos casos se señala que “en esa área no existen cámaras de vigilancia” (Parte denuncia N° H7). En otro caso de homicidio, se consigna que “se toma contacto con la asistente social de turno, para que informe a familiares de recluso víctima” (Parte denuncia N° H2).

C. CONTACTO CON FISCALÍA

En la totalidad de los casos, los funcionarios penitenciarios intentan el contacto con la Fiscalía para denunciar los hechos. Solo en 5 casos se señala que no se logró tal contacto (dos casos de drogas y tres de apremios ilegítimos), pero igualmente se consigna que se remitió toda la documentación a la Fiscalía. En los casos en que se hizo efectivo el contacto, este fue en un 68% (36 casos) por vía telefónica; en un 13% vía email; en un 6% vía bitácora web y en un 13% no se especifica el medio.

D. INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA A GENDARMERÍA DE CHILE

Del total de 58 partes denuncia, en solo 7 de estos (12%) no se consigna ninguna instrucción por parte de la Fiscalía, correspondiendo los 7 casos a apremios ilegítimos. En dos casos, ambos de homicidios, la instrucción solo señala “realizar el procedimiento de rigor”.

Luego, otra de las instrucciones más frecuentes, dice relación con la recopilación de documentación para su posterior envío al Ministerio Público (en 13 casos, 22%). Dicha instrucción es realizada en forma muy general en 9 de estos casos (“Confeccionar la documentación respectiva y remitir los antecedentes a la Fiscalía”), y de forma más detallada en los otros 4. Tres de ellos correspondientes a lesiones (“Remitir documentación: informe de lesiones, declaración de víctima, funcionario, testigos, acta

de lectura de derechos y set fotográfico del arma blanca incautada al recluso infractor), y uno correspondiente a apremios ilegítimos (Parte denuncia N° AI1).

Otras instrucciones que la Fiscalía da directamente a los funcionarios de Gendarmería son: trasladar a víctima a constatar lesiones a servicios de urgencia de hospitales de las respectivas ciudades (en 3 casos de delitos sexuales); aislar el sitio del suceso (en 1 caso de delito sexual y 3 de homicidios); “realizar indagaciones correspondientes por personal de la Oficina de Seguridad Interna para dar con el agresor” (Parte denuncia N° H2); verificar si existe respaldo fílmico del hecho por cámaras de seguridad (en 2 homicidios y 2 apremios ilegítimos); tomar “declaración por delegación” al recluso víctima, aunque Gendarmería ya lo había realizado (en 1 casos de delitos sexual y 1 caso de apremios ilegítimos); tomar declaración a testigos o funcionarios que dieron cuenta del hecho (en 2 homicidios y 1 lesión); realizar fijación fotográfica de la sustancia ilícita y toma de declaración del funcionario aprehensor (en 2 casos de drogas); que el personal de CEAC⁸¹ de Gendarmería de Chile realice el pesaje y la prueba de campo de las sustancias ilícitas incautadas (en 10 de los 15 casos de drogas); y que luego del peritaje –y en caso de ser positivo- la sustancia incautada sea remitida al Servicio de Salud correspondiente (en 5 casos de drogas).

E. INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA RESPECTO A PARTICIPACIÓN DE OTROS ORGANISMOS AUXILIARES

En 19 de los 58 casos (33%), la Fiscalía solicita la presencia de organismos auxiliares externos. Uno de estos casos es al Servicio Médico Legal (homicidio); un caso (delito sexual) al LABOCAR⁸² y OS9⁸³ de Carabineros de Chile para que “tomen el procedimiento correspondiente” (Parte denuncia N° DS8); y 17 casos a la Policía de Investigaciones (PDI):

⁸¹ CEAC es el Centro Especial de Adiestramiento Canino de Gendarmería de Chile.

⁸² LABOCAR es el Laboratorio de Criminalística de Carabineros de Chile.

⁸³ OS9 es el Departamento de Investigación de Organizaciones Criminales de Carabineros de Chile.

a la Brigada de Delitos Sexuales (5 de 9 casos de delitos sexuales) para que “tome el procedimiento correspondiente” o “tome declaración de la víctima”; a la Brigada de Homicidios (9 de 10 casos de homicidios) para que “realicen procedimiento de rigor” (7 casos); fije el sitio del suceso (1 caso) o tome declaraciones a los imputados (1 caso). Finalmente, en 3 casos de drogas, el fiscal solicita a la PDI que realice el pesaje y la prueba de campo de las sustancias ilícitas incautadas.

F. INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA RESPECTO A MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS

Solo en un caso de los 58 analizados (correspondiente a lesiones), la Fiscalía instruye explícitamente sobre medidas de protección, indicándole a Gendarmería que “adopte las medidas de seguridad correspondientes” (Parte denuncia N°L5). Por su parte, Gendarmería registra alguna medida de protección implementada de forma autónoma solo en 1 caso de lesiones y en 5 casos de delitos sexuales. En estos últimos, en dos casos se “separa a la víctima del victimario”; en dos casos la víctima queda internada en la enfermería” y en un caso, se ordena el “resguardo por parte de funcionarios en el traslado de víctima y victimarios al hospital” (Parte denuncia N° DS7).

2.3. RESULTADOS CUALITATIVOS DE LOS PARTES DENUNCIA: ANÁLISIS DE CASOS

En el análisis cualitativo nos interesa indagar en especial sobre el tipo de instrucciones que las y los fiscales dan a los funcionarios de Gendarmería de Chile. Algunos delitos, como delitos sexuales, homicidios o apremios ilegítimos, ameritan un abordaje especial.⁸⁴ Por ello estructuramos el análisis de casos en torno a estas categorías de delitos.

A. DELITOS SEXUALES

Las partes denuncia de delitos sexuales (9) muestran como la Fiscalía instruye a Gendarmería a “confeccionar la documentación respectiva

⁸⁴ Véase, Protocolo de Estambul, puntos 455 a 479 y el Protocolo de Minnesota.

y remitir los antecedentes” a la Fiscalía local correspondiente (en 4 casos). En otros tres casos, el fiscal ordena trasladar a la víctima a constatar lesiones a servicios de urgencia de hospitales de las respectivas ciudades (en uno de los casos se explicita además que se debe realizar un peritaje sexológico). Estas constataciones de lesiones se solicitan independientemente de la existencia de informe previo emanado por la enfermería del penal. En uno de los casos, también se le pide a Gendarmería de Chile que aisle el sitio del suceso y que se le tome “declaración por delegación” al recluso víctima (aunque Gendarmería ya lo había realizado). Encontramos que además en 5 de los 9 casos el fiscal solicita la presencia de organismos auxiliares externos, en cuatro de ellos a la Brigada de Delitos Sexuales de la Policía de Investigaciones (PDI) y en uno a LABOCAR y OS9 de Carabineros de Chile. La instrucción a estos organismos es que “tomen el procedimiento correspondiente”, y en un caso se les pide también a los funcionarios de la PDI que tomen declaración a los involucrados. En solo uno de los partes se consigna la diligencia de la PDI, señalando que se realiza la respectiva “fijación fotográfica del sitio del suceso, entre otras diligencias propias de la investigación” (Parte denuncia N° DS4). Respecto a la aplicación de medidas de protección encontramos que, en ninguno de los nueve casos se consignan instrucciones por parte de la Fiscalía sobre la adopción de medidas de protección. Gendarmería sí aplica medidas de protección en forma autónoma, pero al parecer no siempre, ya que solo en 5 casos se registra algún tipo de medida de protección. En dos de ellos, el recluso víctima es derivado a otra pieza o módulo. En dos casos, el recluso víctima queda internado en la enfermería de la unidad (en uno de ellos por sugerencia de la psiquiatra del hospital de la ciudad que constató lesiones). En el quinto caso, ante la retractación del recluso víctima, éste es “devuelto a su módulo, ya que jamás existió intento de violación como señaló primeramente al personal de Gendarmería de Chile” (Parte denuncia N° DS6).

A continuación, analizamos el siguiente parte denuncia como ejemplo:

“Siendo aproximadamente las 12:30 horas, se presenta ante el Jefe de Régimen Interno, XX, el funcionario XX, dando cuenta que en momentos en los cuales se encontraba cumpliendo funciones inherentes a su cargo y grado, se acerca hasta su persona el recluso XX, quién le manifiesta al citado servidor público, que en el transcurso de la madrugada del día XX, alrededor

de las 3:30 horas, se habría percatado que mantendría humedad alrededor de la zona genital, sector anal, y una leve molestia. Por lo ya mencionado, se deriva al usuario antes detallado, hasta el sector de la enfermería para recibir la atención correspondiente. Consecuente con lo expuesto y ya con el usuario en el sector de la celda de contención, este ratifica lo manifestado en el párrafo anterior denunciando haber sido víctima de violación. Es por ello que se procede a tomar contacto vía telefónica con la fiscal de turno XX, quien solicita que el recluso sea derivado hasta el servicio de urgencias del Hospital XX, con la finalidad de que se constaten las lesiones denunciadas por el recluso; aislar el sitio del suceso; además de manifestar que concurrirá hasta ese establecimiento penal personal de la Brigada de delitos sexuales (BRISEX) de la Policía de Investigaciones a realizar las respectivas diligencias instruidas por el fiscal de turno, además de solicitar que de igual manera se le tome declaración por delegación al interno víctima XX. Conforme a lo anterior y para mayores antecedentes, se hace presente que XX, habita dicha dependencia con los internos condenados XX, quienes presentan condena por el delito de violación de menor de 14 años, y XX, condenado por los delitos de acción sexual distinta al acceso carnal, violaciones reiteradas. Siendo las 13:25 horas, se apersona personal de la BRISEX, quienes proceden a realizar el procedimiento instruido por parte de la Fiscalía local, procediendo a realizar la respectiva fijación fotográfica del sitio del suceso, entre otras diligencias propias de la investigación. En virtud de ello, y luego de que el personal de BRISEX culminara con las diligencias que el fiscal le ordenó, se procede a derivar a los reclusos XX a la dependencia a la cual habitaban. Posteriormente, siendo las 18:40 horas aproximadamente, retorna el recluso procediendo de esta manera a tomar la respectiva declaración por los hechos denunciados, ratificando este en todas sus partes, lo anteriormente expuesto, señalando además, que desea realizar la denuncia del Ministerio público en contra del recluso XX, ya que individualizó a dicho usuario como autor material de lo ya denunciado, siendo finalmente segregado y aislado de los reclusos antes mencionados, siendo de esta manera derivado hasta la pieza número X del colectivo X, quedando de esta manera, totalmente separado del recluso denunciado” (Parte denuncia N° DS4).

En ese caso, vemos como Gendarmería al tomar conocimiento del supuesto hecho delictivo toma inmediatamente contacto con la Fiscalía

para pedir instrucciones. Debido a esa rapidez, la policía llega en algo menos que una hora al supuesto sitio del suceso. Es, a su vez, la Policía de Investigaciones la institución que realiza las diligencias principales de la investigación a requerimiento fiscal. El caso grafica además como Gendarmería adopta, por decisión propia, medidas para proteger a la supuesta víctima contra futuras agresiones. Todo ello se ajusta parcialmente a las instrucciones internas de la Fiscalía relativas a las actuaciones en delitos sexuales.⁸⁵ Estas disponen, entre otros, que los fiscales deben preferir “*los servicios de las unidades especializadas de cualquiera de las policías, para diligenciar órdenes de investigar o instrucciones particulares...*”⁸⁶ También deben “*realizar un análisis y observación detallada, minuciosa y metódica del lugar de los hechos*”, sacando también fotografías de este.⁸⁷ Lo que sorprende es que el fiscal no haya emitido ninguna instrucción en relación a la protección de la posible víctima. Supuestamente “*la atención y protección a la víctima y testigo es labor de todo el Ministerio Público*”. Eso implica deberes de buen trato, acceso a la información, participación y protección.⁸⁸ Aquí se deja la medida a tomar a criterio de Gendarmería.

En otros casos, observamos que el procedimiento dista aún más de los estándares necesarios. Encontramos que, en dos de los nueve casos analizados, la víctima se retracta de su denuncia. En uno de ellos, después de haberse realizado la denuncia al fiscal, cuando se estaban constatando lesiones en el hospital, la víctima le manifiesta al médico que “no existió penetración y que en ningún momento fue despojado de sus prendas de vestir” (Parte denuncia N° DS6). En el otro caso en que hubo retractación, pasó lo siguiente:

“Siendo las 15:00 horas del día de hoy aproximadamente, se presenta en este cuerpo de Guardia, el funcionario XX, dando cuenta al suscrito que el interno imputado XX, informa verbalmente que el pasado día jueves, después de haber ingresado a esta unidad penal, al momento de dormir, se habría acostado en su cama el interno XX, quien aparentemente habría abusado

⁸⁵ Oficio FN N° 277/2022). Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de violencia sexual.

⁸⁶ Oficio FN N° 277/2022. Numeral V. 3.

⁸⁷ Oficio FN N° 277/2022. Numeral V. 4.10.

⁸⁸ Oficio FN N° 277/2022. Numeral VI.1.

sexualmente de él, puesto que se encontraba bajo los efectos del alcohol. Posteriormente y al momento de realizar el procedimiento administrativo correspondiente, el mismo interno menciona no estar seguro de haber sufrido dicho ataque sexual y se retracta manifestando no querer realizar ningún tipo de denuncia a la justicia. De igual manera, se realiza el procedimiento de constatación de lesiones correspondiente, y alrededor de las 16:00 horas, se da cuenta de lo sucedido al señor fiscal de turno XX, quien ordena se remitan los antecedentes vía parte” (Parte denuncia N° DS9).

Vemos como Gendarmería sin esperar una instrucción de la fiscalía, realiza un procedimiento para la constatación de lesiones. No queda claro dónde y cómo lo realizaron. Lo más probable es que se haya hecho en la propia enfermería del penal. Recién después se informa al fiscal y ese sólo pide que se le remitan los antecedentes. En delitos sexuales, las instrucciones generales de la fiscalía prevén generalmente que se debería realizar una evaluación clínica forense. Cuando exista información que indique el aprovechamiento de alcohol o drogas para la comisión del delito, se debería además disponer la obtención de muestras de la víctima para una prueba de alcoholemia o un examen toxicológico.⁸⁹ Nada de esto fue realizado. Ahora bien, el fiscal podría estimar que los antecedentes disponibles no dan cuenta de la existencia del ilícito ya que la supuesta víctima se retractó. Sin embargo, el propio instructivo indica “*que la retractación y el desistimiento de las víctimas son fenómenos comunes en las investigaciones de estos delitos*”. Justo por esto “*no pueden ser motivos para no investigar debidamente los hechos ni para desestimar la causa*”.⁹⁰ Los delitos sexuales son delitos de acción pública cuya persecución no depende de la voluntad de la víctima.⁹¹ La investigación debe ser inmediata, exhaustiva e imparcial. A su vez y como indica el instructivo correspondiente, debe ser seria. Es decir, la investigación “*requiere proactividad estatal, no pudiendo depender exclusivamente de la participación o iniciativa procesal de*

⁸⁹ Oficio FN N° 277/2022. Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de violencia sexual. Numeral V. 4.3 y 4.4.

⁹⁰ Oficio FN N° 277/2022. Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de violencia sexual. Numeral II. 2.6.

⁹¹ Contrario a lo que determina el art. 55 del Código Procesal Penal para los delitos de acción privada.

la víctima”. Todas estas obligaciones, forman parte de las debidas diligencias que necesariamente se deberían cumplir en cualquier investigación.⁹² En el caso descrito, el fiscal incumple estos deberes. La supuesta víctima era “nueva” en el penal. Eso probablemente implica que no tenía redes de apoyo. Desde esta perspectiva y considerando la realidad carcelaria chilena⁹³, parece plausible que en un primer momento haya sufrido un abuso y que lo haya denunciado. A su vez explicaría que se haya retractado, pues no consta que se haya tomado alguna medida de protección a su favor. Le esperaba volver a compartir la celda con su supuesto victimario. Desde todas estas miradas no parece serio que el fiscal no haya dado otras instrucciones al enterarse del caso. El primer caso analizado muestra cómo se podría haber procedido. La diferencia principal entre los hechos descritos en ambos casos es la retractación de la denuncia. Hecho que es, como dicen las propias normas internas de la Fiscalía, común en ese tipo de investigaciones.

B. HOMICIDIOS

En los partes denuncia que abordan homicidios (10 en total), en dos oportunidades el o la fiscal de turno instruye “realizar el procedimiento normado”, y en tres casos, “aislar el sitio del suceso”. En dos ocasiones solicita verificar si en las cámaras de seguridad existe algún respaldo fílmico de la agresión y en uno de esos casos el parte denuncia señala que se remite CD del respaldo fílmico mediante la cadena de custodia. En otro caso se solicita que se realicen las indagaciones correspondientes por personal de la Oficina de Seguridad Interna para dar con el agresor.

En dos casos solicita “remitir la totalidad de los antecedentes al Ministerio Público”, sin dar detalles. En otros tres casos solicita la documentación, pero la enumera: informe de salud (lesiones) de la víctima,

⁹² Oficio FN N° 277/2022. Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de violencia sexual. Numeral II. 1.

⁹³ Véase, COMITÉ DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA. CHILE. *Segundo Informe Anual 2021/2022*. pp. 111 y ss.; y COMITÉ DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA. CHILE. *Tercer Informe Anual 2023*. pp. 193 y ss. <https://mnpt.cl/informeanual/>

declaración del funcionario, declaración de la víctima, declaración de testigos, acta lectura de derechos, y/o set fotográfico del arma blanca incautada al recluso infractor. Aquello da cuenta que –indirectamente- se espera o se entiende que Gendarmería realizó dichas acciones. En dos casos, la Fiscalía solicita directamente a Gendarmería: “tomar declaración del funcionario que da cuenta del hecho”, o bien “empadronar testigos y tomarles declaración”.

En 9 de los 10 casos, el o la fiscal solicita la presencia de la Brigada de Homicidios de la Policía de Investigaciones (PDI). En 7 de esos casos señala que “para que realicen el procedimiento de rigor”. En los otros dos para: “fijar sitio del suceso, en el momento que se realice respectivo registro y allanamiento del lugar de la agresión” y “para el objeto de tomar declaraciones a los imputados”. En este último caso, además señala que “posteriormente del procedimiento policial, se solicita la concurrencia del Servicio Médico Legal”. Encontramos un ejemplo en el siguiente parte denuncia:

“Siendo las 23:15 del día de hoy, mientras el oficial de guardia infrascrito realizaba ronda en compañía del funcionario nocturno, gendarme XX, se escuchan gritos provenientes del pabellón XX, indicando que habría un interno herido concurriendo de forma inmediata para verificar lo mencionado. Al habilitar el acceso, se logra divisar que un grupo de internos transporta en brazos al usuario identificado como XX, que, a primera vista, mantenía una herida penetrante en tórax sector izquierdo, siendo derivado hasta la enfermería de la unidad no identificando al agresor del interno mencionado. Conforme a lo señalado en ese instante, se encontraba personal del SAMU⁹⁴ de XX atendiendo a otros internos que se encontraban con malestar, siendo dados de alta estos últimos y devuelto a sus dependencias, por lo que se atiende de inmediato al usuario XX, diagnosticando herida penetrante cardíaca torácica, por lo que a las 0:05 horas, egresan en ambulancia con personal del SAMU con el interno hacia el Hospital de XX, para ser evaluado profesionalmente por el médico de servicio. De lo señalado, se da cuenta al fiscal de turno, quien instruye que se informe al Ministerio Público respecto de lo sucedido; además de que se realicen las indagaciones correspondientes

⁹⁴ Servicio de Atención Médico de Urgencias (SAMU) es una institución dependiente del Ministerio de Salud, presente en todas las regiones de Chile.

por personal de la OSI para dar con el agresor; que se mantenga al tanto al fiscal ya descrito, respecto al estado de salud del usuario y que, en caso de fallecimiento, se llame de forma inmediata. Siendo las 00:25 horas, el gendarme XX, quien se encontraba como custodio del interno, indica que el personal de salud le indica que a las 00:25 se data el deceso del usuario XX, por lo que se da cuenta al jefe de unidad, XX, quien a su vez da cuenta al mando regional respecto del suceso. Se realiza nuevamente llamado al fiscal de turno conforme a su instrucción, informando del deceso del usuario XX, indicando que se constituirá personal de la Brigada de Homicidios para fijar sitio del suceso, en el momento que se realice respectivo registro y allanamiento del lugar de la agresión. Se recepciona hoja de atención DAU⁹⁵ del interno, especificando las atenciones realizadas y hora del fallecimiento del mismo. Se toma contacto con la asistente social de turno, quien toma contacto con familiares del interno” (Parte denuncia N° H2).

En su primera instrucción, el fiscal delega la investigación a los funcionarios penitenciarios. Son ellos los que deben realizar las indagaciones necesarias para identificar al victimario. A esa altura todavía se trataba de una investigación por un posible intento de homicidio o lesiones graves. Ahora bien, si contrastamos esa instrucción con la normativa internacional, encontramos que aquella estipula claramente que ambos tipos delictivos deberían ser investigados por una autoridad independiente de la administración penitenciaria. Esa última sólo debería “cooperar” con la investigación y debería garantizar la preservación de todas las pruebas.⁹⁶ Aquí el fiscal instruye a funcionarios penitenciarios para que produzcan prueba “para dar con el agresor”. Estos no son independientes, sino que forman parte de la administración. Recién cuando fallece la víctima, el fiscal delega la investigación a la policía especializada.

El parte da cuenta también de que, entre otros, antes del deceso aparentemente no se había fijado el sitio de suceso. Es decir, entre las 23:15 horas hasta la llegada de la policía -que tiene que haberse dado posterior a las 00:25 horas- no se había realizado esa diligencia. El o los

⁹⁵ Datos de Atención de Salud (DAU).

⁹⁶ Reglas Mandela, Regla 71 numeral 1.

posibles victimarios tuvieron más de una hora para hacer desaparecer elementos probatorios. Difícil sostener que esa forma de proceder cumpla con los principios de prontitud y efectividad. Ambos forman parte de los elementos básicos con los que debería cumplir una investigación desde el punto de vista del derecho internacional.⁹⁷

C. APREMIOS ILEGÍTIMOS

De todos los partes denuncia que versan sobre posibles apremios ilegítimos (15 en total), en 7 casos no se consigna ninguna instrucción por parte de la Fiscalía. En 3 casos solo se señala que la Fiscalía instruyó que “se deriven todos los antecedentes al Ministerio Público respectivo mediante parte denuncia”. En 3 casos, junto con solicitar la documentación respectiva, el fiscal solicita los antecedentes de grabación fílmica que existan. En un caso se señala que, “al no existir flagrancia de los hechos denunciados, no ordena mayores instrucciones” (Parte denuncia N° AI4). Y en un último caso, la Fiscalía ordena: “efectuar toma de declaración del funcionario involucrado, apercibiéndolo según el artículo número 26 del Código de Procedimiento Penal; efectuar declaración del interno; fotografía del lugar del hecho; compilar la secuencia fílmica del canal del circuito cerrado de televisión del horario en que sucedió el hecho y adjuntar la investigación interna realizada por Gendarmería de Chile. Todo lo anterior con el fin de ser remitido al Ministerio Público de la jurisdicción a través del respectivo parte denuncia” (Parte denuncia N° AI1).

Por otra parte, en un tercio de los casos (5) se constata que el recluso víctima es devuelto a su módulo de origen, y en ninguno de los 15 casos se instruye alguna medida de protección, ni por parte de Gendarmería ni por parte de la Fiscalía. Veamos un ejemplo:

“Que siendo las 8:45 horas aproximadamente, el jefe del módulo XXX, dio cuenta que en momentos en los cuales se encontraba haciendo el recuento de la población penal encuentra al interno XX, acostado y con dificultad para levantarse, a lo cual le pregunta por su situación y éste informa que el día de ayer habría sido agredido por parte de un funcionario que identifica como XX,

⁹⁷ Véase Protocolo de Minnesota, punto 22 a 27.

en momentos cuando el interno habría ido el día de ayer aproximadamente a las 10:30 am al block X a dejar \$5,000 a un usuario, a lo cual el funcionario habría ingresado a la oficina y lo increparía diciéndole 'que supuestamente andaría dejando pastillas y que por su culpa los usuarios de ese módulo andarían drogados' es por esto que lo habría golpeado de pies y puños.

Posterior a esto, el reo fue llevado hasta el Hospital Penal para ser examinado y confeccionado el informe de salud correspondiente, el cual señala lo siguiente: contusión parrilla costal izquierda, cuarto espacio intercostal, contusión en brazo izquierdo. Una vez realizado este documento fue trasladado ante quien suscribe, para ser entrevistado prestando declaración. Finalmente, es derivado al Hospital XX, para evaluación y una mejor atención médica, a la espera de resolver por parte de la Jefatura de unidad. De lo anterior, se dio cuenta por medio de llamado telefónico al señor fiscal de turno, XX, quien ordenó, se realizara el procedimiento establecido, además de remitir toda la documentación correspondiente en la Fiscalía local de XX. Es todo cuanto cumpla en informar para su conocimiento y fines, adjuntando el presente documento: acta de declaración funcionario, declaración del usuario denunciante e informes de salud del recluso” (Parte denuncia AI13).

Tanto a nivel nacional⁹⁸ como internacional existen normas específicas que establecen estándares mínimos para el abordaje de casos de apremios ilegítimos y tortura. Estipulan que los investigadores deben ser independientes de los presuntos autores y del organismo al que sirven, deben ser competentes e imparciales. A su vez, deberían tener acceso o estar facultados para encargar investigaciones a expertos imparciales, médicos o de otro tipo.⁹⁹ En ese caso vemos como Gendarmería realiza un examen médico a la víctima, le traslada a un hospital externo y le toma una declaración. Todo ello sin instrucción del fiscal y en un caso que podría comprender un apremio ilegítimo. Ya vimos que los funcionarios penitenciarios no son ni independientes y tampoco competentes cuando investigan un hecho delictivo. Tienen otras competencias. Quien sí

⁹⁸ Véase, MINISTERIO PÚBLICO. Guía de diligencias investigativas. violencia institucional, muertes potencialmente ilícitas y desaparición forzada de personas. 2024. http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/Diligencias_Investigativas.pdf

⁹⁹ Véase, Protocolo de Estambul, punto 193.

debiera abordar esta problemática es el fiscal. Sin embargo, ignora las directrices nacionales e internacionales. Caso contrario, podría haber considerado que una investigación rápida es esencial para garantizar la protección de la víctima y evitar el riesgo de que desaparezca cualquier rastro de tortura o malos tratos. A su vez, podría haber instruido que los posibles implicados en torturas o malos tratos sean apartados de cualquier posición de control o poder, directo o indirecto, sobre los denunciantes, los testigos o sus familias. A nivel internacional también se señala que las personas recluidas corren un mayor riesgo de sufrir represalias como consecuencia de su cooperación con la persecución. Se advierte, que los investigadores pueden toparse con un “muro de silencio”, ya que las personas privadas de libertad pueden sentirse demasiado intimidadas para confiar en alguien, incluso cuando se les ofrece hablar en privado.¹⁰⁰ También debería disponer exámenes médicos de las presuntas víctimas que incluyan evaluar la necesidad de tratamiento de lesiones y enfermedades, ayuda psicológica, asesoramiento y seguimiento.¹⁰¹ Otro paso esencial sería instruir la realización de una investigación médica forense.¹⁰²

A pesar de ello, el fiscal no instruye que se adopten medidas de protección para la víctima, menos ordena que la víctima reciba ayuda psicológica, o que se haga alguna forma de seguimiento de la atención pronta, efectiva y suficiente en materia de salud. Como no instruye nada específico al enterarse de los hechos, el fiscal contribuye a que desaparezcan los rastros y toda evidencia relacionada a los supuestos apremios ilegítimos. Mientras tanto la supuesta víctima queda indefensa.

CONCLUSIONES

El análisis de las primeras diligencias en delitos cometidos al interior de las cárceles muestra como las distintas instituciones involucradas incumplen su rol. Por una parte, la administración penitenciaria asume funciones que no son propias. Vimos como en la práctica y con excepción

¹⁰⁰ Véase, Protocolo de Estambul, punto 218.

¹⁰¹ Véase, Protocolo de Estambul, punto 229.

¹⁰² Véase, Protocolo de Estambul, punto 193.

de casos de homicidios, es la administración penitenciaria la institución que resguarda el sitio de suceso, identificando y entrevistando, a su vez, a posibles testigos y victimarios. No lo hace sólo en virtud de los procedimientos disciplinarios, ya que sus diligencias y las evidencias recopiladas son utilizadas en procedimientos penales. Incluso en denuncias que comprometen a la propia administración, como aquellas que versan sobre posibles apremios ilegítimos, son ellos los que realizan parte de las investigaciones. Dentro de un procedimiento penal, la prueba que resulta de este tipo de diligencias debería ser declarada ilícita (véase punto 1.3). Aquí confirmamos nuestra hipótesis, ya que la ilicitud es fruto de que Gendarmería asume roles investigativos que exceden sus funciones penitenciarias.

Constatamos también que, en el marco de la investigación de delitos intracarcelarios, la Fiscalía incumple su rol. Los fiscales al tomar conocimiento de un hecho delictivo cometido al interior de una cárcel, generalmente dan instrucciones genéricas. Sólo en algunos casos, los fiscales instruyen que alguna unidad especializada de la policía (como la Brigada de Homicidios o de Delitos Sexuales de la PDI) debería hacerse cargo de la investigación. Es el caso generalmente de los homicidios y delitos sexuales. Sin embargo, ni en estas causas el procedimiento es uniforme. Vimos cómo, en un primer momento, en denuncias de lesiones graves seguidos de muerte, Gendarmería sigue a cargo de la investigación.

Lo que menos se percibe en las instrucciones fiscales es alguna preocupación por la posible víctima. Ni en denuncias de posibles delitos sexuales o apremios ilegítimos, los fiscales instruyen la adopción de medidas de protección.¹⁰³ Si se adopta alguna decisión para proteger a la posible víctima, esa es tomada por la administración penitenciaria de manera autónoma. Tenemos que suponer que lo hacen en base a su deber de atender a las personas reclusas¹⁰⁴, ya que la normativa procesal sólo permite a los funcionarios policiales prestar auxilio a la víctima sin recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales.¹⁰⁵

¹⁰³ Menos se estaría cumpliendo con todas las exigencias que, desde el año 2022, estipula el artículo 109 párr. 2, 109 bis. y 109 ter. del Código Procesal Penal en delitos de violencia sexual.

¹⁰⁴ Véase, art. 1 de la Ley Orgánica de Gendarmería.

¹⁰⁵ El art. 83 letra a. Código Procesal Penal es explícito, pues sólo menciona a Carabineros de Chile y a la Policía de Investigaciones. Véase, OLIVER,

El proceder de la Fiscalía contraviene tanto instrucciones nacionales como disposiciones internacionales. Preocupa particularmente la inobservancia de la garantía de independencia e imparcialidad en las investigaciones en delitos que comprometen responsabilidad institucional, como apremios ilegítimos. En 7 de los 15 casos de apremios ilegítimos analizados no se consigna ninguna instrucción por parte de la Fiscalía. Pareciera que Gendarmería de Chile puede investigar estos casos que comprometen la responsabilidad directa de sus funcionarios, al menos en un primer momento, como ellos quieran.

La falta de delegar las primeras diligencias a la policía especializada implica además el incumplimiento de la debida diligencia en la investigación. Compromete tanto la prontitud como también la efectividad de la investigación. Todo ello hace que en la investigación de delitos cometidos al interior de las cárceles siga ocurriendo lo que se criticó previamente como característico del sistema inquisitivo que, “la actividad de los organismos de persecución penal pública es ineficiente...” y que por ello “en los hechos, el proceso penal pone de cargo de las víctimas la iniciativa de la persecución penal”.¹⁰⁶ Hallazgo particularmente preocupante en delitos graves como son homicidios, delitos sexuales o apremios ilegítimos.

REFERENCIAS

ANDERSON, Terence; SCHUM, David & TWINING, William *Analysis of Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press. 2005.

CARNEVALI, Raúl y MALDONADO, Francisco. El tratamiento penitenciario en Chile: especial atención a problemas de constitucionalidad. *Ius et Praxis*, v. 19, n. 2. 2013, pp. 384-418. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200012>

CASTILLO, Ignacio. Enjuiciando al proceso penal chileno desde el inocentrismo (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes). *Revista*

Guillermo. Facultades autónomas de la policía en el sistema procesal penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 51, 2018, pp. 35-67. p. 39.

¹⁰⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Mensaje Código Procesal Penal <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1086244>

Política Criminal, v. 8, n. 15, 2013, pp. 249-313. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992013000100007>

CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL, CEJIL. *Debita diligencia en la investigación de graves violaciones a derechos humanos CEJIL/Buenos Aires*. Buenos Aires: CEJIL, 2010.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad. 13 de marzo de 2008. <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/basicos/principiospl.asp>

COMITÉ DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA. CHILE. *Segundo Informe Anual 2021/2022*. <https://mnpt.cl/informeannual/>

COMITÉ DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA. CHILE. *Tercer Informe Anual 2023*. <https://mnpt.cl/informeannual/>

CORDERO, Luis. *Informe en derecho sobre la posibilidad de incorporar antecedentes obtenidos en el marco de una fiscalización administrativa, realizada con autorización judicial previa, como prueba en un proceso penal*. Santiago: Defensoría Penal Pública. 2019. <https://biblio.dpp.cl/datafiles/14840.pdf>

CUNEO, Silvio. Prisión perpetua y dignidad humana. Una reflexión tras la muerte de Manuel Contreras. *Revista Política Criminal*, v. 11, n. 21, pp. 1-20. 2016. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000100001>

DÍAZ, Luis y URZÚA, Patricia. Procedimientos administrativos disciplinarios en Chile. Una regulación vulneradora del derecho fundamental al debido proceso. *Ius et Praxis*, v. 24, n. 2, 2018, pp. 183-222. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200183>

FISCALÍA NACIONAL. Oficio FN N° 277/2022. Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de violencia sexual. <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=13>

FISCALÍA NACIONAL. Oficio FN N° 1032/2021. Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de violencia de género y violencia intrafamiliar. <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=13>

FISCALÍA NACIONAL. Oficio FN N° 717-2017. Actualización manual de primeras diligencias. <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=13>

FISCALÍA NACIONAL. Oficio FN N° 914-2015. Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos sexuales. <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=13>

FISCALÍA NACIONAL. Oficio FN N° 606-2013. Instrucción general que imparte criterios de actuación en materia de primeras diligencias a instruir en los delitos que se indican. <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=13>

FISCALÍA NACIONAL. Oficio FN N° 061 – 2009. Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de la Ley N° 20.000. <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=13>

GENDARMERÍA DE CHILE. Oficio 14.30.00.203/19 del 05.06.2019. Instruye respecto a la adopción de los procedimientos de denuncia ante hechos constitutivos de delitos y al resguardo de los antecedentes o medios de prueba, derivados al Ministerio Público.

GENDARMERÍA DE CHILE. Oficio 14.30.00.171/19 del 13.05.2019. Instruye respecto a la obligación de denuncia y acciones a favor de víctimas y testigos de hechos constitutivos de delitos ocurridos en recintos a cargo de Gendarmería de Chile.

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho procesal penal chileno. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

LETELIER, Raúl. Garantías penales y sanciones administrativas. *Revista Política Criminal*, v. 12, n. 24, 2017, pp. 622-689. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200622>

MEARS, Daniel; COCHRAN, Joshua & CULLEN, Francis. Incarceration heterogeneity and its implications for assessing the effectiveness of imprisonment on recidivism. *Criminal Justice Policy Review*, 2014, pp. 1–22. <https://10.1177/0887403414528950>

MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. FISCALÍA NACIONAL. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DERECHOS HUMANOS. Guía de diligencias investigativas. violencia institucional, muertes potencialmente ilícitas y desaparición forzada de personas. 2024. http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/Diligencias_Investigativas.pdf

NASH, Claudio. *Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile: análisis y propuestas desde una perspectiva de derechos humanos*. Santiago: Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2013. <https://bibliotecadigital.indh.cl/server/api/core/bitstreams/92035d37-af62-49f1-bc77-f1e57936913c/content>

NUNEZ, Raúl y CORREA, Claudio. La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno: algunos

problemas. *Ius et Praxis*, 2017, v. 23, n. 1, pp. 195-246. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000100007>

OLIVER, Guillermo. Facultades autónomas de la policía en el sistema procesal penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 51, 2018, pp. 35-67. <https://doi.org/10.4067/s0718-68512018005000101>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2022). https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/2022-06-29/Istanbul-Protocol_Rev2_EN.pdf

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Protocolo de Minnesota. Sobre la investigación de muertes potencialmente ilícitas (2016). https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/MinnesotaProtocol_SP.pdf

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. Reglas Nelson Mandela (2015).

POLICÍA DE INVESTIGACIONES. Primeras diligencias. Instrucciones Generales Delitos de robo y diligencias comunes a todos los ilícitos. https://www.pdichile.cl/docs/default-source/default-document-library/primeras-diligencias5eachb9479a6940f592c703d7b9bb43d8.pdf?sfvrsn=a6984eed_2

SANTORSO, Simone & RIZZUTI, Alice. A critical analysis of the police-prison collaboration in contrasting organised crime groups. *CRIMRXIV*. Preprints + Working papers. 2024. <https://10.21428/cb6ab371.16567c86>

STIPPEL, Jörg. *Cárcel, derecho y política*. Santiago: LOM, 2013.

VALINO, Almudena. Reflexiones acerca de la viabilidad de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos en los centros penitenciarios españoles. *Ius et Praxis*, v. 26, n. 2, pp. 219-231, 2020. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000200219>

Authorship information

Jörg Alfred Stippel. Doctor en Derecho, Universidad de Bremen. Docente e Investigador de la Universidad Central de Chile. jorg.stippel@ucentral.cl

Paula Medina González. Magíster en Criminología, Universidad Central de Chile; Magíster en Métodos para la Investigación Social, Universidad Diego Portales. Docente e Investigadora de la Universidad Central de Chile. pmedinag@ucentral.cl

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: Agradecemos a la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile (ANID), por el financiamiento al proyecto del cual forma parte este artículo: Proyecto Fondecyt Regular N° 1211531: “Persecución penal de delitos intracarcelarios y la protección de sus víctimas y testigos en Chile: características y factores que inciden en su eficacia y calidad” (2021- 2023).

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Jörg Alfred Stippel:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Paula Medina González:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 20/11/2024
- Desk review and plagiarism check: 01/12/2024
- Review 1: 20/12/2024
- Review 2: 25/12/2024
- Preliminary editorial decision: 30/12/2024
- Correction round return: 18/01/2025
- Final editorial decision: 10/02/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

STIPPEL, Jörg A.; MEDINA GONZÁLEZ, Paula. Primeras diligencias en la investigación de delitos intracarcelarios en Chile: confusión de roles, prueba ilícita y desprotección a víctimas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 1, e1124, jan./abr. 2025. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i1.1124>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

