



Revista  
Brasileira de  
**Direito  
Processual  
Penal**

Volume 6 - Nº 01 - jan./abr. 2020

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1>

*Dossiê "Reformas da Investigação Preliminar  
e a Investigação Defensiva no Processo Penal"*



IBRASPP

## EXPEDIENTE / MASTHEAD

---

### EDITORES-CHEFES / EDITORS-IN-CHIEF

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

Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos (Instituto Brasiliense de Direito Público - Brasília/DF, Brasil; Universidade Estadual de Goiás – Goiânia/GO, 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, Italia)

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

Prof. Dra. Marta Saad (Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, Brasil)

### EDITORES-ASSISTENTES / ASSISTANT-EDITORS

Prof. Me. Rafael de Deus Garcia (Universidade de Brasília – Brasília/DF, Brasil)

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus (Universidade Estadual do Maranhão – São Luís/MA, Brasil)

### CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

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

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

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

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

Prof. Dr. Juan Montero Aroca, Universidad de Valencia, España  
Prof. Dra. Livia Giuliani, Università degli Studi di Pavia, Italia  
Prof. Dra. Lorena Bachmaier Winter, Universidad Complutense de Madrid, España  
Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente, Universidade Autônoma de Lisboa, Portugal  
Prof. Dr. Máximo Langer, University of California, United States  
Prof. Dr. Michele Caianiello, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Italia  
Prof. Dr. Paolo Ferrua, Università degli Studi di Torino, Italia  
Prof. Dr. Rafael Hinojosa Segovia, Universidad Complutense de Madrid, España  
Prof. Dr. Raúl Cervini, Universidad Católica de Uruguay, Uruguay  
Prof. Dr. Renzo Orlandi, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Italia  
Prof. Dr. Rui Cunha Martins, Universidade de Coimbra, Portugal  
Prof. Dr. Stefano Ruggeri, Università degli Studi di Messina, Italia  
Prof. Dra. Teresa Armenta Deu, Universidad de Girona, España  
Prof. Dra. Vania Patané, Università degli Studi di Catania, Italia

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

Acacio Miranda da Silva Filho (Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, Distrito Federal, Brasil)  
Alexandre Morais da Rosa (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil)  
Alexandre Ribas de Paulo (Universidade Estadual de Maringá/PR, Brasil)  
Américo Bedê Freire Júnior (Faculdade de Direito de Vitória - Vitória/ES, Brasil)  
Ana Cláudia Carvalho Salgueiro (Universidade de Coimbra/Portugal)  
Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca/Espanha)  
André Ferreira de Oliveira (Universidade de Coimbra/Portugal)  
Antonio Henrique Graciano Suxberger (Centro Universitário de Brasília - Brasília, DF, Brasil)  
Antonio Martínez Santos (Universidad Francisco de Vitoria - Madrid, Espanha)  
Antonio Pedro Melchior (Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil)  
Antônio Vaz de Castro (Universidade de Coimbra/Portugal)  
Camilin Marcie de Poli (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS, Brasil)  
Camilla Marcondes Massaro (Pontifícia Universidade Católica de Campinas - Campinas/SP, Brasil)

Carolina Costa Ferreira (Instituto Brasileiro de Direito Público - Brasília, Distrito Federal, Brasil)

Chiavelli Facenda Falavigno (Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis/SC, Brasil)

Cleopas Isaías Santos (Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, Distrito Federal, Brasil)

Diego Nunes (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil)

Dyellber Oliveira Araújo (Universidade de Coimbra/Portugal)

Eduardo Saad-Diniz (Universidade de São Paulo - Ribeirão Preto/SP, Brasil)

Fábio Presoti (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG, Brasil)

Fábio Ramazzini Bechara (Mackenzie - São Paulo/SP, Brasil)

Fauzi Hassan Choukr (Faculdades de Campinas - Campinas, São Paulo, Brasil)

Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro (Universidade Católica de Salvador - Salvador/BA, Brasil)

Fernanda Regina Vilares (Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - GVLaw - São Paulo, São Paulo, Brasil)

Flavia Siqueira (Universidade Presbiteriana Mackenzie - Campinas, São Paulo, Brasil)

Flávio da Silva Andrade (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil)

Francisco Geraldo Matos Santos (Universidade Federal do Pará, Belém, Pará, Brasil)

Gilvarado Pereira de França Filho (Universidade de Coimbra, Portugal)

Guilherme Brenner Lucchesi (Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil)

Gustavo de Carvalho Marin (Universidade Estadual de Minas Gerais - Ituiutaba, Minas Gerais, Brasil)

Gustavo Noronha de Ávila (Universidade Estadual de Maringá, Maringá, Paraná, Brasil)

Izabel Saenger Nuñez (Universidade Federal Fluminense, Programa de Pós Graduação em Antropologia, Niterói, Rio de Janeiro, Brasil)

Janaina Roland Matida (Universitat de Girona / Espanha)

Jéssica Oníria Ferreira de Freitas (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG, Brasil)

João Paulo Orsini Martinelli (Instituto de Direito Público - São Paulo/SP, Brasil)

João Rafael de Oliveira (Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, Distrito Federal, Brasil)

Jônica Marques Coura Aragão (Universidade Federal de Campina Grande, Paraíba, Brasil)

José de Assis Santiago Neto (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG, Brasil)

Juliana Tonche (Universidade de São Paulo - São Paulo, São Paulo, Brasil)

Karolina Kremens (Uniwersytet Wrocławski - Poland)

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

Lorenzo Bujosa Vadell (Universidad de Salamanca/Espanha)

Marcella Alves Mascarenhas Nardelli (Universidade Federal de Juiz de Fora - Juiz de Fora, Minas Gerais, Brasil)

Marcus Alan Gomes (Universidade Federal do Pará - Belém, Pará, Brasil)

Natalia Pérez Rivas (Universidad de Santiago de Compostela, Espanha)

Patrick Cacicedo (Universidade de São Paulo - São Paulo, São Paulo, Brasil)

Paulo Thiago Fernandes Dias (Universidade do Vale do Rio dos Sinos - São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil)

Pedro Lima Marcheri (Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium - Lins, São Paulo, Brasil)

Raphael Boldt de Carvalho (Faculdade de Direito de Vitória - Vitória, Espírito Santo, Brasil)

Raquel Preciosa Tomás Cardoso (Universidade de Coimbra/Portugal)

Renato Stanziola Vieira (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP, Brasil)

Ricardo Sontag (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG, Brasil)

Rodrigo Grazinoli Garrido (Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Católica de Petrópolis, Rio de Janeiro, Brasil)

Salah Khaled Jr. (Fundação Universidade de Rio Grande - Rio Grande, Rio Grande do Sul, Brasil)

Soraia da Rosa Mendes (Universidade Federal de Goiás - Goiânia/GO, Brasil)

Teresa Lancry Robalo (Universidade de Macau, Macau)

Thiago Bottino do Amaral (Fundação Getúlio Vargas - Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

Thiago Miranda Minagé (Estácio de Sá - Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil)

Walter Bittar (Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Londrina/PR, Brasil)

William Ceconello (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS, Brasil)

Wojciech Jasiński (Uniwersytet Wrocławski - Poland)

**AUTORES DE ARTIGOS ORIGINAIS (DESTE NÚMERO) /  
AUTHORS OF ORIGINAL ARTICLES (IN THIS NUMBER)**

Álice Lira-Cardoso (Universidade Federal da Paraíba - João Pessoa/  
Paraíba, Brasil)

Amanda Assis Ferreira (Centro Universitário Tiradentes – Maceió, Alagoas, Brasil)  
André Rocha Sampaio (Centro Universitário Tiradentes – Maceió, Alagoas, Brasil)  
Anna Carolina Canestraro (Universidade de Coimbra – Coimbra, Portugal)  
Antonio Eduardo Ramires Santoro (Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ; Universidade Católica de Petrópolis – Petrópolis/RJ, Brasil)  
Bruno Cavalcante Leitão Santos (Centro Universitário CESMAC e Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Maceió – Maceió/AL, Brasil)  
Carmen Walentina Amorim Gaudêncio Bezerra (Universidade Federal da Paraíba - João Pessoa/Paraíba, Brasil)  
Delia Magherescu (Gorj Bar Association – Romênia)  
Felipe Costa Laurindo do Nascimento (Universidade Federal de Alagoas – Maceió/AL, Brasil)  
Francisco de Assis de França Júnior (Universidade de Coimbra/Portugal)  
Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Jr. (Universidade Federal do Paraná – Curitiba, Paraná, Brasil)  
Franklyn Roger Alves Silva (Universidade Cândido Mendes - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)  
Gabriella Medeiros Silva (Universidade Federal da Paraíba - João Pessoa/Paraíba, Brasil)  
Livia Yuen Ngan Moscatelli (Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, Brasil)  
Lizandra Monteiro Ciraulo (Universidade Federal da Paraíba - João Pessoa/Paraíba, Brasil)  
Luiz Fernando Kazmierczak (Universidade Estadual do Norte do Paraná – Jacarezinho, Paraná, Brasil)  
Marcelo Herval Macêdo Ribeiro (Universidade Federal de Alagoas – Maceió, Alagoas, Brasil)  
Matheus Arcangelo Fedato (Universidade Estadual do Norte do Paraná – Jacarezinho, Paraná, Brasil)  
Maria Dolores Ramirez Benavente (Universidad de Córdoba – España)  
Nicolás Omar Vargas (Universidad Nacional de Lanús – Lanús/Argentina)  
Rafael Ayala Yance (Universidad Alas Peruanas – Perú)  
Rodrigo Régnier Chemim Guimarães (Universidade Positivo – Curitiba/PR, Brasil)  
Sarah Gonçalves Ribeiro (Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – Curitiba/PR, Brasil)  
Thiago Pinto Siqueira Campos (Universidade Federal da Paraíba - João Pessoa/Paraíba, Brasil)  
Túlio Felipe Xavier Januário (Universidade de Coimbra – Coimbra, Portugal)

# Sumário

## Table of contents

### **11** *Editorial*

- 13 Editorial – Autoria e coautoria de trabalhos científicos: discussões sobre critérios para legitimação de coautoria e parâmetros de integridade científica

*Editorial – Authorship and co-authorship of scientific manuscripts: discussions about criteria for legitimation of co-authorship and parameters of scientific integrity*

**Vinicius Gomes de Vasconcellos**

### **27** *Dossiê:*

***Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal***

*Reforms in criminal investigation and defensive investigation in criminal procedure*

- 29 Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” - Investigação preliminar: desafios e perspectivas

*Editorial of dossier “Reforms in criminal investigation and defensive investigation in criminal procedure” – Preliminary investigation: challenges and perspectives*

**Marta Saad**

- 41 A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal

*Criminal Defense Investigation – instrument to improve the evidence debate in the criminal procedure*

*L'indagine difensiva – strumento di qualificazione del dibattito probatorio nella procedura penale*

**Franklyn Roger Alves Silva**

- 81 A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato
- The imbrication between maxiprocesses and cooperation agreement: the displacement of the information center to the preliminary investigation in "Lava Jato Operation"*
- Antonio Eduardo Ramires Santoro**
- 117 Achieving Defense by Means of Forensic Science During the Criminal Proceedings in Romania
- La fundamentación de la defensa por medio de las ciencias forenses en el marco del procedimiento penal en Rumanía*
- Delia Magherescu**
- 147 A introdução do juiz das garantias no Brasil e o inquérito policial eletrônico
- The introduction of the guarantee judge in Brazil and the electronic police inquiry*
- Rodrigo Régner Chemim Guimarães**  
**Sarah Gonçalves Ribeiro**
- 175 A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL
- The influence of elements of information of police investigation on the motivation of condemnatory criminal sentence: an analysis of the decisions pronounced by criminal courts of Maceió/AL*
- André Rocha Sampaio**  
**Marcelo Herval Macêdo Ribeiro**  
**Amanda Assis Ferreira**
- 211 Aspectos críticos da expansão das possibilidades de recursos tecnológicos na investigação criminal: a inteligência artificial no âmbito do sistema de controle e de punição
- Critical aspects of expansion of the possibilities of technological resources in criminal research: artificial intelligence within the control and punishment system*
- Francisco de Assis de França Júnior**  
**Bruno Cavalcante Leitão Santos**  
**Felipe Costa Laurindo do Nascimento**



- 247 Avaliação psicológica de agressores sexuais no contexto brasileiro: instrumentos e perspectivas  
*Psychological assessment of sexual offenders in the Brazilian context: instruments and perspectives*  
**Álice Lira-Cardoso**  
**Gabriella Medeiros Silva**  
**Thiago Pinto Siqueira Campos**  
**Lizandra Monteiro Ciraulo**  
**Carmen Walentina Amorim Gaudêncio Bezerra**
- 283 Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas  
*Corporate defensive investigation: a study of the Provision 188/2018 of the Brazilian Bar Association's Federal Council*  
**Anna Carolina Canestraro**  
**Túlio Felipe Xavier Januário**
- 329 La producción de prueba de descargo por parte de la defensa en el proceso penal en Argentina durante la etapa de instrucción o investigación. Un análisis comparativo entre procesos inquisitivos y acusatorios  
*Defendant's proof production in criminal law in Argentina during the investigation stage. A comparative analysis between inquisitorial and adversarial systems*  
**Nicolás Omar Vargas**
- 361 Considerações sobre a confissão e o método **Reid** aplicado na investigação criminal  
*Considerations of confessions and the Reid Technique applied to criminal investigation*  
**Livia Yuen Ngan Moscatelli**
- 395** ***Fundamentos de Direito Processual Penal***  
***Fundamentals of Criminal Procedure***
- 397 La influencia de las nuevas tecnologías en la documentación del proceso penal español  
*The influence of new technologies in the Spanish criminal procedure documentation*  
**Maria Dolores Ramirez Benavente**

**421** *Persecução penal: investigação, juízo oral e etapa recursal*  
*Criminal prosecution: investigation, public oral trial and appeal*

- 423 O regime jurídico do juízo de admissibilidade dos recursos criminais dirigidos aos Tribunais Superiores conforme o CPC/2015  
*The legal regulation applicable to the admissibility of criminal appeals to Superior Courts according to the CPC/2015*  
**Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Jr.**

**451** *Teoria da Prova Penal*  
*Criminal evidence theory*

- 453 Credibilidad testimonial del testigo en el proceso penal  
*Witness testimonial credibility in criminal proceedings*  
**Rafael Ayala Yancce**

**481** *Medidas cautelares*  
*Preventive measures*

- 483 Prisão cautelar, argumentação e proporcionalidade: uma proposta para a fundamentação das decisões judiciais  
*Pretrial detention, reasoning and proportionality: a proposal for the justification of judicial decisions*  
**Matheus Arcangelo Fedato**  
**Luiz Fernando Kazmierczak**

# **Editorial**





# Editorial – Autoria e coautoria de trabalhos científicos: discussões sobre critérios para legitimação de coautoria e parâmetros de integridade científica


*Editorial – Authorship and co-authorship of scientific manuscripts: discussions about criteria for legitimation of co-authorship and parameters of scientific integrity*

**Vinicius Gomes de Vasconcellos<sup>1</sup>**

Universidade Estadual de Goiás, Goiânia, Goiás, Brasil  
Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, Distrito Federal, Brasil  
vinicius.vasconcellos@ueg.br

 [lattes.cnpq.br/9628659956663949](https://lattes.cnpq.br/9628659956663949)

 [orcid.org/0000-0003-2020-5516](https://orcid.org/0000-0003-2020-5516)

 [publons.com/a/1174099/](https://publons.com/a/1174099/)

---

**RESUMO:** Este trabalho pretende analisar a temática da autoria e coautoria de artigos científicos, especialmente em relação ao campo do Direito. Basicamente, almeja-se responder: quando um pesquisador pode, legitimamente, ser indicado como coautor de um artigo científico? Trata-se de questão pertinente, tendo em vista os impactos acadêmicos, sociais e econômicos da definição de autoria, além da importância em termos de responsabilização e integridade da produção científica. Assim, serão analisados os critérios de coautoria e as diretrizes básicas sobre a temática.

**PALAVRAS-CHAVE:** editorial; coautoria; integridade científica; autoria honorária; autoria fantasma; editoração.

---

<sup>1</sup> 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 permanente do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP/DF (mestrado/doutorado). Professor efetivo da Universidade Estadual de Goiás. Editor-chefe da *RBDPP*. Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal.

**ABSTRACT:** *This paper aims to analyze the theme of authorship and co-authorship of scientific articles, especially in relation to Law field of knowledge. Basically, its aim is to answer: when can a researcher legitimately be nominated as coauthor of a scientific paper? This is a pertinent issue, considering the academic, social and economic impacts of the definition of authorship, as well as its importance in terms of accountability and integrity of scientific production. Thus, it will analyze the co-authorship conditions and the basic standards on the subject.*

**KEY-WORDS:** *editorial; co-authorship; scientific integrity; gift authorship; ghost authorship; editing.*

---

As tendências contemporâneas de ampliação da pressão sobre pesquisadores por aumento de produtividade, do número de publicações e do impacto<sup>2</sup> acarretam diversas consequências ao campo científico e, sem dúvidas, o Direito não passaria imune por tal cenário. O fenômeno do *publish or perish* finda por causar tensões diversas, como fragilizações em questões de integridade científica e ética na publicação de trabalhos acadêmicos.<sup>3</sup> Diante disso, o papel do periódico científico e a atuação de editores e avaliadores se sobressaem em importância para tentar verificar e conter eventuais práticas abusivas.<sup>4</sup>

Assim, questão que tem atraído atenção se relaciona com o aumento do número de artigos publicados em coautoria, em outras áreas

---

<sup>2</sup> Sobre impacto e possíveis distinções para a sua verificação na área do Direito e do processo penal, ver: CAPPARELLI, Bruna; GIACOMOLLI, Nereu J. Editorial: A avaliação do Impact Factor na publicação científica de Direito Processual Penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 789-806, set./dez. 2017.

<sup>3</sup> WINCK, J.C.; WEDZICHA, J.A.; FONSECA, J.A.; AZEVEDO, L.F. To publish or perish: how to review a manuscript. *Revista Portuguesa de Pneumologia*, vol. 17, n. 2, p. 96-103, 2011.

<sup>4</sup> Sobre isso: 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*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 9-17, jan./abr. 2017; MINORELLI, Lucas; SILVA, Willians M. Publicações em periódicos de ciências criminais no Brasil: uma perspectiva de editores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1009, p. 359-381, nov. 2019

do conhecimento, mas também no Direito.<sup>5</sup> Trata-se de problemática extremamente pertinente em editoração e integridade científica, tendo em vista o estabelecimento de regras e critérios para verificação e legitimação da coautoria. Basicamente, almeja-se responder: quando um pesquisador pode, legitimamente, ser indicado como coautor de um artigo científico?

Na prática editorial, relatam-se casos de abusos e violações à integridade científica.<sup>6</sup> Normalmente, cita-se o costume de inclusão de “autores honorários”, que não contribuíram efetivamente com a pesquisa e não deveriam ser ali indicados.<sup>7</sup> Há também casos de “autoria fantasma”, em que aquele pesquisador que efetivamente realizou o estudo não é indicado como autor.<sup>8</sup> Diante das demandas por produtividade, também se noticiam situações de “trocas de favores”, em que pesquisadores se colocam mutuamente em trabalhos realizados de modo individual.

Sem dúvidas, tal questão se relaciona com diversos aspectos da produção do conhecimento científico, pois autoria garante o reconhecimento e a certificação pelo trabalho desenvolvido, possuindo importantes reflexos acadêmicos, sociais e financeiros, além de determinar a responsabilidade e a possibilidade de controle sobre o artigo publicado. Assim, órgãos internacionais de integridade científica, como o *Committee on Publication Ethics* (COPE), o *International Committee of Medical Journal Editors* (ICMJE) e a Scielo, recomendam que os periódicos adotem políticas públicas e transparentes sobre coautoria e, inclusive, solicitem

---

<sup>5</sup> CONCEIÇÃO, Maria Inês G. Editorial: os colaboradores em um artigo científico. *Psicologia: teoria e pesquisa*, Brasília, v. 24, n. 2, p. iii-iv, abr./jun. 2008. p. iii.

<sup>6</sup> REGO, Sergio. Índice H, Autoria e Integridade na Produção Científica. *Revista Brasileira de Educação Médica*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 2, p. 189-190, abr./jun. 2010. p. 190; KROKOSZ, Marcelo. Autoria na redação científica. *Informação & Informação*, Londrina, v. 20, n. 1, p. 319-333, jan./abr. 2015. p. 327-328.

<sup>7</sup> PETROIANU, Andy. Critérios para autoria de um trabalho científico. *DST - Jornal brasileiro de doenças sexualmente transmissíveis*, v. 24, n. 2, p. 99-103, 2012. p. 102.

<sup>8</sup> DONATO, Helena. Autoria na publicação científica. *Revista da Sociedade Portuguesa de Medicina Física e Reabilitação*, v. 25, n. 1, p. 8-10, 2014. p. 8.

aos autores declarações de integridade em coautoria e especificação de contribuições de cada coautor.<sup>9</sup>

Há revistas que objetivamente definem um número máximo de coautores, como três ou cinco. Na área de ciências criminais, pode-se verificar o tratamento da matéria em dois periódicos de referência.<sup>10</sup> Atualmente, a RBCCRIM não possui regra sobre limitação de coautores.<sup>11</sup> Já a REC limita em 3 autores por artigo, sem previsão de exceções.<sup>12</sup>

Por outro lado, há periódicos que adotam um critério qualitativo, com a verificação da atenção aos requisitos de coautoria de cada pesquisador indicado, conforme as atividades desempenhadas na pesquisa. Nesse sentido, inicialmente devemos descrever, brevemente, as principais funções/atividades desempenhadas por um pesquisador no desenvolvimento de um trabalho científico (artigo, TCC, dissertação, tese). Para tanto, será utilizada como base a terminologia sugerida pelo Projeto CREDIT (Contributor Roles Taxonomy)<sup>13</sup> do CASRAI,<sup>14</sup> atualmente recomendada pela Scielo.

<sup>9</sup> COPE. *Documento de discussão: Autoria*. Disponível em: <[https://publicationethics.org/files/COPE\\_DD\\_A4\\_Authorship\\_SEPT19\\_SCREEN\\_AW.pdf](https://publicationethics.org/files/COPE_DD_A4_Authorship_SEPT19_SCREEN_AW.pdf)>. Acesso em: 23 dez. 2019; Disponível em: <<http://www.icmje.org/recommendations/browse/roles-and-responsibilities/defining-the-role-of-author-s-and-contributors.html>>. Acesso em: 23 dez. 2019; SCIELO. *Critérios Scielo Brasil*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/avaliacao/Criterios%20SciELO%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

<sup>10</sup> Sobre isso, em revistas da área da Saúde, ver: MONTEIRO, Rosângela; JATENE, Fabio B.; GOLDENBERG, Saul; POBLACIÓN, Dinah A.; FELLIZZON, Rosely F. Critérios de autoria em trabalhos científicos: um assunto delicado e polêmico. *Revista Brasileira de Cirurgia Cardiovascular*, v. 19, n. 4, p. III-VIII, 2004.

<sup>11</sup> Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/rbccrim\\_normas\\_publicacao](https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao)>. Acesso em: 23 dez. 2019

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://www.itecrs.org/edicoes/regras>>. Acesso em: 23 dez. 2019

<sup>13</sup> Disponível em: <<https://casrai.org/credit/>>. Acesso em 23 dez. 2019. Sobre isso: BRAND, Amy; ALLEN, Liz; ALTMAN, Micah; HLAVA, Marjorie; SCOTT, Jo. Beyond authorship: attribution, contribution, collaboration, and credit. *Learned Publishing*, v. 28, n. 2, p. 151-155, 2015.

<sup>14</sup> Trata-se de projeto que almeja padronizar e uniformizar informações relacionadas à pesquisa científica. Sobre isso, ver: <<https://casrai.org/about>>. Acesso em 23 dez. 2019.



Conceptualização (Conceptualization)	Ideias; formulação ou aprimoramento das metas e objetivos relevantes da pesquisa.
Organização de dados (Data curation)	Administração de atividade para anotar (produzir dados), limpar dados e manter os dados da pesquisa (incluindo programação de software, quando necessário para interpretar os próprios dados) para uso inicial ou posterior reúso.
Análise formal (Formal Analysis)	Aplicação de técnicas de estatística, matemática ou computacionais, além de outras técnicas formais para analisar e sistematizar os dados de estudo.
Obtenção de financiamento (Funding acquisition)	Obtenção de suporte financeiro para o projeto principal da publicação.
Pesquisa (Investigation)	Realizar a pesquisa e o processo de investigação, especificamente com a execução dos experimentos, ou coleta de dados e provas.
Metodologia (Methodology)	Desenvolvimento ou desenho da metodologia, criação de modelos.
Administração do projeto (Project administration)	Administração e coordenação para o planejamento e execução da atividade de pesquisa.
Recursos (Resources)	Concessão de materiais, reagentes, pacientes, amostra de laboratório, animais, instrumentos, recursos de computador ou outras ferramentas de análise.
Software	Programação, desenvolvimento de software; design de programas de computador; implementação de códigos de computador ou algoritmos de suporte; teste de códigos já existentes.
Supervisão (Supervision)	Supervisão e responsabilidade de liderança sobre a atividade de planejamento e execução da pesquisa, incluindo guia por mentor externo à equipe principal.
Validação (Validation)	Verificação, tanto como parte da atividade ou separadamente, sobre a replicação e reprodutibilidade dos resultados e experimentos ou outras implicações da pesquisa.

Visualização (Visualization)	Preparação, criação e/ou apresentação do trabalho publicado, especificamente visualização e apresentação de dados.
Redação – manuscrito original (Writing – original draft)	Preparação, criação ou apresentação do trabalho publicado, especificamente redação do manuscrito original (incluindo tradução)
Redação – revisão e edição (Writing – review & editing)	Preparação, criação ou apresentação do trabalho publicado por membros do grupo de pesquisa original, especificamente revisão crítica, comentários e correção, incluindo fases de pré ou pós-publicação.

Tabela desenvolvida a partir de tradução livre dos conceitos e definições apresentados pelo CRediT da CASRAI. Disponível em: <<https://casrai.org/credit/>>. Acesso em 23 dez. 2019.

Conforme orientações indicadas por Scielo, os dois critérios mínimos de autoria são: “a. Participar ativamente da discussão dos resultados; b. Revisão e aprovação da versão final do trabalho”.<sup>15</sup> Em âmbito internacional, costuma-se adotar os parâmetros definidos pelo International Committee of Medical Journal Editors (ICMJE), que indica os seguintes papéis mínimos para autorizar a listagem do pesquisador como autor do artigo: “1) contribuições substanciais na concepção e projeto da pesquisa; ou coleta, análise e interpretação de dados para o trabalho, e; 2) redação do artigo ou revisão crítica com contribuições intelectuais relevantes; 3) aprovação final da versão para ser publicada, e; 4) consentimento em ser responsabilizado por todos os aspectos do trabalho ao assegurar que questões relacionadas à precisão e à integridade de qualquer parte do trabalho estão devidamente investigadas e resolvidas”.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Disponível em: <<http://www.scielo.br/avaliacao/Criterios%20SciELO%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

<sup>16</sup> Disponível em: <<http://www.icmje.org/recommendations/browse/roles-and-responsibilities/defining-the-role-of-authors-and-contributors.html>>. Acesso em: 23 dez. 2019 (tradução livre). Nos termos lá indicados: “Destaca-se que esses critérios não são destinados a dolosamente excluir colegas que poderiam atender aos critérios de autoria por meio de denegação de oportunidade para cumprir os requisitos 2 e 3. Assim, recomenda-se que todos os

Ou seja, pensa-se que, para poder ser considerado coautor do trabalho, o pesquisador não precisa necessariamente atuar em todas as funções e etapas indicadas na tabela acima, mas deve cumprir requisitos básicos de atuação no sentido de: 1) contribuir efetivamente com a pesquisa (a) em sua concepção ou desenvolvimento, e (b) em sua redação ou revisão crítica; 2) aprovar a versão final do artigo e concordar com as ideias sustentadas; e, 3) responsabilizar-se por garantir a integridade da pesquisa e do artigo em sua totalidade.

Portanto, existem casos em que o pesquisador pode contribuir para a pesquisa, mas não de modo suficiente a ser considerado como coautor. Nesse sentido, costuma-se citar exemplos de atividades que, embora comuns, por si só (sem outras contribuições), não qualificam o pesquisador como coautor: obtenção de financiamento, supervisão geral do grupo de pesquisa ou apoio administrativo geral, revisão técnica e gramatical, diagramação e revisão final.<sup>17</sup> Além disso, outra função que costuma gerar certas imprecisões é aquela desempenhada pelo tradutor, que, embora realize tarefa extremamente complexa e relevante, não é exclusivamente por isso caracterizado como coautor.

Sem dúvidas, uma das questões que gera maiores discussões diz respeito à *inclusão do/a orientador/a como coautor*. Aqui há diversas visões distintas entre culturas nas diferentes áreas do conhecimento, além de fortes discussões dentro do próprio campo do Direito. Primeiramente, o problema se coloca, por óbvio, quando o/a orientador/a publica juntamente ao aluno algum resultado ou parte da pesquisa realizada pelo orientando. Se houver uma pesquisa conjunta, em um tema estudado por ambos, caracteriza-se a coautoria conforme os critérios e requisitos acima.

Agora, por outro lado, as atividades inerentes à “orientação”, por si sós, não parecem ser suficientes para autorizar a inclusão do orientador como coautor da pesquisa realizada pelo aluno. E prova cabal disso é o fato de que, por óbvio, nem sempre o orientador irá concordar totalmente

---

pesquisadores que atenderem ao primeiro requisito, tenham a oportunidade de cumprir com as funções 2 e 3” (tradução livre).

<sup>17</sup> De modo semelhante: <<http://www.icmje.org/recommendations/browse/roles-and-responsibilities/defining-the-role-of-authors-and-contributors.html>>. Acesso em: 23 dez. 2019 (tradução livre).

com a tese sustentada pelo orientando. Nesse caso, o orientador, embora assim tenha atuado ao desempenhar as atividades inerentes a uma correta “orientação”, não poderá ser indicado como coautor de uma tese com a qual não concorda.

Portanto, pensa-se que a orientação entre professor e aluno não é critério suficiente para coautoria. Não se quer dizer que o/a orientador/a nunca pode ser coautor de trabalho em conjunto com o orientando, mas, nesse caso (como em todos os outros), deve-se cumprir com os requisitos mínimos para configuração de coautoria acima expostos. Basicamente, o/a orientador/a deve “colocar a mão na massa” e efetivamente contribuir com a pesquisa e a redação/revisão do artigo, ou com a adaptação do trabalho para o formato de artigo, com revisões críticas concretas.

Em relação às pessoas que não cumprirem com os critérios mínimos para autoria, mas contribuíram com a pesquisa, deve-se reconhecer e agradecer tais funções no item de “agradecimentos” no artigo, normalmente ao final ou em nota de rodapé inicial.<sup>18</sup> Ali devem ser indicados também os financiamentos que foram fornecidos à pesquisa, como eventuais bolsas e projetos. Deve-se ressaltar que a inclusão de nomes no item de agradecimentos precisa ser informada e expressamente autorizada pelo pesquisador a quem se pretende citar. Trata-se de medida fundamental para assegurar o consentimento de quem é mencionado no artigo, visto que tal ato pode ocasionar certo comprometimento com o papel indicado em tal agradecimento.

A ordem de indicação dos nomes dos coautores na lista também é objeto de debates, pois há distintas interpretações sobre a importância do primeiro e do último nome.<sup>19</sup> Em regra, pensa-se que a ordem deve refletir a relevância das contribuições de cada autor para a pesquisa, da

---

<sup>18</sup> CONCEIÇÃO, Maria Inês G. Editorial: os colaboradores em um artigo científico. *Psicologia: teoria e pesquisa*, Brasília, v. 24, n. 2, p. iii-iv, abr./jun. 2008. p. iii.

<sup>19</sup> PETROIANU, Andy. Critérios para autoria de um trabalho científico. *DST - Jornal brasileiro de doenças sexualmente transmissíveis*, v. 24, n. 2, p. 99-103, 2012. p. 99.

maior até a menor.<sup>20</sup> Há quem proponha, por exemplo, pontuação para cada função desempenhada, de modo à listagem refletir tal resultado.<sup>21</sup>

Diante de tais premissas e discussões, a RBDPP adota parâmetros para integridade científica em questões de coautoria em publicações no periódico. Primeiramente, adota-se uma limitação quantitativa ao número de autores em um artigo: “Os trabalhos podem ter, no máximo, três autores. Em casos de pesquisas empíricas e/ou de complexidade ímpar, que necessitem de mais colaboradores, deverá ser enviada motivação, que explique tal situação e indique concretamente a contribuição de cada autor”.<sup>22</sup> Pensa-se que, preliminarmente, a fixação de um número objetivo máximo de autores é recomendada para evitar abusos e más-práticas de um modo abstrato. Contudo, sabe-se que existem casos de pesquisas complexas, especialmente quando envolvem metodologias empíricas e coleta de dados, de modo que em casos justificados há a possibilidade de ampliação do número de autores.

Além da limitação objetiva, a RBDPP também adota parâmetros para descrição qualitativa de coautoria. Nos termos das políticas de integridade para autores: “Quando se tratar da publicação de resultados obtidos por meio de pesquisa coletiva, é preciso certificar-se da contribuição intelectual direta e efetiva e do consentimento de todos os colaboradores. A cessão de recursos financeiros e de infraestrutura não é indicação de coautoria”.<sup>23</sup> Além disso, ali também são reproduzidas orientações do CNPq sobre a temática:

---

<sup>20</sup> MONTENEGRO, Mario R. Autoria e co-autoria: justificativa e desvios. *Jornal Brasileiro de Pneumologia*, v. 25, n. 3, p. 159-162, mai./jun. 1999. p. 160; WITTER, Geraldina Porto. Ética e autoria na produção textual científica. *Informação & Informação*, Londrina, v. 15, n. esp., p. 131-144, 2010. p. 138.

<sup>21</sup> Nesse sentido: PETROIANU, Andy. Critérios para autoria de um trabalho científico. *DST - Jornal brasileiro de doenças sexualmente transmissíveis*, v. 24, n. 2, p. 99-103, 2012.

<sup>22</sup> RBDPP, *Diretrizes para autores*. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/submissions#authorGuidelines>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

<sup>23</sup> RBDPP, *Pressupostos de integridade ética a autores*. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies#-custom-2>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

“16. A inclusão de autores no manuscrito deve ser discutida antes de começar a colaboração e deve se fundamentar em orientações já estabelecidas, tais como as do International Committee of Medical Journal Editors.

17. Somente as pessoas que emprestaram contribuição significativa ao trabalho merecem autoria em um manuscrito. Por contribuição significativa entende-se realização de experimentos, participação na elaboração do planejamento experimental, análise de resultados ou elaboração do corpo do manuscrito. Empréstimo de equipamentos, obtenção de financiamento ou supervisão geral, por si só não justificam a inclusão de novos autores, que devem ser objeto de agradecimento.

18. A colaboração entre docentes e estudantes deve seguir os mesmos critérios. Os supervisores devem cuidar para que não se incluam na autoria estudantes com pequena ou nenhuma contribuição nem excluir aqueles que efetivamente participaram do trabalho. Autoria fantasma em Ciência é eticamente inaceitável.”<sup>24</sup>

Para assegurar a conformidade e a ciência dos autores em relação a tais diretrizes, em caso de artigos em coautoria, a RBDPP solicita a inclusão de *declaração de coautoria* ao final do trabalho para publicação, onde se especificarão as contribuições de cada autor. Trata-se de medida incentivada por órgãos internacionais de integridade científica para que as revistas científicas adotem posturas ativas com o objetivo de evitar más-práticas em questões relacionadas a coautoria.<sup>25</sup> Nesses termos, atualmente insere-se modelo de declaração, que deve ser revisado e complementado pelos autores no momento das rodadas de correções dos artigos aprovados.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> CNPq. Diretrizes básicas para a integridade na atividade científica. Disponível em: <<http://cnpq.br/diretrizes>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

<sup>25</sup> Nesse sentido: <<http://www.icmje.org/recommendations/browse/roles-and-responsibilities/defining-the-role-of-authors-and-contributors.html>>. Acesso em: 23 dez. 2019. Sobre a adoção de tais declarações e da terminologia CRediT Casrai: <<https://blogs.plos.org/plos/2016/07/author-credit-plos-and-credit-update/>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

<sup>26</sup> Sobre as rodadas de correções, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: As rodadas de correções e a carta-resposta do autor à aprovação condicionada – sobre o controle e o aprimoramento dos artigos no processo editorial

No modelo de declaração de coautoria são indicados os seguintes papéis possíveis (que devem ser especificados para cada autor no que for pertinente): projeto e esboço inicial (*conceptualization*), desenvolvimento da metodologia (*methodology*), coleta e análise de dados (*data curation*), levantamento bibliográfico (*investigation*), revisão bibliográfica (*investigation*), redação (*writing – original draft*), participação ativa nas discussões dos resultados (*validation*), revisão crítica com contribuições substanciais (*writing – review and editing*), aprovação da versão final. Adota-se aqui terminologia em conformidade com as definições traçadas no Projeto CREDIT (Contributor Roles Taxonomy)<sup>27</sup> do CASRAI.

Assim, ao final de cada artigo publicado na RBDPP são incluídas declarações de integridade dos autores. Em relação à coautoria, os autores atestam que “todas e somente as pessoas que atendem aos requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade”. Em casos de coautoria, logo após insere-se listagem dos autores, com a especificação de suas contribuições nos termos acima referidos.

Importante perceber que a especificação das contribuições dos autores, nos termos solicitados pela RBDPP, não impõe necessariamente que haja a indicação dos trechos ou capítulos do artigo que foram escritos por cada autor. O que se impõe, em verdade, é a descrição das funções e contribuições de cada indivíduo no processo de desenvolvimento da pesquisa que originou o artigo.

Por fim, vale destacar que a tarefa de definição da listagem de coautores e agradecimentos é função dos pesquisadores envolvidos no trabalho. O periódico científico e sua equipe editorial devem adotar medidas para conscientizar e tentar evitar más-práticas em tal seara, mas não são responsáveis por determinar quem se qualifica ou não à autoria. Em casos de conflitos entre pesquisadores em relação a tais questões, recomenda-se que as instituições a eles vinculadas devam ser responsáveis pela

---

científico. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 757-768, set./dez. 2017.

<sup>27</sup> Disponível em: <<https://casrai.org/credit/>>. Acesso em 23 dez. 2019.

solução e eventual investigação.<sup>28</sup> Nos termos das orientações do COPE, se houver necessidade de alteração da lista de autores após a submissão (adição, exclusão ou alteração da ordem), todos os coautores indicados precisam consentir expressamente e deve haver motivação para tanto.<sup>29</sup>

Portanto, diante de todo o aqui exposto, recomenda-se que os autores, antes da submissão do artigo, conversem especificamente sobre questões de coautoria e tenham consenso sobre: 1) quem vai ser incluído na lista de autores; 2) quais contribuições cada autor realizou no processo de desenvolvimento da pesquisa e do artigo; 3) em qual ordem os autores serão indicados na lista; 4) quem será apontado no item de agradecimentos.

## REFERÊNCIAS

BRAND, Amy; ALLEN, Liz; ALTMAN, Micah; HLAVA, Marjorie; SCOTT, Jo. Beyond authorship: attribution, contribution, collaboration, and credit. *Learned Publishing*, v. 28, n. 2, p. 151-155, 2015. <https://doi.org/10.1087/20150211>

CAPPARELLI, Bruna; GIACOMOLLI, Nereu J. Editorial: A avaliação do Impact Factor na publicação científica de Direito Processual Penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 789-806, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.108>

CONCEIÇÃO, Maria Inês G. Editorial: os colaboradores em um artigo científico. *Psicologia: teoria e pesquisa*, Brasília, v. 24, n. 2, p. iii-iv, abr./jun. 2008. <https://doi.org/10.1590/S0102-37722008000200001>

DONATO, Helena. Autoria na publicação científica. *Revista da Sociedade Portuguesa de Medicina Física e Reabilitação*, v. 25, n. 1, p. 8-10, 2014.

<sup>28</sup> Nesse sentido: <<http://www.icmje.org/recommendations/browse/roles-and-responsibilities/defining-the-role-of-authors-and-contributors.html>>. Acesso em: 23 dez. 2019. Sobre isso, ver: COPE. *Documento de discussão: Autoria*. Disponível em: <[https://publicationethics.org/files/COPE\\_DD\\_A4\\_Authorship\\_SEPT19\\_SCREEN\\_AW.pdf](https://publicationethics.org/files/COPE_DD_A4_Authorship_SEPT19_SCREEN_AW.pdf)>. Acesso em: 23 dez. 2019.

<sup>29</sup> Disponível em: <<https://publicationethics.org/authorship>>. Acesso em: 23 dez. 2019.



KROKOSZ, Marcelo. Autoria na redação científica. *Informação & Informação*, Londrina, v. 20, n. 1, p. 319-333, jan./abr. 2015. <https://doi.org/10.5433/1981-8920.2015v20n1p319>

MINORELLI, Lucas; SILVA, Willians M. Publicações em periódicos de ciências criminais no Brasil: uma perspectiva de editores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1009, p. 359-381, nov. 2019.

MONTEIRO, Rosangela; JATENE, Fabio B.; GOLDENBERG, Saul; POBLACIÓN, Dinah A.; FELLIZZON, Rosely F. Critérios de autoria em trabalhos científicos: um assunto delicado e polêmico. *Revista Brasileira de Cirurgia Cardiovascular*, v. 19, n. 4, p. III-VIII, 2004. <https://doi.org/10.1590/s0102-76382004000400002>

MONTENEGRO, Mario R. Autoria e co-autoria: justificativa e desvios. *Jornal Brasileiro de Pneumologia*, v. 25, n. 3, p. 159-162, mai./jun. 1999.

PETROIANU, Andy. Critérios para autoria de um trabalho científico. *DST - Jornal brasileiro de doenças sexualmente transmissíveis*, v. 24, n. 2, p. 99-103, 2012.

REGO, Sergio. Índice H, Autoria e Integridade na Produção Científica. *Revista Brasileira de Educação Médica*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 2, p. 189-190, abr./jun. 2010. <https://doi.org/10.1590/S0100-55022010000200001>

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*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 9-17, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.34>

VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: As rodadas de correções e a carta-resposta do autor à aprovação condicionada – sobre o controle e o aprimoramento dos artigos no processo editorial científico. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 757-768, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.101>

WINCK, J.C.; WEDZICHA, J.A.; FONSECA, J.A.; AZEVEDO, L.F. To publish or perish: how to review a manuscript. *Revista Portuguesa de Pneumologia*, vol. 17, n. 2, p. 96-103, 2011. [https://doi.org/10.1016/s2173-5115\(11\)70022-7](https://doi.org/10.1016/s2173-5115(11)70022-7)

WITTER, Geraldina Porto. Ética e autoria na produção textual científica. *Informação & Informação*, Londrina, v. 15, n. esp., p. 131-144, 2010. <https://doi.org/10.5433/1981-8920.2010v15nespp131>

### **Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)**

*Agradecimentos (acknowledgement):* Agradeço a Lucas Minorelli, Fayga Bedê e Rogério Borba pela leitura do texto em *preprint* com envio de sugestões e críticas relevantes.

*Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration):* o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste editorial.

*Declaração de autoria (declaration of authorship):* todas e somente as pessoas que atendem aos requisitos de autoria deste editorial estão listadas como autores.

*Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality):* o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

### **COMO CITAR ESTE EDITORIAL:**

VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial – Autoria e coautoria de trabalhos científicos: discussões sobre critérios para legitimação de coautoria e parâmetros de integridade científica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 13-26, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.313>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

**Dossiê:**  
**Reformas da investigação  
preliminar e a investigação  
defensiva no processo penal**

---

*Reforms in criminal  
investigation and defensive  
investigation in criminal procedure*

---




# Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” - Investigação preliminar: desafios e perspectivas


*Editorial of dossier “Reforms in criminal investigation and defensive investigation in criminal procedure” – Preliminary investigation: challenges and perspectives*

**Marta Saad<sup>1</sup>**

Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, Brasil

[martasaad@usp.br](mailto:martasaad@usp.br)

 <http://lattes.cnpq.br/3199855414351538>

 <https://orcid.org/0000-0001-5363-390X>

---

**RESUMO:** Este editorial analisa as funções e finalidades da investigação preliminar e os atos que são praticados nessa fase, provisórios ou definitivos. Cuida da influência desta etapa na ação penal e do exercício do direito de defesa, assim como da investigação defensiva. O editorial dialoga com os autores do dossiê, apresentando os textos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Editorial; investigação preliminar; inquérito policial; direito de defesa; investigação defensiva; investigação interna.

**ABSTRACT:** *The editorial addresses the functions and purposes of the preliminary investigation and the various associated acts, provisional or definitive. It covers the influence of preliminary investigation over criminal prosecution and the exercise of defense in police inquiries as well as through*

---

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Professora Doutora do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi Presidente do IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) e Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Presidente da REDE Ibero-Americana de Advocacia Criminal. Advogada.

*investigations by the defense. The editorial dialogues with the authors of the dossier, introducing the texts.*

**KEYWORDS:** *Editorial; preliminary investigation; police inquiry; right of defense; defensive investigation; internal investigation.*

---

## INTRODUÇÃO

A fase de investigação preliminar foi durante muito tempo esquecida pela doutrina. Poucos eram os trabalhos que se voltavam a analisar a primeira fase da persecução penal, sua importância, dificuldades e desafios. Isso, claro, repercutia na própria prática da atividade, negligenciada e pouco prestigiada.

Nos últimos anos, os dois extremos da persecução penal – a investigação preliminar e a execução penal – têm paulatinamente recebido a importância que lhes é devida. Este dossiê, intitulado “Investigação preliminar: desafios e perspectivas”, vem, portanto, em boa hora.

O motivo para funcionar como coordenadora deste dossiê temático certamente repousa na generosidade da Equipe Editorial da Revista Brasileira de Direito Processual, ao reconhecer algum valor no trabalho relacionado ao assunto que escrevi há mais de quinze anos.

Desde que comecei meus estudos acadêmicos, minha pesquisa se voltou para a primeira fase da persecução penal, notadamente o inquérito policial. Como fruto do meu trabalho de mestrado, publiquei, em 2004, *O direito de defesa no inquérito policial*.<sup>2</sup> Estavam ali ideias que me inquietavam na prática do sistema de justiça criminal, que via no inquérito policial uma etapa de menor importância e, em consequência, mantinha o investigado alheio ao desenrolar da persecução penal.

Muito se caminhou desde então e ver este dossiê temático publicado, com tantas ideias interessantes expostas e exploradas, foi um presente especial, pelo qual publicamente agradeço.

---

<sup>2</sup> SAAD, Marta, *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: RT, 2004.

Aproveito a oportunidade para parabenizar o trabalho primoroso da Equipe Editorial da Revista e, claro, dos autores dos artigos ora publicados, que contribuem com importantes reflexões sobre o tema. Proponho abaixo um diálogo com esses textos, que compõem de maneira orgânica o temário deste dossiê.

## **1. FUNÇÕES E FINALIDADES DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR**

A investigação preliminar, visando a apurar o fato, que aparenta ser ilícito e típico, bem como sua autoria, coautoria e participação, é procedimento prévio, cautelar, realizado no mais das vezes pela polícia judiciária, em inquérito policial, procedimento de natureza administrativa e finalidade judiciária.

Desde a legislação processual de 1871, quando se atribuiu aos delegados de polícia, nos distritos, a incumbência de se proceder imediatamente à coleta de elementos para apuração da infração penal até a chegada dos juízes de direito, competentes para a formação da culpa, reconheceu-se a necessidade de se adotar determinadas medidas de urgência, a fim de que os vestígios da infração não desaparecessem ou se perdessem no tempo.

O inquérito policial reveste-se, assim, de natureza cautelar, no sentido de preservação de eventuais elementos ou meios de prova. A cautelaridade não se confunde, todavia, com eventual provisoriedade que alguns elementos, constantes no inquérito policial, possam ostentar. Há determinados atos do inquérito que se transmitem para o bojo de futura ação penal de forma definitiva, posto que impossíveis de repetição ou renovação, tais como os exames, vistorias e avaliações, a busca e a apreensão, bem ou mal sucedida, o arresto, o sequestro de bens.

Assim, sem perder a natureza cautelar, de preservação do meio de prova, procedendo-se com urgência diante da dificuldade de se obter determinados elementos com o passar do tempo, a cautelaridade ínsita aos atos do inquérito não se confunde com provisoriedade, visto que muitos dos atos acabam transcendendo essa possível característica, convertendo-se de provisórios em permanentes.

Ao lado do atendimento à urgência, a investigação preliminar também surge cautelar no sentido de evitar excessos que a imediatidade

de eventual ação penal poderia trazer à honra e à reputação do envolvido no processo penal.

A função do inquérito policial consiste, portanto, em colher elementos tão logo chegue à autoridade policial a notícia da infração, os quais poderiam desaparecer pela ação do tempo.

A investigação preliminar, além disso, ostenta ainda finalidades de duas ordens. A primeira delas é a de reconstruir o fato investigado, informando e instruindo a autoridade judicial e o acusador, público ou privado. O inquérito policial não é só base para a acusação, mas também para o arquivamento, quando se constata que os elementos de informação lá constantes são falhos quanto ao fato e/ou à autoria, ou porque demonstram que o fato apurado é inexistente ou atípico, ou, ainda, comprovam a existência de causa de exclusão da antijuridicidade ou causa de extinção da punibilidade. Por isso, deve-se também produzir provas em favor do suspeito ou do indiciado.

A segunda finalidade do inquérito é a de ministrar elementos para que o juiz possa se convencer acerca da necessidade ou não se de decretar a prisão preventiva, o arresto e sequestro de bens, a busca e a apreensão, a quebra do sigilo bancário ou telefônico. Serve, portanto, de base para decretação de medidas e provimentos cautelares, no curso do inquérito.

## **2. O QUE SE PRODUZ NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: ATOS PROPRIAMENTE DE INVESTIGAÇÃO E ATOS DE INSTRUÇÃO**

É certo, ainda, que a investigação preliminar abriga não só atos de investigação, mas também atos de instrução criminal, alguns de caráter transitório e outros de caráter definitivo.

Com efeito, a partir da instauração da investigação, inúmeros atos que acarretam restrição a direitos constitucionalmente assegurados podem ser tomados em desfavor do investigado, tais como os decretos de prisão preventiva e temporária, se o inquérito já não tiver se iniciado por meio de flagrante, em nítida restrição ao direito de liberdade.

Pode ainda ter lugar, no curso da investigação preliminar, a decretação de medidas cautelares, como a busca pessoal ou domiciliar, que limita os direitos de inviolabilidade do domicílio, da intimidade e



da vida privada e a integridade física e moral do indivíduo; a apreensão, que pode restringir o direito a liberdade, tutela e curatela, a posse e a propriedade; a decretação do arresto ou sequestro de bens, que limitam a fruição da posse e propriedade; a quebra dos sigilos fiscal e bancário, que atinge a intimidade e a vida privada; a interceptação das comunicações telefônicas, que restringe o sigilo das comunicações; a determinação do indiciamento, que acarreta abalo moral, familiar e econômico; e, pior, ao fim, possível formalização da acusação, com o início da segunda fase da persecução penal, por meio da decisão de recebimento da denúncia, ou queixa.

A respeito das atividades investigativas desenvolvidas na primeira fase, e dos métodos possivelmente empregados, o artigo intitulado “*Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal*”, de Lívia Yuen Ngan Moscatelli, trata de técnicas de investigação. Analisa sua compatibilidade com as garantias processuais asseguradas ao interrogado e com uma investigação epistemicamente qualificada, afastando método de interrogatório que vise a incitar a confissão do suspeito com a utilização do blefe e da manipulação psicológica.

Ainda sobre o que se produz em investigação preliminar, alguns trabalhos deste dossiê tratam da prova técnica ou científica.

Álice Lira Cardos, Gabriella Medeiros Silva, Thiago Pinto Siqueira Campos, Lizanda Monteiro Ciraulo e Carmen Walentina Amorim Gaudêncio Bezerra, no artigo “*Avaliação psicológica de agressores no contexto brasileiro: instrumentos e perspectivas*”, mostram que a avaliação clínica forense, destinada à avaliação de personalidade, risco de violência e reincidência criminal, agressividade, entre outros, carece de escassez científica e metodológica na prática nacional, no tocante à avaliação dos agressores sexuais.

Em “*Achieving defense by means of forensic science during the criminal proceedings in Romania*”, Delia Magherescu mostra que a necessidade de se olhar para a importância da prova técnica nesta fase do procedimento criminal não é um problema exclusivo do Brasil. Há importância da atividade defensiva por meio de ciências forenses, de forma a contribuir legal e substancialmente para a solução de casos. O trabalho propõe não só a ideia de exercício do direito de defesa na fase de investigação, como também as conexões possíveis entre esta atividade

e os meios de prova científica, notadamente nos casos de crimes contra a vida, corrupção, falsidade documental, terrorismo.

Ainda, Francisco Assis de França Júnior, Bruno Cavalcante Leitão Santos e Felipe Costa Laurindo do Nascimento, em “*Aspectos críticos da expansão das possibilidades de recursos tecnológicos na investigação criminal: a inteligência artificial no âmbito do sistema de controle e de punição*”, cuidam das potenciais influências negativas da utilização de novas tecnologias na investigação, sob o ponto de vista dos direitos de intimidade e vida privada.

Em outro giro, outros dois artigos deste dossiê tratam da influência dos elementos obtidos no inquérito policial na sentença penal.

A rigor, os elementos produzidos em inquérito policial destinam-se a convencer quanto à viabilidade ou não da ação penal ou quanto às condições necessárias para a decretação de qualquer medida ou provimento cautelar no curso da investigação. Com vistas a estas decisões, tomadas na etapa preliminar, os dados colhidos não só informam, mas convencem, tais como as declarações de vítimas, os depoimentos de testemunhas, as declarações dos acusados, a acareação, o reconhecimento, o conteúdo de determinados documentos juntados aos autos, as perícias em geral (exames, vistorias e avaliações), a identificação dactiloscópica, o estudo da vida pregressa, a reconstituição do crime.

Mas, excluindo-se as provas irrepetíveis, sua função deveria se esgotar nesta fase inaugural. Até mesmo por isso, com a reforma processual operada em 2008, o Código de Processo Penal passou a vedar a utilização de elementos de informação obtidos no inquérito para fundamentar, de maneira exclusiva, sentença penal.

O artigo de autoria de André Rocha Sampaio, Marcelo Herval Macedo Ribeiro e Amanda Assis Ferreira trata exatamente da burla desta previsão legal, analisando a influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória. Por intermédio de pesquisa empírica quantitativa-qualitativa, analisando processos casos julgados em 2016 em Maceió, Alagoas, objetivou-se verificar se o inquérito policial é utilizado na fundamentação de sentenças judiciais, chegando-se à conclusão, depois da coleta e análise de dados, de que na grande maioria dos casos analisados o magistrado utilizou expressamente algum elemento informativo produzido durante as investigações

preliminares, sendo que, neste, quase a totalidade dos processos terminou em sentença condenatória.

Já no artigo intitulado “*A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória, na Operação Lava-Jato*”, Antonio Eduardo Ramires Santoro defende, por meio de exemplos da casuística recente, que, nos chamados maxiprocessos, a informação sobre os fatos que forma o convencimento do julgador é produzida durante a fase investigatória, havendo assim o deslocamento do centro informativo definidor da sorte do processo da fase instrutória processual, que seria a adequada porque produzida perante o juiz em contraditório, para a investigação preliminar, por meio dos acordos de colaboração premiada.

Estes dois últimos artigos têm em comum o questionamento sobre o desvirtuamento do que se produz em investigação preliminar: uma etapa cautelar e urgente, que tem se inflado de forma a antecipar e esvaziar, em caso de haver ação penal, a instrução produzida em juízo.

### **3. DA NEGAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE DEFESA NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR À INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA**

Justamente por ser a investigação preliminar etapa importante para a obtenção de elementos de informação, inclusive com atos que depois não mais se repetem, o investigado deve contar com assistência de defensor já nesta fase preliminar, preparando adequada e tempestivamente sua defesa, substancial, de conteúdo.

A possibilidade de exercício do direito de defesa na primeira fase da persecução penal é algo relativamente recente na jurisprudência brasileira. Durante mais de cinquenta anos, conviveu-se com a crença infundada de que o inquérito policial não passava de peça administrativa, meramente informativa, que ostentava unicamente atos de investigação. Em consequência, negava-se ao indiciado – ou informalmente acusado – o exercício do direito de defesa nesta fase da persecução penal.

Não obstante a prática jurídica assim se ostentasse, alguns progressos legislativos foram sendo efetuados em direção ao reconhecimento do direito de defesa na persecução penal prévia: o Estatuto da Ordem dos

Advogados do Brasil prevê o direito de o advogado consultar os autos do inquérito e de entrevistar, reservadamente, o seu cliente. No Estado de São Paulo, a Portaria n.º 18/1998, da Delegacia Geral de Polícia, trouxe importantes inovações no campo da publicidade do inquérito. E, mais que tudo, a Constituição da República, de 1988, relançou o debate, ao dispor, no artigo 5º, inciso LV, que aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa. Ainda assim, a prática forense quase unânime insistia em manter o acusado alheio aos atos praticados no curso do inquérito.

Há pouco mais de dez anos, porém, passou-se por momento de inflexão na jurisprudência no que toca a este tema: depois de décadas, os Tribunais Superiores passaram a reconhecer a possibilidade de exercício do direito constitucional de defesa nesta fase, assegurando a vista dos autos de inquérito ao acusado e seu defensor, bem como a participação defensiva nesta fase. O entendimento acabou, inclusive, sufragado na edição de súmula vinculante neste sentido, a súmula vinculante n.º 14.

Hoje, potencializando a publicidade interna e o acesso à integralidade dos atos, iniciativas como a do inquérito eletrônico podem possibilitar de maneira mais efetiva a atividade defensiva. Eliminado o registro em papel, o inquérito realizado de forma eletrônica permite ganhos de celeridade e controle, por todos os envolvidos.

Em “*A introdução do juiz das garantias no Brasil e o inquérito policial eletrônico*”, Sarah Gonçalves Ribeiro e Rodrigo Régner Chemim Guimarães mostram que o inquérito eletrônico permite tanto ao Ministério Público quanto à defesa maior participação na investigação, dada a possibilidade de acompanhamento do trâmite da investigação, disponibilizada a todo tempo, o que amplia a eficiência, transparência, celeridade nos atos de comunicação e facilidade de acesso aos autos, aumentando o desempenho da atividade estatal. Vão, porém, além, mostrando que o inquérito eletrônico é inclusive parte da solução para a adaptação brasileira ao modelo do juiz das garantias.

Nicolás Omar Vargas, em “*La producción de prueba de descargo por parte de la defensa en el proceso penal en Argentina durante la etapa de instrucción o investigación. Un análisis comparativo entre procesos inquisitivos y acusatórios*”, lança luz sobre o estágio de discussão sobre o

direito de defesa, sob o ponto de igualdade de armas, na primeira fase da persecução penal na Argentina, que convive com Códigos variados, de matizes diversos.

Se no Brasil durante muito tempo a participação defensiva em investigação oficial foi negada, hoje, superado tal óbice, enfrenta-se o desafio da efetiva implementação e regulamentação em lei federal da atividade de investigação defensiva, com vistas a assegurar a paridade de armas.

No artigo “*A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal*”, Franklyn Roger Alves Silva defende que a investigação criminal já não pode ser reduzida a inquérito policial, produzido pela polícia judiciária, tendo em conta que há hoje investigação direta pelo Ministério Público e investigações produzidas em procedimentos sancionatórios. Entende que a investigação defensiva é espécie então deste gênero mais amplo de investigação criminal, tanto por meio do inquérito defensivo – realizado em favor do imputado – como do inquérito auxiliar, em favor da vítima. A investigação defensiva permite ao acusado contribuir com esclarecimento dos fatos, identificar fontes de prova e até avaliar, de maneira mais qualificada, sua estratégia defensiva, inclusive qualificando-o para decidir sobre a opção de seguir por meios consensuais, como acordo de colaboração premiada. Depois de analisar experiência estrangeira – Estados Unidos e Itália – e algumas normas de ordenamento brasileiro que já permitem de maneira incipiente a investigação, propõe que sejam feitos outros ajustes mais significativos, principalmente no Código de Processo Penal e nas leis que regem a advocacia e Defensoria Pública, para consolidar a prática da investigação defensiva no Brasil.

O trabalho de Anna Carolina Canestraro e Túlio Felipe Xavier Januário, intitulado “*Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento n. 188/208 e de sua eventual aplicação paras as investigações internas*”, por fim, analisa justamente a aplicação do Provimento n.º 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que cuida da investigação defensiva, à chamada investigação defensiva corporativa, própria de *compliance*, verificando as diligências possíveis de ser desenvolvidas e a questão do sigilo.

O presente dossiê caminha assim por artigos que analisam o que é produzido na fase de investigação preliminar, os reflexos indevidos do material colhido em investigação preliminar em eventual sentença proferida ao fim de ação penal e o incremento da atividade defensiva nesta etapa.

Os textos dialogam, mostram a mesma inquietação, e contribuem efetivamente para o debate sobre o tema e para a pesquisa, daí que convido a todos para a leitura deste importante dossiê temático.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

ARAÚJO, Marcelo Azambuja. Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS n. 156/09. *Revista justiça e sistema criminal: modernas tendências do sistema criminal*, Curitiba, v. 9, n. 16, p. 233-246, 2017.

BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007.

BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no Provedimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 27, n. 322, pp. 7-9, set/2019.

BARROS, Flaviane de Barros. *(Re)forma do processo penal: Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08 e n.11.900/09*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRIAN, Brad D.; McNeil, Barry F.; DEMSKY, Lisa J. *Internal corporate investigations*. 4<sup>th</sup> ed. Nova York: ABA Book Publishing, 2018.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. *Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira*. Florianópolis: EMais, 2019.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed.. São Paulo: RT, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6ª. ed.. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MALAN, Diogo Rudge. Defesa penal efetiva. *Ciências Penais*: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 253-277, jan./jun. 2006.

MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; CUNHA NETO, Eurico da. A investigação defensiva como corolário da igualdade processual e do direito à prova. *Revista jurídica UNIGRAN*, Dourados, v. 17, n. 33, p. 133-148, 2015.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. *A defesa e a investigação do crime*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

PIMENTEL JUNIOR, Jaime; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal*. 2. ed.. São Paulo: Juspodivm, 2018.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SAYEG, Ronaldo. *O inquérito policial democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação criminal: o projeto de Código de Processo Penal e investigação defensiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 107, p. 309-336, mar./abr. 2014.

### **Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)**

*Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration):* a autora confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste editorial.

*Declaração de autoria (declaration of authorship):* todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste editorial estão listadas como autores.

*Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality):* a autora assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

### **COMO CITAR ESTE EDITORIAL:**

SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Investigação preliminar: desafios e perspectivas”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 29-40, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.348>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.



# A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal


*Criminal Defense Investigation – instrument to improve the evidence debate in the criminal procedure*


*L'indagine difensiva – strumento di qualificazione del dibattito probatorio nella procedura penale*

**Franklyn Roger Alves Silva<sup>1</sup>**

Universidade Cândido Mendes - Rio de Janeiro, RJ, Brasil

franklyn.roger@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/7268807770125558>

 <http://orcid.org/0000-0002-4863-3507>

---

**RESUMO:** O presente artigo examina a investigação criminal defensiva no sistema jurídico brasileiro como um instrumento necessário à qualificação da atividade probatória defensiva no processo penal. Apesar da falta de regulamentação normativa da possibilidade de busca de elementos de formação do convencimento pela defesa, o presente estudo demonstra o potencial do processo penal brasileiro a partir da experiência italiana e norte-americana e a recente regulamentação através de normativa OAB.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Penal; Investigação criminal defensiva; Atividade probatória; Defensoria Pública; Advocacia.

**ABSTRACT:** *The present article examines criminal defense investigation in Brazilian legal system as an instrument necessary to improve the production of evidence*

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) com período sanduíche na *Università degli studi di Pavia*. Professor de Processo Penal na Universidade Cândido Mendes. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

*in the criminal procedure. Although there are not rules about defense search for evidence, the study demonstrates the potential for Brazilian criminal procedure law based on Italian and North American experience, as well as the recent standard edited by the Brazilian Bar Association.*

**KEYWORDS:** *Criminal procedure; Criminal defense investigation; Evidence; Public Defender's Office; Legal representation.*

**RIASSUNTO:** *Questo articolo esamina l'indagine difensiva nel sistema legale brasiliano come strumento necessario per la qualificazione dell'attività probatoria difensiva nei procedimenti penali. Nonostante la mancanza di regolamentazione normativa della possibilità di cercare elementi di formazione delle condanne da parte della difesa, il presente studio dimostra il potenziale del processo criminale brasiliano davanti l'esperienza italiana, nordamericana e la recente regola dell'Ordine degli Avvocati Brasiliani.*

**PAROLE CHIAVE:** *Procedura Penale; Indagine Difensiva; Attività probatoria; Difesa d'ufficio; Avvocatura.*

**SUMÁRIO:** *Introdução; I – A investigação defensiva no direito comparado; I.1 – A Investigação criminal defensiva na Itália; I.2 – A Investigação criminal defensiva nos Estados Unidos da América; II – O potencial do sistema jurídico brasileiro no campo da investigação criminal defensiva; II.1 – Suporte normativo para a investigação defensiva; II.2 – A ampla defesa e contraditório como princípios norteadores; II.3 – A definição da investigação defensiva no Brasil; III – A teoria da investigação criminal defensiva e a carência normativa a ser suprida; Conclusão; Referências.*

---

## **INTRODUÇÃO**

Em nosso sistema processual penal a atividade defensiva foi construída a partir de uma premissa de resistência à pretensão. O desenho do Código de Processo Penal atribui o encargo probatório ao Ministério Público, ainda que de forma dúbia e incompleta e prevê o papel da defesa técnica no processo penal, sem, contudo, trazer um regramento eficaz da atuação defensiva na fase pré-processual.

A investigação criminal direta pela defesa ou investigação defensiva corresponde a uma atividade de coleta de elementos desempenhada pelo advogado ou Defensoria Pública, com propósitos e metodologia específicos, a partir de regras deontológicas e transparência no atuar defensivo, sempre em vistas a proporcionar a imediação da defesa com o conteúdo probatório e permitir a elucidação do fato criminoso dentro de uma perspectiva de boa-fé, paridade de armas e lealdade na relação processual.

A proposta deste estudo é a de analisar brevemente o tema, como uma alternativa à ausência de um sistema normativo capaz de balancear a produção adequada das provas no processo e a colheita de informações na fase de investigação, assegurando o verdadeiro e tão propalado equilíbrio de armas entre acusação e defesa.

A doutrina processual penal não evoluiu no tempo quando o assunto diz respeito à disciplina probatória. Predomina uma concepção legislativa de que o nosso sistema processual continua moderno e que o regramento probatório não necessita de reformulação.

A pouca perspectiva do Poder Legislativo também é um balde de água fria quando falamos em compartilhamento prévio de informações entre as partes no processo penal e investigação direta pela defesa. Apesar de tramitar há quase 10 anos o projeto de novo Código de Processo Penal, não se percebe um debate sobre a participação ativa e autônoma da defesa na coleta de fontes de prova. O projeto de novo CPP, ao menos por ora, restringe-se a um único dispositivo.

A Ordem dos Advogados do Brasil, em resposta ao fenômeno de intensa perseguição à corrupção, desenhou uma proposta normativa de regramento da investigação defensiva, resumida em poucos dispositivos que não contribuem para a incorporação eficaz do tema.

Partimos, desde já, da premissa de que se à defesa for facultada a possibilidade de colher elementos capazes de consubstanciar as teses em favor do investigado, melhor será o exercício da resistência à pretensão acusatória.

A fisiologia da função acusatória e da função defensiva precisa de um novo referencial, pois de nada adianta falar em aptidão probatória se não reconhecida a paridade e equilíbrio de armas entre os sujeitos da relação processual.

Essa remodelação certamente conduzirá também o pensamento em torno de uma defesa pública capaz de fornecer suporte à defesa de iniciativa privada, sempre com foco na tutela de interesses do imputado, fortalecendo o palco processual, especialmente se levarmos em conta que esse pensamento já foi veiculado desde o século XIX, conforme lições de Bentham:

“Então, é essencial estabelecer ostensivamente, ao lado do magistrado que apura a conduta criminal aquele que zela pela inocência, de não conceder a acusação nenhuma vantagem não compartilhada igualmente pelo defensor e de separar essas duas funções daquela julgadora, para permitir ao magistrado a imparcialidade por completo. Esses dois profissionais legais não devem prestar suas atividades aos clientes que lhes paguem. Eles se referem ao público e não é adequado expor a justiça a retardamentos derivados de interesses particulares. As causas dos pobres seriam frequentemente adiadas, pois o advogado não estaria disponível, já que o tempo que ele deve dedicar aos clientes insolvíveis seria utilizado em prol daqueles que possam remunerá-lo”.<sup>2</sup>

Assim, então, parece-nos pertinente debutarmos neste estudo com um breve panorama da investigação defensiva no direito comparado, de modo a entendermos o seu embasamento e funcionamento para, em seguida, adentrarmos em solo brasileiro e verificarmos a sua aplicabilidade e limites normativos.

## I – A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO DIREITO COMPARADO

Com o propósito de estudo comparado, iniciaremos a abordagem deste tópico com a estrutura investigativa do sistema processual italiano e, na sequência, o sistema norte-americano.

Opta-se pela seleção destes dois países por serem os principais berços da investigação criminal defensiva. Ao mesmo tempo, são países estruturados sob sistemas diversos, a Itália sob a matriz da *civil law*,

<sup>2</sup> BENTHAM, Jérémie. *De l'organisation judiciaire, et de la codification*. Paris: Librairie de Hector Bossange, 1828. p. 113 (tradução livre).

escorada em um ordenamento jurídico codificado, enquanto que os Estados Unidos da América, um modelo de *common law*, onde a normativa advém de precedentes.

A análise comparada permite o aprimoramento e delineamento das principais características da investigação defensiva, contribuindo para a fixação do tema no sistema brasileiro.

### 1.1 – A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NA ITÁLIA

Diferentemente do processo penal brasileiro, a disciplina processual penal italiana é mais contemporânea, especialmente o seu texto constitucional e o Código de Processo Penal, superando o modelo anteriormente editado no período fascista.

Donatella Curtotti explica que a sede normativa da investigação criminal defensiva na Itália decorre da inviolabilidade do direito à defesa técnica previsto na Constituição e do direito de se defender provando como um desdobramento da paridade de armas:

“O fundamento da investigação defensiva, há muito, é identificado no direito de defesa, reconhecido pela Carta Constitucional como inviolável em todos os estados e graus do processo (artigo 24, parágrafo 2º). Após a lei constitucional n. 2/1999, não há dúvida de que o direito de se defender no âmbito de investigações preliminares é também expresso pelo princípio da igualdade das partes (artigo 111, parágrafo 2º) e o direito de “dispor do tempo e das condições necessárias para preparar a [...] defesa”. (tradução livre)<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> “Il fondamento dell’investigazione difensiva penale è stato individuato da tempo nel diritto di difesa, riconosciuto dalla Carta costituzionale come inviolabile in ogni stato e grado del procedimento (art. 24 comma 2). Dopo la legge costituzionale n. 2/1999, non c’è dubbio che il diritto di difendersi sin dalle indagini preliminari sia espresa attuazione anche del principio di parità delle parti (art. 111 comma 2) e del diritto di ‘disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la [...] difesa’ (art. 111 comma 3).” (CURTOTTI, Donatella. *L’esercizio del diritto di difesa nelle indagini preliminari*. In: NEGRI, Daniele. *Le indagini preliminari e l’udienza preliminare*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017. p. 329 (Trattato teorico pratico di diritto processuale penale, v. 5).

Seria irresponsável afirmar que a origem da investigação criminal defensiva decorre da Lei 397, de 7 de dezembro de 2000, sem que fosse contextualizado todo o processo evolutivo em torno do citado diploma e o clima de resistência à referida atividade. Por isso, faremos um breve retrospecto do panorama normativo da *indagine defensiva* na Itália.

Durante décadas, a iniciativa da defesa na atividade investigatória foi censurada pelo ordenamento jurídico, como ocorria à época do revogado Código Rocco, em virtude de uma jurisprudência disciplinar muito rigorosa<sup>4</sup>.

A própria estrutura procedimental não contribuía para o exercício da atividade probatória da defesa, considerando a divisão bifásica do procedimento em momentos distintos; o da instrução, de caráter secreto e destinado à coleta de elementos para o esclarecimento da verdade, e o da fase de julgamento.

Com a edição do Código de Processo Penal de 1988, a legislação italiana trouxe um tratamento superficial da investigação desenvolvida pela defesa, ainda que em seus trabalhos preparatórios houvesse o aceno quanto à necessidade de codificação do tema de forma mais aprofundada<sup>5</sup>.

O grande mérito do novo Código foi o de romper com o clima inquisitorial que se instaurava na primeira fase do procedimento, implantando-se um sistema de vertente predominantemente acusatória.

---

<sup>4</sup> “Certo, sono molto lontani i tempi in cui, come ricorda la relazione a testo di legge, la giurisprudenza del consiglio nazionale forense era costante nel ritenere che il colloquio puro e semplice del professionista con il testimone integrava l’illecito disciplinare perché il contatto con il testimone crea(va) una condizione obbiettiva dalla quale (potevano) derivare suggestioni e turbamenti dell’animo dei testimoni che ne (facevano) venir meno la libertà e l’obiettività necessarie, anche senza ipotizzare la possibilità di tentazioni per più deplorabili comportamenti da parte del professionista. Ma quei tempi sono lontani non perché non sia più vera la situazione descritta dalla citata giurisprudenza del Consiglio nazionale forense, ma perché si è deciso di accettare il rischio.” (MADDALENA, Marcello. Per la difesa libera di investigare facoltà e diritti, nessun dovere. *Diritto e giustizia*, Milano, n. 40, nov. 2000. p. 9).

<sup>5</sup> “L’esigenza di una normativa che autorizzasse il difensore a svolgere attività in favore del proprio assistito e ne disciplinasse nella maniera più efficace l’esercizio, veniva avvertita già in sede di elaborazione del vigente codice di procedura penale.” (SIRACUSANO, Delfino et al. *Diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 2009. p. 159).

Na versão aprovada da nova codificação houve apenas o reconhecimento da possibilidade de o defensor desenvolver a investigação e colher elementos servíveis à defesa, mas faltava uma normativa mais completa. Essa omissão tornava inidônea qualquer iniciativa investigatória, ainda que se encarasse a atividade como um reflexo do direito de cidadania<sup>6</sup>. Pontue-se que esse clima de anomia da investigação defensiva, apesar de desestimular o exercício da atividade, não impedia a sua realização, ainda que ela ocorresse de modo tímido e reprimido.

Em origem, o objetivo da investigação defensiva não era a colheita de elementos para a demonstração da responsabilidade do indiciado, ou ausência dela. Pensava-se na atividade de pesquisa defensiva como uma forma de subsidiar a atuação da defesa em juízo, inclusive para a própria tutela da liberdade, especialmente em casos de aplicação das medidas cautelares (*misure cautelari*), como explica Oliviero Mazza:

“As investigações defensivas, de acordo com o esquema de investigação da parte, destinavam-se apenas a preparar a estratégia probatória a ser implementada no julgamento e a não adquirir antecipadamente e unilateralmente provas a serem apresentadas ao juiz. O sistema foi caracterizado, no entanto, desde o início por uma assimetria conspícua: enquanto a investigação paralela do defensor foi relegada aos estreitos limites descritos acima, a atividade de investigação preliminar conduzida pelo promotor público, com a ajuda da polícia judiciária, foi objeto de um regulamento detalhado que testemunhou seu valor probatório mesmo fora da mesma fase processual”. (tradução livre)<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> “Nell’alveo di un simile modello d’attività esplorativa della difesa, anteriore all’instaurarsi del contraddittorio, in quanto istituzionalmente inidonea – al pari dell’indagine dell’accusa – a cristallizzare materiale probatorio, vantava un proprio naturale diritto di cittadinanza, anche a prescindere da ogni espressa previsione...” (DI CHIARA, Giuseppe. Le linee prospettiche del difendersi ricercando: luci e ombre delle nuove investigazioni difensive. *La legislazione penale*, Jovene, v. 22, n. 1-2, p. 1-28, gen./mar. 2002. p. 3).

<sup>7</sup> “Le indagini difensive, secondo lo schema dell’inchiesta di parte, dovevano solo servire per predisporre la strategia probatoria da attuare nel processo e non per acquisire anticipatamente e unilateralmente elementi di prova da presentare al giudice. Il sistema era tuttavia caratterizzato, fin dall’inizio, da una vistosa asimmetria: mentre l’inchiesta parallela del difensore era relegata negli angusti confini appena descritti, l’attività di indagine preliminare

O art. 38 do Decreto Legislativo 271, em sua redação originária, determinava que o defensor ou o investigador privado tinham a faculdade de desenvolver investigação destinada a colher elementos favoráveis ao seu defendido, além de arrolar pessoas que pudessem prestar informações servíveis à defesa, como um desdobramento do direito à prova previsto no art. 190 do Código de Processo penal.

Apesar da faculdade conferida pela lei, tratava-se, em verdade, de mera enunciação de princípios, pouco havendo de concretude<sup>8</sup> na regra do art. 38 do Decreto Legislativo 271, especialmente no que diz respeito ao desenvolvimento da investigação, seus desdobramentos e à própria utilização do material produzido<sup>9</sup>.

O grande avanço do tema ocorre a partir da Lei 397, de 7 de dezembro de 2000. A nova lei revogou o art. 38 das normas de atuação do Código de Processo Penal (*NAttCPP*) e passou a regular a investigação defensiva na parte do Código destinada à fase pré-processual<sup>10</sup>.

---

condotta dal pubblico ministero, con l'ausilio della polizia giudiziaria, era oggetto di una dettagliata regolamentazione che ne testimoniava la valenza probatoria anche al di fuori della stessa fase procedimentale.” (MAZZA, Oliviero. Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive. In: *REPERTORIO* generale annuale della giurisprudenza italiana. Torino: UTET, 2002. 2 v. p. 1760).

<sup>8</sup> “...la norma dell’art. 38, dunque, venne considerate ‘pressoché inutile’ dal momento che non precisava con quali contenuti ed in quali limite potesse concretamente estrinsecarsi l’attività investigativa del difensore e, quindi, non offriva all’interprete alcun criterio positivo per costruire gli strumenti concettuali operativi (così Cristiani).” (SIRACUSANO, Delfino et al. *Diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 2009. p. 160).

<sup>9</sup> CONSO, Giovanni; ILLUMINATI, Giulio. *Commentario breve al codice di procedura penale*. Milano: CEDAM, 2014. p. 1657.

<sup>10</sup> “La volontà di rafforzare la funzione difensiva nella fase preprocessuale è manifestata, innanzitutto, non solo dalla collocazione nel corpo del codice del diritto ad effettuare investigazioni (art. 327 bis), ma anche dalla creazione di un titolo ad hoc (titolo VI bis: art. 391 bis – 391 decies) dedicato all’intera disciplina dalla conseguente abrogazione dell’art. 38 delle disposizioni di attuazione: è evidente che la scelta operata si ispira ad una completa equiparazione tra accusa e difesa, il cui scopo finale è, quindi, l’introduzione di un sistema parallelo tra le indagini svolte dal pubblico ministero e quelle condotte dal difensore. L’analiticità con cui si è proceduto mostra inoltre una particolare attenzione volta ad evitare, da un lato, che il colloquio e la ricezione di informazioni di trasformino in uno strumento per conoscere le strategie



Essa lei destacou um título específico para a chamada *Investigazioni Difensive* (Investigações Defensivas). Assim que editado o diploma, houve um intenso movimento de recepção das novas disposições, especialmente sob a perspectiva do processo justo.

O propósito da investigação defensiva foi o de tornar a atuação da defesa mais dinâmica, deixando a defesa de desempenhar um papel de mera resistência, passando a incorporar um perfil de atuação proativo a partir da atividade desempenhada por toda a equipe defensiva.

O perfil dinâmico que se esperava da defesa no exercício de uma atividade de investigação nada mais era do que o desdobramento das normas convencionais que asseguravam ao imputado o direito a uma defesa técnica e à produção probatória<sup>11</sup>.

Hoje, pela leitura do art. 327-*bis* do CPP italiano, o defensor está autorizado a buscar elementos em favor do seu defendido, em qualquer grau ou fase do processo, para eventual revisão criminal ou até mesmo na seara da execução penal.

Sempre houve uma premente exigência de adaptação do Código de Processo Penal italiano, buscando estabelecer um equilíbrio entre a acusação e a defesa, além do enfrentamento relativo à problemática dos atos unilateralmente colhidos pelo Ministério Público e pela Polícia Judiciária<sup>12</sup>.

A reforma da investigação defensiva deixou claro o propósito de romper o monopólio da atividade investigativa concentrado nas mãos do Ministério Público, especialmente quando considerado o fato de que

---

processuali messe in atto dal pubblico ministero e lo sviluppo delle indagini preliminari, dall'altro a tutelare non solo il soggetto da esaminare, ma il difensore stesso dalle potenziali pressioni dell'assistito." (PRIOTTI, Giuliana. *Le investigazioni difensive: la conclusione di una storia infinita. Questione Giustizia*, Roma, n. 1, gen./feb. 2001. p. 56).

<sup>11</sup> "Ciò, nonostante, all'interno dei testi sopra citati è possibile ritrovare passaggi significativi che descrivono il diritto di difesa in termini attivi e dinamici e non come mera attività di critica dell'ipotesi d'accusa, che, dunque, possono giustificare l'affermazione secondo cui la difesa è legittimata ad esperire le investigazioni ritenute utili alla posizione del proprio assistito." (VELANI, Luigi Gino. *Le investigazioni preventive*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 9).

<sup>12</sup> PRIOTTI, Giuliana. *Le investigazioni difensive: la conclusione di una storia infinita. Questione Giustizia*, Roma, n. 1, gen./feb. 2001. p. 44.

a inatividade do órgão acusatório na busca de elementos favoráveis ao imputado não acarretava nulidade do procedimento, visto que a defesa poderia exercer a sua própria investigação.

Nota-se, portanto, que a aparente anomia quanto ao tema da investigação defensiva não foi um fator a obstar o seu exercício. A exigência de lei se tornou necessária para trazer mais segurança à atividade, mas nunca como uma condição.

Aqui, então, revela-se que a edição de um conjunto de normas sobre a investigação defensiva tornou-se necessário para trazer maior segurança ao profissional da defesa técnica, além de buscar estimular a atividade investigativa de viés defensivo.

## 1.2 - A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Diferentemente da Itália, os Estados Unidos não possuem um diploma legal com seção normativa destinada à disciplina da investigativa defensiva, mas encontramos uma série de preceitos destinados ao exercício da função de defesa no processo penal que tratam dos atos de investigação.

Rememore-se também que uma das características marcantes do sistema processual norte-americano guarda relação direta com a repartição de ônus e a produção da prova, já que se trata de um sistema marcadamente adversarial.

O grande mérito do direito norte-americano é o de contemplar o momento de *Discovery* ou *Disclosure*, como também denomina o Direito Inglês, que se qualifica como uma fase pré-processual de aferição dos elementos de provas referentes aos fatos da causa, aplicada no direito processual civil. Faça-se a advertência de que a *Disclosure* do direito inglês não se confunde com o *duty to disclosure* dos Estados Unidos.

A edição das *Federal Rules of Civil Procedure* trouxe profunda modificação na estrutura dos litígios civis. O objetivo da *Discovery* era afastar do processo civil o fator surpresa e a chamada teoria esportiva, segundo a qual quem tivesse o melhor desempenho ganhava. Pode-se dizer que a *Discovery* corresponde a um procedimento probatório

extrajudicial ou, como denominaremos nesta tese, um procedimento de compartilhamento de informações<sup>13</sup>.

Trata-se de um modo de fornecimento recíproco de informações, apesar de não constituir, como regra geral, um direito assegurado pela Constituição norte-americana<sup>14</sup>. De acordo com as normas processuais de cada Estado, que recebem tratamentos jurídicos diversos<sup>15</sup>, as partes fornecerão todas as provas de que dispõem, inclusive tomando depoimentos pessoais, sem a interveniência do Poder Judiciário<sup>16</sup>.

Não se trata, todavia, de uma abertura absoluta de provas, visto que determinadas informações são imunes à fase de descoberta, a exemplo de questões que envolvam o sigilo profissional (relação de confidencialidade entre advogado e cliente, médico e paciente etc.) e determinados documentos (histórico infracional na adolescência, por exemplo).

O objetivo da fase de descoberta é evitar o fator surpresa<sup>17</sup> que se instala no processo, ao mesmo tempo em que incentiva a conciliação entre as partes, evitando-se o ajuizamento de demandas perante o Judiciário. Ao exibir o material probatório de que dispõe a parte,

---

<sup>13</sup> GRIMM, Paul W; FAX, Charles S ; SANDLER, Paul Mark. *Discovery problems and their solutions*. Chicago: American Bar Association, 2014. P. 131.

<sup>14</sup> “As stated by the US Supreme Court in *Wheatherford v. Burse*, 429 U.S. 545, 554 (1977), “There is no general Constitutional right Discovery in criminal cases.” (PAPERNO, Jill. *Representing the accused*. Minnesota: Aspatore, 2012. p. 132).

<sup>15</sup> “You cannot rely on general knowledge of what may constitute Discovery, since Discovery varies tremendously from state to state. For example, some states such as Florida, provide defense counsel with the opportunity to depose in adverse witnesses, while other states do not.” (PAPERNO, Jill. *Representing the accused*. Minnesota: Aspatore, 2012. p. 133).

<sup>16</sup> “Una parte puede solicitar la declaración de la otra o la exhibición de documentos que estén em poder de la parte contraria. Y todo ello sin la necesaria aprobación del tribunal. Los abogados toman la iniciativa por completo en esta fase del proceso americano, trasladando las peticiones de interrogatório o exhibición.” (PUIGVERT, Silvia Pereira. *La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*. Navarra: Arazandi, 2013. p. 236).

<sup>17</sup> “Se fundamenta en el principio de evitar juzgamientos sorpresivos (trial by surprise) y se basa en la experiencia del mismo instituto en materia civil. Muchos Estados tiene legislado el tema. Otros lo mantienen como cuestión discrecional del tribunal.” (HENDLER, Edmundo S. *Derecho penal y procesal penal de los estados unidos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 189).

torna-se possível medir as consequências do processo, principalmente se o direito da parte é bom.

Com o avanço do instituto no campo do direito processual civil – note-se que a doutrina aponta muitos desvirtuamentos na Discovery – tornou-se inevitável que o processo penal também incorporasse uma disciplina de compartilhamento e transparência prévia do material probatório.

Assim, dentro da perspectiva de um sistema adversarial, em que a iniciativa da condução do processo fica a cargo das partes, assumindo o juiz uma postura neutra<sup>18</sup>, o ordenamento jurídico se preocupou com a existência de uma regra de transparência na revelação das provas que as partes dispõem a fim de se alcançar a verdade no processo<sup>19</sup>.

Apesar de não haver um precedente da Suprema Corte única e especificamente destinado à atividade de investigação criminal defensiva, podemos apontar uma importante premissa definida no caso *Strickland vs. Washington*, quando a Corte decide que a investigação realizada pelo defensor é um elemento essencial para a caracterização de uma defesa efetiva<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> “By adversary I mean a system of adjudication in which procedural action is controlled by the parties and the adjudicator remains essentially passive. In the fact-finding domain, this implies that the litigants and their counsel decide what facts shall be subject to proof. It further implies that litigants and their counsel are entrusted with seeking evidentiary material, preparing it for use at trial, and presenting it in court.” (DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. London: Yale University Presse, 1997. p. 74).

<sup>19</sup> “Por adversarial quero dizer um sistema de adjudicação no qual a ação processual é controlada pelas partes e o adjudicador permanece essencialmente passivo. No domínio da apuração dos fatos, isto implica que os litigantes e o seu advogado decidam quais os fatos que devem ser sujeitos a prova. Implica ainda que os litigantes e seus advogados são encarregados de buscar material probatório, preparando-o para uso no julgamento e apresentando-o em tribunal. (tradução livre)

“Não há mais espaço para a chamada *carried in the dark* que consistia no conjunto de manobras de uma parte visando surpreender a outra e desse modo conquistar uma vantagem estratégica nos debates. A forma usual de empregar o *carried in the dark* era por intermédio da introdução dos meios de provas desconhecidos da parte contrária (*unfair surprise*), que ignorava sue modo de aquisição (a fonte das provas).” (PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 53).

<sup>20</sup> “A importância histórica do caso *Strickland* para o tema central em digressão – investigação criminal defensiva – não é tanto o resultado do julgamento, e sim o fato de a Corte ter reconhecido expressamente que o dever de

Diogo Malan bem registra as críticas deduzidas ao citado precedente, pautadas no fato de que as suas premissas mais atrapalham a compreensão do problema, por deixar em aberto temas como os deveres éticos e direitos fundamentais dos acusados<sup>21</sup>.

No plano normativo, a par das normas destinadas à *Discovery* e ao *Duty to Disclosure*, podemos apontar as regras da *American Bar Association* relativas à função defensiva (*Criminal Justice Standards for the Defense Function*), com especial enfoque para a sua parte IV, que trata da investigação e da preparação (*Investigation e preparation*)<sup>22</sup>.

A investigação criminal defensiva no sistema jurídico norte-americano conta com um quadro que envolve a participação do advogado, de um investigador privado, de peritos e assistentes. A relação de sigilo entre defensor e cliente prevista no caso *Upjohn Co. v. United States* também é estendida aos demais integrantes do quadro defensivo por força do caso *United States v. Kovel*<sup>23</sup>.

---

investigação (duty to investigate) é um dos corolários lógicos do dever de proporcionar ao acusado uma defesa técnica efetiva.” (MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 96, maio/jun. 2012. p. 282).

<sup>21</sup> “Também se critica a premissa de que o único propósito do processo penal de partes é viabilizar o confronto significativo da prova de acusação em Juízo, assegurando a credibilidade do veredito proferido. Argumenta-se que esse modelo processual também serve a outros propósitos, tais como tutelar os direitos fundamentais do acusado. Nesse sentido, se critica o fato de os casos *Cronin* e *Strickland* não fornecerem quaisquer deveres éticos mínimos que devem pautar a atuação do defensor técnico criminal, a fim de que ela possa ser considerada conforme o *right to counsel* da 6.a Emenda. Por derradeiro, se argumenta que os critérios vagos e imprecisos delineados nesses dois precedentes jurisprudenciais ensejaram uma sucessão de decisões judiciais casuísticas, imprevisíveis e heterogêneas entre si.” (MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 96, maio/jun. 2012. p. 282).

<sup>22</sup> AMERICAN BAR ASSOCIATION. Section of criminal justice. *Criminal justice standards for the defense function: fourth edition*, Illinois, June, 2016. Disponível em: <[https://www.americanbar.org/groups/criminal\\_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition-TableofContents/](https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition-TableofContents/)>. Acesso em: 27 nov. 2019..

<sup>23</sup> “As a general rule, the communication between defense counsel and his agents retained to assist in the defense of a criminal case is protected under the attorney-client privilege and work product doctrine. The extension of the

Sob um prisma teórico, a doutrina costuma apontar a seguinte metodologia para a condução de uma investigação criminal defensiva no sistema norte-americano: 1 – revisão dos materiais fornecidos pelo procedimento da *Discovery* (relatórios policiais, laudos de local, laudos periciais e informações das vítimas e testemunhas); 2 – entrevista inicial do imputado; 3 – exame do local do crime com registro esquemático e fotográfico; 4 – coleta de informações sobre o perfil das vítimas e testemunhas; 5 – confecção de relatório da investigação defensiva<sup>24</sup>.

Não há, todavia, um diploma específico sobre o tema, mas a soma de precedentes que tratam da atividade defensiva (direito à defesa técnica e dever de compartilhamento pela acusação, por exemplo), princípios e regras sobre a *Discovery*, além dos Standards da ABA (American Bar Association) sobre atividade defensiva e investigação.

Percebemos, portanto, que em dois países de estrutura completamente distinta (*common law* e *civil law*) contemplam mecanismos de permissão à busca de elementos de formação do convencimento pela defesa técnica nos mais variados estágios da persecução.

Desse modo, parece-nos pertinente, agora, investigar até que ponto o ordenamento jurídico brasileiro alberga espaço para a investigação criminal defensiva.

---

privilege to agents of defense counsel is commonly identified as the Kovel Privilege, deriving its name from the decision in the *United States v. Kovel*, 296 F.2d 918 (2d Cir. 1961). The privilege is subject to all of the customary limitations of the attorney-client privilege.” (PERRON, Brandon A. *Uncovering reasonable doubt*. Nebraska: Morris Publishing, 1998. p. 4-3).

<sup>24</sup> “The following components of investigative procedure should be used as a basic guide and formula when conducting a criminal defense investigation. The procedures can be amended or expanded to suit the individual needs of each case. The procedure is designed to apply effectively to all criminal defense cases from simple battery to first degree murder: 1. Investigative Review of the discovery file; police reports, victim/witness statements, crime scene examinations, lab reports, etc.; 2. Initial Defendant Interview; 3. Crime Scene Examination, Diagram & Photography; 4 – Victim/Witness Background Investigation; 5 – Witness Location, Interviews and Statements; 6 – Report of Investigation & Testifying. The criminal defense investigator will not always be required to pursue all of the procedures outlined within this text. However, he should fully understand each and be able to effectively accomplish each task if called upon to do so.” (PERRON, Brandon A. *Uncovering reasonable doubt*. Nebraska: Morris Publishing, 1998. p. 1-5).

## II – O POTENCIAL DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO NO CAMPO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

### II.1 – SUPORTE NORMATIVO PARA A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Alçados ao nível constitucional e convencional, a ampla defesa e o contraditório previstos no art. 5º, LV, da CRFB representam os elementos-chave para o embasamento da investigação criminal defensiva, os seus pilares de sustentação no sistema jurídico interno.

O direito à prova assume a morfologia de direito fundamental pelo reconhecimento dos princípios supramencionados e também pela garantia de inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Como bem pontua Vitor de Paula Ramos:

A fundamentalidade formal do direito à prova pode ser localizada em dois incisos do art. 5.o da CF/1988. Primeiramente, no inc. LVI, uma vez que, proibida a admissão das provas ilícitas, permitida está a admissão das provas lícitas. Ainda, no inc. LV, em que, ao garantir o contraditório e a ampla defesa, o legislador constitucional explicitamente faz referência à asseguaração dos meios inerentes a essa; entre tais meios inerentes, está, por óbvio, o direito à prova. A fundamentalidade material da prova está intrinsecamente ligada à verdade e à importância dessa para qualquer relação jurídica. Não é aqui a sede adequada para que se reproduzam as diversas discussões doutrinárias sobre o tema. Bastará dizer que adotamos como premissa que a verdade é objetiva (no sentido de que não é determinada por um sujeito) e que se deve supor uma verdade por correspondência (no sentido de que independe de qualquer consenso ou coerência narrativa: a neve é branca somente se a neve é branca).<sup>25</sup>

Em decorrência dos compromissos e tratados firmados pelo Brasil no plano internacional, especialmente os diversos instrumentos de proteção dos direitos humanos, torna-se possível identificar outra fonte de suporte normativo para o exercício da defesa técnica e da atividade

---

<sup>25</sup> RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 224, p. 41-61, out. 2013. p. 44.

investigativa defensiva, esta última como corolário do direito à prova assegurado a todo imputado na investigação e no processo criminal.

A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê em seu art. 8º, itens 1 e 2, ‘b’, ‘c’, ‘d’, ‘e’ e ‘f’, as garantias judiciais mínimas para o acusado e dali se extrai o direito à atividade probatória, especialmente quando são assegurados a defesa técnica, o tempo e os meios necessários para preparação da defesa.

A menção à defesa técnica e aos meios para a preparação da defesa compreende não só a presença de um defensor com capacidade para exercer a representação na fase investigatória e no processo penal, mas também a disponibilização dos recursos e meios de provas admitidos no ordenamento jurídico.

No Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos semelhantes direitos estão previstos no art. 14º, itens 1, 2 e 3, alíneas ‘b’, ‘d’ e ‘e’, na mesma estruturação da norma americana, assegurando-se a todo imputado o direito à defesa técnica e o tempo e meios necessários ao exercício da defesa.

Por trás do direito a um defensor e da garantia de tempo e dos meios necessários para o exercício da defesa, insere-se a possibilidade de produzir provas na relação processual<sup>26</sup> e, conseqüentemente, o direito<sup>27</sup> à realização da busca e coleta de informações de interesse da defesa.

<sup>26</sup> “O direito à prova não encontra previsão expressa na Constituição Federal, podendo ser extraído no art. 5.º, LV no que tange à sua intrínseca ligação com o contraditório e a ampla defesa. No âmbito internacional pode-se citar a Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada pelo Dec. 678/1992, que estabelece, no art. 2.º, f, o “direito da defesa de, em plenas condições de igualdade com a acusação, inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”, bem o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, incorporado pelo Dec. 592/1992, que traz previsão análoga no art. 14, § 3.º, e” (NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 246, p. 171-198, ago. 2015. p. 180).

<sup>27</sup> “En el terreno de la admisión de pruebas, que las partes tengan el derecho a probar un hecho significan que tienen la facultad de presentar todos los medios de prueba relevantes y admisibles para apoyar su versión de los hechos en litigio. Para la parte que alega un hecho, esto significa que debe tener la posibilidad de presentar todas las pruebas positivas con las que cuente; para



A investigação defensiva, nas palavras de André Mendes, é: “garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa”<sup>28</sup>.

Francisco da Costa Oliveira, quando analisa a investigação criminal em Portugal, afirma com muita propriedade:

“não existem no nosso ordenamento jurídico quaisquer limitações à actividade de investigar por conta própria ou por intermédio de terceiros, pelo que podemos partir da afirmação de um princípio geral da livre investigação dos factos coincidentes com alguns dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados...”<sup>29</sup>.

Em certo ponto, há um receio de que a investigação criminal defensiva não tenha espaço no Brasil por conta da ausência de regras que disciplinem o seu modo de realização. Pensar dessa forma seria negligenciar o conteúdo do princípio do devido processo legal e efetuar uma errônea leitura da ampla defesa, do contraditório, do direito à atividade probatória e da própria isonomia.

Quando se leva em conta que as frágeis bases da investigação direta do Ministério Público lhe permitem colher fontes de prova na qualidade de parte da relação processual, pensar que a defesa não possa ter iniciativa investigativa fragiliza a isonomia.

---

la parte contraria, supone que debe tener la oportunidad de presentar todas las pruebas contrarias o negativas de que disponga en relación con esos hechos. Desde el punto de vista de las normas relativas a la admisión de pruebas, este problema se debe resolver invocando simplemente al principio de relevancia (véase supra apartado 1): deben ser admitidas todas las pruebas positivas y negativas o contrarias relevantes. Las partes no pueden pretender que se admitan pruebas irrelevantes, pero se les debería permitir cualquier medio de prueba relevante” (TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 57).

<sup>28</sup> MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 119.

<sup>29</sup> OLIVEIRA, Francisco da Costa. *A defesa e a investigação do crime*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 31.

A ampla defesa representa o direito de empregar todos os meios e recursos necessários ao exercício do direito de defesa<sup>30</sup> e essa assertiva tem uma razão de ser dentro do sistema jurídico<sup>31</sup>.

Um processo justo depende, em grande parte, da disposição de meios necessários para que a pessoa submetida a uma imputação penal possa participar do processo pessoalmente (autodefesa)<sup>32</sup> e ao mesmo tempo ter ao seu lado um profissional encarregado de manusear os instrumentos previstos no ordenamento jurídico (defesa técnica), garantindo-se a desejada paridade de armas na relação processual penal<sup>33</sup> e um resultado que melhor atenda aos interesses do imputado<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> “As partes ou os interessados na administração da Justiça devem ter o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir toda as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário. Esse direito abrange tanto o direito à auto-defesa quanto à defesa técnica por um advogado habilitado, e também o direito a não ser prejudicado no seu exercício por obstáculos alheios à sua vontade ou pela dificuldade de acesso às provas de suas alegações. A ampla defesa é por si mesma uma garantia genérica que se concretiza em muitas outras, sendo impossível delimitar aprioristicamente todo o seu alcance e, portanto, dela estarei tratando em muitos momentos no curso do presente estudo.” (GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 39).

<sup>31</sup> “A garantia da ampla defesa envolve, modernamente, tríplex enfoque: ‘o direito à informação, a bilateralidade da audiência e o direito à prova, legitimamente obtida ou produzida.’ (SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 9). p. 215).

<sup>32</sup> “O direito de defesa apresenta-se bipartido em (a) direito à autodefesa; e (2) direito à defesa técnica. O direito à autodefesa é exercido pessoalmente pelo acusado, que poderá diretamente influenciar o convencimento do juiz. Por sua vez, o direito à defesa técnica é exercido por profissional habilitado, com capacidade postulatória e conhecimentos técnicos, assegurando assim a paridade de armas entre a acusação e defesa.” (BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 58).

<sup>33</sup> “Ora, tudo isso está implícito nos meios e recursos essenciais ao direito de defesa, podendo parecer redundância, portanto, que a Constituição ainda impusesse, como garantia fundamental, a instrução contraditória.” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. 4 v. V. 2. p. 87).

<sup>34</sup> “A cláusula da ampla defesa deve ser dotada do atributo da efetividade, entendida como idoneidade instrumental para atingir seu objetivo precípua: a

## II.2 – A AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO COMO PRINCÍPIOS NORTEADORES

A perspectiva do contraditório representa a possibilidade de a defesa exercer a influência em torno da interpretação fática que lhe seja mais favorável, realizando atividade probatória com essa finalidade<sup>35</sup>.

A atividade probatória se insere nesse contexto, como a forma de materialização da ampla defesa e o instrumento de exercício do contraditório, fazendo com que o plano abstrato das alegações encontre eco de concretude nos autos do processo<sup>36</sup>.

Na atividade de investigação defensiva, essa premissa também é verdadeira. O papel da defesa técnica é arrecadar informações e elementos que possam direcionar o exercício da resistência à pretensão acusatória e

---

melhora da situação jurídica do acusado. Nas hipóteses em que o defensor do acusado é negligente ou imperito, desperdiçando sucessivas oportunidades processuais a ponto de diminuir as chances de melhora da situação jurídica do seu constituinte, esvazia-se o conteúdo essencial da garantia constitucional da ampla defesa, que deixa de ter esse atributo da efetividade.” (MALAN, Diogo Rudge. Defesa penal efetiva. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 253-277, jan./jun. 2006. p. 253-277).

<sup>35</sup> “Reconhecido o processo como método epistêmico para aquisição de conhecimento, é possível dar um passo à frente e qualificar a cognição adequada como consectário lógico e necessário do contraditório e, portanto, como parte do arcabouço garantístico do processo justo. Se o meio para democratizar o ato jurisdicional é o contraditório, viabilizando o direito da parte de influir na decisão judicial, de participar na construção do conhecimento-julgamento no processo, isso somente vai ocorrer se esse processo tiver estrutura cognitiva capaz para tanto. A cognição é, portanto, uma garantia instrumental do contraditório, que permite a adequação da fisiologia do processo para a eficaz produção de conhecimento.” (ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 79).

<sup>36</sup> “Salienta-se, assim, o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 137).

sugerir a proposição das provas na relação processual, permitindo que ambas as partes tenham o controle e a previsibilidade de suas ações no processo.

Não é por outra razão que o Estatuto da OAB (Lei n. 8906/1994) e a Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei Complementar n. 80/1994) asseguram ao indiciado a assistência jurídica desde o inquérito policial e até após o trânsito em julgado da ação penal, de modo que o acompanhamento da coleta de elementos de formação do convencimento seja a mais completa possível<sup>37</sup>.

É a partir da intervenção defensiva na fase preliminar que o advogado ou membro da Defensoria Pública terão o pleno controle da atividade de defesa e poderão aprimorar o seu modo de agir na tutela de interesses do imputado.

O indiciado no inquérito policial não pode ser tratado como mero objeto da investigação. Objeto é tão somente o fato a ser apurado, sendo o investigado verdadeiro sujeito de direitos, com a certeza de que um rol de garantias ser-lhe-á assegurado<sup>38</sup>.

Enxergar o contraditório apenas como a possibilidade de ciência e reação é uma visão reducionista do princípio. Se é fato que o contraditório possui essa vertente da participação na relação processual, a doutrina moderna também reconhece a possibilidade de se exercer a influência sobre o juiz na tomada da decisão como uma terceira característica do princípio<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> “Justamente por ser o inquérito uma etapa importante para a obtenção de meios de provas, inclusive com atos que depois não mais se repetem, o acusado deve contar com assistência de defensor já nessa fase preliminar, preparando adequada e tempestivamente sua defesa, substancial de conteúdo” (SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 9). p. 200-201).

<sup>38</sup> “Em verdade, o envolvido em inquérito policial deve ser reconhecido como sujeito ou titular de direitos, sujeito do procedimento e não apenas sujeito ao procedimento, verdadeiro titular de direitos que dentro dele exerce. O indivíduo é, aliás, sujeito e titular de direitos sempre, não importa em que estágio o procedimento se encontre. Os direitos e as garantias constitucionais não têm limites especiais nem obedecem a procedimentos, simplesmente devem ser obedecidos sempre.” (SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 9). p. 200-201).

<sup>39</sup> “Tal visão se encontra consentânea à concepção forte de contraditório, trazida no direito de influência e no dever de debate endoprocessual, elementos preordenados à apresentação de argumentos racionais, tudo com vistas

Não basta que a parte se manifeste no processo. Ela tem o direito de contribuir, cooperar na busca da decisão de mérito e influir no convencimento do juiz e na interpretação das normas discutidas na lide, em autêntico contraditório participativo.

Como bem registra Daniel McConkie em seu estudo sobre a *Discovery*, não faz sentido reconhecer que o juiz e o jurado tenham o direito de acessar todas as provas para a formação do convencimento e negar esse acesso ao imputado. Somente com informação ampla é que o acusado e seu defensor podem fazer juízos de valor a respeito das medidas, atos e renúncias a serem tomadas no procedimento criminal:

Da mesma forma que um júri precisa de informações expansivas para julgar adequadamente a culpa e um juiz de primeiro grau tem a necessidade de mais informações para pronunciar uma sentença razoável, os réus precisam de informações expansivas para se declarar culpados e concordar com uma sentença, ou pelo menos nos contornos de uma sentença. Antes de se declararem culpados, eles precisam ter acesso tanto a evidências que os beneficiem ou prejudiquem que estejam em poder do promotor. (tradução livre)<sup>40</sup>

*O duty to disclosure* norte-americano e a *indagine difensiva* italiana contribuem decisivamente para a construção de uma boa defesa, ao permitirem que o defensor e o imputado possam ter um panorama dos elementos que recaem em seu desfavor e, diante dessa conjuntura, realizar

---

a influir na convicção do órgão julgador e dos demais sujeitos no debate relativo à resolução da questão de direito. Repise-se, pois, que o contraditório não pode mais ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas sim como uma possibilidade de influência sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais e pretensamente corretas, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.” (CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. *Desjudicialização e resolução de conflitos*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 98).

<sup>40</sup> “In the same way that a trial jury needs expansive information to properly adjudicate guilt and a trial judge needs even more information to pronounce a reasonable sentence, defendants need expansive information to intelligently plead guilty and agree to a sentence, or at least the contours of a sentence. Before they plead guilty, they need access to both exculpatory and inculpatory evidence in the prosecutor’s possession.” (MCCONKIE, Daniel S. Structuring pre-plea criminal discovery. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Evanston, v. 107, n. 1, p. 1-34, May 2017. p. 7).

diligências no interesse da defesa, as quais servirão para robustecer a atividade probatória realizada na instrução processual.

Apesar de pouco explorado no processo penal, o aspecto da influência decorrente do contraditório é essencial para compreendermos a utilidade da investigação defensiva<sup>41</sup>, já que a atividade probatória não se resume apenas ao ato de produção, mas também ao de interferir na sua valoração.

Torna-se natural concluir que, por trás da ampla defesa e do contraditório, é possível desdobrar uma série de direitos e garantias, dentre as quais a possibilidade de investigação defensiva como substrato do direito à produção probatória, esse último derivado do devido processo legal<sup>42</sup> e da paridade de armas<sup>43</sup>.

O contraditório também exerce seu papel axiológico na investigação criminal defensiva na medida em que a pesquisa desempenhada pela defesa nada mais é do que uma resposta à atividade persecutória punitiva<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Quando aborda a questão do objeto do contraditório Fazzalari explica: “È costituito da questioni relative alle stesse attività processuali: se siano ammissibili (rectius, leciti o doverosi), pertinenti, utili uno o più atti da svolgere (ad esempio, nel processo giurisdizionale civile, la questione dell’ordine d’integrazione del contraddittorio; quella dell’ammissione di una prova; quella della dichiarazione d’invalidità di un atto processuale; della sua rinnovazione). Anche le questioni cosiddette di merito concernono il compimento di un atto processuale: precisamente dell’atto finale, del provvedimento (ancora nel processo civile, la questione di merito culminante è se il giudice debba emettere il provvedimento giurisdizionale richiesto, o rifiutarlo.” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed. Milano: CEDAM. 1992. p. 87-88).

<sup>42</sup> “Por consiguiente, el derecho a presentar todos los medios de pruebas relevantes que estén al alcance de las partes es un aspecto esencial del derecho al debido proceso y debe reconocerse que pertenece a las garantías fundamentales de las partes.” (TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 56).

<sup>43</sup> “O direito fundamental à investigação defensiva, portanto, pode ser duplamente fundamentado: (a) no direito à prova defensiva, na medida em que o seu exercício em Juízo pressupõe prévia atividade investigativa; (b) na garantia da paridade de armas.” (MALAN, Diogo Rudge. *Investigação defensiva no processo penal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 96, maio/jun. 2012. p. 290).

<sup>44</sup> “A prova passa a ser um dos componentes do direito de defesa, o *direito de defender-se provando*, que não se exaure no direito de propor a sua produção,

Em síntese de tudo o que foi exposto, o direito à prova é verdadeiro desdobramento dos princípios da ampla defesa e do contraditório<sup>45</sup> e a investigação criminal defensiva se insere como um procedimento defensivo dirigido à atividade probatória e com propósitos próprios a serem avaliados pela defesa técnica e com momentos não estanques para sua realização.

### II.3 – A DEFINIÇÃO DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO BRASIL

Estamos, na verdade, em um momento normativo de sombras, em que cabe ao legislador definir os estreitos limites da atuação defensiva com vistas à sua própria segurança, evitando-se a incidência de figuras típicas como nos casos em que a defesa esteja agindo de boa-fé, sujeitando-se a transtornos derivados de equívocos interpretativos por parte dos agentes estatais.

No entanto, essa zona de penumbra não representa um obstáculo à realização da investigação defensiva, mas apenas um alerta a quem a realiza, daí a necessidade de se enxergar uma capacidade normativa plural. Ainda que anseie pela regulamentação a nível legislativo, os órgãos de defesa podem avançar seus primeiros passos no trato do tema.

---

mas se completa com o direito de produzir todas as provas que potencialmente tenham alguma relevância para o êxito da postulação ou da defesa.

Mas a parte não pode ter prejudicado o seu acesso à tutela jurisdicional em razão da dificuldade de produzir a prova dos fatos que a ela interessam, em razão das regras que distribuem os ônus da prova. A doutrina e a jurisprudência vêm aconselhando, nesses casos, a inversão do ônus da prova, como meio de restabelecer o equilíbrio entre as partes no acesso à tutela jurisdicional efetiva, repudiando as chamadas *provas diabólicas*, ou de produção impossível, que põem uma das partes em indevida posição de vantagem, incompatível com a garantia do contraditório.” (GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 44).

<sup>45</sup> “A jurisprudência brasileira é tranquila nesse sentido, falando na imprescindibilidade de se conferirem a ambas as partes todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória. E, se tal não ocorrer, fala a jurisprudência, genericamente, em cerceamento de defesa ou de acusação.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 137-138).

É certo, também, que ao lado da regulamentação da investigação defensiva, tornar-se-á necessário construir uma teoria da investigação defensiva, papel este atribuído à doutrina. Nessa linha, pensamos que o primeiro passo é situar o papel da investigação defensiva para o nosso sistema jurídico.

O conceito trazido por Édson Luís Baldan é pertinente, quando o autor afirma:

Investigação defensiva é o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial.<sup>46</sup>

Estamos de acordo com a proposição sugerida pelo autor, mas com o acréscimo de que a investigação defensiva pode também ser realizada em favor de outros sujeitos processuais, a exemplo da vítima nas suas mais variadas posições (querelante e assistente de acusação).

Importante notar também que mesmo havendo relação com o tema probatório, a atividade defensiva não necessariamente se dirigirá a uma dialeticidade com a investigação policial ou ao suporte da defesa na ação penal. Muito mais do que isso, pode ela ser exercida para fornecer subsídios em qualquer fase ou grau procedimental, inclusive para eventual embasamento de uma revisão criminal ou para aspectos na seara da execução penal (formas não prisionais de cumprimento de pena), sendo verdadeiro reflexo da paridade de armas<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007. p. 269.

<sup>47</sup> “O esforço dirigido ao fim de configurar novos procedimentos reclama a organização de um modelo epistêmico presidido por princípios éticos que são favorecidos pela adoção do dispositivo da Discovery.

A paridade de armas sucumbe na hipótese de a acusação, por si ou através da polícia, vir a dispor de amplo conjunto de informações e este acervo terminar



Dentre seus vários escopos<sup>48</sup>, a investigação defensiva se prestará a permitir a coleta de elementos que forneçam a construção de teses defensivas baseadas em certos fatos; favorecer a aceitação dessas teses defensivas<sup>49</sup>; permitir a formação de um percurso defensivo no processo quando o agente tenha parcela de responsabilidade pelo fato praticado; desanuviar a percepção da defesa quanto à oportunidade e conveniência na aceitação de institutos despenalizadores; antecipar a visualização de futuras colidências de defesa entre acusados; refutar a validade de provas produzidas pela acusação; ou até mesmo na própria elucidação da conduta criminosa, nesse caso, situação mais comum quando a vítima quiser participar da apuração por meio de investigação própria.

A partir desses objetivos, a defesa realiza diligências com o propósito exclusivo de identificar elementos que possam favorecer a sua situação jurídica, sem a necessária preocupação com a apuração da verdade. Poderá, entretanto, agir imbuída no espírito de clarificação da verdade, trazendo ao conhecimento da acusação informações negligenciadas pelos órgãos de Polícia Judiciária, de acordo com a impressão de Susan Haack:

A atividade de um investigador é descobrir a verdadeira resposta à sua pergunta; portanto, sua obrigação é buscar as evidências

---

sonogado à defesa, ainda que parcialmente, porque não foi devidamente resguardado ou até porque foi suprimido.” (PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 57).

<sup>48</sup> “Por ultimo, se as investigações judiciárias pecam por serem muitas vezes centradas na solução do crime, ao invés de serem dirigidas em função das necessidade de prova especificamente impostas pela lei processual penal para a condenação efectiva dos eventuais agentes do crime, pelo contrário, as investigações criminais levadas a cabo pelo próprio arguido deverão ser sempre preferencialmente dirigidas para a comprovação dos factos que depende a sua Defesa e não à solução crime, propriamente dita, pelos menos enquanto tal não for tido por necessário.” (OLIVEIRA, Francisco da Costa. *A defesa e a investigação do crime*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 57-58).

<sup>49</sup> “However, defense investigators generally do not need to determine if a crime was committed. Nor do they generally need to determine who has committed the crime. Defense investigations are often focused on specific issues, the goal being to uncover evidence to support that someone did not commit the crime. Specifically, that the defendant charged with the crime is not guilty.” (PERRON, Brandon A. *Uncovering reasonable doubt*. Nebraska: Morris Publishing, 1998. p. 1-3).

que ele puder e avaliar o mais razoavelmente possível. Então, novamente, estritamente falando, “investigador desinteressado e imparcial é meio que um pleonasma; um investigador interessado e tendencioso e um oximoro. Mas na vida real, obviamente, é muito mais confuso. Provavelmente ninguém é de integridade intelectual sólida, e até os mais honestos inquiridores têm seus preconceitos e pontos cegos; e um defensor ansioso para evitar ser pego de surpresa pode perguntar com escrupulosa meticulosidade. (tradução livre)<sup>50</sup>

As vantagens da investigação desenvolvida pela defesa serão inúmeras. Com um maior aproveitamento do tempo entre a data do fato e o trânsito em julgado da causa, permitir-se-á que a defesa exerça maior intervenção nos estágios iniciais, em que os elementos de formação do convencimento estão com maior frescor, proporcionando uma imediatidade entre a prática de atos investigativos e a presença da diligência.

Uma visão prévia dos elementos que pesam em desfavor do imputado permitirá uma avaliação mais acertada do seu comportamento na relação processual, com a aceleração do curso da persecução penal e a consequente aceitação de benefícios e institutos despenalizadores previstos em lei<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> “An inquirer’s business is to discover the true answer to his question; so his obligation is to seek out what evidence he can and asses it as fairly as possible. So, again strictly speaking, ‘disinterested, unbiased inquirer is kind of a pleonasm, and interested, biased inquirer an oxymoron. But in real life, obviously, it’s a lot messier. Probably nobody is of rock-solid, across-the-board intellectual integrity, and even the most honest inquirers have their prejudices and blind spots; and an advocate anxious to avoid being blindsided may inquire with scrupulous thoroughness.” (HAACK, Susan. *Evidence matters: science, proof and truth in the law*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 30).

<sup>51</sup> “There are further complicating factors. We have already seen that a single process may involve several modes of dispute-settlement. This was not just a conceptual point. One reason for shifting the focus from adjudication to litigation was the familiar fact that a large majority of civil actions never reach trial and that in most criminal proceedings at common law, by reason of the guilty plea, the trial stage never happens, yet ‘evidentiary issues are involved.” (TWINNING, William. *Rethinking evidence*. New York: Cambridge University Press, 2006. P. 251).

Édson Baldan enumera diversos fatores que justificam a pertinência de uma investigação defensiva em nosso sistema jurídico. Para o autor:

Vislumbram-se como inexoráveis vários benefícios como consequência direta ou reflexa da atividade do defensor que dirige sua própria investigação, em qualquer fase ou estágio da persecução penal: a) aprimoramento da investigação policial como contraponto eficaz às provas produzidas pelo defensor, obrigando a polícia judiciária e o Ministério Público à busca de contínuo aperfeiçoamento técnico-científico; b) criação (ou hipertrofia) de uma categoria profissional: os investigadores privados; c) estímulo ao culto das ciências afins ao Direito Penal, como a Criminalística, Criminologia, Medicina Legal, com a consequente necessidade de adequação do ensino técnico e superior; d) redimensionamento da estatura jurídica do advogado (dentro e fora do processo), transmutando-o da condição de mero espectador inerme e inerte para a posição de ativo protagonista na formação da prova criminal; e) obrigação da motivação judicial na admissão da acusação, criando-se verdadeiro juízo de prelibação que arredaria a instauração da instância judicial quando insuficientes os elementos indiciários e de prova; f) maior proximidade do processo penal com a verdade “real” atingível pelo fortalecimento da prova criminal, com a consequente serenidade maior do Magistrado ao proferir seu *decisum* com ouvidos às razões produzidas por acusação e defesa em perfeita *égalité des armes*.<sup>52</sup>

Se é fato que o direito à produção probatória se extrai da ampla defesa e do devido processo legal, não podemos nos esquecer de que nosso sistema busca preservar a segurança jurídica. Assim, para a validade do que denominamos de binômio validade/veracidade da informação colhida pela defesa, nada mais natural que haja uma regulamentação sobre o tema, de modo a conferir maior fiabilidade ao conteúdo do inquérito defensivo.

Relembre-se que os elementos indiciários são duramente criticados pela doutrina, especialmente as colheitas de depoimentos realizadas pelos órgãos de Polícia Judiciária. Se, mesmo nas atividades regulamentadas

---

<sup>52</sup> BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007. p. 269.

pelo Código de Processo Penal, não é possível empreender veracidade absoluta ao seu conteúdo, o mesmo raciocínio deve ser aplicado à investigação defensiva e à falta de parâmetros normativos.

### III – A TEORIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA E A CARÊNCIA NORMATIVA A SER SUPRIDA

Seria injusto afirmar a total inércia do legislador no trato da investigação defensiva. A proposta de edição de um novo Código de Processo Penal procurou contemplar o tema com a previsão de um único dispositivo, conforme se observa da redação do PLS 156/2009 (art. 13). No entanto, essa única norma não se revela suficiente para disciplinar a matéria<sup>53</sup>.

Pensamos que uma regulamentação inicial e não exaustiva da investigação defensiva pelo Código deva prever: 1 – o reconhecimento da atividade propriamente dita e os momentos em que ela pode ser realizada; 2 – as diligências e o seu modo de agir, estabelecendo limites e comportamentos, especialmente em relação aos terceiros abordados por essa investigação; 3 – o grau de publicidade da investigação defensiva e a possibilidade de utilização no inquérito policial, procedimento investigatório, ação penal ou qualquer outro momento procedimental; 4 – a possibilidade de investigação defensiva em favor de vítimas; 5 – o responsável pela condução da investigação defensiva e os sujeitos que dela farão parte; 6 – a possibilidade de amparo judicial quando houver obstáculo ao exercício da investigação defensiva.

Estes talvez sejam os aspectos de sustentação da realização da investigação direta pela defesa e, por esta razão, merecem regulamentação imediata, de forma a trazer segurança e credibilidade ao desempenho da atividade.

<sup>53</sup> “A regulamentação em discussão no Brasil é tímida, ainda mais se comparada com a legislação italiana. Ao contrário de viabilizar a pesquisa de fontes de prova por parte da defesa, a prometida legislação parece mais querer conter uma atividade que pressupõe já em prática” (VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação criminal: o projeto de código de processo penal e investigação defensiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 107, p. 309-336, mar./abr. 2014. p. 322).

No campo penal e disciplinar, faz-se necessário compreender a necessidade de regulamentação pelos abusos praticado na condução da investigação, bem como pelo fornecimento de falsas informações das pessoas que intervenham na investigação defensiva.

De certo que a atividade regulamentar advinda da lei ordinária jamais será exaustiva e se conciliará também de ajustes promovidos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil por meio de seu poder regulamentar (Provimentos) e dos órgãos normativos das respectivas Defensorias Públicas (Conselho Superior), enquanto não houver um órgão nacional com essa aptidão.

Note-se que não há uma relação de antecedência entre essas atividades, o que implica admitir que os órgãos de defesa podem se antecipar ao Parlamento e editar, desde logo, normas relativas à investigação defensiva, como é o caso do recente Provimento n. 188/2018, aprovado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Uma vez construído um sólido pilar normativo, o próximo passo é a teorização da investigação criminal defensiva. Esse segundo passo dependerá do estabelecimento de alguns conceitos centrais que permitam um melhor embasamento teórico e se escoram em justificativas amparadas no ordenamento jurídico.

Serão eles: a – quem desenvolve a investigação defensiva; b – quando se desenvolve; c – como se desenvolve; d – o seu propósito; e – as garantias que devem ser observadas em favor de quem é alvo da atividade investigativa defensiva; f – o nível de publicidade da investigação; g – a natureza da relação entre investigador e interessado na investigação; h – a possibilidade ou não de controle, amparo e intervenção judicial; i – o regime disciplinar aplicado ao investigador; j – a natureza da investigação e dos atos realizados.

Outro ponto crucial a ser considerado é o que denominamos “imedição investigativa”. Décio Alonso Gomes, em sua tese sobre provas, procura justificar a relação entre prova e imedição no processo penal com foco na atividade jurisdicional<sup>54</sup>. Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado na investigação defensiva sob o viés de que quanto maior a

---

<sup>54</sup> Cf. GOMES, Décio Alonso. *Prova e imedição no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

presença da defesa na coleta de elementos, melhor será o resultado do processo na busca da verdade<sup>55</sup>.

Isso implica reconhecer que a base da teoria geral da investigação criminal defensiva está sustentada no fato de que é salutar uma maior proximidade da defesa na coleta dos elementos de prova dos fatos, seja por meio de uma maior participação no inquérito policial, seja pela iniciativa de pesquisa e coleta de fontes de prova, observados os limites que aqui serão traçados.

Com uma visão mais ampla dos elementos favoráveis e desfavoráveis à elucidação do fato criminoso, uma defesa escorada na lealdade processual pode melhor orientar o investigado/acusado a respeito do seu comportamento na relação processual.

Não se trata de propor que a defesa crie ou falseie elementos a partir da investigação por ela produzida, mas coletar elementos que passam despercebidos aos olhos da Polícia Judiciária e da acusação e que possam, de algum modo, influir na compreensão adequada do fato posto em julgamento.

É notório que a atividade investigativa pode se desenvolver por várias linhas e, à medida que o trabalho de inteligência e coleta de elementos segue adiante, a autoridade policial ou o Ministério Público acabam por eliminar hipóteses e focar seu olhar em um único percurso formativo da *opinio delicti*.

Não se negue que a atividade de investigação defensiva também pode focar em um único rumo e ainda ser desenvolvida por alguém que representa uma parte da relação processual, naturalmente uma atividade interessada e, por conta disso, parcial. No entanto, a parcialidade da defesa na condução da investigação se restringe ao campo da expectativa, ou seja, se direciona na busca de certo resultado da causa e não em relação ao conteúdo da prova, imutável, como regra geral.

---

<sup>55</sup> “A imediação refere essencialmente à eficácia da prova no processo, e, assim, à efetividade dos procedimentos judiciais, pois supõe a exclusão de toda intermediação artificial entre o juiz e a prova. O instituto consiste em perceber os meios de prova utilizados em juízo na presença ininterrupta de todos aqueles que desenvolvem alguma função autorizada pela lei (sujeitos processuais) e como condição de validade de sua análise para que o tribunal determine os elementos do caso singular que suportarão a decisão.” (GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 43).

O papel da defesa, então, é o de explorar essas linhas abandonadas pelos órgãos de investigação e, eventualmente, apontar informações que possam melhor contribuir para o esclarecimento da verdade, especialmente como forma de contrapor elementos que serão produzidos no curso da ação penal<sup>56</sup>.

Tradicionalmente, a investigação desenvolvida pela polícia judiciária utiliza-se de um verdadeiro filtro, buscando canalizar os dados que terão serventia ao esclarecimento do fato e desprezando elementos que não apresentam pertinência ao fim a que o procedimento se destina. Esse abandono de linhas investigativas pode ser explorado pela defesa, especialmente se do aspecto desprezado seja possível extrair informações de utilidade da defesa.

A atividade investigativa se desenvolverá no âmbito de um procedimento denominado inquérito defensivo, conduzido por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil mediante regulamentação do Conselho Federal da OAB, com base no art. 54, V, da Lei 8.906/1994, ou pela Defensoria Pública, por meio de órgão de atuação com atribuição definida pelo seu Conselho Superior, amparado no art. 102, § 1º, da Lei Complementar 80/1994.

Ambas as normas regulam o poder normativo das instituições de defesa e permitem que haja um regramento mais detalhado do exercício da advocacia e da assistência jurídica em favor do imputado.

De certo modo, haverá uma distinção correspondente à natureza do inquérito defensivo a depender de quem o presida. Sendo o procedimento instaurado no âmbito da Defensoria Pública, correto será enquadrar a sua natureza como de ato oficial e público. O caráter oficial é comum a ambos os sujeitos que o instaurem, já que essa característica advém do fato de o inquérito defensivo ser desenvolvido por duas instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, com sede constitucional.

É indubitável também que a atividade desempenhada pela Defensoria Pública na condução de um inquérito defensivo ostenta natureza

---

<sup>56</sup> “A transparência que abarca a realização das atuações processuais na presença das partes e de terceiros, constitui um freio no exercício de um poder do qual é tão fácil abusar.” (GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 43).

de ato investigatório público, por se tratar de instituição organizada pelo Estado e dedicada à assistência jurídica dos necessitados.

No entanto, há uma qualificação diversa da natureza do procedimento, quando tratamos da advocacia. Poder-se-ia cogitar da possibilidade de se atribuir a natureza pública aos atos investigativos produzidos por advogado, considerando que o art. 2º, § 1º, do Estatuto da OAB afirma que no ministério privado o advogado presta serviço público e exerce função social, o que reforçaria essa natureza pública da atividade de investigação defensiva<sup>57</sup>.

No entanto, ainda que possível a construção teórica em prol da função do advogado, sua relação com o cliente reveste-se de particularidades não reproduzidas no regime estabelecido entre Defensoria Pública e os seus assistidos, o que seria um primeiro fator a caracterizar a natureza jurídica diversa entre os inquéritos defensivos.

Assim, na base da teoria, teremos uma distinção formal entre a investigação desenvolvida pela Defensoria Pública, que, pela sua natureza estatal e oficial, terá natureza pública, e a investigação desenvolvida pelo advogado, que, pela sua natureza, ostentará natureza privada.

É bem verdade que a natureza pública do inquérito defensivo e dos atos que nele são praticados servirá de pouca utilidade para a sua aplicação prática, considerando que o conteúdo da investigação é que será submetido à valoração durante a fase de investigação criminal e do processo penal, pouco importando se de natureza pública ou privada.

Não se evidencia adequado querer atribuir maior valor para formação do convencimento, conforme a natureza da investigação (pública ou privada). O que importa é se os atos praticados se destinam à utilização para a *opinio delicti* da acusação ou no curso de um processo penal, e se foram praticados observando-se as regras procedimentais de modo a preservar a licitude e a veracidade de seu conteúdo.

---

<sup>57</sup> “Prosseguindo na discussão, é preciso dizer que a atividade advocatícia, como uma profissão que exerce um múnus público (art. 133, CF), poderia possuir fé pública no sentido de conferir autenticidade aos documentos por si atestados.” (DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145-187, dez. 2018. p. 153).



Como forma de atribuir ainda mais fidedignidade à atividade desempenhada pelos advogados, não nos parece irrazoável que a Ordem dos Advogados do Brasil mantenha o controle de um banco de dados dos advogados que pretendam realizar a investigação defensiva e deles exija frequência em cursos periódicos de capacitação, especialmente para a construção de um perfil ético na condução dessa nova função.

Um primeiro passo foi dado com a regulamentação da investigação defensiva, a partir do Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB. Todavia, a autarquia profissional pouco se preocupou na relação com o controle dos atos investigativos realizados pelos advogados

Um tema de tal envergadura, especialmente diante da ausência de um amparo legislativo regulamentar, não depende de um ato administrativo que apenas discipline a forma de instauração do inquérito defensivo, mas também enfrente os aspectos deontológicos na sua condução.

Há um perigo de se tomar um rumo semelhante ao dos acordos de não persecução aprovados no âmbito do CNMP, cuja constitucionalidade é discutida no STF em virtude de um excessivo avanço normativo em temas que não competiriam ao Conselho, até o advento da Lei n. 13.964/2019 que trouxe maior disciplina ao tema.

Em sequência ao nosso raciocínio, o gênero investigação criminal defensiva tem por objeto a defesa de interesses de sujeitos que não fazem parte da atividade de Polícia Judiciária e Ministério Público, mas que, por força das regras do ordenamento jurídico, podem ocupar posições na relação processual (indiciado, acusado, querelante, vítima e assistente de acusação) e desejam realizar atos paralelos a outras formas de investigação criminal.

A investigação criminal defensiva, ou também, para a defesa de interesses pode ocorrer por meio de um inquérito defensivo, instrumento destinado à coleta de informações em favor de suspeitos, indiciados, acusados e condenados ou por meio de um inquérito auxiliar, quando realizado pelo querelante, vítima ou assistente de acusação.

Isso quer dizer que a investigação criminal defensiva se desdobra: 1 – no inquérito defensivo quando o seu interessado ocupa posição de sujeito ativo de determinada conduta criminosa; 2 – no inquérito auxiliar quando o interessado ocupa a posição de sujeito passivo de determinada infração penal.

Em sentido mais ampliativo, Gabriel Bulhões propõe uma classificação quadripartida da investigação defensiva, podendo ela ter os escopos de fornecer suporte ao imputado, à vítima, em contexto empresariais (incluídos aspectos não criminais) e com contexto em colaboração premiada<sup>58</sup>.

Por fim, com a definição da essência da atividade defensiva de coleta de informações, restará apenas estabelecer quais atos o defensor pode praticar quando do desempenho da investigação defensiva com amparo nas normas jurídicas atualmente em vigor, sem prejuízo de eventuais sugestões normativas que serão apresentadas.

De plano, torna-se importante definir uma enumeração não exaustiva, o que implica reconhecer que a complexidade de determinados fatos pode trazer à luz o potencial de outras diligências de interesse da defesa, até mesmo por conta da evolução da sociedade e da ciência, capazes de proporcionar novas formas de reprodução dos fatos.

Como o legislador nem sempre é capaz de estar à frente de seu tempo, certamente a defesa técnica se verá diante de situações em que a busca por fontes de prova decorra de atividades até então inéditas.

Assim, os meios atípicos de coleta de informações no curso da investigação defensiva poderão ser empregados desde que moralmente legítimos e mesmo que não expressos nas normas do Código de Processo Penal, reforçando-se a missiva de que o rol ora proposto tem caráter meramente enunciativo, nas palavras de Giuseppe Locatelli e Giulio Sarno:

A proibição de o advogado executar medidas de investigação tipificadas pelo código, diferentes daquelas cujo cumprimento é autorizado pelas regras relativas às investigações defensivas não exclui, em princípio, a legitimidade do advogado para levar a cabo investigações atípicas de acordo com o princípio da

---

<sup>58</sup> “Surge, assim, para o advogado, na área criminal, algumas possibilidades de atuação. Para fins didáticos, portanto, propõe-se a seguinte taxonomia, sendo encarada a investigação defensiva (lato sensu) como um gênero, do qual fazem parte quatro espécies: i) investigação defensiva stricto sensu; ii) investigação defensiva dos interesses das vítimas; iii) investigação defensiva corporativa; e, ainda, iv) investigação defensiva colaboracional.” (DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145-187, dez. 2018. p. 154).

admissibilidade de prova não regulada pela lei previsto pelo art. 189 do CPP. (tradução livre)<sup>59</sup>

Fora esse contexto, torna-se possível admitir que a defesa possa: 1 – coletar e registrar depoimentos; 2 – requisitar documentos e informações; 3 – realizar exames e contraprovas periciais; 4 – examinar o local e os instrumentos do crime com apoio de assistente técnico; 5 – contar com o depoimento de especialistas; 6 – ter acesso a bancos de dados de natureza pública; 7 – ter acesso às informações de seu constituinte; 8 – valer-se de dados da vítima e de terceiros disponíveis em meios públicos de acesso à informação.

Com regras transparentes sobre a investigação defensiva e um norte adequado ao seu exercício, a persecução penal será melhor exercida no contexto da paridade de armas, dispondo a defesa de mecanismos suficientes para debater as provas durante a relação processual.

## CONCLUSÃO

Diante do pensamento exposto nesse estudo, podemos aqui traçar algumas conclusões sobre a atividade apuratória conduzida pela defesa técnica sob a estrutura da investigação defensiva.

O interesse da defesa em provar determinados fatos pode se inserir em contexto de estratégia probatória, com vistas à extinção prematura de uma ação penal, seja pelo juízo de rejeição da denúncia ou da absolvição sumária.

Podemos considerar que embora a defesa não tenha um ônus de prova equivalente ao do Ministério Público a ela se atribui o ônus de

---

<sup>59</sup> “No primeiro caso, seriam então atípicos os eventuais instrumentos não previstos em lei, embora não seja fácil identificar meios diversos daqueles já referidos pelo legislador, dado que as fontes de prova são limitadas, assim como o são as possíveis modalidades da função representativa. Isso vale até para os meios resultantes do desenvolvimento tecnológico porque se reduzem sempre às noções de documento ou perícia, submetendo-se às regras que disciplinam tais modalidades probatórias.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DSJ Ed., 2005. p. 303-318. p. 314).

comprovar fatos ou elementos que gerem dúvida suficiente para a absolvição e daí a necessidade de seu fortalecimento através da possibilidade de realização da investigação defensiva.

Certo das particularidades dos sistemas norte-americano e italiano, a experiência de investigação criminal defensiva de ambos os países contribui para a compreensão do tema no Brasil, especialmente o desenho do instituto;

Isso nos leva a perceber que a atividade de investigação criminal não pode mais ser encarada como sinônimo de inquérito policial e polícia judiciária. Outras formas de investigação são admitidas pelo ordenamento jurídico, a exemplo da investigação direta pelo Ministério Público e as investigações produzidas em procedimentos sancionatórios;

Com a ampliação do conceito de investigação criminal, torna-se possível inserir a investigação defensiva como uma de suas espécies, compreendida através do inquérito defensivo (em favor do imputado) e do inquérito auxiliar (em favor da vítima);

Algumas normas de nosso sistema jurídico já se revelam adequadas como instrumental para o desenvolvimento de investigações pela defesa. Todavia, para uma efetiva investigação defensiva, outros ajustes tornar-se-ão necessários, principalmente ao Código de Processo Penal e nas leis que regem a advocacia e Defensoria Pública.

A investigação defensiva permitirá que o imputado possa contribuir no esclarecimento dos fatos, avaliar como deve ser o seu comportamento na relação processual, valorar a pertinência de aceitação de acordos processuais e institutos despenalizadores.

A atividade prévia da defesa na identificação de fontes de prova certamente lhe conferirá os instrumentos necessários para resistir à pretensão acusatória, apontado a fragilidade da prova produzida pelo Ministério Público, produzindo provas a respeito de determinados fatos ou até mesmo persuadindo o juiz a encarar a dúvida do material probatório.

## REFERÊNCIAS

AMERICAN BAR ASSOCIATION. Section of criminal justice. *Criminal justice standards for the defense function*: fourth edition, Illinois, June, 2016. Disponível

em: <[https://www.americanbar.org/groups/criminal\\_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition-TableofContents/](https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition-TableofContents/)>. Acesso em: 27 nov. 2019.

ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição sumária, cognição exaustiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007.

BENTHAM, Jérémie. *De l'organisation judiciaire, et de la codification*. Paris: Librairie de Hector Bossange, 1828.

CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. *Desjudicialização e resolução de conflitos*. Curitiba: Juruá, 2017.

CONSO, Giovanni; ILLUMINATI, Giulio. *Commentario breve al codice di procedura penale*. Milano: CEDAM, 2014.

CURTOTTI, Donatella. L'esercizio del diritto di difesa nelle indagini preliminari. In: NEGRI, Daniele. *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017. (Trattato teorico pratico di diritto processuale penale, v. 5).

DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. London: Yale University Presse, 1997.

DI CHIARA, Giuseppe. Le linee prospettiche del difendersi ricercando: luci e ombre delle nuove investigazioni difensive. *La legislazione penale*, Jovene, v. 22, n. 1-2, p. 1-28, gen./mar. 2002.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145-187, dez. 2018.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 6. ed. Milano: CEDAM, 1992.

GOMES, Décio Alonso. *Prova e imediação no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DSJ Ed., 2005. p. 303-318.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRIMM, Paul W; FAX, Charles S.; SANDLER, Paul Mark. *Discovery problems and their solutions*. Chicago: American Bar Association, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HAACK, Susan. *Evidence matters: science, proof and truth in the law*. New York: Cambridge University Press, 2014.

HENDLER, Edmundo S. *Derecho penal y procesal penal de los estados unidos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MADDALENA, Marcello. Per la difesa libera di investigare facoltà e diritti, nessun dovere. *Diritto e giustizia*, Milano, n. 40, nov. 2000.

MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 96, maio/jun. 2012.

MALAN, Diogo Rudge. Defesa penal efetiva. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 253-277, jan./jun. 2006.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. 4 v. V. 2.

MAZZA, Oliviero. Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive. In: *REPERTORIO* generale annuale della giurisprudenza italiana. Torino: UTET, 2002. 2 v.

MCCONKIE, Daniel S. Structuring pre-plea criminal discovery. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Evanston, v. 107, n. 1, p. 1-34, May 2017.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 246, p. 171-198, ago. 2015.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. *A defesa e a investigação do crime*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

PAPERNO, Jill. *Representing the accused*. Minnesota: Aspatore, 2012.

PERRON, Brandon A. *Uncovering reasonable doubt*. Nebraska: Morris Publishing, 1998.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRIOTTI, Giuliana. Le investigazioni difensive: la conclusione di una storia infinita. *Questione Giustizia*, Roma, n. 1, gen./feb. 2001.

PUIGVERT, Silvia Pereira. *La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*. Navarra: Arazandi, 2013.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 224, p. 41-61, out. 2013.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 9).

SIRACUSANO, Delfino et al. *Diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 2009.

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

TWINNING, William. *Rethinking evidence*. New York: Cambridge University Press, 2006.

VELANI, Luigi Gino. *Le investigazioni preventive*. Milano: Giuffrè, 2012.

VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação criminal: o projeto de código de processo penal e investigação defensiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 107, p. 309-336, mar./abr. 2014.

### **Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)**

*Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration):* o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

*Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship):* todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

*Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality):* o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente

se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio. Destaca-se que o presente estudo revisita algumas das premissas lançadas na obra *Investigação Criminal Direta pela Defesa* (Salvador: JusPodium, 2019) com um olhar mais focado na atividade probatória das partes, com o acréscimo de novas considerações sobre o tema.

**Dados do processo editorial** (<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RB-DPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 14/12/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 15/12/2019
- Avaliação 1: 30/12/2019
- Avaliação 2: 31/12/2019
- Avaliação 3: 07/01/2020
- Decisão editorial preliminar: 08/01/2020
- Retorno rodada de correções: 05/02/2020
- Decisão editorial final: 16/02/2020

**Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-assistente: 1 (MSG)
- Revisores: 3

**COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

SILVA, Franklyn R. A. A investigação criminal direta pela defesa – instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 41-80, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.308>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.



# A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato<sup>1</sup>


*The imbrication between maxiprocesses and cooperation agreement: the displacement of the information center to the preliminary investigation in “Lava Jato Operation”*


**Antonio Eduardo Ramires Santoro<sup>2</sup>**

Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Universidade Católica de Petrópolis – Petrópolis/RJ, Brasil

antoniosantoro@antoniosantoro.com.br

 lattes.cnpq.br/9190879263950156

 orcid.org/0000-0003-4485-844X

---

**RESUMO:** A Operação Lava Jato apresenta características maximizadas e a colaboração premiada vem sendo utilizada como principal instrumento na produção de provas. A partir desse contexto, se coloca o seguinte

- 
- <sup>1</sup> Trabalho resultado parcial de projeto de pesquisa financiado pela FAPERJ – Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro como bolsista Jovem Cientista do Nosso Estado. Projeto intitulado “Maxiprocessos como instrumentos de Lawfare político: uma análise qualitativa da compatibilidade da “Operação Lava Jato” com um processo penal democrático”.
  - <sup>2</sup> Professor Titular de Direito Processual Penal do IBMEC/RJ. Professor Adjunto de Direito Processual Penal e Prática Penal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND/UFRJ. Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis - UCP. Coordenador do Grupo de Pesquisa “O Sistema Penal sob Olhar Crítico” da UFRJ/UCP. Pós-Doutor em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidad Nacional de La Matanza - Argentina. Doutor e Mestre em Filosofia pela UFRJ. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidad de Granada - Espanha. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra - Portugal. Especialista em Direito da Economia pela Fundação Getúlio Vargas. Graduado em Direito pela UERJ. Licenciando em História pela UNIRIO. Advogado criminalista.

problema: há intrínseca relação entre maxiprocessos e colaboração premiada que deslocou o centro informativo do processo da fase instrutória processual para a investigação preliminar na Operação Lava Jato? A hipótese inicial é que a colaboração premiada é uma característica marcante dos maxiprocessos, sendo que a informação sobre os fatos que forma o convencimento do julgador é produzida durante a fase investigatória. A pesquisa foi realizada pelo método dedutivo, em nível substancialmente exploratório e parcialmente descritivo, a partir de fontes bibliográficas especialmente sobre maxiprocessos e colaboração premiada, bem como pesquisa empírica a partir de fontes documentais de dois grandes processos judiciais que compõem o complexo policial-investigativo/judicial-processual que é a Operação Lava Jato.

**PALAVRAS-CHAVE:** maxiprocessos; colaboração premiada; Operação Lava Jato; centro informativo; investigação.

**ABSTRACT:** *The “Lava Jato Operation” has maximized features and cooperation agreement has been used as the primary instrument in evidence production. From this context, the following problem arises: Is there an intrinsic relationship between maxiprocesses and cooperation agreement that shifts the process information center from the procedural instructional to the preliminary investigation on “Lava Jato Operation”? The initial hypothesis is that cooperation agreement is a hallmark of maxiprocesses, and the factual information that forms the judgment of the judge is produced during the preliminary investigation. The research was conducted by the deductive method, at a substantially exploratory and partially descriptive level, from bibliographic sources especially about maxiprocesses and cooperation agreement, as well as empirical research from documentary sources of two major judicial processes that make up the police-investigative complex / procedural-court which is “Lava Jato Operation”.*

**KEYWORDS:** *maxiprocesses; cooperation agreement; “Lava Jato Operation”; information center; investigation.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. A imbricação entre os maxiprocessos e os meios de obtenção de prova; 2. Operação Lava Jato: a importância da colaboração premiada com contribuição decisiva da imprensa; 3. A colaboração premiada entre a americanização e a inquisitorialidade; 4. Deslocamento do centro informativo dos maxiprocessos para a fase investigatória; Considerações Finais; Referências.

## INTRODUÇÃO

A Operação Lava Jato se mostrou um verdadeiro marco de mudança não apenas para o processo penal brasileiro, mas também no cenário político. O fato público e notório de que o juiz por ela responsável, Sérgio Moro, tenha se tornado Ministro da Justiça e da Segurança Pública do atual governo eleito, também agrega razões de política criminal para acreditar que as mudanças no sistema penal não serão restritas à prática policial-judicial da Lava Jato<sup>3</sup>.

Para tanto, basta verificar que o chamado projeto de “Lei Anticrime” – com importantes alterações, é verdade, realizadas durante a tramitação do processo legislativo – converteu-se na Lei nº 13.964/2019, com a presunçosa epígrafe: “aperfeiçoa a legislação penal e processual penal”, indicativa de uma tentativa de padronizar métodos aplicados de forma peculiar na Operação Lava Jato.

Não se pode ignorar que além da Operação Lava Jato há um grupo considerável de processos penais no Brasil com um novo desenho maximizado, os maxiprocessos, que podem ser inicialmente compreendidos a partir de algumas evidências, tais como, a privilegiada posição social dos investigados (em geral políticos e empresários), a utilização de meios de obtenção de informações tecnologicamente mais avançados e ocultos capazes de devassar a intimidade dos investigados, com a consequente espetacularização do processo, a possibilidade da imprensa expor ao público conversas e vídeos captados em investigações ou mesmo acompanhar em tempo real a execução de fases ostensivas com medidas prisionais, conduções coercitivas ou de buscas e apreensões domiciliares, tornaram o processo conduzido como “operações” um produto de venda essencial à mídia.

---

<sup>3</sup> Essa perspectiva não passou despercebida por Ricardo Jacobsen Gloeckner que afirmou “Como já seria de se esperar, o novo Ministro da Justiça não poderia deixar passar a oportunidade de novamente, em flagrante servilismo apostólico ao sistema americano, de indicar a tentativa de por via legislativa introduzir, de forma mais ampla, o plea bargain, como fica claro em seu discurso de posse” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “novo” liberalismo processual penal autoritário? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.) *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 184).

Além de esvaziar a ideia de um processo penal fundado nos fatos e inseri-lo em um clima de apreensão folhetinesco, impulsionando o interesse da opinião pública e da mídia, a possibilidade de que a atuação das agências penais seja ditada pela pauta da imprensa, configurando aquilo que se convencionou chamar de agenda *setting*<sup>4</sup>, é uma realidade.

A mais característica das inovações da Operação Lava Jato e dos maxiprocessos é a utilização disseminada da colaboração premiada. Não apenas por ter sido prevista e regulada pela Lei nº 12.850/2013, poucos meses antes do início da Operação, em 2014, mas sobretudo porque o conteúdo das delações foi o combustível que fez vivo interesse da opinião pública conduzido pelas notícias veiculadas pela mídia.

A forma como os conteúdos das declarações prestadas pelos investigados ou acusados que celebraram acordos de colaboração premiada foram tratados pela mídia, converteu-se em um pré-julgamento público sobre os fatos ainda em fase de investigação preliminar e põe a questão do convencimento<sup>5</sup> judicial em outras bases.

Afinal, como responder ao problema que se coloca: há intrínseca relação entre maxiprocessos e colaboração premiada que deslocou o centro informativo do processo da fase instrutória processual para a investigação preliminar na Operação Lava Jato?

A hipótese inicial é que a colaboração premiada é uma característica marcante dos maxiprocessos, sendo que a informação sobre os fatos que forma o convencimento do julgador é produzida durante a investigação preliminar.

Para tanto será desenvolvida uma pesquisa pelo método dedutivo, em nível substancialmente exploratório e parcialmente descritivo, a partir de fontes bibliográficas, com o objetivo de identificar as características dos maxiprocessos, comparar categorialmente com a Operação Lava Jato, situar a colaboração premiada entre os sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law* e enfrentar, finalmente, a questão do momento da produção

<sup>4</sup> MCCOMBS, Maxwell. *A Teoria da Agenda: a mídia e a opinião pública*. Tradução Jacques A. Weinberg. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 65 e ss.

<sup>5</sup> Importante esclarecer que a distinção entre convicção e convencimento é premissa teórica deste trabalho e prescinde, portanto, de aprofundamento (MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the Brazilian lessons*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 16 a 37).

da informação que forma o convencimento do magistrado nos maxiprocessos, mais especificamente na Operação Lava Jato.

Será utilizada a pesquisa empírica<sup>6</sup> a partir de fontes documentais<sup>7</sup> colhidas pelos pesquisadores vinculados ao Grupo de Pesquisa “Sistema Penal sob Olhar Crítico” composto por docentes e discentes de graduação, mestrado e doutorado da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, coordenados pelo autor do presente artigo.

A pesquisa se iniciou com a identificação dos processos que o Ministério Público Federal apresentava como sendo a primeira e segunda fase da Operação Lava Jato, mas que em geral são de fato os processos iniciados até o segundo semestre de 2017. Foram identificados na primeira instância: 75 (setenta e cinco) processos judiciais com tramitação na 13<sup>a</sup> Vara Federal de Curitiba, 33 (trinta e três) na 7<sup>a</sup> Vara

---

<sup>6</sup> Compreende-se por pesquisa empírica aquela que pretende “romper com a tradicional pesquisa teórico-bibliográfica, tão afeita ao Direito” (LINS E HORTA, Ricardo de; ALMEIDA, Vera Ribeiro de; CHILVARQUER, Marcelo. Avaliando o desenvolvimento da pesquisa empírica em direito no Brasil: o caso do projeto Pensando o Direito. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. São Paulo, vol. 1, n. 2, p. 165, 2014) e se dirige à compreensão de como a normatividade é apropriada socialmente, bem como à busca de resultados analíticos das consequências da interpretação da normatividade (VERONESE, Alexandre. O problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área do Direito: uma perspectiva brasileira da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio de Janeiro. In: *Anais do XV Congresso Nacional do CONPE-DI*, 2015, p. 6019. Disponível em [http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/bh/alexandre\\_veronese2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/bh/alexandre_veronese2.pdf)).

<sup>7</sup> “O levantamento de dados em autos de processos judiciais é uma vertente da técnica ‘pesquisa documental’” (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). *Pesquisar Empiricamente o Direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 277), enquanto para Reginato, a pesquisa documental é uma técnica de pesquisa empírica, a despeito da constante confusão que isso traz nos pesquisadores mais tradicionais (vide REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. In: *Pesquisar Empiricamente o Direito*. Máira Rocha (org.). *Pesquisar Empiricamente o Direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 193) “Minha intenção é chamar a atenção para o fato de que, cada vez que desenvolvemos uma pesquisa que mobiliza algum tipo de instrumento jurídico, norma, jurisprudência, autos ou peças processuais isoladamente consideradas, estamos no campo da pesquisa empírica em direito, especialmente da pesquisa documental (que, evidentemente, pode e deve se somar a outras diferentes estratégias analíticas de pesquisa).”

Federal Criminal do Rio de Janeiro e 2 (dois) na 10<sup>a</sup> Vara Federal do Distrito Federal.

Os processos foram acessados pelos sítios dos tribunais e obtidas as denúncias ou baixadas as denúncias disponíveis no sítio eletrônico do Ministério Público Federal. Foram lidas todas as denúncias para identificar quais faziam menção à existência de colaboradores. Foram identificados 125 (cento e vinte e cinco) colaboradores mencionados nessas 110 (cento e dez) denúncias. Todos os processos, seja na denúncia ou no curso do procedimento, fazem menção a alguma colaboração premiada, portanto não existe processo entre os pesquisados, nesse complexo que se conveniou chamar de Operação Lava Jato, que não utilize de alguma forma o instituto da colaboração premiada.

Todos os autos dos processos que não estavam em segredo de justiça foram acessados para encontrar, além das denúncias, os termos de acordo de Colaboração Premiada e as sentenças, para aqueles processos cuja sentença já havia sido proferida.

Como este trabalho não é o resultado final da pesquisa, mas apenas pretende-se apresentar resultados parciais e o seu objetivo não é proceder a uma análise quantitativa da Operação Lava Jato, mas uma abordagem qualitativa visando identificar se a colaboração premiada deslocou o centro informativo da megaoperação para a fase investigativa, realizar-se-á uma análise de processos. Essa análise não é um estudo de casos, vez que não se pretende generalizar a partir do particular, embora o estudo do caso em si se integre na multiplicidade de estratégias de pesquisa<sup>8</sup>. O que se quer deixar claro é que não se trata de uma pesquisa indutiva.

O objetivo é identificar se o particular apresenta as categorias delineadas pela primeira fase (teórico-bibliográfica) da pesquisa, por meio de uma análise de conteúdo das denúncias, dos termos de acordo de colaboração e, principalmente, das sentenças. Como coloca Silva<sup>9</sup>, “determinados documentos, pelo seu valor histórico e riqueza de conteúdo,

<sup>8</sup> “Um estudo de caso pode ser desenvolvido como estratégia secundária ou complementar em um projeto adotando métodos múltiplos.” (MACHADO, Máira Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. In: *Pesquisar Empiricamente o Direito*. Máira Rocha (org.). *Pesquisar Empiricamente o Direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 358).

<sup>9</sup> Op. cit., p. 277.

demandam investigações em profundidade, que avançam para dados menos evidentes, como o contexto de produção, o perfil e o comportamento dos seus autores...”, de tal forma que dados desse tipo “são representados textualmente e, por isso, analisados por técnicas de análise de conteúdo, de discursos e outras do mesmo gênero”. Portanto, o objetivo da parte empírica do trabalho de pesquisa aqui exposto é desvelar o que foi dito por trás do exposto, com isso pretende-se identificar o perfil e o comportamento dos autores dos atos analisados.

Para esse objetivo, a análise se realizará sobre os documentos obtidos junto aos autos de dois grandes processos judiciais que compõem o complexo policial-investigativo/judicial-processual que é a Operação Lava Jato, mais especificamente os processos nº 5025676-71.2014.4.04.7000 e 5026212-82.2014.4.04.7000. A escolha desses específicos processos se deu por quatro motivos específicos: (1) ambos tramitaram perante a 13ª Vara Federal de Curitiba e foram julgados por Sérgio Moro, autor de artigo que será analisado entre as fontes bibliográficas especialmente na etapa comparativa entre a Operação Lava Jato e a categoria maxiprocessos; (2) são processos em que os réus Paulo Roberto Costa (em ambos os processos) e Alberto Youssef (no segundo processo) figuraram como colaboradores, o que permite identificar a influência da colaboração premiada; (3) são processos em que já foi proferida sentença, permitindo a análise da colaboração premiada na formação do convencimento judicial; (4) o acesso público é facilitado porque a denúncia, a sentença e a chave de acesso estão na página da web do Ministério Público Federal.

## **1. A IMBRICAÇÃO ENTRE OS MAXIPROCESSOS<sup>10</sup> E OS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA**

Ao tratar daquilo que chamou de subsistema penal de exceção, Luigi Ferrajoli identificou que no subsistema penal de exceção o que

---

<sup>10</sup> A apresentação das características dos maxiprocessos é um resultado da pesquisa já apresentado em outras oportunidades total ou parcialmente (vide por todos, em razão de sua exposição mais completa: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e TAVARES, Natália Lucero Frias. *Lawfare Brasileiro*. 2ª edição. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, capítulo 2, p. 49 e ss), porém está

confere legitimidade à punição não é a razão “jurídica, mas imediatamente política”<sup>11</sup>.

Nesse contexto, Ferrajoli afirma que a “razão de Estado” se sobrepõe à “razão jurídica” e não existe mais jurisdição, mas “arbítrio policialesco, repressão política”<sup>12</sup>, incompatível com o Estado de direito. Entre as mais relevantes alterações no modelo clássico de legalidade penal nos processos de emergência<sup>13</sup> estão o que ele denominou de maxiprocessos<sup>14</sup>.

Assim, com inspiração nas lições de Ferrajoli, é possível traçar as mais importantes características dos maxiprocessos: (1) cobertura midiática massiva; (2) o gigantismo processual<sup>15</sup>; (3) a confusão processual; (4) a mutação substancial do modelo clássico de legalidade penal; (5) o incremento da utilização dos meios investigação ou obtenção de prova.

A primeira característica, denominada (1) “cobertura midiática massiva” dos maxiprocessos, diversamente do que ocorre com o processo penal tradicional, não utiliza o discurso do medo<sup>16</sup>, que termina por apresentar implicações especialmente na segurança pública, mas se vale do discurso da impunidade<sup>17</sup> e gera três consequências básicas: (i) espe-

---

exposta aqui de forma resumida como premissa para o desenvolvimento do trabalho cujo resultado inédito se apresenta nesse artigo.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 747.

<sup>12</sup> Idem, p. 751.

<sup>13</sup> Op. cit., p. 758 e ss.

<sup>14</sup> A expressão maxiprocessos é extraída de FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 760 e ss. que o situa em uma espécie de direito penal especial ou de exceção. O termo também pode ser encontrada em ALFONSO, Roberto; CENTONE, Alessandro (a cura di). *Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienza*. Milão: Giuffrè, 2011. Tratando como “megajustiza” confira-se PRATES, Fernanda. Práticas de interceptação e os riscos do modelo de “megajustiza”. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (org.). *Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

<sup>15</sup> Expressão cunhada por FERRAJOLI. Op. cit., p. 760.

<sup>16</sup> Cf. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

<sup>17</sup> Que também é um discurso a serviço do processo penal tradicional. A esse respeito cf. GENELHÚ, Ricardo. *Do discurso da impunidade à impunização: o*



taculariza os eventos originados de investigações e processos criminais<sup>18</sup>, (ii) confere publicidade opressiva aos julgamentos criminais interferindo no direito ao um processo justo<sup>19</sup> e (iii) determina a agenda dos órgãos atuantes na justiça criminal<sup>20</sup>.

A segunda característica dos maxiprocessos, o (2) “gigantismo processual”, pode ser (i) horizontal (gigantismo processual horizontal), caracterizado pela abertura de “megainvestigações contra centenas de imputados, mediante prisões baseadas em frágeis indícios como primeiros e prejudiciais atos de instrução”<sup>21</sup>; (ii) vertical (gigantismo processual vertical), que se verifica pela multiplicação de imputações realizadas sobre as mesmas pessoas, com delitos associativos gerando imputações específicas e vice-versa, circularmente; (iii) temporal (gigantismo processual temporal), com processos que se arrastam por anos acompanhados do cumprimento de penas por meio de prisões preventivas ou afastamento de direitos fundamentais<sup>22</sup> por categorias processuais antes do efetivo julgamento.

A terceira característica, denominada (3) “confusão processual” se apresenta de forma subjetiva (confusão processual subjetiva) e/ou objetiva (confusão processual objetiva).

A confusão processual subjetiva se caracteriza quando a polícia exerce funções tipicamente judiciais ou quando o juiz exerce funções policiais, tal como a atribuição de tarefas e instrumentos investigativos aos julgadores, como, por exemplo, quando a lei brasileira (art. 1º da Lei nº 9.296/96) atribui ao juiz poderes para determinar uma interceptação telefônica de ofício. Tendo em vista a “natural parcialidade da

---

sistema penal do capitalismo brasileiro e a destruição da democracia. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

<sup>18</sup> Cf. CASARA, Rubens. *Processo Penal do Espetáculo*: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Curitiba: Emporio do Direito, 2016.

<sup>19</sup> Cf. SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>20</sup> Cf. MCCOMBS. Op. cit..

<sup>21</sup> FERRAJOLI. Op. cit., p. 760/761.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 89 e ss.

policia em relação à imparcialidade institucional do juiz”<sup>23</sup>, a confusão subjetiva coloca em xeque um axioma básico do processo penal justo, que é a imparcialidade<sup>24</sup>.

A confusão processual objetiva é característica atribuível aos maxiprocessos. É uma confusão entre processos supostamente diversos ou entre processos e investigações, que terminam por tratar de temas ou fatos parcialmente ou quase integralmente idênticos, gerando novas investigações a partir de processos criminais.

Essa característica da confusão processual objetiva entre investigações e processos implica na potencialização da confusão processual subjetiva, não apenas porque os magistrados exercem funções tipicamente investigativas, mas porque o fazem em um processo para instruir outra(s) investigação(ões) que o terão como julgador em razão da regra da prevenção positiva<sup>25</sup>.

Apontada como mais importante alteração das técnicas punitivas características dos maxiprocessos por Ferrajoli, a característica chamada de (4) “mutação substancial do modelo clássico de legalidade penal” consiste na utilização do ‘paradigma do inimigo’<sup>26</sup>, o que exprime uma personalização do sistema penal. Em outras palavras, um direito penal do réu e não do crime.

A utilização de figuras típicas associativas (como a Organização Criminosa definida pela Lei nº 12.850/2013 no Brasil), fórmulas indeterminadas, interpretações elásticas, subjetivas, ideológicas e valorativas, e, por fim, uma predileção por investigar pessoas, ao invés de fatos, identificam essa importante característica dos maxiprocessos<sup>27</sup>.

Em decorrência da mutação substancial do modelo de legalidade penal, com a alteração do paradigma de um processo penal do crime para o

<sup>23</sup> FERRAJOLI. Op. cit., p. 762.

<sup>24</sup> Esse é um tema que tem direta relação com questão da contaminação do julgador com atos do inquérito, cf. LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no processo penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 234 e ss.

<sup>25</sup> Para uma crítica à prevenção positiva cf. MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz das garantias*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>26</sup> FERRAJOLI. Op. cit., p. 758/759.

<sup>27</sup> Idem.

processo penal do réu, o julgador assume uma posição protagonista, “o juiz torna-se inimigo do réu (...) e não procura a verdade do fato, mas procura no prisioneiro o delito”<sup>28</sup>, permitindo ao magistrado invadir a esfera de privacidade do inimigo, por meio de interceptações e buscas domiciliares.

Essa pessoalização da justiça criminal, que muda o paradigma do crime como centro do sistema para o criminoso, antagonizando-o ao juiz, cria o ambiente para a seletividade política ou ideológica do réu, uma vez que no subsistema penal de exceção a intervenção punitiva se legitima no alcance de objetivos políticos.

Há também, na mutação substancial, uma ontologização do crime como um mal, algo moralizante ou pecaminoso, que de forma coerente procura uma confissão e uma “colaboração mediante denúncia dos coautores”<sup>29</sup> ou mesmo uma confissão à sorrelfa, sem alertas de garantia do direito ao silêncio, como na interceptação telefônica, cujo saldo final é uma pseudo escolha anticriminal, porém confirmatória da hipótese investigatória.

O protagonismo judicial como estratégia para abreviar a confirmação da hipótese investigatória implica com clareza na confusão processual, tanto subjetiva como objetiva, uma vez que o resultado precede o processo e, não raro, é antecipado pela cobertura midiática de forma apriorística à própria investigação, cujos atos ostensivos de delações, interceptações, conduções, buscas e prisões são apenas a face espetacularizada do que já se havia como certo.

Por fim, a última característica consistente no (5) incremento da utilização dos meios de investigação ou obtenção de prova é outro traço distintivo dos maxiprocessos. É uma característica que decorre naturalmente da mutação substancial e da confusão processual, mas guarda especial relação com a cobertura midiática massiva.

Meios de investigação de prova ou meios de obtenção de prova ou meios de pesquisa de prova se caracterizam por (i) serem instrumentos ou atividades extraprocessuais, (ii) que podem ser produzidos na fase investigatória, (iii) sem a participação do investigado e da defesa, (iv) mas com a participação do juiz (v) baseados no fator

---

<sup>28</sup> Idem, p. 759.

<sup>29</sup> Idem.

surpresa<sup>30</sup>, por isso, não há contraditório direto<sup>31</sup>, (vi) não podem ser repetidos<sup>32</sup>. Diferem dos meios de prova tradicionais que são endoprocessuais, produzidos em juízo, sob o crivo do contraditório direto, com a participação do acusado e sua defesa e, normalmente, podem ser repetidos.

Há, portanto, diante desta quinta característica, uma produção antecipada de informação válida para julgamento antes de serem aplicáveis as garantias processuais<sup>33</sup>, com a participação ativa

<sup>30</sup> Chamando-os de métodos ocultos vide PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

<sup>31</sup> Uma crítica ao uso do contraditório diferido nas interceptações telefônicas SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; RANGEL, Natália. O princípio constitucional do contraditório na interceptação das comunicações telefônicas. In: MENDES, Soraia da Rosa e LONGO, Ana Carolina F. (org.). *Segurança Pública*. Brasília: IDP, 2015. Duas propostas de estabelecimento do contraditório da interceptação telefônica: CASTRO, Helena Rocha Coutinho de; ABATH, Manuela; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Por uma investigação preliminar democrática: o contraditório na interceptação telefônica. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (org.). *Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016 e CÂMARA, Jorge Luis. A inserção da interceptação telefônica em um sistema acusatório coerente com a centralidade do direito de defesa. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (org.). *Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

<sup>32</sup> Estamos aqui adotando a distinção realizada por Aury Lopes Jr. entre “repetição”, “reprodução” e “ratificação” (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 161), de tal sorte que os elementos obtidos com os meios de obtenção de prova só podem ser reproduzidos ou ratificados (e. g., a interceptação telefônica só pode ser reproduzida) e com isso não haverá contraditório direto. O caso específico da colaboração premiada será objeto de análise no contexto desse trabalho.

<sup>33</sup> Cumpre esclarecer que não se ignora que de acordo com a disciplina italiana sobre os meios de obtenção de prova, os mesmos não configuram um elemento de prova, todavia está se trabalhando com o conteúdo do art. 155 do Código de Processo Penal brasileiro que em sua parte final estabelece exceções ao contraditório para as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Com efeito, como coloca Gustavo Badaró, “na prova cautelar, a urgência na obtenção ou no exame do elemento probatório faz com que não se possa instaurar um contraditório contemporâneo a sua produção” e “a urgência costuma estar ligada aos meios de obtenção de prova que, também, necessitam da surpresa para o seu êxito” (BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 424 e 425), razão pela qual o próprio autor afirma que os

do juiz<sup>34</sup>, aproximando os maxiprocessos de uma lógica tipicamente inquisitiva.

Essa característica apresenta especial importância para desenvolvimento do presente trabalho porque realiza um importante deslocamento do momento informativo central: da instrução processual para a fase de investigação, normalmente aquela em que os meios de obtenção de prova são produzidos.

Acresça-se que a colaboração premiada é um desses meios de obtenção que, como veremos, se mostra essencial nos maxiprocessos.

## **2. OPERAÇÃO LAVA JATO: A IMPORTÂNCIA DA COLABORAÇÃO PREMIADA COM CONTRIBUIÇÃO DECISIVA DA IMPRENSA<sup>35</sup>**

A partir de março de 2014 se iniciou no Brasil, mais especificamente na 13ª Vara Federal de Curitiba, Órgão jurisdicional do qual Sérgio Moro figurava como juiz titular, a “Operação Lava Jato”, apresentada no sítio eletrônico do Ministério Público Federal como “a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve”<sup>36</sup>.

Ainda segundo o Ministério Público Federal, a “Lava Jato” iniciou investigando quatro organizações criminosas lideradas por doleiros e, posteriormente, o Ministério Público Federal recolheu provas de um esquema criminoso envolvendo a Petrobras, o qual duraria pelo menos dez anos e consistiria na organização em cartel de grandes empresas que pagariam propinas a altos executivos e a agentes públicos.

---

meios de obtenção de prova “são instrumentos para a colheita de fontes ou elementos de prova” (Op. cit., p. 389).

<sup>34</sup> Importante ressaltar que nos casos em que o exercício do contraditório será diferido, agravam-se as chances de afetação do posicionamento do julgador em decorrência de sua exposição a informações produzidas unilateralmente e que podem provocar - ainda que inconscientemente - impactos na decisão proferida ao final do processo, impossibilitando a ocorrência daquilo que Rui Cunha Martins aponta como essencial para formação da decisão: suspensão do julgamento imediatista e constrangimento das evidências. Vide MARTINS. Op. cit.

<sup>35</sup> SANTORO e TAVARES. Op. cit., p. 57/58.

<sup>36</sup> Disponível em <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/entenda-o-caso>. Acesso em: 28 fev. 2020.

Esse esquema criminoso estaria instaurado na Petrobras em razão da indicação política de três diretorias, que se relacionariam diretamente a três partidos políticos (PP, PT e PMDB) beneficiados por contratos celebrados com as empreiteiras envolvidas.

Hoje a “Lava Jato” não está vinculada apenas à competência da 13ª Vara Federal de Curitiba, mas também ao Rio de Janeiro, Distrito Federal e Supremo Tribunal Federal, em razão dos casos que envolvem competência originária.

No ano de 2004, dez anos antes do início da Operação Lava Jato, o mesmo juiz por ela responsável atuante junto à 13ª Vara Federal de Curitiba, Sérgio Moro, escreveu um artigo intitulado “Considerações sobre a operação mani pulite”<sup>37</sup>.

Moro descreve com clareza o gigantismo da Operação Mani Pulite como um traço marcante, ao apontar que do início da operação em apenas “dois anos após, 2.993 mandados de prisão haviam sido expedidos; 6.059 pessoas estavam sob investigação, incluindo 872 empresários, 1.978 administradores locais e 438 parlamentares, dos quais quatro haviam sido primeiros-ministros.”<sup>38</sup>

A Operação Lava Jato não é diferente. O Ministério Público Federal apresenta números superlativos: são 2.476 procedimentos instaurados, 1.072 mandados de busca e apreensão, 227 mandados de condução coercitiva, 120 mandados de prisão preventiva, 18 mandados de prisão temporária, 6 prisões em flagrante, 548 pedidos de cooperação internacional, 82 acusações criminais contra 347 pessoas e, o mais relevante para o presente trabalho, 176 acordos de colaboração premiada.

Moro apontou como característica da famosa Operação italiana suas razões políticas, pelo que a Mãos Limpas “redesenhou o quadro político na Itália. Partidos que haviam dominado a vida política italiana no pós-guerra (...) foram levados ao colapso...”<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. *Revista CEJ*, Brasília, v. 8, n. 26, p. 56-62., jul./set. 2004. p. 56-62

<sup>38</sup> MORO. Op cit. p. 57

<sup>39</sup> Idem. p. 57

É bem verdade que no trecho parcialmente transcrito ainda não se antevê tenha sido esse resultado político uma finalidade pré-desenhada pelos agentes do sistema jurídico-penal italiano.

Todavia, foi o próprio Moro quem destacou que “Uma nova geração dos assim chamados “giudici ragazzini” (jovens juizes), sem qualquer senso de deferência em relação ao poder político (...), iniciou uma série de investigações sobre a má-conduta administrativa e política.”<sup>40</sup>

Há, portanto, uma identificação entre as consequências políticas e a atuação consciente dos magistrados atuantes na Operação Mani Pulite. Resta claro que a Operação Mani Pulite, na exposição de Moro, não contou com juizes inertes e imparciais, vez que em um sistema acusatório julgador algum pode tomar iniciativas investigativas.

A finalidade política da atuação dos magistrados se conforma à confusão processual de que trata Ferrajoli, como uma estratégia para implementar as razões políticas ou de Estado, em contraposição às razões jurídicas que devem nortear um processo de matiz democrático.

Sergio Moro, hoje Ministro da Justiça e da Segurança Pública após redefinição dos rumos políticos do Brasil implementados pela Operação Lava Jato, terminou seu artigo sobre a Operação Mãos Limpas com uma espécie de vaticínio: “No Brasil, encontram-se presentes várias das condições institucionais necessárias para a realização de ação judicial semelhante.”<sup>41</sup>

Moro ainda deixou claro que a atuação dos por ele chamados jovens juizes era conscientemente voltada a atuar como investigadores que pretendem usar de coação para obter confissões e delações:

A estratégia de ação adotada pelos magistrados incentivava os investigados a colaborar com a Justiça: a estratégia de investigação adotada desde o início do inquérito submetia os suspeitos à pressão de tomar decisão quanto a confessar, espalhando suspeita de que outros já teriam confessado e levantando a perspectiva de permanência na prisão pelo menos pelo período da custódia preventiva no caso de manutenção do silêncio, ou, vice-versa, de soltura imediata no caso de uma confissão (...)<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Idem. p. 58

<sup>41</sup> Idem. p. 61

<sup>42</sup> MORO. Op cit. p. 58

É também característico que não se estabeleceu um processo de barganha, em que partes livres negociam uma solução de forma paritária para o problema penal, mas o móvel das atitudes esperadas dos investigados é que ajam sob constante ameaça e com desconhecimento do que sobre eles exista<sup>43</sup>.

O uso de técnicas que subvertem o sistema acusatório e ampliam as incidências autoritárias no âmbito do processo penal para substituir a obrigatória atribuição de ônus probatório à acusação por confissões obtidas a base de ameaças, desconhecimento e medo, bem como delações que impeçam a execução de medidas que antecipam a pena, se tornam tática de atuação<sup>44</sup>.

Uma das táticas para espalhar o receio entre os investigados e obrigá-los a colaborar era o uso da imprensa. Moro afirma que “os responsáveis pela operação *mani pulite* ainda fizeram largo uso da imprensa” e que esse “constante fluxo de revelações manteve o interesse do público elevado e os líderes partidários na defensiva.”<sup>45</sup>

A imprensa, portanto, é um importante instrumento para o uso político do sistema penal, essencial incentivo à colaboração premiada, que ocupa lugar de centralidade nos maxiprocessos, tomados os privilegiados exemplos das Operações Mãos Limpas e Lava Jato. Moro já havia identificado isso com clareza dez anos antes. Não por acaso foram

---

<sup>43</sup> De se observar que a Suprema Corte Norte Americana decidiu no caso *Brady vs. Maryland* que a acusação apresente as provas da inocência do acusado durante o julgamento. Diante disso vários tribunais passaram a entender que se é exigível que a acusação o faça durante o julgamento, também o será durante o *Plea Bargain* (PETEGORSKY, Michael Nasser. *Plea Bargaining in the dark: the duty to disclosure exculpatory Brady evidence during plea bargain*. *Fordham Law Review*, Nova York, volume 81, n. 6, p. 3599-3650, 2013). Esse é um problema que não se discute no Brasil, nada se trata a respeito do direito da defesa ou investigado de conhecer as provas de inocência de que dispõe a acusação no âmbito da negociação sobre colaboração premiada.

<sup>44</sup> Segundo Moro, “por certo, a confissão ou delação premiada torna-se uma boa alternativa para o investigado apenas quando este se encontrar em uma situação difícil. (...) A prisão pré-julgamento é uma forma de se destacar a seriedade do crime e evidenciar a eficácia da ação judicial, especialmente em sistemas judiciais morosos.” (Op. cit., p. 59).

<sup>45</sup> Idem. p. 59



celebrados mais de uma centena de acordos de colaboração no paradigmático maxiprocesso brasileiro.

### **3. A COLABORAÇÃO PREMIADA ENTRE A AMERICANIZAÇÃO E A INQUISITORIEDADE**

Para responder o problema de pesquisa proposto, não basta constatar sob o ponto de vista teórico e pragmático (neste particular com base nos números e na prévia compreensão de Sérgio Moro) que a colaboração premiada é essencial aos maxiprocessos, importa perquirir se o instrumento é compatível com o devido processo, se as informações utilizadas pelo magistrado foram submetidas ao contraditório (mas não a qualquer contraditório, e sim a um contraditório efetivo).

Não se trata de perquirir a natureza jurídica da colaboração premiada, inserida expressamente entre os meios de obtenção de prova no direito brasileiro pela Lei nº 12.850/2013<sup>46</sup>, mas se esse instituto tem condições de respeitar as garantias características de um processo penal democrático.

Igualmente, para além de apenas inseri-la em uma tradição acusatória norte-americana, como tributária do *plea bargain*, se faz importante compreendê-la como instituto situado no ordenamento brasileiro e como vem sendo manejada.

Jacinto Coutinho e Gabriella Saad Azevedo criticam de forma contundente o que chamam de americanização à brasileira. Começam por expor que para colocar uma névoa na competição do mercado em países onde a corrupção desequilibra as forças que garantiriam a livre iniciativa e o livre mercado, o G7+1 criou o GAFI/FATF (Grupo de Ação Financeira Internacional / Financial Action Task Force) e elencou 40 Recomendações em uma cartilha, com a finalidade de aprimorar leis de combate à corrupção.

---

<sup>46</sup> O que em hipótese alguma implica dizer que essa não pudesse ser uma questão discutida, como se pode verificar, por todos, em VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Colaboração Premiada no processo penal*. São Paulo: RT, 2017, especialmente da pág. 53 a 64, mas porque, inobstante o STF tenha definido no julgamento do HC 127.483 que se trata de negócio jurídico processual ao qual se agrega o efeito substancial, tomamos como premissa tratar-se de um meio de obtenção de prova pelas características que esse instituto reúne, conforme foram descritas anteriormente.

“No caso do processo penal, o movimento foi na direção da adoção, por transplante<sup>47</sup>, do sistema acusatório/adversarial norte-americano (sobretudo), expressão do *Common Law*”<sup>48</sup>. O problema, como expõem os autores, é que o Brasil não aderiu ao sistema acusatório, assim, “fez-se – é verdadeiro – uma *americanização*; mas ela é, neste diapasão, uma *americanização à brasileira*.”<sup>49</sup>

Ocorre que “o sistema inquisitório brasileiro, potencializado pela americanização à brasileira, sobretudo pela delação premiada (...), agiganta a malvadeza e faz os *fins justificarem os meios*”<sup>50</sup>.

De acordo com o raciocínio de Coutinho e Azevedo, “...para se importar a delação premiada, seria coerente mudar o sistema processual e, saindo do sistema inquisitório, adotar o sistema acusatório, a fim de que o juiz possa ocupar seu lugar constitucionalmente demarcado.”<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> Não se pretende estabelecer aqui a importante discussão de direito comparado sobre os transplantes jurídicos, que comumente têm sua gênese atribuída a Alan Watson (WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to Comparative Law*. 2ª ed. Athens: University of Georgia Press, 1993). Essa gênese é, todavia, contestada por John Cairns (CAIRNS, John W. Watson, Walton, and the History of Legal Transplants. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Athens, n. 3, vol. 41, 2012-2013, p. 640), que atribui a Jeremy Bentham, em sua obra “Time and Place” de 1782 o primeiro emprego dessa metáfora e, ainda antes de Watson, identifica em Frederick Walton no texto “Historical School of Jurisprudence and Transplantation of Law” de 1927 a incorporação da ideia de transplantes. Importante trabalho sobre o tema em língua portuguesa escrito por Deo Campos Dutra aponta que apesar da preocupação de Walton com o empréstimo da legislação, não há uma atenção detida da ao reconhecimento das implicações da compreensão da lei por parte dos sistemas receptores (DUTRA, Deo Campos. *Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado*. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96, dez. 2018).

<sup>48</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e AZEVEDO, Gabriella Saad. A americanização à brasileira do processo penal e a delação premiada (lei nº 12.850/13). In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo; MADURO, Flavio Mirza (org.). *Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da constituição de 1988*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 228.

<sup>49</sup> COUTINHO e AZEVEDO. Op. cit., p. 230.

<sup>50</sup> Idem.

<sup>51</sup> COUTINHO e AZEVEDO. Op. cit., p. 231.

Todavia, a tese da americanização baseada no que os próprios autores chamaram ora de transplante, ora de importação<sup>52</sup>, não é corroborada de maneira tranquila<sup>53</sup> pelos teóricos do processo penal<sup>54</sup>. Maximo Langer, em texto seminal, sustenta que “a influência do processo penal americano parece confirmar a versão fraca da tese da americanização e que a versão forte é inaplicável, ou, ao menos, demasiadamente simplista”<sup>55</sup>.

Propondo um novo quadro teórico para conceituar os sistemas adversarial e inquisitorial em que sustenta não se dever compreendê-los apenas a partir da organização e responsabilidades dos atores processuais, “mas também como duas diferentes culturas processuais”<sup>56</sup>, Langer discute

---

<sup>52</sup> Outras expressões como “circulação de modelos jurídicos”, “transferência”, “recepção”, “transposição”, “influência” ou “inspiração”, segundo DUTRA (op. cit., p. 81) também são usadas. Ressalte-se que outra compreensão de “transplante” pode ser encontrado em Kahn-Freund, para quem é preciso situar a criação estrangeira no contexto social e político do doador (KAHN-FREUND, Otto. On uses and misuses of Comparative Law. *Modern Law Review*, Oxford, n. 1, vol. 37, janeiro 1974, p. 27), ao passo que Walton se preocupa mais com o sistema receptor.

<sup>53</sup> Damaška (DAMAŠKA, Mirjan. The uncertain fate of evidentiary transplants: anglo-american and continental experiments. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, vol. 45, p. 851-852, 1997) deixa muito claro que não se pode transplantar um instituto como se estivesse em uma “boutique de direito estrangeiro”, é necessário verificar se a cultura do destinatário está preparada ou se pode ser preparada, sob pena de se comprar uma imitação ou, como traduziu Renato Stanzioa Vieira, um “pastiche” (VIEIRA, Renato Stanzioa. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 788, mai./set. 2018).

<sup>54</sup> Vinícius Vasconcellos aponta como clara a influência do direito estadunidense no mundo todo, mas dá especial importância ao fato de que o fortalecimento da justiça criminal negocial é incentivada inclusive por tratados internacionais (VASCONCELLOS, Vinicius G. As tendências de expansão da Justiça Criminal Negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 170, jan./mar. 2020).

<sup>55</sup> LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. *DE-LICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 19-114., 2017, p. 28.

<sup>56</sup> Idem. Importa firmar que no Brasil as análises sobre sistemas processuais, embora confirmem importância às funções desempenhadas pelos sujeitos processuais, não descuidam de uma análise mais profunda histórica, social,

os problemas apresentados pela metáfora “transplante legal” e propõe substituí-lo por outra metáfora: “tradução legal”.

Langer entende, em linhas muito gerais, que “a prática jurídica transferida – o *plea bargaining* neste caso – pode ser pensado como um “texto” que foi traduzido de uma “linguagem” – o sistema adversarial estadunidense – para outra “linguagem” – os sistemas inquisitoriais”<sup>57</sup>.

Ao analisar o que entendeu por tradução do *plea bargaining* alemão, italiano, argentino e francês, Langer compreende que cada um traduziu de maneira diversa e, por isso, “as influências estadunidenses podem acabar produzindo fragmentação e divergência, ao invés da americanização do processo penal na tradição *civil law*”<sup>58</sup>.

Ricardo Jacobsen Gloeckner afirma que o *plea bargain* se encontra “na origem do avanço do ‘liberalismo autoritário’, tendo como pano de fundo o sistema de justiça penal mais desigual e absurdo do Ocidente: o americano”<sup>59</sup>.

Sem discordar de Langer quanto aos processos de tradução jurídica, Gloeckner afirma que o modelo híbrido de *plea bargain* “reúne o pior dos dois mundos: a gestão probatória nas mãos dos juízes e os amplos poderes negociais nas mãos dos promotores” e sua adoção “não significa a antítese de um modelo inquisitório”<sup>60</sup>.

Gabriel Ignacio Anitúa sustenta que a importação de mecanismos consensuais do modelo adversarial estadunidense para fins de aceleração da resposta do Estado com a contribuição dos acusados e a eliminação do processo, implementa “um modelo punitivista e típico dos sistemas autoritários”<sup>61</sup>.

---

cultural e, inclusive, prática (vide, por todos, PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005).

<sup>57</sup> LANGER. Op. cit., p. 30.

<sup>58</sup> Idem.

<sup>59</sup> GLOECKNER. Op. cit., p. 188.

<sup>60</sup> GLOECKNER. Op. cit., p. 187.

<sup>61</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. *Revista brasileira de direito processual penal*, Porto Alegre, v. 1, 24 p., 2015, p. 43.

Anitúa sustenta que aqueles que enfatizam o caráter acusatório desses mecanismos de negociação, não o fazem para defendê-los, mas para demonstrarem os problemas que estes modelos apresentam ao projetarem-se nos modelos de tradição histórica continental europeia.

Ainda de forma mais contundente, Anitúa sustenta que “la ecuación secreto más confesión para obtener la verdad, remite a un principio cardinal de los sistemas inquisitivos”<sup>62</sup>. A busca da verdade é um poder exclusivo do soberano no modelo inquisitivo, de tal forma que há uma tendência nos sistemas ibero-americanos a obter confissões e não realizar o juízo público e oral. Os mecanismos de consenso, ao buscarem a confissão, promovem um retorno ao inquisitivo e evitam o contraditório.

Ora, não são poucos os autores que afastam essa ideia de que *Plea Bargains* sejam confissões, como é o caso de Brandon Garret<sup>63</sup>, todavia suas manifestações nos países de tradição europeia continental não guardam a mesma lógica da estadunidense, em que o acusado pode se declarar culpado ou *nolo contendere*, de tal forma que uma admissão total ou parcial dos fatos não é a única opção. A admissão do acordo pode decorrer de uma aceitação de quem apenas não quer litigar, sem precisar confessar os fatos<sup>64</sup>.

Alguns autores estadunidenses, de outro lado, como é o caso de Alschuler, admitem o oposto: “the history of plea negotiation, however, is a history of mounting pressure for self-incrimination”.<sup>65</sup> Está muito claro que a afirmação não se faz a partir da regulamentação e tipologia do instituto, mas do fenômeno complexo que se revela na sua prática.

---

<sup>62</sup> ANITÚA. Op. cit., p. 55.

<sup>63</sup> Vide GARRET, Brandon L. Por que plea bargains não são confissões? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant lo Balnch, 2019, p. 61.

<sup>64</sup> Para uma exposição objetiva, clara e didática dos tipos e modalidades de acordo, que não é o objeto deste trabalho, vide CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Plea Bargain: Resolução Pactuada nos Estados Unidos*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 84 e ss.

<sup>65</sup> “A História da negociação criminal, todavia, é uma história do incremento da pressão pela autoincriminação” (tradução livre) (ALSCHULER, Albert W. *Plea Bargaining and Its History*. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 79, n. 1, p. 1-43, 1979, p. 40).

Nesse sentido, é muito perspicaz e pertinente a consideração de Renato Stanzola Vieira ao identificar que o maior problema dos transplantes jurídicos não são os transplantes em si, mas o que vem depois deles. Assim, antes da escolha aleatória de “pedaços de sistemas jurídicos”, é fundamental questionar a “sua funcionalidade na origem”<sup>66</sup>.

Não apenas na origem, mas importa tratar do próprio sistema para o qual o instituto é transplantado. Cynthia Alkon sustenta que nos sistemas de justiça criminal que apresentam problemas de violações de direitos fundamentais os transplantes de institutos negociais são agravantes das suas fragilidades<sup>67</sup>.

Deve se deixar claro, todavia, que a colaboração premiada no direito brasileiro não é um acordo de não persecução penal<sup>68</sup>. A confissão, que é obrigatória<sup>69</sup>, não deverá legalmente afastar o processo e julgamento e implica em uma provável, mas não obrigatória, delação (incriminação de terceiros)<sup>70</sup>. Daí porque a lógica do modelo comercial brasileiro não é – ou não somente ou não era – abreviar o procedimento, mas tem um fundamento probatório claro e para além da confissão.

Por isso é que Augusto Jobim Amaral afirma que “...a palavra dita no ‘acordo de delação’ é revestida de *palavra da verdade* ou, no mínimo, aposta como premissa a orientar até mesmo as presunções no processo penal”<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> VIEIRA. Op. cit. p. 801.

<sup>67</sup> ALKON, Cynthia. Plea Bargaining as a Legal Transplant: A Good Idea for Troubled Criminal Justice Systems? *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vermillion, v. 19, p. 359-360, abr./2010.

<sup>68</sup> O acordo de não-persecução penal, por sinal, foi introduzido pela Lei 13.964/2019 com a inclusão do art. 28-A no texto do Código de Processo Penal, e exige a confissão.

<sup>69</sup> Em que pese posições contrárias, não há qualquer lógica sistêmica o colaborador não ser parte da organização criminosa (sobre a discussão, vide VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Colaboração Premiada no processo penal*. São Paulo: RT, 2017, especialmente da pág.127 a 132).

<sup>70</sup> Já que a lei prevê outras possibilidades de resultados a serem buscados por meio da colaboração premiada que não impliquem na incriminação de terceiros.

<sup>71</sup> AMARAL, Augusto Jobim. A delação nos sistemas punitivos e seus reflexos no Brasil. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo; MADURO, Flavio Mirza (org.). *Crise no processo penal contemporâneo: escritos em*

Continua Amaral analisando que a “*delação* acaba por se tornar atualmente o eixo sobre o qual gira um *novo regime de verdade no processo penal brasileiro*. A sua importância é evidenciada, portanto, pela tamanha submissão a qual tanto a investigação quanto a sentença devem a ela obedecer”<sup>72</sup>.

Para além da identificação do novo regime de verdade no processo penal brasileiro que realizou Amaral, dado que a expressão novo se refere aos processos aos quais a colaboração premiada ocupa posição essencial, o autor de forma perspicaz aponta que há uma submissão da investigação e da sentença a ela. Não parece acaso ter excluído a fase processual de instrução.

#### **4. DESLOCAMENTO DO CENTRO INFORMATIVO DOS MAXIPROCESSOS PARA A FASE INVESTIGATÓRIA**

A colaboração premiada encerra dois problemas imbricados, porém distintos quanto ao momento da produção de informação que constituirá o centro de referência para convencimento do julgador.

Um diz respeito às declarações do colaborador, outro à regra de corroboração. Dito de outra forma, uma coisa é o que o colaborador diz, outra é o que ele prova.

Não há qualquer dificuldade em admitir-se que a transferência do ônus probatório do órgão de acusação para o colaborador é uma premissa básica do instituto, muito embora isso não esteja dito com essas palavras, mas ao exigir que o colaborador apresente provas de corroboração<sup>73</sup> do que declarou, outra não pode ser a conclusão.

Essa questão do deslocamento do ônus probatório, embora represente uma violação de um axioma básico do devido processo, não é o objeto deste trabalho. O centro informativo da persecução, o momento em que a produção de dados a serem valorados pelo julgador é determinante constitui o efetivo objetivo.

---

*homenagem aos 30 anos da constituição de 1988*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 81.

<sup>72</sup> AMARAL. Op. cit. p. 81

<sup>73</sup> Essa exigência é agora expressa na Lei 12.850/2013 no seu §4º do art. 3º-C, incluído pela Lei 13.964/2019.

Quanto às declarações do colaborador, como bem observa Vasconcellos, a efetiva colaboração se faz depois de formalizado e homologado o acordo, e “como regra, tais atos preliminarmente têm ocorrido em momento anterior ao início formal do processo (recebimento da denúncia) de modo que os relatos iniciais apresentados pelo potencial colaborador são obtidos em sigilo, durante as investigações”<sup>74</sup>.

Não há dúvida de que a lei estabelece uma limitação à utilização das declarações do colaborador como fundamento exclusivo da sentença condenatória. Isso, todavia, não pode ser confundido com limitação valorativa. Em outras palavras, não é possível limitar a valoração que é feita pelo juízo por meio de regras legais, porque é um ato não passível, via de regra, de controle externo legal.

A valoração das informações, enquanto etapa de um processo decisório que se funda em um método epistêmico do conhecimento a respeito dos fatos em julgamento, não pode ser confundida com o estágio posterior que é a justificação e que se presta a possibilitar o controle *a posteriori*<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> VASCONCELLOS. Op. cit., p. 192.

<sup>75</sup> Como já dito na nota 5, aderimos aqui à compreensão de Rui Cunha Martins de que há um “trajeto epistêmico” no processo decisório, “operando em sucessivas etapas, cada uma delas correspondendo a um estágio epistêmico que, partindo da *crença* e passando pela *dúvida*, alcançaria sucessivamente o *assentimento*, a *confiança*, a *aceitação* e a própria *convicção*, para depois se prolongar na decisão e, por fim, na *justificação*, ambas situadas, nesta perspectiva, nos antípodas da *crença* originária, convirá contrapor a imagem de um circuito em que cada um desses estádios se disponibiliza a interagir e a contaminar os restantes – curto-circuitando, justamente, a demarcação ideal entre eles. Um mecanismo em que, significativamente, se torna possível, por exemplo, encontrar lado a lado, e não já no polo oposto, aquelas que são classicamente tidas como a primeira e última etapas, *crença* e *justificação*, as quais podem apresentar vizinhanças inesperadas e com fortíssimo potencial de absorção (é de resto sabido que a obrigatoriedade de justificação da decisão e o exercício da *motivação*, teoricamente entendidos como controle *a posteriori*, funcionam de fato como constrangimento por antecipação)” (MARTINS. Op. cit., p. 16). No mesmo sentido é o entendimento de Perfecto Andrés Ibáñez para quem a motivação tem “caráter de justificação”, que “opera como racionalização posterior”, e “não como individualização do *iter* lógico-jurídico mediante o qual o juiz chegou à decisão” ou “atividade do tipo prevalentemente descritiva”. (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Valoração da prova e sentença penal*. Tradução Ledio Rosa de Andrade, Carmem Freitas e Wilson Demo. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 67).



Ora, é o próprio artigo 155 do Código de Processo Penal que vincula a formação da convicção à prova produzida em contraditório, para depois abrir, pela inserção do advérbio “exclusivamente”, a oportunidade de superar a vinculação com dados não submetidos ao contraditório. É o que Martins chamou de “operador de contágio”<sup>76</sup>. O convencimento está, assim, liberto das amarras (que é precisamente o contraditório) impostas à convicção e, pior, do controle posterior.

É bem verdade que o §16 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013<sup>77</sup> era necessário, já que sendo um meio de obtenção de prova com previsão de rito cautelar, poder-se-ia inseri-lo nas ressalvas finais do art. 155 supracitado.

Não é suficiente, entretanto, para evitar o contágio do convencimento.

Ao analisar os processos nº 5025676-71.2014.4.04.7000 e 5026212-82.2014.4.04.7000 da Operação Lava Jato, procurou-se identificar o que está dito, apesar de não expresso em palavras, para identificar a “operação de contágio”<sup>78</sup>.

Em importante trecho da sentença proferida no processo nº 5025676-71.2014.4.04.7000, o julgador afastou a alegação de inocência realizada em juízo por uma das rés por estar em contradição com sua confissão em sede de acordo de colaboração premiada.

De forma clara, o juiz afirmou que “a alegação de inocência de Shanni Azevedo Costa Bachmann em Juízo não é muito consistente com o fato dela mesmo ter celebrado acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal, assumindo a responsabilidade pelos crimes”, desvelando que o único fundamento (no sentido de justificação) da “não consistência” da alegação de inocência é exatamente o fato dela ter assumido responsabilidade pelos crimes em sua colaboração premiada.

---

<sup>76</sup> MARTINS. Op. cit., p. 19 e ss.

<sup>77</sup> Agora modificado pela Lei nº 13.964/2019, o referido parágrafo proíbe não apenas que a sentença condenatória seja proferida com base apenas nas declarações do colaborador, mas também as medidas cautelares e o recebimento da inicial acusatória.

<sup>78</sup> Expressão usada a partir da já falada expressão “operadores de contágio” de MARTINS. Op. cit., p. 19 e ss.

Tal justificativa está a demonstrar não apenas que na formação do convencimento a crença não foi constrangida pela prova produzida em contraditório, mas também que a confissão ocupa lugar central na lógica inquisitiva autoritária em que se insere esse mecanismo de barganha traduzido<sup>79</sup> para o sistema brasileiro.

Ao aplicar a pena à ré, o juiz justificou a redução de um terço da pena afirmando que “não cabe redução maior considerando que, em Juízo, o depoimento da condenada não foi totalmente consistente”.

Verifica-se não apenas que não houve constrangimento quanto à formação do convencimento, como aplicou-se a menor diminuição possível, como uma espécie de benefício-sanção pela imposição de uma dificuldade na solução conforme sua crença fundada em evidências.

Mesmo soluções que vêm sendo discutidas para permitir o exercício de defesa e, especialmente o contraditório, como é o caso do duplo registro<sup>80</sup>, que terminaria por permitir um contraditório diferido, diante da justificativa sentencial, não teria rendimento para afastar a crença.

Ainda mais importante para confirmar isso é o trecho em que o julgador termina por corroborar o que foi afirmado por Amaral, o que já foi dito, mas importa ser repetido: a delação é “premissa a orientar até mesmo as presunções no processo penal”. Acresça-se: a principal presunção é a de culpa.

O juiz, ao analisar a concessão dos benefícios a Paulo Roberto Costa, pai da ré que celebrou acordo de colaboração, mas em juízo alegou inocência, entendeu que “não se justifica negar os benefícios quando há alterações meramente circunstanciais dos depoimentos auto-incriminatórios e que não prejudicam a condenação deles ou de terceiros”.

Não é difícil verificar que o critério definidor da concessão do benefício, segundo a justificativa expressa, não teve nenhuma relação com os elementos de corroboração ou com critérios de verdade, mas não ter prejudicado “a condenação deles ou de terceiros”, de tal forma que o móvel

<sup>79</sup> Para usar a expressão de Langer. Op. cit., p. 63 e ss.

<sup>80</sup> BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 167-187, jan./abr. 2017. p. 177-178.

da decisão é precisamente a presunção de culpa que precisa ser convertida em condenação e não pode ser prejudicada pelos dados dissonantes.

Importa invadir o segundo problema: a prova de corroboração.

Como já colocado, trata-se de uma transferência do ônus da prova, vez que é o colaborador que passa a ter que produzir prova para demonstrar o que declarou e, assim, ser beneficiado pelo que foi acordado.

Em tese é preciso que essas provas de corroboração, para serem consideradas provas, sejam “produzidos durante a fase processual, com respeito ao contraditório”<sup>81</sup>. Aduza-se que a concessão do benefício pactuado depende de que o juiz verifique a efetiva existência das provas de corroboração, devendo-se exigir que o julgador fundamente adequadamente.

Nos processos analisados, o juiz julgador utilizou um texto pronto, repetindo basicamente as mesmas palavras. Veja-se trecho extraído da sentença do processo nº 5026212-82.2014.4.04.7000:

A efetividade da colaboração de Paulo Roberto Costa não se discute. Prestou informações e forneceu provas relevantíssimas para Justiça criminal de um grande esquema criminoso. Embora parte significativa de suas declarações demande ainda corroboração, já houve confirmação pelo menos parcial do declarado.

É um trecho que apresenta uma justificativa bastante autoritária, vez que parte da premissa que algo em um processo penal “não se discute”, como se fosse possível em um modelo democrático de processo não discutir alguma coisa, especialmente prova, já que a efetividade da colaboração depende da existência e pertinência das provas de corroboração.

Ao inviabilizar a discussão, parece que o contraditório sobre as provas de corroboração fica igualmente inviabilizado.

Todavia, deve se reconhecer que este processo traz um dado peculiar. É que, de acordo com a fundamentação sentencial, os acordos celebrados por Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef não teriam se prestado a apresentar provas de corroboração dos fatos em julgamento, mas de outros fatos.

---

<sup>81</sup> VASCONCELLOS. Op. cit., p. 218.

É o que se extrai do seguinte trecho, em que o julgador refuta a alegação das demais defesas no sentido de que a prova dos autos se baseia exclusivamente em acordos de colaboração premiada: “Os acordos de colaboração firmados com Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef visaram principalmente permitir a descoberta de novos fatos delitivos, mas, para a presente ação penal, eram desnecessários”.

E para refutar a tese defensiva e, bem assim, a desnecessidade dos acordos de colaboração e suas consequentes confissões, asseverou o juiz que “mesmo antes das confissões, a prova já era categórica, tanto que levou à prisão cautelar dos principais envolvidos, Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef”.

Não é demais frisar que o magistrado usou as expressões “Os acordos de colaboração firmados (...) eram desnecessários” e “mesmo antes das confissões, a prova já era categórica”, deixando registrado que seu convencimento já estaria formado antes da colaboração e da confissão.

Para confirmar tal assertiva, o julgador estabeleceu uma relação de causa e efeito entre a existência de prova “categórica” e a “prisão cautelar dos principais envolvidos, Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef”, o que implica dizer que sua crença na culpa estava formada desde o momento em que decretou as referidas prisões.

Embora se possa simplesmente afirmar que as prisões foram decretadas com base nos elementos informativos da investigação porque o acesso ao processo permite fazê-lo, é possível extrair do próprio relatório da sentença o seguinte trecho: “Ainda na fase de investigação, foi decretada, a pedido da autoridade policial e do Ministério Público Federal, a prisão preventiva dos acusados Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa”.

Se a prisão preventiva foi decretada “ainda na fase de investigação” e se antes das confissões “a prova já era categórica, tanto que levou à prisão cautelar” e, mais do que isso, se as próprias colaborações “para a presente ação penal, eram desnecessárias”, é porque o magistrado não poderia ter sua crença constrangida pela prova.

A decisão estava tomada, desde o momento da decretação da prisão cautelar, com base nos elementos informativos da investigação preliminar.

Naturalmente não se pretende com essa análise de dois processos da Operação Lava Jato afirmar que houve uma demonstração empírica de que há um deslocamento do centro informativo em todo e qualquer

processo penal no Brasil, mas o que a pesquisa bibliográfica demonstrou e não foi refutado pelos dados coletados dos processos analisados, é que na Operação Lava Jato o centro informativo está na investigação preliminar.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da presente pesquisa é possível responder, com os dados bibliográficos e empíricos coletados e analisados, ao problema inicialmente proposto com a confirmação da hipótese.

São características dos maxiprocessos: 1) cobertura midiática massiva; (2) o gigantismo processual<sup>82</sup>; (3) a confusão processual; (4) a mutação substancial do modelo clássico de legalidade penal; (5) o incremento da utilização dos meios de investigação ou obtenção de prova.

O então juiz responsável pela Operação Lava Jato já apresentava, em artigo publicado dez anos antes do seu início, as características da Operação Mãos Limpas, que configurou um importante e paradigmático maxiprocessos italiano, estabelecendo as mesmas condições para que similar medida fosse tomada no Brasil.

A colaboração premiada foi apresentada como instrumento essencial para o sucesso de tal estratégia, desde que fosse utilizada com a decisiva participação e apoio da mídia.

Não se pode descuidar do fato de que a tradição jurídica inquisitória revela um desamor pelo contraditório. Todavia, o traço marcadamente acusatório definido pela Constituição de 1988, associado às adesões e ratificações dos tratados internacionais sobre direitos humanos definem a necessidade de alteração substancial das normas ordinárias processuais penais.

O desenho processual definido pela Operação Lava Jato, enquanto um maxiprocessos, se distancia do traço democrático estabelecido constitucionalmente para o processo penal brasileiro. A colaboração premiada tem fundamental importância neste contexto, especialmente quanto à epistemologia da prova.

---

<sup>82</sup> Expressão cunhada por FERRAJOLI. Op. cit., p. 760.

A colaboração premiada enquanto medida negocial inspirada no *plea bargain* estadunidense ao ser traduzida para ordenamento de matiz inquisitória, não torna o sistema processual penal acusatório e reproduz as permanências autoritárias, especialmente a confissão, agora enquanto delação, como novo critério central de produção da verdade.

A colaboração premiada afeta diretamente dois axiomas do processo penal democrático: a presunção de inocência, ao transferir o ônus da prova para o colaborador, e o contraditório, ao deslocar o momento de formação do convencimento para a fase de investigação.

Muito embora a prova, entendida tão somente como aquela produzida sob o crivo do contraditório, devesse formar a convicção judicial, são os dados da investigação nos maxiprocessos que terminam por formar o convencimento do julgador, em especial a colaboração premiada, seja pelas declarações do colaborador, seja pelas provas de corroboração, deslocando o centro informativo para a fase de investigação preliminar.

Não é difícil entender por que há um claro inconformismo do Ministro da Justiça Sérgio Moro<sup>83</sup> com um dos poucos pontos em que o processo legislativo que resultou na criação da Lei nº 13.964/2019 foi alterado para acrescentar um novo instituto não previsto no projeto original, que é o juiz das garantias.

Mais do que afastar o juiz que tomou decisões durante a investigação, de acordo com novo texto do art. 3º-C, em seu §3º, os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados à disposição das partes, mas não serão apensados aos autos e, portanto, não será dado acesso ao juiz da instrução e julgamento.

Essa medida se mostra, na reforma da investigação preliminar, aquela que poderá, se respeitada, impedir ou dificultar esse deslocamento do centro informativo, conferindo relevância ao contraditório, ao contrário do desenho processual próprio da Operação Lava Jato e dos maxiprocessos.

---

<sup>83</sup> Vide por todos <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-28/ferias-moro-se-gue-cruzada-redes-juiz-garantias>>. Acessado em: 15 jan. 2020.

## REFERÊNCIAS

ALSCHULER, Albert W. Plea Bargaining and Its History. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 79, n. 1, p. 1-43, 1979.

ALFONSO, Roberto; CENTONE, Alessandro (a cura di). *Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienze*. Milão: Giuffrè, 2011.

ALKON, Cynthia. Plea Bargaining as a Legal Transplant: A Good Idea for Troubled Criminal Justice Systems? *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vermillion, v. 19, p. 355-418, abr./2010.

AMARAL, Augusto Jobim. A delação nos sistemas punitivos e seus reflexos no Brasil. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo; MADURO, Flavio Mirza (org.). *Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da constituição de 1988*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Valoração da prova e sentença penal*. Tradução Ledio Rosa de Andrade, Carmem Freitas e Wilson Demo. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

ANITUA, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. *Revista brasileira de direito processual penal*, Porto Alegre, v. 1, 24 p., 2015.

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 167-187, jan./abr. 2017.

CAIRNS, John W. Watson, Walton, and the History of Legal Transplants. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Athens, n. 3, vol. 41, 2012-2013, p. 637-686

CASARA, Rubens. *Processo Penal do Espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Curitiba: Emporio do Direito, 2016.

CÂMARA, Jorge Luis. A inserção da interceptação telefônica em um sistema acusatório coerente com a centralidade do direito de defesa. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (org.). *Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Plea Bargain: Resolução Pactuada nos Estados Unidos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

CASTRO, Helena Rocha Coutinho de; ABATH, Manuela; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Por uma investigação preliminar democrática: o contraditório na interceptação telefônica. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (org.). *Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e AZEVEDO, Gabriella Saad. A americanização à brasileira do processo penal e a delação premiada (lei nº 12.850/13). In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo; MADURO, Flavio Mirza (org.). *CRISE no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da constituição de 1988*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

DAMAŠKA, Mirjan. The uncertain fate of evidentiary transplants: anglo-american and continental experiments. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, vol. 45, p. 839-852, 1997.

DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96, dez. 2018.

FEELEY, Malcolm M. Plea Bargaining e a estrutura do processo criminal. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant lo Balnch, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GARRET, Brandon L. Por que plea bargains não são confissões? In: *Plea Bargaining*. Organizado por Ricardo Jacobsen Gloeckner. São Paulo: Tirant lo Balnch, 2019.

GENELHÚ, Ricardo. *Do discurso da impunidade à impunização: o sistema penal do capitalismo brasileiro e a destruição da democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “novo” liberalismo processual penal autoritário? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant lo Balnch, 2019.



KAHN-FREUND, Otto. On uses and misuses of comparative law. *The Modern Law Review*, Oxford, v. 37, n. 1, p. 1-27, jan. 1974. <http://dx.doi.org/10.1111/j.1468-2230.1974.tb02366.x>

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 19-114., 2017.

LINS E HORTA, Ricardo de; ALMEIDA, Vera Ribeiro de; CHILVARQUER, Marcelo. Avaliando o desenvolvimento da pesquisa empírica em direito no Brasil: o caso do projeto Pensando o Direito. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, vol. 1, n. 2, p. 162-183, 2014.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no processo penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MACHADO, Máira Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). *Pesquisar Empiricamente o Direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz das garantias*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MCCOMBS, Maxwell. *A Teoria da Agenda: a mídia e a opinião pública*. Tradução Jacques A. Weinberg. Petrópolis: Vozes, 2009.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. *Revista CEJ*, Brasília, v. 8, n. 26, p. 56-62., jul./set. 2004.

PETEGORSKY, Michael Nasser. Plea Bargaining in the dak: the duty to disclosure exculpatory Brady evidence during plea bargain. *Fordham Law Review*, Nova York, volume 81, n. 6, p. 3599-3650, 2013.

PRATES, Fernanda. Práticas de interceptação e os riscos do modelo de “megajustiça”. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (org.). *Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1a ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). *Pesquisar Empiricamente o Direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

SACCO, Rodolfo. An approach to Comparative Law (Installment I of II). *American Journal of Comparative Law*, Oxford, n. 3, vol. 39, p. 1-34.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e TAVARES, Natália Lucero Frias. *Lawfare Brasileiro*. 2ª edição. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; RANGEL, Natália. O princípio constitucional do contraditório na interceptação das comunicações telefônicas. In: MENDES, Soraia da Rosa e LONGO, Ana Carolina F. (org.). *Segurança Pública*. Brasília: IDP, 2015.

SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). *Pesquisar Empiricamente o Direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

TEUBNER, Gunther. Legal Irritants: Good Faith in British Law or how unifying Law ends up new divergences. *Modern Law Review*, Oxford, vol. 61, 1998, p. 11-32.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Colaboração Premiada no processo penal*. São Paulo: RT, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius G. As tendências de expansão da Justiça Criminal Negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. *Revista de Estudos Criminais*, v. 19, n. 76, p. 153-173, jan./mar. 2020.

VERONESE, Alexandre. O problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área do Direito: uma perspectiva brasileira da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio de Janeiro. In: *Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI*, 2015. Disponível em [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre\\_veronese2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_veronese2.pdf). Acesso em: 28 fev. 2020

VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 767-806, mai./set. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.133>

WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to Comparative Law*. 2ª ed. Georgia: University of Georgia Press, 1993.

### **Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)**

*Agradecimentos (acknowledgement):* Agradeço à FAPERJ – Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro pelo financiamento que vem sendo feito a esse projeto de pesquisa pela bolsa Jovem Cientista do Nosso Estado. Agradeço também a todas as pesquisadoras e pesquisadores do Grupo de Pesquisa “O Sistema Penal sob Olhar Crítico”, especialmente Olga Martins, Stefanie Araújo, Matheus Modesto, Lorena Ribeiro, Rodrigo Saraiva, Natália Lucero e Carolina Cyrillo, que no último ano de pesquisa contribuíram de maneira fundamental para a coleta e análise dos dados da pesquisa.

*Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration):* o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

*Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship):* todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

*Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality):* o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 15/01/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 19/01/2020
- Avaliação 1: 23/01/2020
- Avaliação 2: 03/02/2020
- Decisão editorial preliminar: 15/02/2020
- Retorno rodada de correções: 28/02/2020
- Decisão editorial final: 29/02/2020

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (MSG)
- Revisores: 2

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SANTORO, Antonio E. R. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 81-116, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.333>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.


# Achieving Defense by Means of Forensic Science During the Criminal Proceedings in Romania

*La fundamentación de la defensa por medio de las ciencias forenses en el marco del procedimiento penal en Rumanía*

**Delia Magherescu<sup>1</sup>**

Gorj Bar Association – Romênia

delia\_magherescu@yahoo.com

 <http://orcid.org/0000-0003-0939-1549>

---

**ABSTRACT:** The function of defense during the criminal proceedings in Romania is the result of traditional separation of the three procedural functions of accusation, judgement and defense. Exceeding the barriers of the contradictory principles the penal procedure in Romania features, the investigation bodies are interested in finding truth in penal cases and solving them legally and substantially. Both constitutive parts are achieved in criminal proceedings based on genuine evidence gathered legally from the crime scene. The current paper aims to identify elements which contribute to achieving the function of defense during the criminal proceedings in Romania by approaching and implementing tools and scientific techniques provided by forensic science. In reaching the study's proposed objectives, a mixed research methodology has been used consisting of qualitative methods.

**KEYWORDS:** Forensic examination; Forensic science; Function of defense; Investigation body; Investigation phase.

**RESUMEN:** *La función de la defensa en el procedimiento penal en Rumanía es el resultado de la separación tradicional de las tres funciones procesales de acusación, enjuiciamiento y defensa. Más allá de los límites del principio de contradicción que caracteriza el procedimiento penal en Rumanía, los órganos de investigación están interesados tanto en encontrar la verdad en los asuntos*

---

<sup>1</sup> Doctor in Law since 2005 awarded at the State University of Moldova, Republic of Moldova.

*penales como en resolverlos jurídica y sustantivamente. Ambos objetivos se logran en el procedimiento penal por medio de pruebas obtenidas legalmente por parte de los entes jurisdiccionales. En este artículo pretendo identificar los elementos que contribuyen a lograr la función de la defensa en el procedimiento penal en Rumanía mediante el uso de instrumentos y técnicas de las ciencias forenses. Para alcanzar los objetivos propuestos, se ha empleado una metodología de investigación mixta, basada en un método cualitativo.*

**PALABRAS-CLAVE:** *Examen forense; Ciencias forenses; Función de la defensa; Ente de investigación; Fase de investigación.*

---

## INTRODUCTION

The tripartite division of criminal proceedings functions - accusation, defense and judgment - has permanently received the Romanian practitioners' attention. From the beginning, it has been appreciated that justice in criminal matters cannot be achieved in the absence of the nexus between these three functions of criminal proceedings. Doctrine has also always been involved in finding a legal relation between these judicial entities within criminal proceedings. However, their intrinsic features have played a decisive role in the process of establishing the objective criteria based on the involvement of forensic science in finding scientific evidence.

The judicial connection between these functions of criminal proceedings means a premise for solving the penal cases legally and substantially. Moreover, the extrinsic component expressed by its forms of manifestation acts to complete them.

For the current paper, the legal means of forensic science which offer the judicial bodies and defendants the necessary legal instruments in order to achieve the function of penal trial present a high interest. Doctrine is usually speaking about the concept of "dual-use evidence"<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> MILLER, Marc L.; WRIGHT, Ron F.; TURNER, Jenia I.; LEVINE, Kay L., *Criminal Procedures. Cases, Statutes, and Executive Materials*, Sixth (ed), New York: Wolters Kluwer, 2019, pp. 861-894.

the court of law must take into account while proceeds in evaluating the evidence gathered and administered in the penal case in purpose to deliberate and pronounce the judicial decision.

The discussion is not structured solely around the idea of the proper exercising the function of defense during the criminal proceedings, but also on the connections established between them and the means of forensic science. This is because in the absence of forensic science support and the associated investigation methods and methodology, the forensic techniques and procedures, jurisprudence would not complete its role of intermediary for the three judicial functions. Thus, when analyzing the exercising of the function of defense during the criminal proceedings in Romania the defining elements which feature the judicial instruments, generally speaking, must be taken into consideration. Equally, the means of forensic science also present a particularity in the judicial bodies' activity of finding the truth in the penal case<sup>3</sup>. From this perspective, forensic science offers logistical and tactical support to the judicial system in criminal matters which consists of a set of methods, techniques and other instruments aimed entirely at achieving the purpose of criminal proceedings and its functions.

Beside the functions of accusation and judgment, for the current paper the function of defense is related to the judicial way in which it interferes with the forensic science. In this context, the modality of exercising the defendant's procedural rights, as part of defense, is also of high interest. This means that the function of defense involves two legal relations. One of them is stated between the judicial body and defendant who is bringing charges of committing an offense, while another one between the defendant and victim who suffered a material or moral harm from the committed offense<sup>4</sup>.

Each of the parties to criminal proceedings is interested in applying their procedural rights in such a way to prove the defendant's

---

<sup>3</sup> CARPINEAN, Ion Cristian, *Rolul Probelor Criminalistice in Stabilirea Adevarului*, Revista de Criminologie, Criminalistica si Penologie, Issue 4/2019, pp. 83-85.

<sup>4</sup> MAGHERESCU, Delia, *Recunoasterea vinovatiei si aplicarea pedepsei*, Bucharest: Hamangiu Publishing House, 2019, p. 119.

guilt, on the one hand, or innocence, on the other hand. The victim is always interested in proving the defendant's guilt<sup>5</sup> being entitled to obtain all the scientific evidence the Code of penal procedure regulates under the free evidence principle<sup>6</sup>, while the defendant is interested in proving their innocence.

The Code of penal procedure regulates a series of rights and obligations the parties have during the criminal proceedings. They differ in accordance with the judicial phase of criminal proceedings. The legal ways of exercising these rights are diversified in conformity with the parties' interest and the adverse parties' position. Nevertheless, despite this adversarial judicial situation, the real scope of criminal proceedings is that of finding truth and solving the penal case based on evidence<sup>7</sup>. In these circumstances, forensic science offers the appropriate means of gathering scientific evidence<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> MAGHERESCU, Delia, The victims' rights on the forensic examination during the penal procedure in Romania. In: Andrasko, Jozef; Hamulak, Juraj; Kahounova, Michaela (eds) *Constitutional, Statutory and Criminological Attributes for Crime Victims*. Bratislava: Univerzita Komenskeho v Bratislave, 2018, pp 136-142, available online at: [https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie\\_a\\_podujatia/bpf\\_2018\\_new/Zbornik\\_BPF2018\\_sekcia\\_1.pdf](https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/bpf_2018_new/Zbornik_BPF2018_sekcia_1.pdf) (accessed on 14 November 2019); CASSEL, Paul G.; BOYCE, Ronald N., *Crime victims' rights*. In: LUNA, Erik (ed.) *Reforming Criminal Justice: Pretrial and Trial Processes*, Phoenix: Arizona State University, 2017, pp. 171-192, available online at: [https://law.asu.edu/sites/default/files/pdf/academy\\_for\\_justice/Reforming-Criminal-Justice\\_Vol\\_3.pdf](https://law.asu.edu/sites/default/files/pdf/academy_for_justice/Reforming-Criminal-Justice_Vol_3.pdf) (accessed on 9 January 2020)

<sup>6</sup> COMAN, Andreea, *Forta probanta a raportului de expertiza in procesul penal*, 2019, available online at: <https://www.juridice.ro/649822/forta-probanta-a-raportului-de-expertiza-in-procesul-penal.html> (accessed on 17 November 2019)

<sup>7</sup> ZARAFIU, Andrei, *Procedura penala. Partea generala. Partea speciala*, 2<sup>nd</sup> ed, Bucharest: C.H. Beck, 2015.

<sup>8</sup> MURPHY, Erin, *Forensic evidence*. In: LUNA, Erik. (ed) *Reforming Criminal Justice: Pretrial and Trial Processes*, Phoenix: Arizona State University, 2017, pp. 171-192, available online at: [https://law.asu.edu/sites/default/files/pdf/academy\\_for\\_justice/Reforming-Criminal-Justice\\_Vol\\_3.pdf](https://law.asu.edu/sites/default/files/pdf/academy_for_justice/Reforming-Criminal-Justice_Vol_3.pdf) (accessed on 9 January 2020)



## 1. METHODOLOGY OF RESEARCH

The current research study addresses the topic of exercising the function of defense by means of forensic science and is grounded on data gathered from the judicial law enforcement agencies which publish relevant jurisprudence references in criminal matters as well as judicial decisions adequate for conducting the current research. The issues of jurisprudence have covered the results investigated both during the investigation and the judgment phases of criminal proceedings. Moreover, the jurisprudence has been analyzed from the perspective of its corroboration with the theoretical opinions offered by doctrine on this topic.

The analysis and studies emphasize how much the state's institutions and judicial authorities are involved in developing a legal framework favorable to fighting criminality, in particular the organized crime phenomena they are confronted with.

The current paper also highlights the research results related to exercising the function of defense during the criminal proceedings on behalf of defendants who are accused of having committed serious crimes. The research study advances a unitary method of analysis and research with an in-depth approach based on qualitative methods<sup>9</sup>. The paper, being conceptual research, takes into account the fact that "*the traditional narrative review is still the popular methodology in criminology and criminal justice*"<sup>10</sup>.

Other significant research decisions must also be considered, including sample size as an important criterion for verifying suppositions stated in practice. Within the next sections, the important decisions regarding the research design are stated and justified.

---

<sup>9</sup> ONWUEGBUZIE, Anthony J.; LEECH, Nancy L., *Generalization practices in qualitative research: A mixed methods case study*, Quality & Quantity, vol. 44, Issue 5/2010, pp. 881-892 <http://dx.doi.org/10.1007/s11135-009-9241-z>; SCHREIER, Margrit, *Sampling and Generalization*. In: FLICK, Uwe (ed) *The SAGE Handbook of Qualitative Data Collection*, London: SAGE Publications, 2018, pp. 84-97, <https://dx.doi.org/10.4135/9781526416070>

<sup>10</sup> COLLINS, Rachael E., *Applying Meta-Analysis to Criminological Research: A Step-by-Step Approach*, London: SAGE Publications, 2017, pp. 1-12, <https://dx.doi.org/10.4135/9781473994782>

Due to the diverse topics addressed in the current paper, data on the serious crimes for which judicial bodies have used forensic investigation techniques have also taken into consideration. In this way, the concrete instruments provided by the forensic science for each category of offense can be precisely established. It covers the offenses of violent crimes including the serious form of homicide with unidentified corpse, organized crime and financial offenses, including tax evasion.

Using this research methodology, obtaining pertinent scientifically argued conclusions - provided at the end of the paper - was made possible. Nevertheless, the paper neither uses statistical data from the relevant public institutions nor generates such data. From this perspective, it is appreciated that the paper imposes some limitations regarding the criminal police records<sup>11</sup>.

Moreover, carrying out a criminological meta-analysis is not imposed in this context, due to the fact that the paper does not use data to criminological research<sup>12</sup>.

## 2. MEANS OF FORENSIC SCIENCE IN ACHIEVING DEFENSE

Exercising the function of defense during the criminal proceedings departs from the fundamental right to defense that the defendant has during those proceedings. The other parties<sup>13</sup> also have the right to defense as a constitutional right regulated both by the Constitution and the Code of penal procedure. Nevertheless, for the current study the defendant's right to defense presents a particular interest. It consists of the means of forensic science provided by the penal procedure in particular the activity of achieving the function of defense by using these techniques and methods.

---

<sup>11</sup> CORREIA, Sara Giro, *Responding to victimisation in a digital world: a case study of fraud and computer misuse reported in Wales*, Crime Science, vol. 8 Issue 4/2019, pp. 1-12, <https://doi.org/10.1186/s40163-019-0099-7>

<sup>12</sup> COLLINS, Rachael E., *op. cit.*, pp. 1-12.

<sup>13</sup> The civil party and civil responsible party, as regulated by Article 84-87 Code of penal procedure of Romania, adopted by Law no. 135/2010 on the Code of penal procedure of Romania, published in the Romanian Official Journal no. 486 of 15 July 2010, entered into force on February 1, 2014.

Moreover, the consequences which result from infringing the defendant's right to defense during criminal proceedings show how important the unity of legal content between the defendant's fundamental right and justice in criminal matters is.

The right to defense appears as a complex concept which implies both the right of the defense and the other elements it is completed with. Indeed, the most relevant component of the right to defense during the criminal proceedings is the right of the defense, but the legislator equally supports the defendant during the criminal proceedings regulating the other judicial elements which, among others, converge to the right of formulating requests, the right of invoking procedural exceptions, the right to be heard, the right of proposing evidence, the right of requesting a forensic expert appointed by the defendant, the right of expressing conclusions, the right of having the last word<sup>14</sup>, the right of appeal.

The defendant assisted by its lawyer either appointed by himself or called *ex officio* by the judicial bodies, has the right to prepare its defense in accordance with the penal procedure instruments the legislator has regulated in this matter.

In practice, a unanimous view has been stated on the absolute nullity of the judicial decision pronounced in cases of infringing the defendant's right to defense<sup>15</sup>. Thus, exercising the function of accusation and judgment in order to pronounce a judicial decision in the penal case is a reason of the first instance judicial decision nullity. This is because in this way the court of law infringes one or many constitutive elements of the right to defense.

From this perspective, the right to defense the defendant can exercise during the criminal proceedings appears as an absolute one.

---

<sup>14</sup> ENGEL, Christoph; GLÖCKNER, Andreas; TIMME, Sinika, *Defendant Should Have the Last Word – Experimentally Manipulating Order and Provisional Assessment of the Facts in Criminal Procedure*, Bonn: Max Planck Institute Collective Goods Preprint, vol. 24/2017, pp. 1-30, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3077855>

<sup>15</sup> MAGHERESCU, Delia, 2019, *op. cit.*, p. 269. See also the jurisprudence reference in the matter: Penal Decision no. 287/A of 28 February 2017 of the Court of Appeal of Timisoara, available online at: <http://www.rolii.ro/hotaratari/58d44a6ee49009481300003d> (accessed on 8 September 2019)

In most cases, the defendant has to be involved in a particular defense activity due to the nature of the offense he is accused of. The categories of offenses or even serious crimes are presented in Table 1 below. It is observed that the main crimes are those of serious physical violence including homicide with unidentified corpse, rape or any kind of bodily violence. Another category of crimes is related to the organized crime phenomenon while another one covers financial crimes. For example, fraud, counterfeiting and tax evasion belong to the latter category of crimes which require special attention from the defense party of criminal proceedings.

**TABLE 1.** Disposing crimes by characteristics and means of forensic science used for achieving defense

<b>Crime category</b>	<b>Primary characteristics</b>	<b>Means of forensic science</b>
Violent crimes Bodily violence Rape Homicide	Bodily injuries Physical traces Social relations	Biological evidence Bodily examination Corpse examination Psychiatric examination
Organized crimes Trafficking Corruption Terrorist attacks	Human being harms Economic damages Transnational activities	Goods examination Financial examination Material evidence Biological evidence
Financial crimes Fraud Counterfeiting Tax evasion	Financial damages Money laundering Banking activity	Digital examination Accounting examination Digital evidence Material evidence

Each category of crime presented in Table 1 above, brings with it its own requirements regarding the type and form of the appropriate forensic examinations the forensic expert has to carry out during the investigation phase and the kind of evidence the judicial bodies must be provided with from these forensic examinations. For example, in cases of homicide with unidentified corpse the forensic expert will conduct a corpse examination (which could include an anthropological

examination, odontological examination, archaeological examination, as will be discussed in the next section).

The discussion is not exclusively centered on the classical and modern forensic science methods which realize the function of defense during criminal proceedings, but more particular on the procedural modality the defendant possesses in order to defend itself in accordance with the evidence administered by the judicial bodies as incriminating ones. However, the penal procedure imposes them equally to administer evidence in defense if the circumstances of committing offense provide one of the following hypotheses.

(i) The offense was committed by defendant in one or many attenuating circumstances. In this case the judicial bodies must gather the appropriate evidence in this matter including those which exonerate the defendant of having committed offense.

(ii) The offense was committed in the same conditions and circumstances the defendant provides the investigation bodies with. In this case the judicial bodies must administer both the defending evidence and accusing ones.

(iii) The offense was not committed by defendant although he asserts that he is the perpetrator of committing offense. In this case the judicial bodies must gather the pertinent, conclusive and reasonable evidence alongside with the principle of effectiveness<sup>16</sup> which conclude to finding the right perpetrator, to finding the truth in penal case and to solving it legally and justified. This is because, at the end of the judgment the judicial activity of making decision in the deliberating stage of penal trial will be achieved beyond any reasonable doubt by the judge entitled to pronounce it<sup>17</sup>.

The stated working hypotheses must be taken into account by the judicial bodies even in the beginning of the criminal proceedings, more particularly in the investigation phase. All these aspects are based

---

<sup>16</sup> QUEENSLAND SENTENCING ADVISORY COUNCIL, Community-based orders, imprisonment and parole options: Final report, Brisbane, 2019, available online at: [www.sentencingcouncil.qld.gov.au](http://www.sentencingcouncil.qld.gov.au) (accessed on 12 September 2019)

<sup>17</sup> ENGEL, Christoph; GLÖCKNER, Andreas; TIMME, Sinika, *op. cit.*, pp. 1-30, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3077855>

on the idea of gathering evidence<sup>18</sup> while respecting the principle of the defendant's right to defense.

Regarding the hypotheses stated above, two ideas are outlined which will be detailed within the next chapters. It concerns the situation in which the defendant admits to committing an offense he did not actually commit and another one in which the defendant declares that he did not commit the offense he is accused of and which he really did commit.

### 3. SCIENTIFIC APPROACH OF PRACTICAL HYPOTHESES

The judicial bodies require the forensic examination in order to solve penal cases involving crimes against life, corruption offenses, offenses of making false documents<sup>19</sup>, and offenses committed by means of arson and explosion, such as those of terrorist attacks<sup>20</sup>.

Through these means of evidence conclusive evidence for the judicial body which helps the court of law in pronouncing the legal and justified judgment decision are gathered.

For this reason, there are certain forensic investigating standards the forensic expert must take into consideration when offering suppositions and scientific opinions, as stated in Table 2 below.

TABLE 2. Disposing standards of investigation by explanation of particular feature

Investigating standards	Particularities
Solving the penal case	Conclusive, pertinent and genuine scientific evidence
Transparency and precision in the criminal investigation	Accuracy of forensic experts' determination

<sup>18</sup> MURPHY, Erin, *Forensic evidence*, 2017, *op. cit.*, pp. 171-192.

<sup>19</sup> GEHL, Rod; PLESCAS, Darryl, *Introduction to Criminal Investigation: Processes, Practices and Thinking*. New Westminster, BC: Justice Institute of British Columbia, 2016, p. 152, available online at: <https://pressbooks.bccampus.ca/criminalinvestigation/> (accessed on 25 October 2019)

<sup>20</sup> MAGHERESCU, Delia, *Criminalistica*, Bucharest: Wolters Kluwer Publishing House, 2017, p. 148.

Investigating standards	Particularities
Working probabilities	Sufficient evidence gathered legally
Reasonable suspicions	In the beginning of the forensic examination
Investigators' interest	Discovering sufficient material evidence

Certain working hypotheses are outlined in accordance with the approach of the activity of forensic examination in case of exercising the function of defense during the criminal proceedings.

*Case 1: Admitting offense uncommitted*

The first case concerns a defendant admitting an offense despite the evidence suggesting that the defendant is not the perpetrator. Basically, the situation seems to be a simple one from a procedural perspective. Actually, the investigation bodies are usually confronted with the laborious work of proving the contrary, more particularly to continue the investigative activity of the penal case in its entirety.

In this context, achieving the function of defense during criminal proceedings clarifies those aspects advanced by the defendant in cases in which his confession is confirmed or otherwise he misleads the investigator. Why? In some instances, to hide the committing of other serious crimes, the defendant admits to committing a lesser uncommitted offense which could result in reduced criminal liability or even in their exoneration. While in other instance to prove subsequently the missing solidity of the offenses the defendant is accused of, or to propose counter-evidence in achieving a defense.

The working hypothesis has taken into consideration the involvement of forensic examinations the results of which would create opportunities for the defendants during the criminal proceedings and would result in their acquittal. All these aspects are taken into account by the court of law at the phase of deliberating the solution in the penal case which will consider the entire evidence administered in such a way

for the judge to pronounce the judicial decision within the procedure of corroborating all evidence.

Thus, the evidence administered by the judicial body gathered from the forensic examinations may profit the defendant too. They will conclude the aspects aimed at by the judicial body in the beginning of the investigation phase and refer to the following issues: (1) Whether the defendant is the perpetrator of the offense investigated; (2) Whether there are other accomplices who must be involved in the penal liability; (3) What the set of circumstances of place, time and *modus operandi* the offense was committed in were; (4) What kind of criminal means the defendant used in committing the offense; (5) What form of guilt the defendant's criminal activity features; (6) The number of victims; (7) The consequences of the offense committed.

The forensic expert is called to clear up all these issues outlined by the judicial body.

At the same time, doctrine speaks about the voluntariness of confession<sup>21</sup> appreciating that a involuntary confession cannot be considered a valid source of evidence. In these circumstances, the voluntary confession is discussed in accordance with certain offenses, such as the physical abuse.

#### *Case 2: Declining offense committed*

The second case involves declining an offense committed by the defendant and implicitly implies the means of forensic science as well as the forensic examinations the judicial bodies will order in the penal cases they investigate. This is because admission of guilt by the defendant is not absolute evidence during the criminal proceedings, as a consequence it must be corroborated by the other evidence administered in the penal case. Thus, admitting guilt of having committed an offense by defendant must be sustained by the other evidence the judicial bodies have to discover and administer.

---

<sup>21</sup> MILLER, Marc L.; WRIGHT, Ron F.; TURNER, Jenia I.; LEVINE, Kay L., *Criminal Procedures. Cases, Statutes, and Executive Materials*, Sixth (ed), New York: Wolters Kluwer, 2019, pp. 472-492.



In accordance with the nature of offense<sup>22</sup> as well as its complexity, the duty of discovering, settling, gathering and examining the offense traces in order to obtain conclusive and genuine evidence for solving the penal case legally and justified belongs to the forensic expert. Article 34 Code of penal procedure regulates that “*the expert is the person who is not a part of the penal trial, but a participant who helps in solving the penal case with data and knowledge it holds and provides the judicial body with*”<sup>23</sup>.

At the same time, the forensic examinations results stated in the forensic report drawn up by the expert<sup>24</sup> profits the defendant in exercising the function of defense during the criminal proceedings, if it contains conclusive evidence which certifies that he is not the perpetrator of the offense he has been accused of.

In the case of the three categories of offenses, such as violent crimes including the serious form of homicide with unidentified corpse, organized crimes committed in diverse manners (trafficking of any kind, corruption and terrorist attacks) and financial offenses, forensic experts can be called upon to take part in the investigation. In accordance with Article 172 (8) Code of penal procedure “*in carrying out the examination authorized independent experts can participate, called at the parties’ request ...*”. The legal institution of expert-party during criminal proceedings is so common in the Romanian judicial system and acts as a fundamental guarantee on respecting the defendant’s procedural rights. As a consequence, achieving the function of defense during criminal proceedings in Romania is stated by the legislator and transposed by the judicial bodies with the defendant’s consent. In exercising their rights, defendants can also recommend an expert-party who will participate in the activity of carrying out the forensic examination, in accordance with Article 173 (4) Code of penal procedure.

---

<sup>22</sup> AMZA, Tudor, *Criminologie teoretica*, Bucharest: Lumina Lex, 2000.

<sup>23</sup> MAGHERESCU, Delia, 2017, *op. cit.*, pp. 86-87.

<sup>24</sup> ALAMOREANU, Sorin, *Problematica expertizei criminalistice*, Bucharest: Hamangiu Publishing House, 2013.

*In cases of violent crimes including serious homicide with unidentified corpse*

The serious form of homicide with unidentified corpse has a particularity which presents interest, both from the perspective of identifying the victim and in fulfilling the main purpose of the criminal proceedings in particular the investigation phase activity. Furthermore, regarding the current topic the defendant's procedural status and the criminal proceedings' ways of using forensic science methods and means of achieving the defendant's rights of defense presents interest as well.

In the concept of forensic science investigation activity, the victim with unidentified corpse involves a set of forensic examinations. In some cases, a long time passed from committing homicide till discovering corpse. Thus, in cases of putrefied corpse or calcined one, several complex forensic examinations are to be carried out, such as: (1) odontological examination; (2) entomological examination<sup>25</sup>; (3) anthropological examination; (4) DNA genetic examination<sup>26</sup>; (5) medical-forensic examination; (6) geological examination; (7) archaeological examination. Each of these examinations presents relevance for the penal case on its object indicated above in accordance with the circumstances of committing offense as well as with the degree of biological material existing on the crime scene. In purpose to identify the victim, there are necessary many of these examinations, as a consequence the forensic experts belonging to these specializations are usually working in close cooperation in the activity of carrying out a complex forensic examination.

In cases of physical aggression, a forensic medical examination intervenes in order for the expert to establish the lesions and bodily harms produced by diverse means and instruments used by the aggressor. They

---

<sup>25</sup> CAMPOBASSO, Carlo Pietro; INTRONA, Francesco, *The forensic entomologist in the context of the forensic pathologist's role*, Forensic Science International, vol. 120, Issue 1-2/2001, pp. 132-139, [https://doi.org/10.1016/S0379-0738\(01\)00425-X](https://doi.org/10.1016/S0379-0738(01)00425-X)

<sup>26</sup> FERRARA, Michela; SESSA, Francesco; RENDINE, Marcello; SPAGNOLO, Lorenzo; DE SIMONE, Stefania; RIEZZO, Irene; RICCI, Pietrantonio; PASCALE, Natascha; SALERNO, Monica; BERTOZZI, Giuseppe; MAGLIETTA, Francesca, *A multidisciplinary approach is mandatory to solve complex crimes: a case report*, Egyptian Journal of Forensic Sciences, vol. 9/2019, p. 11, <https://doi.org/10.1186/s41935-019-0116-8>

are ordered by the judicial bodies in accordance with Article 172 Code of penal procedure. At the same time, the judicial body can order either a forensic medical examination of the victim's body in conformity with Article 189 Code of penal procedure or simply a physical examination. In the latter case, Article 190 thereof regulates that “*the physical examination of a person supposes both external and internal examination of its body as well as drawing biological sample. The investigation body must firstly request the victim's beforehand written consent*”.

In cases of homicide a set of circumstances intervenes<sup>27</sup> that the judicial body must take into consideration during the investigation phase in purpose to order and administer forensic judicial examinations whose conclusions contain irrefutable evidence and which the solving penal case will be based on.

In accordance with the action of committing homicide over the victim's body, the judicial body will order carrying out one or more forensic examinations, as follows:

(i) The dactyloscopic forensic examination of establishing the defendant's fingerprint if there are suspicions of shooting<sup>28</sup> committed by using a shot-gun.

(ii) The ballistic forensic examination over the shot-gun<sup>29</sup> if the judicial body has suspicions that the perpetrator used it in committing the homicide; the examination will establish the gun used in committing

---

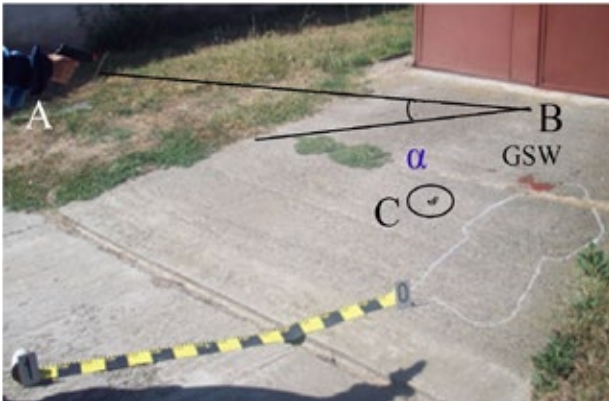
<sup>27</sup> PIEL, Jennifer, *The Defense of Involuntary Intoxication by Prescribed Medications: An Appellate Case Review*, *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, vol. 43, Issue 3/2015, pp. 321-328, available online at: <https://pdfs.semanticscholar.org/1d9d/4123c20938e05acde6f-2d06ea09106dfabe7.pdf> (accessed on 26 October 2019)

<sup>28</sup> WALTON, Richard. H., *Practical Cold Case Homicide Investigations Procedural Manual*, CRC Press, Boca Raton: Taykir and Francis Group, 2017, <https://doi.org/10.1201/b16315>

<sup>29</sup> DUTELLE, Aric W.; BECKER, Ronald F., *Criminal investigation*, Fifth (ed), Burlington: Jones and Bartlett Learning, 2019, pp. 189-193, available online at: [https://books.google.ro/books?hl=en&lr=&id=hVBLDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=defense+in+forensic+criminal+cases&ots=NIZD7CmOP-f&sig=xJK6wI2tBAhgtlAHPPdPZMK2L8U&redir\\_esc=y#v=onepage&q=defense%20in%20forensic%20criminal%20cases&f=false](https://books.google.ro/books?hl=en&lr=&id=hVBLDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=defense+in+forensic+criminal+cases&ots=NIZD7CmOP-f&sig=xJK6wI2tBAhgtlAHPPdPZMK2L8U&redir_esc=y#v=onepage&q=defense%20in%20forensic%20criminal%20cases&f=false) (accessed on 12 October 2019)

crime, the degree of gun's functionality, the arm shooting direction, the distance of arm shooting, both the shooter and victim's position.

(iii) The routing examination, in close collaboration with the ballistic forensic examination<sup>30</sup>. It will conclude the aspects related to the person or goods of trace producer; establishing the manner of producing traces; establishing the kind of traces; reconstituting the whole from constitutive parts.



**Fig. 1** Ballistic forensic examination details on the crime scene

*Reconstruction of the crime scene*

A - shooter

B - victim's position

A—B - bullet trajectory

C - bullet gathered from the surrounding crime area

$\alpha$  - shooting angle

GSW - gun shot wound

Additional to the above stated provisions, the ballistic forensic examination in cases of a homicide committed by shooting will also

<sup>30</sup> TIWARI, Neelesh; HARSHEY, Abhimaniu; DAS, Tanurup; ABHYANKAR, Sughosh; YADAV, Vijay Kumar; NIGAM, Kriti; ANAND, Vijay Raj; SRIVASTAVA, Ankit, *Evidential significance of multiple fracture patterns on the glass in forensic ballistics*, Egyptian Journal of Forensic Sciences, vol. 9, Issue 22/2019, pp. 1-5, <https://doi.org/10.1186/s41935-019-0128-4>

establish the gun's shooting angle as shown in Fig. 1. It differs depending on the perpetrator's stature as well as the distance between perpetrator and victim, and could be between 39° and 41° for a perpetrator at least 150 centimeters tall. In this context, this kind of forensic examination concludes the fact that, for a shooting distance less than 150 centimeters, secondary traces appear on the crime area, such as soot and unfired gun powder. Moreover, for a shooting action committed at a distance, other bullets will be gathered by the investigation bodies from the surrounding crime area.

(iv) The DNA genetic examination, used frequently in the last decades, has developed in the last years a concept that doctrine has called a “*probabilistic genotyping (PG) software has been introduced to interpret evidence that is too complex for manual human analysis*”<sup>31</sup>. The DNA genetic examination has also a particular signification in the process of establishing the identity aggressor - victim in purpose to remove any uncertainties the judicial bodies could have regarding the issues met in the investigation activity, even if it is considered always probative or present evidence<sup>32</sup>. The comparison of DNA profiles do not result in any error, but “*combined with the growing numbers of genetic markers in forensic identification systems calls for expert systems that can automatically compare genotyping results within (large) sets of DNA profiles and assist in profile interpretation*”<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> MATTHEWS, Jeanna; BABAEIANJELODAR, Marzieh; LORENZ, Stephen; MATTHEWS, Abigail; NJIE, Mariama; ADAMS, Nathaniel; KRANE, Dan; GOLDTHWAITE, Jessica; HUGHES, Clinton, *The Right To Confront Your Accusers: Opening the Black Box of Forensic DNA Software*. In: CONITZER, Vincent; HADFIELD, Gillian; VALLOR, Shannon (eds), *Ethics, and Society*, New York: ACM, 2019, pp. 321-327, doi 10.1145/3306618.3314279

<sup>32</sup> WALTKE, Heather; LAPORTE, Gerald; WEISS, Danielle; SCHWARTING, Dawn; NGUYEN, Minh; SCOTT, Frances, *Sexual Assault Cases: Exploring the Importance of Non-DNA Forensic Evidence. Investigating and prosecuting sexual assault crimes is much more complicated than simply performing DNA testing*, NIJ Journal, Issue 279/2018, p. 14, available online at: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/250704.pdf> (accessed on 2 September 2019)

<sup>33</sup> BENSCHOP, Corina C. G.; HOOGENBOOM, Jerry; HOVERS, Pauline; SLAGTER, Martin; KRUISE, Dennis; PARAG, Raymond; STEENSMA, Kristy; SLOOTEN, Klaas; NAGEL, Jord H. A.; DIJLTJES, Patrick; MARION, Vincent van; PAASSEN, Heidi van; JONG, Jeroen de; CREETEN, Christophe; SIJEN,

Doctrine also states that the probabilistic evidence related to the “likelihood ratios”<sup>34</sup> prove the probabilistic functions of establishing likely instruments - standards which the forensic experts must take into account in their interpretation of DNA evidence provided by the DNA genetic examinations record<sup>35</sup>.

*In cases of organized crime including digital offenses*

When investigating this kind of crime, a set of complex forensic examinations are ordered by the judicial bodies.

(i) The physical-chemical examination is a complex one because it supposes knowledge, techniques and both technical and scientific methods which derive from several fields of science especially from physics and chemistry. The following types of forensic examination can be conducted: optical microscopy examination, scanning electronic microscopy (SEM-EDAX) examination and chromatography in gaseous state coupled with mass spectrometry (GC-MS) examination<sup>36</sup>.

Clearly, there is scope for a very wide range of forensic examinations which can be carried out in specialized laboratories, both in an institutionalized environment and a private one, authorized in accordance with the legislation<sup>37</sup>.

---

Titia; KNEPPERS, Alexander L. J., *DNAs/DNAStatX: Development and validation of a software suite for the data management and probabilistic interpretation of DNA profiles*, *Forensic Science International: Genetics*, vol. 42/2019, pp. 81-89, <https://doi.org/10.1016/j.fsigen.2019.06.015>

<sup>34</sup> STIFFELMAN, Bess, *No longer the gold standard: Probabilistic Genotyping is changing the nature of DNA evidence in criminal trials*, *Berkeley Journal of Criminal Law*, vol. 24, Issue 1/2019, pp. 111-145.

<sup>35</sup> DARTNALL, Stephanie; GOODMAN-DELAHUNTY, Jane, *Enhancing Juror Understanding of Probabilistic DNA Evidence*, *Australian Journal of Forensic Sciences*, Taylor & Francis vol. 38/2006, pp. 85-96, <https://doi.org/10.1080/00450610609410635>

<sup>36</sup> MAGHERESCU, Delia. 2017, *op. cit.*, p. 84.

<sup>37</sup> LAW No. 156 of 5 July 2011 on modification and completing Government Ordinance no. 75/2000 on authorizing forensic experts and Law no. 567 of 2004 on the status of the auxiliary employees of the courts of law and prosecutor offices attached with, published in the Official Journal no. 519 of 22 July 2011; Government Ordinance no. 75 of 2000 on the organization

The technical progress achieved at the international level has made possible the interference between the scientific discovered findings in the fields of physics, chemistry, biology, and forensic science. Newer methods and techniques really help the forensic experts in clearing up the most difficult aspects they might be confronted with during the procedure of carrying out the forensic examinations of any kind.

The high technology equipment and use of innovative techniques for the fields indicated strengthen forensic science<sup>38</sup> which really has made major steps forwards in recent times.

(ii) The dactyloscopic forensic examination refers to the identification of the perpetrator through using a fingerprint identification database<sup>39</sup>. Although gathering fingerprint from the crime scene “*does not imply guilt or innocence, it is offered only to identify that a person was at a particular location or touched a particular item at some point, not whether he or she committed a crime*”<sup>40</sup>.

#### *In cases of economic crimes including tax evasion*

A defendant admitting to an uncommitted offense presents a challenge for the forensic experts appointed to conclude on the aspects related to the evidence gathered by the judicial bodies. Regarding the financial offenses the core problem is focused on the documents which will be examined by the judicial bodies. In this regard, a set of forensic examinations will be carried out, as follows:

(i) Handwriting and signature examination of the financial and accounting documents the perpetrator is suspected of using. They conclude by identifying the owner of the handwriting; identifying the

---

of the forensic examination, published in the Official Journal no. 407 of 29 August 2000.

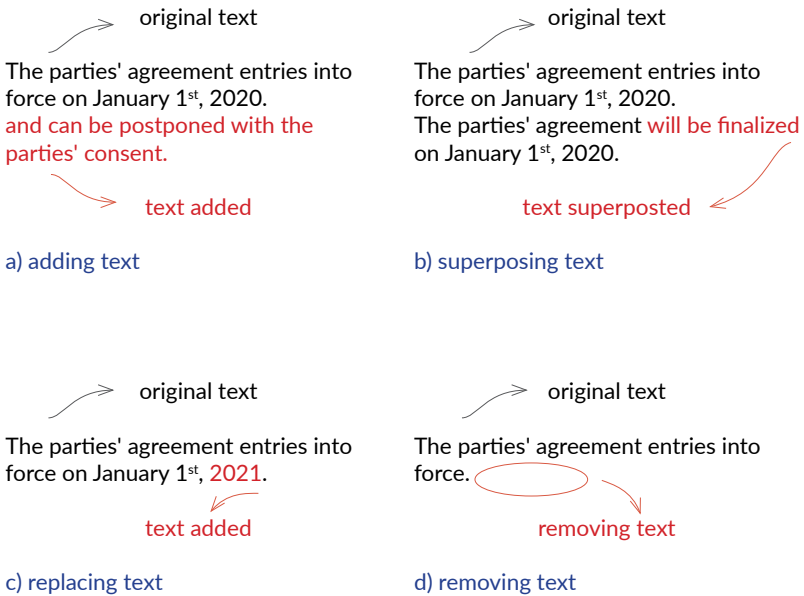
<sup>38</sup> OBREJA, Efim; GURAU, Nicolae; POSTORONCA, Veronica; DERECHA, Larysa, *Determinarea vechimii documentelor prin prisma practicii de expertiza judiciara*, Penalmente Relevant, Issue 1/2019, pp. 47-54.

<sup>39</sup> JAIN, Anil K.; ROSS, Arun, *Bridging the gap: from biometrics to forensics*, Philos Trans R Soc B, vol. 370/2015, pp. 1-10, <http://dx.doi.org/10.1098/rstb.2014.0254>

<sup>40</sup> WALTKE, Heather; LAPORTE, Gerald; WEISS, Danielle; SCHWARTING, Dawn; NGUYEN, Minh; SCOTT, Frances, *op. cit.*, p. 14.

perpetrator of text alteration; identifying the perpetrator of additions to text; determining the manner of counterfeiting signature; graphoscopical examination of documents either original or photocopied both digital and printed<sup>41</sup>.

(ii) Documents examination can establish the following achievements: determining the documents authenticity; determining the existence of documents modification; establishing the fake document carried out by different methods; determining the approximate time period of carrying out the document; determining the type of writing tools; reconstituting deteriorated documents<sup>42</sup>.



**FIG. 2.** Document alteration by adding text, superposing text, replacing text, removing text

<sup>41</sup> CATARAGA, Olga; ALAMOREANU, Sorin; PETCOVICI, Piotr, *Examinarea documentelor prezentate in copie. Aspecte practice si teortice*, Penalmente Relevant, Issue 1/2019, pp. 28-33.

<sup>42</sup> STANCU, Emilian, 2001, *op. cit.*, p. 278.



Conclusive remarks on conducting forensic examinations for financial offenses involve the four cases presented above in Fig. 2. The specific techniques of establishing a counterfeited text are those belonging to the science of chemistry. Among them, one of the most common examples of forensic examination used is based on ultraviolet and infra-red radiations<sup>43</sup>. Using these types of chemical techniques based on the phenomenon of propagating major light differences on the falsified elements of the documents can be discovered even if they are not observable to the human eye.

In order to identify the differences in text, forensic experts use infra-red radiations to highlight different colors determined by the chemical composition of material which has been added to the original text. At the same time, the chemical techniques stated above also involve the use of chemical reagents aimed at establishing the nature of the added text<sup>44</sup>.

#### *Denying scientific evidence by defense*

Scientific evidence gathered by the forensic examination, in particular the forensic examination record, has no absolute value in a penal case. It must be corroborated with the other evidence administered by the judicial bodies in such a way that the court of law pronounces the legal and justified decision at the end of the trial.

In this sense, the principle of “*non pre-established value evidence*” is successfully enforced<sup>45</sup>. The same situation occurs with the forensic examination records which refer to the evidence gathered by means of evidence also referred to as the legal forensic examination.

The evidence gathered by means of forensic examinations as scientific ones may be appealed by defense during the criminal proceedings even in the investigation phase<sup>46</sup>. At the same time, the forensic examination

---

<sup>43</sup> GEHL, Rod; PLECAS, Darryl, *op. cit.*, p. 152. MAGHERESCU, Delia, 2017, *op. cit.*, pp. 215-217.

<sup>44</sup> MAGHERESCU, Delia, 2017, *op. cit.*, pp. 216-217.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> SATALAN, Marian; LAPADUS, Vasile; BIRO, Lucian, *Tendintele investigatiei criminalistice la nivel European. Expertul independent in practica judiciara, Doctrina si Jurisprudenta*, Issue 1/2019, pp. 191-197.

record can be appealed, but equally the defense can request carrying out an additional forensic examination in accordance with Article 180 Code of penal procedure or carrying out a new forensic examination, based on Article 181 Code of penal procedure.

In instances where the forensic expert cannot clarify the aspects of a case the judicial bodies have reasonable doubt on or where the forensic examination record is ambiguous or contradictory then the penal procedure regulates for the defense to have the possibility to request an additional forensic examination<sup>47</sup>.

Furthermore, the defense can request conducting a counter-examination while establishing obvious contradictions in parts of the examination record which cannot be addressed by the expert nor resolved by further examination. Thus, the Romanian criminal justice system creates the premises of a forensic examination which involves discovering, settling, preserving and examining the traces drawn up from the crime scene. From this point of view, it is appreciated that *"the conclusions quality is conditioned essentially by the traces preservation on the crime scene"*<sup>48</sup>.

Although the Romanian legislator allows appealing scientific evidence there are countries where they cannot be denied during the investigation phase. It is the case of Luxembourg and Belgium<sup>49</sup>.

Moreover, doctrine has emphasized some cases in which the judicial bodies remove erroneously the evidence in defense and, from this motive the court of law has to take into account the aspects invoked by defense in order to rectify *de facto* situation. In these circumstances, it has been appreciated that *"the team of defence experts who reviewed the code identified a number of concerns, including a function, Check Frequency For Removal, that they demonstrated was capable of dropping data that is helpful to the defence"*<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> VOLONCIU, Nicolae, *Tratat de procedura penala*, Bucharest: Paideia, 1998, p. 392.

<sup>48</sup> SATALAN, Marian; LAPADUS, Vasile; BIRO, Lucian, *op. cit.*, pp. 191-197.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> MATTHEWS, Jeanna; BABAEIANJELODAR, Marzieh; LORENZ, Stephen; MATTHEWS, Abigail; NJIE, Mariama; ADAMS, Nathaniel; KRANE, Dan; GOLDTHWAITE, Jessica; HUGHES, Clinton, 2019, *op. cit.*, pp. 321-327.

## CONCLUSIONS

This article is part of the three research series project that I have started in the beginning of 2019 on the topic of the functions of criminal procedure – accusation, defense, judgment – exercised during the criminal proceedings by means of forensic science. The current study states that although the functions of criminal procedure configure a nexus and develop a corpus of rules and procedures there are particular features they are still covered with. In achieving the function of defense, the defendant is entitled to use any kind of forensic examination in order to support the innocence and combat the accusation the defendant is bringing charges with by the judicial bodies.

This research conducted on the topic of achieving defense by means of forensic science during criminal proceedings in Romania concludes that there are offenses investigated in which the use of forensic science methods is compulsory. These kinds of offenses were analysed in this paper. In particular, cases involving violent crimes, organized crime and financial offenses were highlighted. Each of these has particular features which characterize them. However, a common feature is the deployment of forensic techniques and methods of gathering evidence during criminal proceedings. One of these techniques is the gathering of the digital evidence<sup>51</sup> the judicial bodies order in cases of investigating digital crimes, digital attacks, cybercrimes or terrorist attacks which involve a device.

The research also concludes the fact that crimes of violence automatically imply the conducting of complex forensic examinations. In such an offense, the victim's body can offer substantial evidence because the traces of violent acts as well as the physical trauma suffered must be examined by the forensic medicine expert who will conclude within the forensic medicine record what kind of violent acts the defendant used, what intensity the attack had and how many days of hospitalization the victim needs to recover from their injuries. In accordance with these aspects, the judicial body will proceed to establish the offense legal qualification. Establishing these points will also clarify the psychological

---

<sup>51</sup> SUIAN, Mihai, *Unele probleme privind folosirea probelor digitale in procesul penal*, Doctrina si Jurisprudenta, Issue 1/2019, pp. 134-141.

traumas the perpetrator inflicted on the victim which the investigation body must take into account while it orders the victim's examination.

Last but not least, the committed financial offenses imply the imperative manner of the judicial bodies to require carrying out the forensic examinations in order to gather conclusive, pertinent and genuine evidence and solve the penal case.

### *De lege ferenda*

As *de lege ferenda* proposal, it is appreciated that it is necessary a harmonization of the forensic criminal investigation activity during the investigation phase in such a way to achieve an efficient protection of the crime scene knowing the fact that it is full of evidence. Equally, the materials gathered from the crime scene<sup>52</sup> are also full of offense traces and establishing their source and composition is a forensic science method which helps the forensic experts in the activity of solving penal cases.

The rapidness is one of the main principles which features the forensic examinations. Basically, if the forensic expert carries out the forensic examination slowly then he can be sanctioned by the judicial body who ordered the forensic examination. In this case, Article 175 (8) Code of penal procedure regulates the sanction the forensic expert will be subject of in case in which the forensic examination will be delayed unjustified or even he refuses to carry out it. As *de lege ferenda* proposal, the sanction stated above could be amended by legislator so that the legal provision could have the following content: "*delaying or refusing unjustified to carry out forensic examinations bring about applying the forensic expert's criminal liability or the institution the expert is part of*".

## **ABBREVIATIONS**

DNA: Deoxyribonucleic acid;

SEM - EDAX: Scanning Electron Microscopy/ Energy Dispersive X-Ray Analyzer;

GC - MS: Gas Chromatography/ Mass Spectrometry;

PG: Probabilistic genotyping.

---

<sup>52</sup> DUTELLE, Aric W.; BECKER, Ronald F., *op. cit.*, pp. 67-97.

## REFERENCES

ALAMOREANU, Sorin, *Problematica expertizei criminalistice*, Bucharest: Hamangiu Publishing House, 2013.

AMZA, Tudor, *Criminologie teoretica*, Bucharest: Lumina Lex, 2000.

BENSCHOP, Corina C. G.; HOOGENBOOM, Jerry; HOVERS, Pauline; SLAGTER, Martin; KRUISE, Dennis; PARAG, Raymond; STEENSMA, Kristy; SLOOTEN, Klaas; NAGEL, Jord H. A.; DIELTJES, Patrick; MARION, Vincent van; PAASSEN, Heidi van; JONG, Jeroen de; CREETEN, Christophe; SIJEN, Titia; KNEPPERS, Alexander L. J., *DNAxs/DNAStatistX: Development and validation of a software suite for the data management and probabilistic interpretation of DNA profiles*, Forensic Science International: Genetics, vol. 42/2019, <https://doi.org/10.1016/j.fsigen.2019.06.015>

CAMPOBASSO, Carlo Pietro; INTRONA, Francesco. The forensic entomologist in the context of the forensic pathologist's role, Forensic Science International, vol. 120/2001, pp. 132-139. DOI: 10.1016/S0379-0738(01)00425-X

CARPINEAN, Ion Cristian, *Rolul Probelor Criminalistice in Stabilirea Adevarului*, Revista de Criminologie, Criminalistica si Penologie, Issue 4/2019.

CASSEL, Paul G.; BOYCE, Ronald N., *Crime victims' rights*. In: LUNA, Erik (ed.) *Reforming Criminal Justice: Pretrial and Trial Processes*, Arizona State University, Phoenix, 2017, available online at: [https://law.asu.edu/sites/default/files/pdf/academy\\_for\\_justice/Reforming-Criminal-Justice\\_Vol\\_3.pdf](https://law.asu.edu/sites/default/files/pdf/academy_for_justice/Reforming-Criminal-Justice_Vol_3.pdf) (accessed on 9 January 2020)

CATARAGA, Olga; ALAMOREANU, Sorin; PETCOVICI, Piotr, *Examinarea documentelor prezentate in copie. Aspecte practice si teortice*, Penalmente Relevant, Issue 1/2019.

COLLINS, Rachael E., *Applying Meta-Analysis to Criminological Research: A Step-by-Step Approach*, London: SAGE Publications, 2017, <https://dx.doi.org/10.4135/9781473994782>

COMAN, Andreea, *Forta probanta a raportului de expertiza in procesul penal*, 2019, available online at: <https://www.juridice.ro/649822/forta-probanta-a-raportului-de-expertiza-in-procesul-penal.html> (accessed on 17 November 2019)

CORREIA, Sara Giro, *Responding to victimisation in a digital world: a case study of fraud and computer misuse reported in Wales*, Crime Science, vol. 8 Issue 4/2019, <https://doi.org/10.1186/s40163-019-0099-7>

DARTNALL, Stephanie; GOODMAN-DELAHUNTY, Jane, *Enhancing Juror Understanding of Probabilistic DNA Evidence*, Australian Journal of Forensic Sciences, Taylor & Francis vol. 38/2006, <https://doi.org/10.1080/00450610609410635>

DUTELLE, Aric W.; BECKER, Ronald F., *Criminal investigation*, Fifth (ed), Burlington: Jones and Bartlett Learning, 2019, available online at: [https://books.google.ro/books?hl=en&lr=&id=hVBLDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=defense+in+forensic+criminal+cases&ots=NIZD7CmOPf&sig=xJK6wI2tBAhgtlAHPpdPZM-K2L8U&redir\\_esc=y#v=onepage&q=defense%20in%20forensic%20criminal%20cases&f=false](https://books.google.ro/books?hl=en&lr=&id=hVBLDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=defense+in+forensic+criminal+cases&ots=NIZD7CmOPf&sig=xJK6wI2tBAhgtlAHPpdPZM-K2L8U&redir_esc=y#v=onepage&q=defense%20in%20forensic%20criminal%20cases&f=false) (accessed on 12 October 2019)

ENGEL, Christoph; GLÖCKNER, Andreas; TIMME, Sinika, *Defendant Should Have the Last Word – Experimentally Manipulating Order and Provisional Assessment of the Facts in Criminal Procedure*, Max Planck Institute Collective Goods Preprint, Bonn, vol. 24/2017, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3077855>

FERRARA, Michela; SESSA, Francesco; RENDINE, Marcello; SPAGNOLO, Lorenzo; De Simone, Stefania; RIEZZO, Irene; RICCI, Pietrantonio; PASCALE, Natascha; SALERNO, Monica; BERTOZZI, Giuseppe; MAGLIETTA, Francesca, *A multidisciplinary approach is mandatory to solve complex crimes: a case report*, Egyptian Journal of Forensic Sciences, vol. 9/2019, <https://doi.org/10.1186/s41935-019-0116-8>

GEHL, Rod; PLECAS, Darryl, *Introduction to Criminal Investigation: Processes, Practices and Thinking*. New Westminster, BC: Justice Institute of British Columbia, 2016, available online at: <https://pressbooks.bccampus.ca/criminalinvestigation/> (accessed on 25 October 2019)

GOVERNMENT ORDINANCE no. 75 of 2000 on the organization of the forensic examination, published in the Official Journal no. 407 of 29 August 2000.

JAIN, Anil K.; ROSS, Arun, *Bridging the gap: from biometrics to forensics*, Philos Trans R Soc B, vol. 370/2015, <http://dx.doi.org/10.1098/rstb.2014.0254>

LAW NO. 156 of 5 July 2011 on modification and completing Government Ordinance no. 75/2000 on authorizing forensic experts and Law no. 567 of 2004 on the the status of the auxiliary employees of the courts of law and prosecutor offices attached with, published in the Official Journal no. 519 of 22 July 2011.

MAGHERESCU, Delia, *Recunoasterea vinovatiei si aplicarea pedepsei*, Bucharest: Hamangiu Publishing House, 2019.

MAGHERESCU, Delia, *The victims' rights on the forensic examination during the penal procedure in Romania*. In: ANDRASKO, Jozef; HAMULAK, Juraj; KAHOUNOVA, Michaela (eds) *Constitutional, Statutory and Criminological Attributes for Crime*

*Victims*, Bratislava: Univerzita Komenskeho v Bratislave, 2018, available online at: [https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie\\_a\\_podujatia/bpf\\_2018\\_new/Zbornik\\_BPF2018\\_sekcia\\_1.pdf](https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Veda/Konferencie_a_podujatia/bpf_2018_new/Zbornik_BPF2018_sekcia_1.pdf) (accessed on 14 November 2019)

MAGHERESCU, Delia, *Criminalistica*, Bucharest: Wolters Kluwer Publishing House, 2017.

MATTHEWS, Jeanna; BABAEIANJELODAR, Marzieh; LORENZ, Stephen; MATTHEWS, Abigail; NJIE, Mariama; ADAMS, Nathaniel; KRANE, Dan; GOLDTHWAITE, Jessica; HUGHES, Clinton, *The Right To Confront Your Accusers: Opening the Black Box of Forensic DNA Software*. In: CONITZER, Vincent; HADFIELD, Gillian; VALLOR, Shannon (eds) *Ethics, and Society*, New York: ACM, 2019, doi 10.1145/3306618.3314279

MILLER, Marc L.; WRIGHT, Ron F.; TURNER, Jenia I.; LEVINE, Kay L., *Criminal Procedures. Cases, Statutes, and Executive Materials*, Sixth (ed), New York: Wolters Kluwer, 2019.

MURPHY, Erin, *Forensic evidence*. In: LUNA, Erik (ed) *Reforming Criminal Justice: Pretrial and Trial Processes*, Phoenix: Arizona State University, 2017, available online at: [https://law.asu.edu/sites/default/files/pdf/academy\\_for\\_justice/Reforming-Criminal-Justice\\_Vol\\_3.pdf](https://law.asu.edu/sites/default/files/pdf/academy_for_justice/Reforming-Criminal-Justice_Vol_3.pdf) (accessed on 9 January 2020)

OBREJA, Efim; GURAU, Nicolae; POSTORONCA, Veronica; DERECHA, Larysa, *Determinarea vechimii documentelor prin prisma practicii de expertiza judiciara*, Penalmente Relevant, Issue 1/2019.

ONWUEGBUZIE, Anthony J.; LEECH, Nancy L., *Generalization practices in qualitative research: A mixed methods case study*, *Quality & Quantity*, vol. 44, Issue 5/2010, <http://dx.doi.org/10.1007/s11135-009-9241-z>

PENAL DECISION no. 287/A of 28 February 2017 of the Court of Appeal of Timisoara, available online at: <http://www.rolii.ro/hotarari/58d44a6ee49009481300003d> (accessed on 8 September 2019)

PIEL, Jennifer, *The Defense of Involuntary Intoxication by Prescribed Medications: An Appellate Case Review*, *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, vol. 43, Issue 3/2015, available online at: <https://pdfs.semanticscholar.org/1d9d/4123c20938e05acde6f2d06ea09106dfabe7.pdf> (accessed on 26 October 2019)

QUEENSLAND SENTENCING ADVISORY COUNCIL, *Community-based orders, imprisonment and parole options: Final report*, Brisbane, 2019, available online at: [www.sentencingcouncil.qld.gov.au](http://www.sentencingcouncil.qld.gov.au) (accessed on 12 September 2019)

SATALAN, Marian; LAPADUS, Vasile; BIRO, Lucian, *Tendintele investigatiei criminalistice la nivel European. Expertul independent in practica judiciara*, Doctrina si Jurisprudenta, Issue 1/2019.

SCHREIER, Margrit, *Sampling and Generalization*. In: FLICK, Uwe (ed) *The SAGE Handbook of Qualitative Data Collection*, London: SAGE Publications, 2018, <https://dx.doi.org/10.4135/9781526416070>

STANCU, Emilian, *Tratat de criminalistica*, Bucharest: Actami Publishing House, 2001.

STIFFELMAN, Bess, *No longer the gold standard: Probabilistic Genotyping is changing the nature of DNA evidence in criminal trials*, Berkeley Journal of Criminal Law, vol. 24, Issue 1/2019.

SUIAN, Mihai, *Unele probleme privind folosirea probelor digitale in procesul penal*, Doctrina si Jurisprudenta, Issue 1/2019.

TIWARI, Neelesh; HARSHEY, Abhimani; DAS, Tanurup; ABHYANKAR, Sugghosh; YADAV, Vijay Kumar; NIGAM, Kriti; ANAND, Vijay Raj; SRIVASTAVA, Ankit, *Evidential significance of multiple fracture patterns on the glass in forensic ballistics*, Egyptian Journal of Forensic Sciences, vol. 9, Issue 22/2019, <https://doi.org/10.1186/s41935-019-0128-4>

VOLONCIU, Nicolae, *Tratat de procedura penala*, Bucharest: Paideia, 1998.

WALTKE, Heather; LAPORTE, Gerald; WEISS, Danielle; SCHWARTING, Dawn; NGUYEN, Minh; SCOTT, Frances, *Sexual Assault Cases: Exploring the Importance of Non-DNA Forensic Evidence. Investigating and prosecuting sexual assault crimes is much more complicated than simply performing DNA testing*, NIJ Journal, Issue 279/2018, available online at: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/250704.pdf> (accessed on 2 September 2019)

WALTON, Richard H., *Practical Cold Case Homicide Investigations Procedural Manual*, CRC Press, Boca Raton: Taykir and Francis Group, 2017, <https://doi.org/10.1201/b16315>

ZARAFIU, Andrei, *Procedura penala. Partea generala. Partea speciala*, 2<sup>nd</sup> ed, Bucharest: C.H. Beck, 2015.



### **Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)**

*Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration):* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

*Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship):* all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all co-authors are fully responsible for this work in its entirety.

*Declaração de ineditismo e originalidade (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.

#### **Dados do processo editorial**

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 05/12/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 10/12/2019
- Avaliação 1: 23/12/2019
- Avaliação 2: 27/12/2019
- Decisão editorial preliminar: 07/01/2020
- Retorno rodada de correções: 29/01/2020
- Decisão editorial final: 16/02/2020
- Versão final autora: 26/02/2020

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (MSG)
- Revisores: 2

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MAGHERESCU, Delia. Achieving Defense by Means of Forensic Science During the Criminal Proceedings in Romania. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 117-146, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.302>




Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.


# A introdução do juiz das garantias no Brasil e o inquérito policial eletrônico

*The introduction of the guarantee judge in Brazil and the electronic police inquiry*

**Rodrigo Régner Chemim Guimarães<sup>1</sup>**


Universidade Positivo – Curitiba/PR, Brasil  
rodrigo.chemim@up.edu.br


 <http://lattes.cnpq.br/3509382891487960>

 <https://orcid.org/0000-0001-7378-4553>

**Sarah Gonçalves Ribeiro<sup>2</sup>**

Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – Curitiba/PR, Brasil  
ribeirogsarah@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/1023020248431150>

 <https://orcid.org/0000-0001-5573-2506>

---

**RESUMO:** Considera-se “juiz das garantias” o magistrado que atua apenas na fase de investigação, avaliando a legalidade dos atos e decidindo medidas cautelares pessoais e reais. Sua adoção procura evitar a contaminação psicológica do magistrado que julgará eventual processo. Introduzido, no Brasil, pela Lei 13.964/2019, está sendo questionado em quatro ações diretas de inconstitucionalidade. Em decisão liminar, o ministro Fux acolheu a pretensão de suspensão das regras inseridas no Código de Processo Penal, por período indeterminado. Dentre

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito de Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor Titular de Direito Processual Penal da Escola de Direito e do Programa de Mestrado Profissional em Direito da Universidade Positivo. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

<sup>2</sup> Cursando pós-graduação e especialização de Direito na Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná, e, em Penal e Processo Penal na Universidade Curitiba. Graduada em direito na Universidade Positivo. Cursando Filosofia na Faculdade Claretiano.

elas, o art. 3º-D, que propõe a criação de um sistema de rodízio de magistrados nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, como solução para a viabilizar a presença do “juiz das garantias” no interior do país. O argumento central para essa decisão, foi a indevida ingerência do Poder Legislativo na autonomia orçamentária e de auto-gestão do Judiciário, somada, tanto ao elevado custo de contratação de novos magistrados, promotores, delegados e defensores públicos, quanto aos gastos rotineiros com diárias em deslocamentos físicos destes profissionais. O presente artigo visa a apresentar a adoção do inquérito policial eletrônico como atenuante para os custos de implantação do “juiz das garantias” no Brasil, neutralizando a discussão de constitucionalidade do art. 3º-D no Supremo Tribunal Federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** inquérito policial; investigação policial; juiz das garantias; inquérito policial eletrônico.

**ABSTRACT:** A “judge of guarantees” is a magistrate who acts only in the investigation phase, assessing the legality of the acts and deciding personal and real precautionary measures. Its adoption seeks to avoid psychological contamination of the magistrate, who will judge an eventual process. Introduced in Brazil by Law 13.964/2019, it is being challenged in four direct actions of unconstitutionality. In a preliminary decision, minister Fux accepted the intention to suspend the rules included in the Code of Criminal Procedure, for an indefinite period. Among them, art. 3º-D, which proposes the creation of a system of rotation of magistrates in the counties where only one judge works, as a solution to make the presence of the “judge of guarantees” feasible in the interior of the country. The central argument for this decision was the undue interference of the Legislative Power in the budgetary autonomy and self-management of the Judiciary, added, both to the high cost of hiring new magistrates, prosecutors, police officers and public defenders, as well as the routine expenses with daily physical displacement of these professionals. This article aims to present the adoption of the electronic police inquiry as a mitigation for the costs of implantation of the “judge of guarantees” in Brazil, neutralizing the discussion of the constitutionality of art. 3rd-D in the Federal Supreme Court.

**KEYWORDS:** police investigation; judge of guarantees; police inquiry; electronic police inquiry.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Os avanços tecnológicos no processo penal brasileiro em torno dos registros de atos processuais e de

investigação e a dificuldade de adaptação dos atores processuais; 2. As iniciativas pioneiras de implantação do inquérito policial eletrônico; 3. A introdução do juiz das garantias no Brasil; 4. Vantagens econômicas do inquérito policial eletrônico; Considerações Finais; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

No início do século passado, os registros de atos processuais passaram por uma discussão em torno da possibilidade de se utilizar a máquina de escrever em substituição à grafia de próprio punho das autoridades. Havia dúvida quanto à autenticidade do documento, que se resolveu pela exigência das assinaturas físicas como chancelas do resultado da datilografia. As mudanças tecnológicas não aconteciam com frequência e, assim, eram incorporadas à legislação em ritmo que permitia adaptação paulatina dos atores processuais. Cem anos depois, a tecnologia acelerou o processo de mudanças e avançou em velocidade que muitas vezes não consegue ser acompanhada pelo legislador e pelas práticas judiciais. Nos primeiros vinte anos do século XXI, boa parte dos processos e documentos físicos já migrou para o modelo virtual no Brasil, validados por assinaturas eletrônicas e armazenados virtualmente numa rede de computadores, mas ainda não se aproveitou toda a potencialidade de utilização das novas tecnologias disponíveis para a fase pré-processual.

Para que se tenha dimensão do quanto se pode melhorar o sistema de investigação e controle, foi apenas em 2016, quase oito décadas após a promulgação do Código de Processo Penal de 1941, que se passou a discutir a necessidade de digitalizar a tramitação do inquérito policial no Brasil.

O tema, agora, ganha uma nova dimensão de importância, quando se correlaciona, diretamente, com a novidade do juiz das garantias, trazida pela Lei 13.964/2019, que introduziu os artigos 3º-B a 3º-F, no Código de Processo Penal, e definiu o “juiz das garantias” como sendo o “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização

prévia do Poder Judiciário”<sup>3</sup>. A ideia é que o juiz da fase da investigação não seja o mesmo que atua na fase de julgamento do processo, evitando, assim, a possível influência psicológica que as decisões proferidas no inquérito policial possam causar no juiz ao sentenciar o caso.

Apesar do modelo de “juiz das garantias” já ter sido implantado em diversos países no mundo<sup>4</sup>, no Brasil a adoção desse mecanismo de garantia vem sofrendo rejeições. Foram propostas quatro ações diretas

---

<sup>3</sup> BRASIL. Presidência da República. *Lei 13.964/2019*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm), acesso em 15 de janeiro de 2020.

<sup>4</sup> Nem todos os países europeus e latino-americanos adotam o modelo. A Espanha, por exemplo, tem o chamado “juez de instruccion”, porém, ele mistura atividade investigativa com garantias e atuaria em modelo que não separa essas funções. Em relação ao modelo espanhol, Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner esclarecem que “em que pese o fortalecimento do promotor na investigação preliminar, a LO n. 78/88 não rompeu de vez com a tradição do juiz instrutor e, inclusive, previu o legislador que o procedimento judicial a cargo do juiz deverá prevalecer sobre aquele realizado pelo promotor” (LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5ªed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 362). Na América Latina, a Argentina tem modelo federal similar ao da Espanha, com juiz investigador, salvo em algumas Províncias, a exemplo de Entre Ríos e Paraná, que têm autonomia legislativa e vem implantando há alguns anos o modelo de juiz de garantias. Já outros países separam as funções de investigar e atuar como garante dos direitos dos cidadãos, inclusive com separação das funções jurisdicionais na fase de investigação e na fase de julgamento processual, a exemplo do que ocorre na Itália, desde 1989, conforme o art. 328, do Codice di Procedura Penale (ITALIA, *Codice di procedura penale e leggi complementari. Giurisprudenza, schemi e tabelle*. A cura di Aurelio Barazzetta e Renato Bricchetti, Milano: Gruppo 24ore, 2012, p, 161); na França, desde o ano 2000, com a Lei 200-516, que inseriu o artigo 137-1 no Code de Procédure Pénale (FRANÇA. *Código de Procédure Pénale*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&idArticle=LEGIARTI000033551641>, acesso em 25 de fevereiro de 2020); no Chile, com implantação gradual, entre 2000 e 2005, conforme os arts. 9º e 70, do Código Procesal Penal chileno (CHILE. *Código Procesal Penal del Chile*. Disponível em <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595#garant%C3%ADas2>, acesso em 25 de fevereiro de 2020); no Paraguai, desde 1998, conforme o art. 282, do Código Procesal Penal del Paraguay (PARAGUAI. *Código Procesal Penal de la República del Paraguay*. Disponível em [https://www.pj.gov.py/ebook/libros\\_files/Coleccion\\_de\\_Derecho\\_Penal\\_TomoIII.pdf](https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Coleccion_de_Derecho_Penal_TomoIII.pdf), acesso em 25 de fevereiro de 2020); na Colômbia, desde 2002, com a alteração do artigo 250 da Constituição colombiana (COLOMBIA. *Acto legislativo 3 de 2002*.

de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup> e a mais debatida delas foi a de nº 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Uma das alegações feitas foi a inviabilidade financeira para a aplicação do juiz das garantias no Brasil.

Antes mesmo da lei entrar em vigor, em 15 de janeiro de 2020, o ministro Dias Toffoli, presidente do STF, concedeu liminar nessa ação para suspender a eficácia dos artigos que implantaram o juiz das garantias, ou seja, os artigos 3º-B, 3º-C, 3º-D, “caput” e seu parágrafo único, 3º-E e 3º-F, do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019. Decidiu, também, ampliar para 180 dias a *vacatio legis*<sup>6</sup>. Poucos dias depois, em 22 de janeiro de 2020, o ministro relator das quatro ADIs, Luiz Fux, ampliou a suspensão da eficácia dos referidos artigos, *sine die*<sup>7</sup>. Nessas duas decisões, o que merece destaque, é a suspensão da eficácia do parágrafo único do artigo 3º-D<sup>8</sup>, que visa apresentar uma solução para a implantação do juiz das garantias nas comarcas do interior do país, particularmente naquelas em que funciona apenas um juiz, estabelecendo que “os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados”. Nesse ponto, os ministros acolheram a linha de argumentação da Associação Nacional dos Magistrados: a lei promove uma interferência indevida na auto-organização do Poder Judiciário, violando, ainda, a sua autonomia orçamentária. Consideraram que

---

Disponível em <https://www.funcao-publica.gov.br/eva/gestornormativo/norma.php?i=6679>, acesso em 25 de fevereiro de 2020).

- <sup>5</sup> ADIs nº 6.298, ajuizada pela Associação Nacional dos Magistrados; nº 6.299, ajuizada pelos partidos políticos Podemos e Cidadania; nº 6.300, ajuizada pelo partido político Partido Social Liberal e nº 6.305, ajuizada pela CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público.
- <sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Juizdasgarantias.pdf>, acesso em 15 de janeiro de 2020.
- <sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298*. Relator ministro Luiz Fux. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>, acesso em 23 de janeiro de 2020.
- <sup>8</sup> Art. 3º-D (...) Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.

não há previsão orçamentária para ampliar os gastos com novos juízes e com deslocamentos e diárias de juízes nas comarcas do interior do país<sup>9</sup>.

Este artigo visa a apresentar a utilização do inquérito policial eletrônico como atenuante para esse que é um dos principais empecilhos apresentadas à implantação do juiz das garantias no Brasil: a dificuldade orçamentária. Sabe-se que os argumentos lançados nas ADIs propostas no Supremo Tribunal Federal vão além desse ponto, mas, para efeitos deste artigo, pretende-se focar a discussão na não interferência de autonomia do Poder Judiciário e na viabilidade orçamentária de implantação do juiz das garantias com o auxílio da tecnologia e com a implantação do inquérito policial eletrônico em todos os Estados brasileiros. As questões que se pretende responder, portanto, são centradas nos seguintes pontos: é possível reverter as críticas da AMB em torno da implantação do juiz das garantias no que diz respeito às restrições orçamentárias através do uso da tecnologia na fase de investigação? O custo de implantação do inquérito policial eletrônico é mais baixo do que a contratação de novos juízes e

---

<sup>9</sup> AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/12/ADI-AMB-e-Ajufe-juiz-de-garantias.pdf>, acesso em 28 de fevereiro de 2020. Da petição inicial da ADI, extraem-se as seguintes ilustradoras passagens desse reclamo: “Se a Justiça Criminal brasileira sofre severas críticas, especialmente quanto a fase investigatória, porque depende para o seu efetivo funcionamento de uma polícia judiciária eficaz -- que não existe --, agora, com a instituição do “Juiz das Garantias”, dificilmente os inquéritos chegarão a um bom termo, em prazo razoável, porque no momento em que houver a provocação por parte das autoridades policiais ou do Ministério Público, visando a obter provimento judicial necessário à instrução dos inquéritos, não haverá magistrado em número suficiente para atender a demanda. Aí está o dano maior causado pela criação do “Juiz das Garantias”, no plano da política judiciária, porque o Poder Judiciário brasileiro não possui estrutura suficiente para a sua implementação e funcionamento regular.” (...) “As normas aqui impugnadas estão, ainda, violando claramente o disposto no art. 169 da CF, porque, por maior que seja a criatividade de gestão dos Tribunais, não há como dar execução à Lei do Juiz das Garantias sem provocar aumento de despesas.” (...) “Mesmo essa solução de “rodízio de magistrados” implica aumento de gastos, porque pressupõe deslocamento, com pagamento de verbas assessoriais para permitir o exercício da jurisdição fora da residência da comarca. Haverá aumento de gastos com a solução final -- criação de cargos -- e aumento de gastos desde logo, com deslocamentos de juízes, sem que tivesse havido previsão orçamentária, e, portanto, com ofensa ao art. 169 da CF”.



gastos com diárias de deslocamento de magistrados, promotores, delegados e defensores públicos? A adoção do inquérito policial eletrônico, como medida a contribuir para a implantação do juiz das garantias no Brasil, depende da definição que se dará em torno da constitucionalidade do parágrafo único do artigo 3º-D, do Código de Processo Penal?

A principal preocupação é que o abandono do juiz das garantias possa trazer retrocesso ao progresso democrático do processo penal brasileiro. Sendo assim, discute-se, neste artigo, a viabilidade de substituir a presença física pela virtual do magistrado no acompanhamento e fiscalização da legalidade e das garantias dos cidadãos nas investigações criminais, sem custos elevados para o Estado.

## **1. OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO EM TORNO DOS REGISTROS DE ATOS PROCESSUAIS E DE INVESTIGAÇÃO E A DIFICULDADE DE ADAPTAÇÃO DOS ATORES PROCESSUAIS.**

Durante séculos, a par dos processos orais, sem assento documental algum, quando se procurava registrar algum ato de investigação ou processual, a forma escrita em pergaminhos, papéis ou livros, foi praticamente a única disponível. A primeira grande novidade tecnológica na forma do registro e documentação de atos jurídicos disponível ao público surgiu apenas em 1873, representada pela máquina de escrever<sup>10</sup>. No Brasil, as máquinas começaram a ser importadas na primeira metade do século XX, iniciando um lento processo de adaptação que provocou mudanças práticas, não sem sofrer naturais aversões por parte de quem não se sentia à vontade com a novidade<sup>11</sup>.

Tanto as mudanças de comportamento e adaptação provocadas pela nova tecnologia quanto a resistência ao seu uso não foram exclusividades do direito, por evidente. O *Jornal do Brasil*, por exemplo, adquiriu,

---

<sup>10</sup> ZELLERS, John Adam. *The Typewriter. A short History on its 75th Anniversary, 1873-1948*. New York: Newcomen Society of England. American Branch, 1948, p. 14.

<sup>11</sup> SUSSEKIND, Flora. *Cinematógrafo de Letras: literatura, técnica e modernização no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 94.

em 1912<sup>12</sup>, suas três primeiras máquinas de escrever, mas os jornalistas reagiram negativamente à novidade, acostumados que estavam a usar a caneta bico de pena para redigir as matérias<sup>13</sup>. Da mesma forma sucedeu com o registro e a documentação de atos processuais, feitos de forma manuscrita e por quem estava acostumado com essa prática<sup>14</sup>. Ademais, a grafia estampada no papel dava autenticidade ao documento, pois se sabia que a letra era oriunda do punho subscritor de uma determinada pessoa e com a máquina de escrever não era mais possível dizer quem foi que dela se utilizou, já que qualquer pessoa que apertasse o botão provocava igual impressão da letra no papel. Mesmo assim, ela foi ganhando espaço nos escritórios, no foro e nas delegacias de polícia. A mudança chegou a ser debatida nos tribunais brasileiros, tendo prevalecido o entendimento de que era possível aceitar essa nova tecnologia, desde que os atos do delegado de polícia e dos demais atores jurídicos viessem acompanhados da assinatura ou rubrica do autor do ato<sup>15</sup>.

Atento à mudança tecnológica e cultural, o legislador brasileiro, em 1941, regrou a questão no artigo 9º do vetusto Código de Processo Penal, ainda vigente, onde se lê: “*Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.*” O texto é sintomático, pois revela uma preocupação em reger expressamente a aceitação de peças de investigação datilografadas.

---

<sup>12</sup> BARBOSA, Marialva. *História Cultural da Imprensa. Brasil. 1900-2000*. Rio de Janeiro: Mauad, 2007, p. 37.

<sup>13</sup> CADENA, Nelson Váron. O impacto das máquinas de escrever nas redações. In: *Portal Imprensa*. 27 de outubro de 2008, disponível em <http://portalimprensa.com.br/noticias/opiniao/311/o+impacto+da+maquina+de+escrever+nas+redacoes>, acesso em 14 de janeiro de 2020.

<sup>14</sup> No Tribunal de Justiça do Paraná, a primeira máquina de escrever foi adquirida em 1915 e utilizada pela secretaria do Tribunal. Conforme noticiado em ESTADO DO PARANÁ. Tribunal de Justiça. *A evolução da escrita e da comunicação no Poder Judiciário do Paraná é tema de exposição*. Disponível em [https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/9jZB/content/a-evolucao-da-escrita-e-da-comunicacao-no-poder-judiciario-do-parana-e-tema-de-exposicao/18319?inheritRedirect=false](https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/a-evolucao-da-escrita-e-da-comunicacao-no-poder-judiciario-do-parana-e-tema-de-exposicao/18319?inheritRedirect=false), acesso em 28 de fevereiro de 2020.

<sup>15</sup> No mesmo sentido, o relato de CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 355.

A máquina de escrever permaneceu sendo a tecnologia dominante utilizada ao longo das décadas seguintes<sup>16</sup>. Apenas por volta de 1987, é que o computador, ainda um invento muito caro e de difícil acesso no mercado interno, começou a ser utilizado em alguns escritórios de advocacia, por iniciativa de uma nova geração de advogados mais receptivos às novidades tecnológicas<sup>17</sup>. Os primeiros computadores de uso doméstico se popularizaram no Brasil em meados dos anos 1990, e demoraram outros dez anos para começar a chegar às delegacias de polícia, notadamente as estaduais, quase invariavelmente desestruturadas pelo desinteresse dos governadores<sup>18</sup>. Em rápida pesquisa na internet não é difícil encontrar notícias dando conta de que, em 2013, ainda existiam delegacias de polícia no Brasil cujo equipamento utilizado era a máquina de escrever<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Nos anos 1960 ela ganhou versões elétricas que somente se popularizam por aqui nos anos 1970 em diante, com a máquina desenvolvida pela IBM, a qual dava maior agilidade à escrita, pois utilizava uma cabeça de caracteres em substituição aos braços das letras que vinham configurados em forma da tradicional “cesta”, além de ser mais silenciosa e facilitar a datilografia, pois era mais leve no toque da tecla, não precisando voltar o carro ao final da linha. Nos anos 1980 ocorre outro pequeno avanço tecnológico e surgem os modelos eletrônicos mais sofisticados da máquina de escrever, capazes de realizar a escrita de uma linha inteira numa pequena tela na própria máquina, permitindo a correção de uma frase antes de sua impressão no papel.

<sup>17</sup> É certo que um ou outro computador foi adquirido antes dessa data, a exemplo do primeiro computador do Tribunal de Justiça do Paraná, comprado em 1972, mas a tecnologia era ainda muito precária e de pouca utilidade. Depois da metade dos anos 1980 é que seu uso começou a ganhar popularidade. Conforme noticiado em ESTADO DO PARANÁ. Tribunal de Justiça. *A evolução da escrita e da comunicação no Poder Judiciário do Paraná é tema de exposição*. Disponível em [https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/9jZB/content/a-evolucao-da-escrita-e-da-comunicacao-no-poder-judiciario-do-parana-e-tema-de-exposicao/18319?inheritRedirect=false](https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/a-evolucao-da-escrita-e-da-comunicacao-no-poder-judiciario-do-parana-e-tema-de-exposicao/18319?inheritRedirect=false), acesso em 28 de fevereiro de 2020.

<sup>18</sup> FURTADO, Vasco. *Tecnologia e Gestão da Informação na Segurança Pública*. São Paulo: Garamond, 2002, p. 125.

<sup>19</sup> SOARES, Rafael. Delegacia da Baixada Fluminense ainda usa máquina de escrever e tem mofo nas paredes. In: *Jornal Extra*. Edição de 31 de março de 2013, disponível em <https://extra.globo.com/casos-de-policia/delegacia-da-baixada-fluminense-ainda-usa-maquina-de-escrever-tem-mofo-nas-paredes-7985826.html>, acesso em 14 de janeiro de 2020.

No início, os computadores ainda eram muito lentos, com pouquíssimos recursos e praticamente agiam como uma máquina de escrever sofisticada, capaz de escrever e apagar textos inteiros, deslocar trechos de um texto de um lugar para outro e reorganizá-los antes de processar sua impressão em enormes impressoras matriciais. Além disso, permitiam que os textos fossem arquivados em memórias internas ou transportáveis. Dito assim parece pouco, mas, na verdade, as mudanças foram de grande monta, principalmente na qualidade e rapidez da escrita, bem como na capacidade de produção de textos-padrão em série.

Ainda em meados dos anos 1990, nem bem se tinha assimilado e popularizado a mudança da máquina de escrever manual para aquela eletrônica e desta para o computador, a internet se expandiu no Brasil<sup>20</sup>, provocando mudança paradigmática na pesquisa acadêmica, de legislação, de doutrina e de jurisprudência<sup>21</sup>.

O que se percebe nesse desenvolvimento é que a tecnologia caminhou nos últimos trinta anos, em novo compasso, evoluindo agora em ritmo acelerado. Praticamente a cada ano surgiu uma novidade

---

<sup>20</sup> Como esclarece Rita de Cássia Lopes da Silva, a internet chegou no Brasil em 1988 por iniciativa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp), da Universidade Federal do Rio de Janeiro e do Laboratório Nacional de Computação Científica, sendo que em 1990 o Ministério de Ciências e Tecnologia, em conjunto com o Ministério da Educação, criou o “backbone” Rede Nacional de Pesquisas (RNP), interligando 11 Estados e suas capitais. Ainda segundo a mesma autora, “em 1992 foi instalada a primeira espinha dorsal conectada à internet nas principais universidades e centros de pesquisa do País, além de algumas organizações não-governamentais” (SILVA, Rita de Cássia Lopes da. *Direito Penal e Sistema Informático*. São Paulo: RT, 2003, pp. 23-24).

<sup>21</sup> Se antes, para pesquisar uma decisão de um Tribunal era preciso ter a sorte de encontrá-la previamente selecionada em repositórios oficiais de jurisprudência como a Revista dos Tribunais (publicada bimestralmente e adquirida por assinatura), ou ir pessoalmente à biblioteca dos Tribunais para fazer pesquisa “in loco”, baixando arquivos de acórdãos das prateleiras, agora basta digitar os verbetes alusivos ao tema na página da internet do tribunal para ter acesso a todos os julgados a respeito daquele tema. Quanto à doutrina o acesso era igualmente dificultado e limitado, principalmente para quem residia longe dos grandes centros e não contava com nenhuma biblioteca ou livraria por perto, ficando na dependência de um livreiro errante passar pela Comarca com ofertas de livros no porta-malas do automóvel...

revolucionária em termos de atualização de *hardware*, programas de *software*, novas capacidades de memória e arquivos. Do *floppy-disk* de 8 polegadas, passando por aquele de 5 e  $\frac{1}{4}$ , ao disquete de 3 polegadas e meia, aos cartões de memória, ao CD-R, ao CD-RW, ao DVD-R, às entradas USB, ao *pen drive*, HDs externos, discos ópticos, até o armazenamento na nuvem e o uso de computadores em rede, tudo foi muito rápido. Soma-se a isso o avanço exponencial no desenvolvimento e no uso dos aparelhos celulares *smartphones* conectados à internet, com aplicativos internos de *scanner* e variadas ferramentas de comunicação virtual.

As mudanças foram tão aceleradas que boa parte das gerações mais antigas de advogados, delegados, promotores e juízes, nascidas antes dos anos 1950, que viveram praticamente suas carreiras inteiras tendo que se adaptar apenas a uma nova tecnologia representada pela máquina de escrever, tiveram dificuldades de acompanhar toda essa evolução. O ritmo apressado do desenvolvimento tecnológico era – e ainda é – de tal ordem que algumas tecnologias, a exemplo do aparelho de fac-símile usado para enviar e protocolizar petições, por exemplo, foram quase que simultaneamente tão revolucionárias quanto se tornaram obsoletas.

O impacto nas polícias judiciárias, no entanto, foi sempre mais lento e os computadores seguiram por um bom tempo sendo usados mais como máquinas de escrever sofisticadas do que para agilizar as investigações criminais ou mesmo para facilitar o contato e aproximar as demais instâncias formais de controle da criminalidade.

Hoje o grande desafio está sendo conseguir se adaptar à nova realidade dos processos e, mais recentemente ainda, dos inquéritos eletrônicos, virtuais. A primeira lei a caminhar na direção do processo virtual foi a Lei 9.800, de 1999, que regulamentou o envio de petições via fac-símile. Depois, com a Lei 10.259 de 2001, regrou-se a possibilidade de informatização de processos nos Juizados Especiais, mas sem muito efeito prático. Foi somente com a Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 que se regulamentou a possibilidade do peticionamento eletrônico, inaugurando um modelo mais consistente de regramento da assinatura eletrônica que permitiu a paulatina substituição dos processos físicos por aqueles virtuais, com seu ápice

de implantação em segundo grau de jurisdição verificado, na prática, apenas entre 2017 e 2018<sup>22</sup>.

A Lei nº 11.719/2008, que deu nova redação ao artigo 405 do Código de Processo Penal e introduziu o § 1º, também contribuiu para consolidar a interpretação progressiva, de adaptação e atualização de significado à luz das novas tecnologias, da vetusta regra do artigo 9º do CPP, que, na prática, já vinha sendo adotada, ao se permitir “*sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações*”.

A novidade mais recente está em inserir nesse universo eletrônico também o inquérito policial. Em paralelo ao desenvolvimento do processo eletrônico, criou-se o Sistema Nacional de Estatística de Segurança Pública e Justiça Criminal - SinespJC, em 2004, para difundir um modelo padronizado de registro de boletins de ocorrência. Esse modelo depois foi substituído pelo Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais e sobre Drogas - SINESP, criado pela Lei nº 12.681/12. Mais recentemente, a Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018, instituiu o Sistema Único de Segurança Pública e o Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas. Todos esses regramentos, no entanto, preocupam-se com diretrizes programáticas e com o registro estatístico e não com a operacionalidade e documentação do inquérito policial no âmbito eletrônico. Nesse tema, o que se tem é ainda um certo amadorismo com algumas poucas experiências sendo implantadas em alguns Estados.

---

<sup>22</sup> Neste percurso de mudança cultural no universo jurídico, uma das maiores dificuldades tem sido a falta de uniformização dos programas de computador utilizados pelos Tribunais, já que praticamente cada um possui um modelo diferente do outro (ex.: PE, e-STF, e-STJ, Eproc, Projudi, etc.), exigindo de quem trabalha que possua diferentes navegadores em seu computador (ex.: Internet Explorer, Google Chrome, Mozilla Firefox, Safari, etc.) e diversas versões de linguagem e plataformas de navegação (neste caso é dominante a linguagem Java, mas alguns programas exigem o Java atualizado e outros trabalham apenas com uma versão mais antiga do Java).

## 2. AS INICIATIVAS PIONEIRAS DE IMPLANTAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL ELETRÔNICO.

Assim como se verificou com o processo penal o inquérito policial eletrônico pretende eliminar o papel, desmaterializando os registros e documentos relacionados à investigação criminal. Sucede que nesse tema ainda não há uniformidade de trato nacional e as vantagens da novidade dependem muito do modelo que se implementa em cada Estado.

A iniciativa embrionária de adoção do inquérito policial eletrônico se deu em 2016, com projetos quase concomitantes, um deles no Estado de São Paulo<sup>23</sup> e, outro no plano federal, com o lançamento, em 21 de outubro de 2016, do Sistema de Gestão da Atividade de Polícia Judiciária (e-Pol), para implantação do inquérito policial eletrônico na Polícia Federal. Na justiça estadual, além de São Paulo, apenas outras quatro unidades federais utilizam os inquéritos policiais na forma eletrônica: Paraná, Goiás, Ceará e Distrito Federal.

Em novembro de 2018, o Estado de Goiás enviou cem inquéritos digitalizados ao Poder Judiciário e montou um laboratório para criar o modelo do inquérito policial eletrônico. O Sistema Integrado de Segurança Pública, que permite a comunicação entre sistemas da Secretaria de Segurança Pública e do Tribunal de Justiça, responsável pelo projeto no Estado, buscou simplificar a tramitação e medidas cautelares entre as duas instituições, e, também, trazer maior eficiência aos trabalhos da Polícia Civil.<sup>24</sup>

Também no início do mês de novembro de 2018, começou a tramitar o primeiro inquérito policial militar do Estado do Ceará. Segundo o Coronel Wilamar Galvão, coordenador da coordenadoria de Feitos Judiciários Militares, “após a realização de análises e reuniões sobre o assunto, foi constatada a grande necessidade de evoluir nesse campo,

---

<sup>23</sup> Estado de São Paulo, *Inquérito Policial Eletrônico*. Disponível em: <http://processoeletroniconobrasil.com.br/sp-inquerito-policial-eletronico/> acesso dia 26 de dezembro de 2019.

<sup>24</sup> Polícia Federal do Estado de Goiás. *Delegacia da cidade de Goiás envia 100º inquérito digital ao poder judiciário*. Disponível em: <https://www.policiacivil.go.gov.br/drp/4a-regional/delegacia-da-cidade-de-goias-envia-100o-inquerito-digital-ao-poder-judiciario.html> acesso: dia 8 de novembro de 2018. **fazer : 31 de dezembro de 2019. s em Brase, segurana uniformizados os estados que compoem**

pois havia grande desperdício de tempo, material e mão de obra para que fossem feitas as remessas dos IPM's anteriores.”<sup>25</sup>

Desde agosto de 2019, o Estado do Paraná implantou o inquérito policial eletrônico em todas as Comarcas do Estado, de forma integrada, tanto com o sistema informatizado de controle do Ministério Público<sup>26</sup>, quanto ao sistema Projudi, que regula o processo eletrônico no Judiciário<sup>27</sup>. Ainda em 2019, no mês de setembro, o Pleno do Tribunal Regional da 5ª Região aprovou a resolução nº 8 de 2019, que trata da obrigatoriedade de inquéritos policiais e procedimentos criminais incidentais no sistema Processo Judicial Eletrônico (PJe), para todos os Estados que compõem a 5ª Região: Ceará, Pernambuco, Paraíba, Alagoas, Rio Grande do Norte e Sergipe.<sup>28</sup> Nas metas para 2020, há uma proposta no Estado do Mato Grosso para implementar o sistema eletrônico.

Essas mudanças permitem tanto ao Ministério Público quanto à defesa uma maior participação na investigação, pois podem acompanhar a tramitação das investigações em tempo real sem precisar se deslocar até a delegacia para acessar os autos que estão disponibilizados a todo tempo. Além disso, no que diz respeito a segurança dos dados das investigações, o documento digital apresenta níveis muito superiores de segurança em comparação com o documento físico.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Polícia Militar – Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social. PMCE tramita o primeiro inquérito policial militar em formato digital. 9 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.pm.ce.gov.br/2018/11/09/pmce-tramita-o-primeiro-inquerito-policial-militar-em-formato-digital/> acesso: dia 31 de dezembro de 2019.

<sup>26</sup> Ministério Público do Paraná. Criminal, do Júri e Execuções Penais. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=2250> acesso dia: 05 de janeiro de 2019.

<sup>27</sup> Governo do Estado do Paraná. *Polícia Civil participa na digitalização de inquérito policial*. Disponível em: <http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=104783&tit=Policia-Civil-participa-na-digitalizacao-de-inqueritos> acesso: 26 de dezembro de 2019.

<sup>28</sup> OAB Ceará. Inquéritos Federais da 5ª Região passarão a tramitar no PJe. 09 de setembro de 2019. Disponível em: <http://oabce.org.br/2019/09/inqueritos-federais-da-5a-regiao-passarao-a-tramitar-no-pje/> acesso dia: 31 de dezembro de 2019.

<sup>29</sup> MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; ORTIZ, Luiz Fernando Zambrana. Inquérito Policial Eletrônico: tecnologia, garantismo e eficiência na



Isso permite, também, um ganho econômico na operacionalização do sistema de justiça criminal, impactando numa redução orçamentária tanto para as polícias, quanto para o Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública, como se verá mais adiante.

É justamente esse o ponto que a implantação do inquérito policial eletrônico em todo o território nacional pode ser significativamente útil para a adaptação brasileira ao novo modelo do juiz das garantias, decorrência da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que inseriu os artigos 3-A a 3-F no Código de Processo Penal brasileiro.

### **3. A INTRODUÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL**

O fundamento teórico da criação do juiz das garantias é evitar a contaminação psicológica que a análise dos requisitos de medidas cautelares na fase de investigação possa ter sobre o juiz de julgamento<sup>30</sup>. Assim, exigem-se diferentes juízes para a mesma persecução penal: um para a fase de investigação (o juiz das garantias) e outro para a fase processual (de instrução e julgamento).

Nos termos da nova lei, o juiz das garantias, ou seja, o juiz que será competente para a investigação criminal, “é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” e compete a ele: receber a comunicação imediata da prisão; receber o auto da prisão em flagrante para controle da legalidade; zelar pelos direitos do preso; ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar; prorrogar prisão provisória ou outra medida

---

investigação criminal. In: GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de (Coord.). *Estudos contemporâneos de polícia judiciária*. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 83-96.

<sup>30</sup> Sobre o tema, vide, dentre outros: LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 404 e ss.; MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal: da prevenção da competência ao juiz das garantias*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, pp. 203 e ss.; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das Garantias*. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2015, *passim*.

cautelar, bem como substituí-las ou revoga-las assegurando o contraditório e a ampla defesa; e também todas as demais decisões que forem referente a fase administrativa da investigação.

O novo regramento ainda reza que o juiz das garantias terá competência abrangida para todas as infrações penais (exceto de menor potencial ofensivo) e cessará a competência com o recebimento da denúncia ou queixa-crime, pois, com o recebimento da denúncia as questões pendentes serão decididas pelo juiz competente pela instrução e julgamento.

A nova regra do parágrafo único do art. 3º-D, do Código de Processo Penal, prevê que “nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados”. Esse é o ponto que tem gerado controvérsias, notadamente em razão de argumentação de natureza prática, voltada para a dificuldade operacional de sua implantação. A Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, por exemplo, emitiu nota pública, ingressou com ação direta de inconstitucionalidade e considerou a implementação do instituto inviável. Segundo a AMB um dos problemas da nova lei ocorrerá “nas comarcas onde apenas um magistrado se mantém encarregado da jurisdição, de modo que se o único magistrado da comarca atuar na fase do inquérito, ficará automaticamente impedido de jurisdicionar no processo, impondo-se o deslocamento de outro magistrado de comarca distinta, como sugere a Lei”<sup>31</sup> E complementou: “além de essa medida acarretar aumento de despesas ao Judiciário, tanto por elevação do quadro de juízes e servidores quanto com gasto com deslocamentos e diárias dos magistrados que deverão atender outras comarcas, representa grandes riscos ao atendimento do princípio da razoável duração do processo nos locais.”

Além da ação interposta pela AMB, foram ajuizadas outras três ações diretas de inconstitucionalidade<sup>32</sup> no Supremo Tribunal Federal em face da lei 13.964/19, sobre o tema do juiz das garantias. O ministro Dias Toffoli, que se encontrava em plantão judicial, concedeu uma medida

---

<sup>31</sup> Consultor jurídico. AMB alega que juiz das garantias pode prejudicar aplicação da Lei Maria da Penha. 10 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/clique-aqui-ler-integra-manifestacao-amb.pdf>, acessado em 14 de janeiro de 2020.

<sup>32</sup> As ações diretas de inconstitucionalidade propostas foram as nº 6.298, nº 6.299, nº 6.300 e nº 6.305.

cautelar em resposta às ADIs 6.298, 6.299 e 6.300. Por sua vez o ministro relator, Luiz Fux, ao retornar à Corte no dia 22 de janeiro de 2020, proferiu nova decisão válida para as quatro ações diretas de inconstitucionalidade, ampliando a suspensão dos artigos relacionados ao juiz das garantias<sup>33</sup>.

Comparando as duas decisões se verifica certa divergência quanto à constitucionalidade dos dispositivos. O ministro Dias Toffoli entendeu pela constitucionalidade dos artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, “caput”, 3º-E e 3º-F, e, pela inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 3º-D. Acabou suspendendo a eficácia de todos eles por 180 dias, por apresentar violação ao poder de auto-organização constitucional (conferido ao Poder Judiciário). Por sua vez, o ministro Luiz Fux, revogou a decisão do então presidente da casa, pois interpretou como inconstitucional (ofensa direta ao artigo 96 da Constituição Federal) todos os artigos que tratam do tema, do artigo 3º-A ao 3º-F.

O presidente do STF fundamentou a sua decisão dizendo que o fazia sob a “ótica material”, considerando que o juiz das garantias busca “densificar a exigência de imparcialidade do julgador”, entendendo que não haveria uma reestruturação do Poder Judiciário, mas sim um aprimoramento funcional do juiz, na estrutura existente. Em contrapartida, o ministro relator, Luiz Fux, usando da mesma ótica de discussão constitucional material, reputou que os mesmos artigos 3º-B a 3º-F são inconstitucionais, fundamentando sua decisão em dois grupos de argumentos: “a ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade”. E afirmou que os artigos da reforma processual violam diretamente os artigos 169 e 99, da Constituição da República “na medida em que o primeiro dispositivo exige prévia dotação orçamentária para a realização de despesas por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal, e o segundo garante autonomia orçamentária ao Poder Judiciário”.

---

<sup>33</sup> CHALFUN, Gustavo; OLIVEIRA JR, José Gomes de. Da análise do juiz das garantias sob a luz do direito comparado e das decisões liminares no STF. Migalhas, fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319989/da-analise-do-juiz-das-garantias-sob-a-luz-do-direito-comparado-e-das-decisoes-liminares-no-stf> acesso dia: 23 de fevereiro de 2020.

Dessa discussão toda, a regra que aqui merece destaque é a do parágrafo único do artigo 3º-D, do Código de Processo Penal, considerando que é em relação a ela que se discute a violação quanto a auto-organização do Poder Judiciário e à inserção indevida do legislador na esfera orçamentária. Para bem compreender como essa discussão pode ser amenizada e até neutralizada com o uso da tecnologia, vale repetir o que consta do parágrafo único do art. 3º-D do Código de Processo Penal: “nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo”.

Esse sistema de rodízio de magistrados pode ser desconsiderado na prática, caso se adote o modelo de inquérito policial eletrônico, já que, com ele, dispensa-se a presença física do juiz na mesma sede de comarca na qual se realiza a investigação e, assim, o juiz de uma comarca pode atuar, virtualmente, à distância, na fiscalização de inquéritos que tramitem com delegados sediados em outras comarcas. O interessante, então, é considerar que a adoção do inquérito policial eletrônico torna obsoleta a discussão quanto à constitucionalidade, ou não, do parágrafo único do artigo 3º-D, do Código de Processo Penal.

E mais do que isso: é preciso resgatar a possibilidade de realização da audiência de custódia, pelo juiz das garantias, mediante videoconferência. Não há mais como seguir sustentando – como se fazia nos anos 1990 – a inconstitucionalidade das videoconferências. Nem mesmo a invocação do artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que diz que “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz (...)”, serve como argumento impeditivo para adoção da videoconferência. Quando se fala “à presença de um juiz” não se quer exigir que seja física. É preciso considerar que a Convenção é de 1969, ou seja, de uma época na qual falar em videoconferência soava como ficção científica. Numa interpretação progressiva dessa regra, é preciso atualizar e adaptar seus sentidos à luz da tecnologia e em favor do preso, inclusive. A adoção da videoconferência em comarcas de interior, de difícil acesso, acelera o procedimento de avaliação do flagrante e permite a soltura do preso em tempo que lhe favorece. Vale, também, referir à lição de Fauzi Hassan Choukr quando esclarece que o uso da videoconferência para interrogatório “não sofre

censura de Cortes internacionais protetivas de direitos fundamentais sendo empregada com regularidade na Europa continental”<sup>34</sup>.

Não bastasse, hoje, a defesa técnica é duplamente assegurada – dois defensores são exigidos (um ao lado do juiz e outro ao lado do preso) –; a oralidade existe em tempo real; o preso vê ao juiz e este a ele; captam suas expressões faciais e reações físicas, enfim, a imediatidade da fala é observada. As duas únicas coisas que o juiz não faz na videoconferência é tocar no preso e sentir seu cheiro. As duas, não é demais destacar, não prejudicam o preso e sua audiência de custódia. Não há, portanto, violação alguma de direitos e garantias constitucionais e andou mal aqui o legislador ao querer cercear essa possibilidade na reforma do “pacote anticrime”.

Seja como for, a ideia de vedar a realização de videoconferência do preso na audiência de custódia foi vetada pelo Presidente da República, o que permite ao juiz das garantias, responsável também pela audiência de custódia, usar igualmente aqui a tecnologia em favor do preso, evitando seu deslocamento físico e ouvindo-o por videoconferência.

Por fim, a discussão em torno do orçamento do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, também ficaria esvaziada, pois, além da implantação do inquérito policial eletrônico ser uma questão que envolve o orçamento do Poder Executivo, já que as polícias civis são a ele subordinadas, não se trataria mais da contratação de novos juízes, promotores e defensores públicos, pois todos podem atuar à distância. Até mesmo o custo, em comparação às duas possíveis soluções – manter o que propõe o parágrafo único do artigo 3º-D ou adotar o inquérito policial eletrônico – pende em favor da solução tecnológica.

#### **4. VANTAGENS ECONÔMICAS DO INQUÉRITO POLICIAL ELETRÔNICO**

Considerando que uma das preocupações que gira em torno da implantação do juiz das garantias é o custo que isso poderia gerar em razão de boa parte das Comarcas do interior contarem com apenas um juiz, é certo que a adoção do inquérito policial eletrônico também pode

---

<sup>34</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao Processo Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, pp. 80-81.

contribuir para diminuir sensivelmente esse custo, se comparado à ideia de contratação de novos juizes, promotores, delegados e defensores públicos, e seus respectivos deslocamentos físicos de uma comarca à outra.

Como exemplo do barateamento levado pela digitalização, a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Mato Grosso, em julho de 2019, apontou que a implantação do modelo exige um investimento de cerca de 3 (três) milhões de reais, incluindo a aquisição de equipamentos (tais como: leitores biométricos, assinaturas digitais, discos de armazenamento, servidores, entre outros), mas gera uma economia anual de cerca de 2 (dois) milhões de reais, apenas com a eliminação de impressões, papel e combustível. Ou seja, em um ano e meio é possível recuperar o investimento<sup>35</sup>.

Em São Paulo, o valor gasto para implantação do inquérito policial eletrônico, em 2015, foi de 1,2 milhões de reais em certificação eletrônica para os policiais e 1,5 milhões de reais em tecnologia. Na época, estimava-se média de gasto dos inquéritos na forma tradicional (física) em torno de 27 milhões de reais ao ano<sup>36</sup>. Desse montante, a economia anual, apenas em folha de papel, girava em torno de 14 milhões, pois em média, a Polícia Civil do Estado de São Paulo instaurava 70 (setenta) mil inquéritos ao ano, cada um deles com cerca de 200 (duzentas) laudas. Na implementação do sistema foi necessária uma equipe enxuta, de oito pessoas na implantação e outras doze no desenvolvimento.<sup>37</sup>

Além disso, segundo o delegado Joaquim Leitão Júnior, o sistema foi testado na Delegacia de Defesa da Mulher (DDM) de São Paulo e comprovou-se que, com o inquérito na forma eletrônica, os casos de flagrantes, solicitações de medidas protetivas da Lei Maria da

---

<sup>35</sup> ESTADO DO MATO GROSSO. *O inquérito policial eletrônico vai gerar economia anual de R\$ 2 milhões*. Secretaria de Estado de Segurança Pública (SESP), 2019. Disponível em: <http://www.sesp.mt.gov.br/-/inquerito-policial-eletronico-vai-gerar-economia-anual-de-r-2-milhoes> acesso dia 24 de fevereiro de 2020.

<sup>36</sup> ESTADO DE SÃO PAULO. Poder Legislativo. *Diário oficial*. Disponível em: [http://www.arquivoestado.sp.gov.br/site/assets/institucional/relatorios/relatorio\\_apesp\\_2017.pdf](http://www.arquivoestado.sp.gov.br/site/assets/institucional/relatorios/relatorio_apesp_2017.pdf) acesso em: 27 de fevereiro de 2020.

<sup>37</sup> ORTIZ, Luiz Fernando Zambrana. *Inquérito Policial Eletrônico*. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/praticas/9365> acesso em: 27 de fevereiro de 2020.

Penha e cautelares, a exemplo das representações de prisão preventiva e de interceptação telefônica, passaram a ser encaminhadas com imediatismo para avaliação do juiz, o que possibilita que as decisões sejam tomadas e despachadas rapidamente, como o caso reclama.<sup>38</sup> Esse dado é interessante pois ameniza a força de outro argumento lançado na nota da Associação Brasileira de Magistrados, quando considerou que a adoção do juiz das garantias prejudicaria “o epidêmico número de casos de feminicídio existentes hoje no Brasil, bem como que o escopo de incidência da Lei Maria da Penha é, principalmente, uma atuação cautelar durante a fase inquisitorial, vislumbra-se um alarmante retrocesso da legislação brasileira quanto à conquista histórica em termos de coibição e prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher no país.”<sup>39</sup>

O sucesso que advirá da implantação nacional do inquérito policial em sua forma eletrônica em todos os Estados da federação, pode ser considerado, por analogia, àquele que vem sendo experimentado com a adoção do processo penal eletrônico em todo o país. Levando-se em conta os dados compilados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que preveem indicadores de desempenho e informatização, desde 2009, dos processos eletrônicos, a média de casos que passaram a tramitar em forma eletrônica pelo Poder Judiciário em âmbito nacional, aumentou significativamente, de 2009 a 2018, saindo de praticamente zero para 78% dos processos, em 2º grau, e 84,8% em 1º grau.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> LEITÃO JR. Joaquim. *O inquérito policial eletrônico e os desafios da polícia no futuro*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/12/13/inquerito-policial-eletronico-policia-judiciaria-do-futuro/> acesso em: 27 de fev. de 2020.

<sup>39</sup> ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB. *Implementação do juiz das garantias é inviável e causará prejuízos à aplicação da Lei Maria da Penha*. Disponível em: [https://www.amb.com.br/implementacao-do-juiz-das-garantias-e-inviavel-e-causara-prejuizos-aplicacao-da-lei-maria-da-penha/?doing\\_wp\\_cron=1582818267.7870318889617919921875](https://www.amb.com.br/implementacao-do-juiz-das-garantias-e-inviavel-e-causara-prejuizos-aplicacao-da-lei-maria-da-penha/?doing_wp_cron=1582818267.7870318889617919921875) acesso dia 27 de fev. de 2020.

<sup>40</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf) acesso em: 27 de fevereiro de 2020, p. 116-118.

Ainda considerando o processo eletrônico, o CNJ indica que as justiças estaduais possuem variação de adaptação nesses dez anos. Entre os Estados que contam com 100% de processos virtuais, em 1º grau, encontram-se: São Paulo; Tocantins; Mato Grosso do Sul; Amazonas; Alagoas; Acre e Sergipe. Entre 70% e 99% estão: Paraná (99%); Santa Catarina (98%); Bahia (97%); Roraima (96%); Amapá (94%); Paraíba (94%); Rio de Janeiro (92%); Goiás (87%); Piauí (87%); Rio Grande do Norte (85%); Pernambuco (85%); Mato Grosso (83%); Rondônia (81%); Distrito Federal (74%); e Maranhão (72%). Variando entre 35% a 70% estão: Pará (65%); Ceará (61%); Minas Gerais (42%); Rio Grande do Sul (41%); e Espírito Santo (38%). Observa-se que em 1º grau não há indicativo de Estado com 100% de processos tramitando na forma física. Já em 2º grau, com 100% de tramitação eletrônica a realidade é similar, com média de 72% de implantação, com um único destaque negativo de zero por cento para o Espírito Santo.<sup>41</sup>

Isso significa dizer que em apenas dez anos de colocação em prática do processo eletrônico, boa parte do país já conta uma estrutura de comunicação, via internet, entre as Comarcas do interior e os Tribunais e que essa mesma estrutura pode ser utilizada para viabilizar a integração do inquérito policial eletrônico.

Além disso, segundo consta no relatório do último relatório analítico “Justiça em Números”, do CNJ, em 2018, as despesas totais do Poder Judiciário somaram 93,7 bilhões de reais. Ressalte-se que 18% deste gasto é referente a inativos (previdenciário, em aposentadorias e pensões). Dito isso, as despesas, por magistrado, representam uma média mensal de, aproximadamente, 46 mil reais. Registra-se, ainda, que a soma do imposto de renda (até 27,5%) com a previdência social (11%), ambos incidentes sobre a remuneração total, a depender da data de ingresso no funcionalismo público, podem gerar impacto de quase 40% na folha de pagamento.<sup>42</sup> Como solução para o problema das comarcas de juiz

---

<sup>41</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf) acesso em: 27 de fevereiro de 2020, p. 116-118.

<sup>42</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/>



único, o custo para contratação de novos magistrados, portanto, seria muito mais impactante do que a solução tecnológica de implantação do inquérito policial eletrônico.

Por fim, cabe lembrar que o custo da implementação do inquérito policial na forma eletrônica é debitada ao orçamento do Poder Executivo, uma vez que as Polícias Civis são a ele subordinadas. Esse aspecto, inclusive, permite dizer que a discussão em torno da constitucionalidade, ou não, do artigo 3º-D, que está posta perante o Supremo Tribunal Federal, não interessa para a solução aqui proposta. Em outras palavras: mesmo que se venha a considerar o artigo 3º-D do Código de Processo Penal como inconstitucional, porque estaria obrigando o orçamento do Poder Judiciário, sem iniciativa legislativa deste, como constou da decisão liminar do ministro Fux, o custo de implantação do inquérito policial eletrônico escapa à essa discussão, pois é relacionado ao orçamento do Poder Executivo.

Assim, o único impacto real que a adoção nacional do inquérito policial eletrônico traria, seria de redução de custos, tanto para o Poder Executivo na tramitação dos inquéritos (com a redução de gastos com papel, servidores, deslocamentos físicos dos delegados e dos escrivães), quanto para o Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, na viabilização do juiz das garantias sem a necessidade de novas contratações e pagamentos de diárias com deslocamentos de juízes, promotores e defensores públicos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As críticas da Associação dos Magistrados Brasileiros em torno da implantação do juiz das garantias, notadamente voltadas para a dificuldade prática nas Comarcas de juiz único e para o custo de contratação de novos magistrados, podem ser suplantadas através das soluções apresentadas para o inquérito policial eletrônico.

Com o inquérito policial eletrônico poderá ser realizada a juntada de documentos e fiscalização de atos da investigação em tempo real, além

---

justica\_em\_numeros20190919.pdf acesso em: 27 de fevereiro de 2020, p. 62 e ss.

disso qualquer magistrado, em qualquer lugar do país, terá condição de acompanhar, mesmo à distância, o que se produz na investigação. Qualquer medida cautelar pode ser, portanto, analisada e decidida virtualmente.

Complementa-se que não há restrições legislativas para a realização de audiências de custódia por videoconferência, o que permitiria suprir o deslocamento físico do magistrado para as comarcas menores, com juízes únicos, sem abrir mão das garantias constitucionais do custodiado. O mesmo se dá nos demais casos onde haja necessidade de audiência com o magistrado (v.g. *habeas corpus* e produção antecipada de provas urgentes), a qual pode ser realizada por videoconferência.

É claro que a efetivação juiz das garantias não depende da implantação do inquérito policial eletrônico, mas é certo que ele atenua as críticas aos custos de contratação de novos magistrados, promotores, delegados e defensores públicos, afastando, em igual proporção, os reclamos de gastos com diárias nos deslocamentos físicos desses atores processuais, no modelo tradicional.

Os custos de implantação do modelo de inquérito policial eletrônico são, também, significativamente menores em comparação com a pretensão de contratação de novos juízes, promotores, delegados e defensores públicos. Além de ser possível aproveitar todo o cabeamento e interligação de redes de internet já existente em boa parte das comarcas do país para funcionalização do processo penal eletrônico, o custo de ampliação dessas redes de conexão para incorporar o inquérito policial virtual seria arcado pelo Poder Executivo e não pelo Judiciário. No âmbito federal já está em funcionamento o inquérito policial eletrônico. Com isso, também se esvazia a discussão de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 3º-D, do Código de Processo Penal, pois ela deixa de envolver a ingerência do Poder Legislativo na auto-gestão do Poder Judiciário e em sua autonomia orçamentária, como vem sendo discutido nas ADIs propostas no Supremo Tribunal Federal.

Conclui-se que com uma adequada implementação do inquérito policial eletrônico se permitirá agilizar e tornar mais transparentes os procedimentos do inquérito policial. A virtualização desta fase permitirá a implementação do Juiz das Garantias, atendendo ao novo regramento de uma forma mais econômica e contribuindo para o aprimoramento do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- AJOUZ, Alessandro. Obre o Juízo das Garantias, conforme a lei 13.964/19. 01 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,-MI317629,101048-Sobre+o+juizo+das+garantias+conforme+a+lei+1396419> acesso: dia 02 de janeiro de 2020.
- ALMEIDA, Romeu de. JUNIOR, Salles. *Inquérito Policial e Ação Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 7º ed., 1998.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das Garantias*. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2015.
- BARBOSA, Manoel Messias. *Inquérito Policial*. São Paulo: Editora Método. 4º ed., 2004.
- BARBOSA, Marialva. *História Cultural da Imprensa. Brasil. 1900-2000*. Rio de Janeiro: Mauad, 2007.
- CADENA, Nelson Váron. O impacto das máquinas de escrever nas redações. In: *Portal Imprensa*. 27 de outubro de 2008, disponível em <http://portalimprensa.com.br/noticias/opiniaio/311/o+impacto+da+maquina+de+escrever+nas+redacoes>, acesso em 14 de janeiro de 2020.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao Processo Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- FURTADO, Vasco. *Tecnologia e Gestão da Informação na Segurança Pública*. São Paulo: Garamond, 2002.
- HOFFMANN, Henrique. *Prazo de conclusão do inquérito serve para proteção do suspeito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-31/academia-policia-prazo-conclusao-inquerito-existe-protacao-suspeito> acesso dia: 07 de novembro de 2019.
- LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5ªed., São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal: da prevenção da competência ao juiz das garantias*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; ORTIZ, Luiz Fernando Zambrana. Inquérito Policial Eletrônico: tecnologia, garantismo e eficiência na investigação criminal. In: GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de (Coord.). *Estudos contemporâneos de polícia judiciária*. São Paulo: Editora LTr, 2018.

SILVA, José Geraldo da. *O inquérito policial e a polícia judiciária*. Campinas: Editora Bookseller, 2000.

SILVA, Rita de Cássia Lopes da. *Direito Penal e Sistema Informático*. São Paulo: RT, 2003.

SOARES, Rafael. Delegacia da Baixada Fluminense ainda usa máquina de escrever e tem mofo nas paredes. In: *Jornal Extra*. Edição de 31 de março de 2013, disponível em <https://extra.globo.com/casos-de-policia/delegacia-da-baixada-fluminense-ainda-usa-maquina-de-escrever-tem-mofo-nas-paredes-7985826.html>, acesso em 14 de janeiro de 2020.

SUSSEKIND, Flora. *Cinematógrafo de Letras: literatura, técnica e modernização no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

ZELLERS, John Adam. *The Typewriter. A short History on its 75th Anniversary, 1873-1948*. New York: Newcomen Society of England. American Branch, 1948.

### **Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)**

*Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration):* os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

*Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship):* todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- *Rodrigo Régner Chemim Guimarães:* projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Sarah Gonçalves Ribeiro:* coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.

*Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality):* os autores asseguram que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 15/01/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 19/01/2020
- Avaliação 1: 27/01/2020
- Avaliação 2: 01/02/2020
- Avaliação 3: 05/02/2020
- Decisão editorial preliminar: 21/02/2020
- Retorno rodada de correções: 28/02/2020
- Decisão editorial final: 29/02/2020

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (MSG)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

GUIMARÃES, Rodrigo R. C.; RIBEIRO, Sarah G. A introdução do juiz das garantias no Brasil e o inquérito policial eletrônico. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 147-174, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.329>




Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.


# A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL

*The influence of elements of information of police investigation on the motivation of condemnatory criminal sentence: an analysis of the decisions pronounced by criminal courts of Maceió/AL*

**André Rocha Sampaio<sup>1</sup>**


Centro Universitário Tiradentes – Maceió, Alagoas, Brasil  
andrerochasampaio@gmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/0645556530168637>

 <http://orcid.org/0000-0002-6288-5487>

**Marcelo Herval Macêdo Ribeiro<sup>2</sup>**

Universidade Federal de Alagoas – Maceió, Alagoas, Brasil  
marcelohervalribeiro@hotmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/6062945502758177>

 <http://orcid.org/0000-0001-8181-6922>

- 
- <sup>1</sup> Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) (2016), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL) (2009), pós-graduado em Ciências Criminais pela ESAMC (2006), graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2003). Professor da disciplina Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia e Advogado. Professor de pós-graduações no Estado. Coordenador do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo penal. Membro do Instituto Brasileiro de Processo Penal.
- <sup>2</sup> Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), vinculado à linha de pesquisa "Crimes, punições e direitos Violados: das normas penais e processuais às políticas criminais". Graduado em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes. Advogado. Vice-presidente da Comissão de Estudos Criminais da OAB/AL. Coordenador adjunto do Grupo de Estudos em Ciências Criminais e Direitos Humanos do IBCCRIM/AL. Membro do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal. Membro do Fórum Popular de Segurança Pública de Alagoas (FPSP/AL).

Centro Universitário Tiradentes – Maceió, Alagoas, Brasil  
amandaassisfz@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/3900698855874444>

 <http://orcid.org/0000-0002-3053-2986>

---

**RESUMO:** O presente artigo propõe apresentar a frequência de utilização do inquérito policial enquanto parte da fundamentação de sentenças judiciais provenientes das Varas Criminais Residuais da cidade de Maceió - Alagoas, a fim de desvelar o funcionamento inquisitório e, portanto, antidemocrático, do devido processo penal. Partindo de uma pergunta-problema de cariz empírico, qual seja, “o inquérito policial é utilizado na fundamentação de sentenças judiciais?”, foram adotadas técnicas metodológicas também empíricas: a análise de fluxo do sistema de justiça criminal e a utilização de um instrumento quali-quantitativo. Para tanto, o desenvolvimento da pesquisa em questão foi dividido em três principais momentos, a saber: a delimitação do objeto, a coleta de dados e, por fim, a análise dos dados coletados. Após tal investigação, restou demonstrada a efetiva utilização dos elementos informativos na fundamentação das sentenças, visto que em 80,6% dos casos, (correspondente a 369 processos) o magistrado se utilizou expressamente de algum elemento informativo produzido durante as investigações preliminares, sendo, deste total, cerca de 91% (336) dos processos referentes a sentenças condenatórias. Assim sendo, confluíram-se para a confirmação dos problemas que permeiam o art. 155 do Código de Processo Penal, quando inseridos num sistema de teor essencialmente inquisitório.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inquérito policial; sentenças; fundamentação; inquisitório; elementos de informação.

**ABSTRACT:** *This article proposes to present the frequency of use of the police investigation as part of the motivation of judicial decisions coming*

---

<sup>3</sup> Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes UNIT - AL. Membro do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal.



*from the Residual Criminal Courts of Maceió city - Alagoas, in order to unveil the inquisitory and therefore undemocratic functioning of the due criminal process. Starting from an empirical problem question, "is the police investigation used in the motivation of court sentences?" methodological techniques were also adopted: the flow analysis of the criminal justice system and the use of a qualitative and quantitative instrument. To this intent, the development of the research in question was divided into three main moments, namely: the delimitation of the object, the data collection and, finally, the analysis of the collected data. After this investigation, the effective use of the informative elements in the reasoning of the sentences was demonstrated, since in 80.6% of the cases (corresponding to 369 cases) the magistrate expressly used some informative element produced during the preliminary investigations, corresponding, of this total, about 91% (336) of the cases relating to condemnatory judgments. Thus, it converges to the confirmation of the problems that permeate the art. 155 of the Code of Criminal Procedure, when inserted in an essentially inquisitive system.*

**KEYWORDS:** *Police investigation; sentences; reasoning; inquisitive; elements of information.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Nuances e aspectos lúgubres do inquérito policial; 1.1. A imperiosa necessidade de repetição dos atos de prova repetíveis e a problemática em torno da mera ratificação em juízo; 2. Mapeamento da influência dos elementos de investigação preliminar na fundamentação das sentenças criminais publicadas em 2016 no estado de alagoas; 2.1. Notas metodológicas; 2.2. Dificuldades empíricas. 2.3. Resultados obtidos; 3. A criptomotivação a serviço de valores autoritários. Considerações Finais; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

O inquérito policial é um procedimento de natureza administrativa cuja finalidade precípua dirige-se à obtenção de informações relativamente a um suposto fato criminoso, objetivando, em última análise, consubstanciar a *opinio delicti* do órgão acusador e a eventual propositura da exordial acusatória. Embora na sistemática processual penal brasileira este procedimento preliminar se classifique como dispensável, porquanto

seja possível que a ação se inicie a despeito da inexistência de quaisquer diligências policiais — bastando, para tanto, que as informações concernentes à materialidade do delito e à suposta autoria delitiva tenham sido, por outro(s) modo(s), obtidas, calha observar que, na prática forense, o inquérito policial é instrumento utilizado em parcela inequivocamente majoritária de ações penais, de tal sorte que a dispensabilidade acima referida não é habitualmente percebida.

A reforma processual penal de 2008, levada a cabo por meio das Leis nº 11.690/2008 e nº 11.698/2008, conferiu nova redação ao anterior artigo 157 do Código de Processo Penal, passando a estatuir — doravante em seu artigo 155 —, que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Significa dizer que o legislador, reconhecendo as iminentes deficiências presentes nesta fase preliminar, em especial a precarização do contraditório e da ampla defesa, vedou aos magistrados que se utilizassem, como mecanismos exclusivos a fundamentar uma eventual decisão condenatória, os elementos de investigação coligidos no inquérito policial.

Não obstante a referida vedação, o que se tem observado corriqueiramente nas Varas Criminais de Maceió/AL é a frequente presença dos elementos de informação obtidos durante a fase pré-processual como fundamentos jurídicos utilizados para legitimar sentenças judiciais, notadamente condenatórias, evidenciando, com efeito, uma violação às limitações acima mencionadas. Deveras, o inquérito policial ultrapassa não raras vezes suas funções declaradamente oficiais, influenciando, por conseguinte, o convencimento do magistrado a respeito de um suposto fato criminoso submetido à exame.

Tal expediente, sublinhe-se, apresenta-se inquestionavelmente problemático, na medida em que, ao ter contato prévio com os atos de investigação, a tese acusatória se adere à cognição do julgador, fazendo com que ele decida antes, e depois, apenas busque elementos que tencionem a fundamentar um convencimento já formado. Esse panorama resta francamente favorável ao surgimento de quadros

mentais paranoicos, oportunizando, por conseguinte, a superveniência de fenômenos como o efeito perseverança<sup>4</sup> e o primado das hipóteses sobre os fatos<sup>5</sup>.

Muito recentemente entrou em vigor a Lei 13.964, que trouxe, ao menos no plano legislativo, importantes modificações que afetam diretamente a relação das peças de informação com o julgamento, tal qual a extração física dos autos, mantendo apenas os atos irrepetíveis, cautelares ou antecipados, e a instituição do juiz de garantias, cujo objetivo seria o de preservar a virgindade cognitiva do juiz do processo.

Diante desse contexto, a pesquisa aqui exposta se propõe a investigar empiricamente o grau de influência dos elementos de informação coligidos no inquérito policial à fundamentação de decisões criminais condenatórias. Por intermédio de um instrumento de análise quantitativo-qualitativo, aplicado em face de 458 processos julgados em 2016 na comarca de Maceió/AL, objetivou-se responder ao seguinte questionamento: “o inquérito policial é utilizado na fundamentação de sentenças judiciais?”.

A partir da experiência profissional e acadêmica dos pesquisadores face às Varas Criminais supra aludidas, ventilou-se a hipótese de que um índice superior a 90% das sentenças penais condenatórias utiliza-se, direta ou indiretamente, dos elementos informativos oriundos da fase investigativa, muitos dos quais não são repetidos no curso do processo penal, de tal sorte que o convencimento judicial se consubstancia fundamentalmente a partir de elementos produzidos em um expediente inquisitório, discricionário e, via de regra, unilateral — sem a observância, portanto, das garantias constitutivas de um processo penal acusatório e legitimamente democrático.

Calha salientar que eventuais afetações da Lei 13.964 não serão, por óbvio, analisadas, visto se tratar de pesquisa realizada bem antes de sua entrada em vigor.

---

<sup>4</sup> SCHUNEMANN, Bern. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: GRECO, Luís. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 208-219.

<sup>5</sup> CORDERO, Franco. *Guida all ap procedurapenale*. Torino: UTET, 1986, p. 52-53.

## 1. NUANCES E ASPECTOS LÚGUBRES DO INQUÉRITO POLICIAL

A fase preliminar, a primeira etapa do processo penal – teoricamente dispensável, mas quase sempre presente –, é ainda sustentada por bases forjadas na década de quarenta, em uma estrutura hegemonicamente punitivista e afastada da maior parte das exigências presentes na contemporaneidade, principalmente a imposição de limites a eventuais excessos do poder do Estado.

Ainda hoje, quando um delito é cometido, em suma, o Estado – por intermédio da polícia civil – deve buscar elementos informativos iniciais acerca da autoria e materialidade sobre este delito. É o inquérito policial o procedimento administrativo preliminar predominantemente utilizado nesta primeira etapa da persecução criminal, estruturando toda a investigação preliminar. Este procedimento foi mantido pelo Código de Processo Penal de 1941, posicionado na fase pré-processual, sendo o gênero do qual são espécies o inquérito policial, as comissões parlamentares de inquérito e sindicâncias, exemplificativamente<sup>6</sup>.

Esta forma de investigação é composta por uma série de diligências que têm como objetivo obter elementos de informação para que o titular da ação penal possa propô-la contra o suposto infrator.

Existem outros modelos para esta investigação preliminar que se classificam de acordo com a preponderância do sujeito destinatário da *notitia criminis* e a direção dessa fase. Nereu Giacomolli, em relação ao tema, alude sobre a existência de três modelos: o direcionado pelo magistrado, pelo promotor de justiça e pela autoridade policial.

Sobre estes modelos, é interessante perscrutar a visão de Giacomolli, que reputa que nenhum dos três modelos substitui a necessidade da existência da fase processual. Por isso, não é vantajoso atribuir a nenhum deles a posição de superioridade, pois todos os modelos possuem pontos negativos e positivos, e o principal é que se ofereça um equilíbrio entre eficácia persecutória e garantias dos

---

<sup>6</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 15<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 119.

direitos fundamentais, independentemente do sujeito encarregado de dirigir a fase preliminar<sup>7</sup>.

Demonstra ainda que não é este ou aquele modelo o ideal, mas o seu regramento, visto que pouco adiantaria substituir o dirigente da fase preliminar na atual situação caótica e de abandono da *persecutio criminis* no Brasil. A substituição da autoridade policial na coordenação da investigação criminal representaria uma fissura no pacto democrático, o aumento da inquisitorialidade<sup>8</sup>.

Destarte, como determina o artigo 4º do CPP, o inquérito no Brasil é realizado pela polícia judiciária (que se diferencia da polícia preventiva, na medida em que esta resta configurada como o policiamento ostensivo realizado pelas Polícias Militares). Como o âmbito da pesquisa a seguir apresentada engloba sentenças proferidas pelas Varas criminais residuais da cidade de Maceió, a polícia responsável neste caso é a Polícia Civil, seguindo a tendência da limitação dos âmbitos estaduais e federais, apesar de não haver proibição de uma eventual troca de competência entre as esferas.<sup>9</sup>

Ainda em relação às funções basilares do inquérito, tem-se que este deve fornecer elementos fáticos para a base acusatória. Porém, é também um importante filtro para que se evitem acusações infundadas, obviamente desarrazoadas e sem indícios de autoria, visto que o processo penal é uma pena em si mesmo, na medida em que se faz impossível processar sem punir e punir sem processar, pois o investigado sofre os estigmas sociais e jurídicos e ainda consequências psicológicas de um estado prolongado de ansia, em saber que está sendo investigado ou processado<sup>10</sup>. Em termos gerais, pensa-se que o fundamento da investigação

---

<sup>7</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: Crises, míserias e novas metodologias investigatórias*. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 26.

<sup>8</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: Crises, míserias e novas metodologias investigatórias*. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 27.

<sup>9</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 122.

<sup>10</sup> LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. ed. 5. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 112-113

preliminar é evitar acusações ilegítimas, pois se o seu objetivo fosse apenas obter elementos probatórios, tornar-se-ia supérflua, tendo em vista que isso poderia, teoricamente, ser realizado diretamente na fase processual, economizando tempo da persecução penal<sup>11</sup>.

Em que pese a distopia entre a prática e a realidade, a função do inquérito é ambivalente, visto que, ao passo que deve viabilizar, ao mesmo tempo deve obstar o exercício da ação penal<sup>12</sup>, basculando a persecução criminal em prol de ideais de justiça apenas contingencialmente alcançáveis. Conforme Scarance Fernandes, trata-se da maior expressão de uma importante garantia, que tem como função evitar que alguém seja acusado sem estar verificada a existência de indícios razoáveis apontando-o como autor de um ilícito penal.<sup>13</sup>

Apesar de o Código de Processo Penal ter passado por uma considerável reforma no ano de 2008, estas mudanças não lograram êxito em atingir resultados necessários a ponto de alterar os rumos do processo penal, dado que não contemplou e ainda não contempla a modernização necessária para a segurança e confiabilidade do processo, baseadas num modelo acusatório que formem alicerces para uma investigação séria e que possa de fato oferecer provas da materialidade e indícios de autoria para que o titular da ação penal disponha de elementos seguramente válidos para promovê-la.

É desta forma que todas as particularidades do inquérito se amoldam no Código de Processo Penal, desde sua instauração até o relatório, ato que o encerra, elaborado por quem o preside.

Em que pese existirem outras formas de instauração do inquérito, tem-se a chamada instauração compulsória como o meio mais comum e utilizado. Quando alguém é pego em situação de flagrante, deve-se

---

<sup>11</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Fundamento e função do processo penal: a centralidade do juízo oral e sua relação com as demais fases da persecução penal para a limitação do poder punitivo*. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 229-260, ago./2018.

<sup>12</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: Crises, míserias e novas metodologias investigatórias*. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 50-51.

<sup>13</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2005. p. 75

efetuar a prisão e fazer cessar a atividade criminosa, sendo lavrado o auto respectivo, considera-se instaurado o inquérito policial<sup>14</sup>.

Interessante particularidade do inquérito policial diz respeito ao sigilo, característica que rege uma de suas principais diferenças em relação ao processo penal em si. Em que pese a distopia entre a teoria e a realidade, o sigilo tem a função de preservar o indiciado e de assegurar a eficácia da investigação, evitando hostilidades sociais decorrentes da estigmatização que a publicidade do inquérito pode trazer<sup>15</sup>.

Em relação à norma que impõe sigilo, Elmir Duclerc, em análise ao artigo 20 do CPP, que versa sobre a forma escrita do inquérito (visto que a regra geral supostamente é a publicidade), expõe que o legislador infraconstitucional relaciona a necessidade de sigilo nas investigações apenas à preservação da própria investigação ou de algum outro interesse social relevante, a critério da autoridade policial, e que é assim que, lamentavelmente, a maioria da doutrina e da jurisprudência pátrias se posicionam<sup>16</sup>.

Desta forma, quando o fim deste sigilo for útil aos propósitos da própria investigação, ou seja, direcionado ao indiciado e seu defensor, tem-se uma presunção de que esses são os principais interessados em saber de antemão o que está sendo investigado para, à luz dessas informações, traçar desde logo alguma estratégia de defesa ou até mesmo colocar obstáculos, plantar informações inverídicas, enfim, tudo fazer para que o trabalho da autoridade policial, de alguma forma, não seja bem sucedida. Entende-se, deste modo, não haver maiores problemas em a autoridade policial lançar mão da regra do art. 20 do CPP<sup>17</sup>, mas, sempre

---

<sup>14</sup> NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 8. ed. Belo Horizonte: DPlácido, 2019. p. 223-225. No estudo empírico que deu origem a esta pesquisa, percebeu-se que a grande maioria das persecuções processuais penais se iniciam com um flagrante delito, conforme posterior exposição de dados coletados. Os motivos para tal não são determinantes, mas perpassam o costume ostensivo das polícias militares, sobretudo em áreas específicas das cidades.

<sup>15</sup> NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 8. ed. Belo Horizonte: D<sup>o</sup>plácido, 2019. p. 215

<sup>16</sup> DUCLERC, Elmir. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 88-89

<sup>17</sup> Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

que isso for necessário, o sigilo deve ser decretado através de despacho fundamentado, vez que, como já dito e reiterado pela Lei 13.245/2016, a regra é a publicidade<sup>18</sup>.

Em que pese às mudanças trazidas pela Lei 13.245/2016, que alterou o art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94), reforçando as prerrogativas do advogado no acompanhamento do inquérito policial e possibilitando instrumentos mais efetivos para que a sua intervenção durante essa fase seja mais eficaz, ainda subsistem problemas em relação à capacidade financeira que as pessoas que geralmente são pegas em flagrante possuem de constituir advogados, visto que a grande maioria delas pertence à classe baixa<sup>19</sup>.

A Defensoria Pública, por sua vez, ainda que de exorbitante importância para defesa de pessoas hipossuficientes, não tem como suprir a tamanha demanda de flagrantes que ocorrem diariamente, acompanhando todos os flagranteados em seus depoimentos na fase inquisitorial, restando, então, declarações desacompanhadas de defesa técnica<sup>20</sup>.

Em relação à presença ou não do contraditório e direito de defesa nesta fase, Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner acreditam que, em sentido estrito, não pode existir contraditório pleno no inquérito visto não existir uma relação jurídico-processual instaurada, não estando, desta forma, presente a estrutura dialética que caracteriza o processo, não havendo então a possibilidade do exercício de uma pretensão acusatória. Contudo, tem-se também a ideia de que esse direito à informação – importante faceta do contraditório – adquire relevância na medida em que através dele seja exercida a defesa<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> DUCLERC, Elmir. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 90

<sup>19</sup> RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. “Elemento suspeito”. Abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. *Boletim Segurança e Cidadania*, n. 8, novembro de 2004.

<sup>20</sup> Conforme estudo realizado pelo IPEA, a Defensoria Pública está presente apenas em 28% das comarcas. Nesse sentido, cf. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. *Mapa da Defensoria Pública no Brasil*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/defensoresnoestados>>. Acesso em 23 de janeiro de 2019>.

<sup>21</sup> LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. ed. 5. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 468



Em relação ao direito de defesa, é preciso ponderar seus limites de atuação nesta fase, pois, se exercido sem uma limitação, retiraria a característica inerente à própria finalidade da investigação preliminar e a tornaria muito semelhante ao processo em si, não restando diferenciação que justificasse, então, a existência de uma separação entre as fases e nem a potencial confiabilidade dada ao resultado da segunda fase da persecução penal<sup>22</sup>, o que relegaria o juiz ao papel de mero homologador das atividades realizadas pré-processualmente.

Aury Lopes Jr. individualiza particularidades de cada tipo de ato. Sobre os atos de investigação, tem-se que eles não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese, servindo então para formar um juízo de probabilidade e não de certeza e para a formação da *opinio delicti* do acusador. Ademais, não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não processo (arquivamento)<sup>23</sup>.

Os atos de prova, por sua vez, estão a serviço do processo e integram o processo penal. Estão direcionados a convencer o juiz do valor verdade de uma afirmação, formando um juízo de certeza que servirá para a produção da sentença. Para isso, esses atos probatórios exigem estrita observância à publicidade, contradição e imediação e são praticados ante o juiz que julgará o processo. Depreende-se, portanto, que é nesta fase que a valoração jurídica deve ser baseada, prevalecendo sobre a fase anterior.

É neste contexto de valoração de provas que será trazido o ponto crucial da presente pesquisa, em que o art. 155 do CPP<sup>24</sup> abre notável fissura em prol da utilização desproporcional dos dois tipos de atos como se sinônimos fossem, “ou seja, estamos diante de uma forma

---

<sup>22</sup> LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. ed. 5. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 470

<sup>23</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 15<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 158-159

<sup>24</sup> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

cínica de relativizar as garantias processuais, quase sempre em nome de um conceito etéreo de verdade real<sup>25</sup>.

### 1.1. A IMPERIOSA NECESSIDADE DE REPETIÇÃO DOS ATOS DE PROVA REPETÍVEIS E A PROBLEMÁTICA EM TORNO DA MERA RATIFICAÇÃO EM JUÍZO.

Consoante acima observado, somente os atos de prova — vale dizer, aqueles produzidos durante a fase jurisdicional, em estrita observância às garantias constitutivas do devido processo legal — é que podem ser objeto de valoração relativamente ao caso penal *sob judice*. De fato, os elementos meramente informativos, obtidos no curso das investigações preliminares a partir de atos discricionários e inquisitórios de investigação, possuem apenas o condão de subsidiar a opinião delitiva do órgão acusador (em regra, Ministério Público) acerca de um fato aparentemente criminoso, não servindo como mecanismos legítimos à consubstanciação condenatória<sup>26</sup> quanto à materialidade e autoria delitivas.

Nessa toada, a doutrina processual de viés mais crítico, conferindo interpretação à norma positivada no artigo 155 do Código de Processo Penal mediante exegese compatível aos ditames de um sistema processual acusatório, estabeleceu distinção ontológica entre os atos de prova *repetíveis* e *não repetíveis*. Segunda essa intelecção, tem-se que as *provas repetíveis* diriam respeito àqueles elementos cuja repetição, na fase processual, não prejudicaria a incolumidade do conteúdo anteriormente produzido no curso da fase preliminar. Estariam inseridas nessa categoria os depoimentos testemunhais (via de regra), acareações e reconhecimentos, os

<sup>25</sup> DUCLERC, Elmir. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 93

<sup>26</sup> Frise-se que malgrado não possam subsidiar — exclusivamente, nos termos do artigo 155 do CPP — uma decisão condenatória, nada obsta que os elementos informativos repetíveis, mesmo inquisitoriais, sirvam como elementos aptos à absolvição. Nesse sentido, Aury Lopes Jr afirma, com supedâneo nos ensinamentos de Cláudio Tovo, que “as provas repetíveis ou renováveis, enquanto inquisitoriais, têm valor meramente informativo — os chamados atos de investigação —, não podendo servir de base ou sequer apoiar subsidiariamente o veredicto condenatório, *mas nada impede que sirvam de alicerce ao veredicto absoluto*.” LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 15<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 160, grifos nossos.

quais somente gozariam do *status* de prova e, portanto, se apresentariam como elementos aptos à valoração judicial, após a necessária submissão ao contraditório e à ampla defesa<sup>27</sup>.

Com efeito, a legitimidade da valoração conferida a essa modalidade de elemento probatório impende que sua produção tenha rigorosamente ocorrido na fase processual. Nesse sentido, todos os elementos informativos “reunidos na fase pré-processual [...] devem ser repetidos na fase processual, leia-se, colhidos perante o magistrado, numa instrução dialética, sob o crivo do contraditório e ampla defesa”<sup>28</sup>. Assim, se uma testemunha houver prestado depoimento durante a fase investigativa preliminar (isto é, no inquérito policial), a validade axiológica deste elemento relativamente à influência sobre o convencimento do julgador condicionar-se-á à repetição do testemunho no curso do processo, em audiência judicial pública, haja vista que — repise-se — durante o inquérito não se verificam com mesmo rigor as garantias que constituem o devido processo legal, notadamente o contraditório e a ampla defesa.

Por outro lado, os atos de prova *irrepetíveis* correspondem àqueles aos quais a própria natureza do ato não permite que haja repetição durante a fase processual, devendo, portanto, sua realização ocorrer “no momento do seu descobrimento, sob pena de perecimento ou impossibilidade de posterior análise”<sup>29</sup>. Integram esta categoria as provas técnicas — por exemplo, os laudos periciais — bem como aqueles depoimentos cuja extração se afigura premente e impreterível. São os casos de testemunhas senis ou convalescentes, assim como as testemunhas que por algum motivo precisarem ausentar-se. Nessas hipóteses, preleciona a doutrina crítica, com fulcro na disposição constante no artigo 225 do Código de Processo Penal<sup>30</sup>, que deverá ser procedido à instauração de um incidente

---

<sup>27</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 13. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm. 2018, p. 161.

<sup>28</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 13. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm. 2018, p. 160.

<sup>29</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 15<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 162.

<sup>30</sup> Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já

de *produção antecipada de provas*, cuja eficácia será “condicionada aos requisitos mínimos de jurisdicionalidade, contraditório, possibilidade de defesa e fiel reprodução na fase processual”<sup>31</sup>.

Questão assaz problemática, no entanto, diz respeito à mera ratificação dos atos de prova *repetíveis*. Como se afirmou inicialmente, tratando-se de ato de prova cuja repetição seja obrigatória — v.g, nos casos de testemunhas não enfermas ou nas hipóteses de reconhecimento de pessoas ou coisas —, ainda que o ato tenha sido produzido durante o inquérito policial, sua repetição se afigura como requisito de validade à utilização do conteúdo em eventual sentença condenatória.

Todavia, o que comumente se observa na *práxis* forense é a simples ratificação do depoimento previamente colhido, isto é, a mera leitura do testemunho anteriormente realizado, quer seja pelo juiz quer seja pelas partes. Nessas hipóteses, tem-se que as garantias inerentes à produção da prova no processo — especialmente a oralidade, a imediação e a contradição — quedam-se largamente infirmadas e, não raras vezes, inteiramente excluídas.

Com efeito, muitos julgadores, escudando-se no fato de que o judiciário se encontra abarrotado de processos criminais pendentes, utilizam-se do subterfúgio da ratificação a fim de simplificar o procedimento que, em rigor, deveria ser observado. Não obstante, como apontado por Aury Lopes Jr., esse expediente não pode ser compreendido como efetiva repetição. Conforme preleciona o autor,

---

não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

<sup>31</sup> A propósito dos elementos probatórios *irrepetíveis*, André Rocha Sampaio discorre que estas modalidades “deverão permanecer na fase processual, logo sua constituição em fase preliminar requer certos cuidados. Em obediência às garantias do contraditório e ampla defesa, é fundamental que a defesa do investigado seja devidamente intimada de data, hora e local da realização do ato por natureza irrepetível para, querendo, estar presente para exercer seu direito de informação e possibilidade de reação. Em não havendo defensor constituído ou sequer investigado definido, deve a defensoria pública estar presente obrigatoriamente.” Nesse sentido, SAMPAIO, André Rocha.. *A onipresença processual dos atos de investigação como sintoma biopolítico*. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul.

A testemunha não só deve comparecer senão que deve declarar de forma efetiva sobre o fato, permitindo a plena *cognitio* do juiz e das partes, ademais de permitir identificar eventuais contradições entre as versões anterior e atual [...]. *O ato de confirmar o anteriormente dito, sem efetivamente declarar, impede de alcançar os fins inerentes ao ato. A ratificação ou retificação deve ser aferida ao final, após a declaração integral, pelo confronto com a anterior*<sup>32</sup>.

Portanto, tem-se que a mera ratificação — largamente utilizado no expediente forense — não se apresenta como instrumento hábil a conferir efetividade à repetição do ato de prova, devendo, assim, restringir-se àquelas hipóteses concernentes aos elementos *irrepetíveis*, observados, ainda, os precitados requisitos relativos à instauração do incidente de produção antecipada da prova, em atenção, portanto, às garantias que constituem o devido processo penal.

Finda esta parte de características gerais, tem-se que o encerramento do inquérito (ou seu arquivamento), se dá com a produção de relatório que informa tudo quanto apurado. Faz-se mister ressaltar que “não deve a autoridade policial esboçar juízo de valor no relatório, afinal, a opinião delitiva cabe ao titular da ação penal, e não ao delegado de polícia [...]”.<sup>33</sup>

Quanto à questão posterior ao encerramento do inquérito, é importante frisar a necessidade, não contemplada na legislação processual pátria, de exclusão física das peças de informação dos autos do processo, preservando apenas os atos de investigação tidos como *irrepetíveis*.<sup>34</sup>

Desta forma, os elementos *irrepetíveis* – as perícias por exemplo – e as cautelares ou antecipadas, mantêm a funcionalidade, motivo por que encontram, em certa medida, justificativa na incorporação dos autos. Esta razão não assiste aos demais elementos de informação colhidos ao longo do inquérito.

---

<sup>32</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 15<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 162, grifos nossos.

<sup>33</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 13<sup>a</sup> ed., Rev. Amp. e atual. Salvador: Juspodivm: 2018. p.179

<sup>34</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: Crises, míserias e novas metodologias investigatórias*. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 116.

Ademais, a cisão física dos volumes não seria, por si só, a salvação do sistema, visto que este se encontra permeado de muitos outros problemas. Porém, a adoção dessa separação, se devidamente realizada, em muito poderá ajudar, pelo menos na medida em que obrigará o titular da ação a jurisdicionalmente produzir as provas necessárias para a comprovação da imputação criminosa dirigida ao acusado, nomeadamente as repetíveis, não se servindo, com a largueza que hoje se encontra, da investigação para sustentar uma acusação<sup>35</sup>.

Não há como esperar o impossível, ou seja, a ausência de contaminação das peças do inquérito no processo penal e, mormente, nas decisões tomadas no decorrer e no fim do processo (sentença). No mínimo, o que foi colhido apresenta o risco de contaminação. Por isso, coadunando com o entendimento da problemática deste artigo, o corretivo há de perpassar pela, mas não se esgotar na, exclusão física do inquérito.<sup>36</sup>

Parece óbvia e simples a ideia de que para melhor conformar a persecução processual a um sistema acusatório, a exclusão dos elementos de informação seja a melhor direção para o cumprimento de garantias inerentes à próxima fase, do processo em si. Porém, não é o que ocorre costumeiramente, sendo, “ademais, a presença do inquérito no processo um dos fatores da hipertrofia desfigurante do modelo de processo penal do Estado de Direito”.<sup>37</sup>

Tudo o que foi aludido até agora conflui para a ilação de que os elementos informativos, ou seja, os colhidos na fase investigativa, não podem e não devem servir como elementos de prova, colhidos sob o crivo de princípios básicos e primordiais do direito, como o contraditório e a ampla defesa. Resta demonstrado também os problemas de uma reforma parcial e pontual, como principal exemplo para esta pesquisa, a tímida mudança do art. 155.

---

<sup>35</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 136.

<sup>36</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: Crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 117. No mesmo sentido, cf. CHOUKR, Fauzi. *Iniciação ao processo penal*. Florianópolis: Empório do direito, 2017. p. 241.

<sup>37</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: Crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 117.

Por todo o aduzido, razão assiste à Flaviane Barros, que menciona esse problema no sentido de que “a reforma parcial transformou o CPP em uma colcha de retalhos, mas não conseguiu retirar seu forte conteúdo autoritário e sua base inquisitorial”<sup>38</sup>.

## **2. MAPEAMENTO DA INFLUÊNCIA DOS ELEMENTOS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NA FUNDAMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS CRIMINAIS PUBLICADAS EM 2016 NO ESTADO DE ALAGOAS.**

### **2.1. NOTAS METODOLÓGICAS**

Conforme apontado no início deste trabalho, a problemática fundamental que justificou o desenvolvimento da análise presentemente exposta corresponde à constatação pragmática — sabida e criticada por diversos(as) autores(as) comprometidos(as) com a compatibilidade democrática-constitucional do processo penal brasileiro — de que parcela considerável das decisões judiciais definitivas prolatadas em âmbito criminal (sentenças criminais) utilizam-se, direta ou indiretamente, dos elementos de informação obtidos no curso das investigações preliminares. Objetivando avaliar o grau de utilização desses elementos informativos na fundamentação das sentenças criminais, empreendeu-se pesquisa de cariz empírico, cujo instrumental metodológico, bem como as dificuldades práticas e os resultados ao cabo obtidos, se pretende doravante compartilhar<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> BARROS, Flaviane de Barros. *(Re)forma do Processo Penal: Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08 e n.11.900/09*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 3.

<sup>39</sup> Convém salientar que pesquisa de semelhante teor — não obstante as distinções metodológicas que nortearam e fundamentaram o desenvolvimento e ulterior apresentação dos resultados obtidos — fora empreendida pelo jurista alemão Bernd Schüneman. Segundo o autor, cujo objeto heurístico correspondeu principalmente à análise do comportamento dos distintos atores processuais no curso da persecução, bem como na dinâmica por meio da qual esses atores se relacionavam com os elementos de informação obtidos no procedimento inquisitivo, “o conhecimento de autos da investigação preliminar tendencialmente incriminadores leva o juiz a condenar o acusado, ainda

Em primeiro lugar, faz-se oportuno esclarecer que o recorte epistemológico sobre o qual recaíram as ferramentas heurísticas aqui mencionadas diz respeito às sentenças judiciais publicadas no ano de 2016, provenientes das Varas Criminais residuais do Estado de Alagoas. A delimitação temporal deste objeto se justificou pelo fato de que a execução do projeto se iniciou em 2017, malgrado somente pôde ser concluída quase 02 (dois) anos depois, em razão da superveniência de variadas dificuldades empíricas que serão discutidas no segundo item deste tópico. Ademais, a escolha de decisões prolatadas no âmbito de Varas residuais (isto é, varas não concernentes a crimes dolosos contra vida, crimes relacionados a entorpecentes e crimes cometidos no contexto de violência doméstica) se deu pelo fato de existirem àqueles delitos, julgados em Varas Criminais Especializadas, relevantes distinções legais quanto ao procedimento de julgamento, o que poderia eventualmente comprometer a confiabilidade dos resultados encontrados. Por fim, o Estado de Alagoas foi escolhido em razão de ser o local na qual os pesquisadores residem e atuam profissionalmente.

Nesse sentido, foi obtida, por meio de ofício subscrito pela coordenação do Curso de Direito da instituição promovente do projeto<sup>40</sup>, no setor de Estatísticas do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, uma listagem contendo 1464 processos criminais, relativos às sentenças publicadas no ano de 2016, subdivididas em 06 (seis) Varas Criminais da

---

que a audiência seja ambivalente, o que sugeriria uma absolvição”. Com efeito, “o juiz tendencialmente apegar-se à imagem do fato que lhe foi transmitida pelos autos da investigação preliminar; informações dissonantes desta imagem inicial não são apenas menosprezadas (...) mas frequentemente sequer percebidas (...) Por último, pode-se verificar que o juiz se orienta segundo a avaliação realizada pelo promotor, o que pode ser descrito por aquilo que quero chamar de efeito aliança”. Nesse sentido, cf. SCHUNEMANN, Bern. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: GRECO, Luís. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 211 e 215.

<sup>40</sup> SAMPAIO, André Rocha; RIBEIRO, Marcelo Herval Macêdo; ASSIZ, Amanda Ferreira. Relatório final de iniciação científica — Ciclo 2018/2019. *Análise estatística da influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória nas varas criminais de Maceió*. Maceió: Centro Universitário Tiradentes, junho de 2019.



Capital (VCC), a saber: 10<sup>a</sup> VCC 12<sup>a</sup> VCC, 2<sup>a</sup> VCC, 3<sup>a</sup> VCC, 4<sup>a</sup> VCC e 6<sup>o</sup> VCC. Deste montante, convém pontuar que foram consideradas para fins de análise apenas as sentenças absolutórias e/ou condenatórias relativas a processos judiciais eletrônicos, sendo desprezadas, com efeito, as decisões extintivas de punibilidade e as decisões criminais prolatadas em processos físicos. Isso se justifica, em primeiro lugar, em razão da natureza das decisões de extinção de punibilidade, nomeadamente pelo fato de não se debruçarem sobre questões de mérito referentes ao caso criminal discutido; por outro lado, as decisões prolatadas no âmbito de processos físicos foram desconsideradas em virtude da dificuldade prática que se apresentaria quanto às suas análises, especialmente a necessidade de constante deslocamento ao Cartório das Varas Criminais correspondentes.

Além disso, levando-se em consideração o fato de que havia, por um lado, uma significativa quantidade de sentenças a serem analisadas e, por outro lado, dispunha-se de um número reduzido de pesquisadores, fez-se necessário valer-se de técnicas de amostragem com vistas à limitação no tamanho do universo populacional. Dessa forma, por intermédio de um cálculo amostral com índice de confiabilidade de 99% e margem de erro em 5%, *obteve-se a quantia final de 458 sentenças criminais a serem analisadas.*

Para se proceder ao exame das referidas sentenças, foi elaborado um instrumental de pesquisa quantitativo-qualitativo, a partir do sistema de Formulários Google (*Google Forms*), contemplando 43 seções agrupadas estrategicamente. A primeira seção encerrava questionamentos propedêuticos, objetivando identificar o(a) pesquisador(a), o número do processo criminal em análise, a existência de prisão em flagrante, o sexo do réu ou da ré, o sexo da vítima, a natureza da sentença (se exclusivamente condenatória, exclusivamente absolutória, condenatória e absolutória — nos casos de multiplicidade de réus e/ou imputações — ou de absolvição sumária) e, finalmente, a existência ou não de utilização expressa do inquérito policial na fundamentação da sentença criminal. Caso a resposta ao último questionamento desta seção inicial fosse positiva, o(a) pesquisador(a) seria encaminhado à seção seguinte, na qual se objetivava averiguar a possibilidade de repetição, na fase instrutória-processual, do elemento informativo utilizado. Por outro lado, se a resposta fosse negativa, o(a) pesquisador(a) seria direcionado ao campo

final de observações, na qual se apresentaria a oportunidade de registrar eventuais comentários importantes.

As seções seguintes (da terceira a quadragésima segunda seção) quedaron-se organizadas conforme a natureza do elemento informativo. Com efeito, o instrumento de análise contemplava praticamente todos os meios reconstitutivos de um caso penal frequentemente utilizados no curso da persecução, nomeadamente o depoimento testemunhal (seções 03 a 09), elementos documentais e/ou materiais (seção 10), exames periciais (seção 10), confissão (seções 11 a 16), reconhecimento de pessoas (seções 17 a 24), acareações (seções 25 a 30), interrogatório (seções 31 a 36) e depoimento da vítima (seções 37 a 42). Na quadragésima terceira e última seção, conforme já apontado, abria-se um campo genérico de observações, por meio da qual se apresentava ao (à) pesquisador (a) a possibilidade de registrar eventuais comentários relevantes.

Além dos questionamentos já mencionados, concernentes à utilização do inquérito e à repetibilidade do elemento informativo, o instrumento objetivava avaliar, uma vez constatada a utilização de um elemento inquisitorial na fundamentação da sentença, a) se este havia sido efetivamente reproduzido durante a fase processual, na presença da autoridade judicial; b) caso houvesse sido reproduzido, b.1) qual motivo levou o magistrado a dar preferência pela utilização do inquérito; b.2) se o conteúdo era absolutamente idêntico àquele produzido em sede policial<sup>41</sup>; c) nos casos em que inexistia reprodução do elemento informativo na fase processual, c.1) o que justificava esta situação;

---

<sup>41</sup> O objetivo deste questionamento corresponde à necessidade de identificar se o ato de prova produzido na fase processual, perante o Juiz de Direito, diz respeito tão somente a uma mera ratificação do elemento informativo obtido durante as investigações preliminares. Com efeito, o que comumente se observa na *práxis* forenses é o fato de que muitas testemunhas, quando interpeladas pelo magistrado, na audiência de instrução, acerca dos eventos presenciados, conformam-se em dizer que “ratificam o depoimento prestado na delegacia de polícia”. Nesses casos, tem-se que a oralidade e a imediatidade, cânones fundamentais de um processo penal acusatório e democrático, acabam sendo violentamente escamoteadas, uma vez que o conteúdo daquele depoimento testemunhal termina sendo formado essencialmente pelas declarações prestadas ao condutor das investigações preliminares — sem a observância, portanto, das garantias fundamentais constitutivas do devido processo legal.

c.2) se a defesa estivera presente no momento em que o elemento foi consubstanciado durante o inquérito; d) se o elemento informativo decorria do depoimento de um agente policial militar; e) e, por fim, se as formalidades legais correspondentes à produção do ato haviam sido devidamente observadas.

A aplicação da ferramenta de pesquisa ao objeto delimitado perdurou por aproximadamente 06 (seis) meses e resultou, consoante planejamento inicial, no exame pormenorizado de 458 processos criminais. As conclusões obtidas a partir dessa análise serão detalhadamente compartilhadas no terceiro item deste tópico. Neste momento, contudo, afigura-se relevante discutir a respeito de algumas dificuldades empíricas que perpassaram o desenvolvimento da pesquisa em comento.

## **2.2. DIFICULDADES EMPÍRICAS**

Conforme mencionado no preâmbulo deste tópico, a execução do projeto principiou ao cabo de 2017, mais especificamente em outubro daquele ano. Num primeiro momento, os participantes se detiveram na elaboração de um instrumental investigativo que permitisse avaliar — qualitativa e quantitativamente — a utilização do inquérito policial na fundamentação das sentenças criminais. A dificuldade inicialmente observada concerniu ao fato de que, à medida em que as análises eram feitas, se fazia necessário proceder a frequentes ajustes no formulário de pesquisa, uma vez que novas e imprevisíveis demandas surgiam a partir do desvelamento de particularidades observadas em determinados casos concretos. Nesse sentido, paralelamente à realização de ajustes no formulário, fazia-se por conseqüente necessário retomar todos os processos já analisados em momento anterior, haja vista que a ausência deste procedimento poderia importar na existência de respostas distintas relativamente à mesma situação fática.

Após superada a fase inicial de elaboração do questionário — que perdurou, não obstante os ulteriores ajustes realizados, aproximadamente 4 meses — passou-se à fase seguinte de coleta de dados. Neste ponto residem seguramente as maiores dificuldades. Com efeito, em meados de 2018 os pesquisadores se encaminharam às Varas Criminais supracitadas,

objetivando angariar a listagem de processos julgados no ano de 2016. De imediato, pôde-se constatar uma notável resistência dos servidores dos cartórios ao atendimento daquela solicitação, inicialmente apresentada de maneira informal. Enquanto em algumas Varas se alegava a impossibilidade de fornecimento da listagem requerida em virtude da necessidade de apresentação de documento formal (ofício extrajudicial), noutras Varas se informava que seria preciso retornar no mês seguinte, em razão do cartório estar passando por correições internas, o que obstaculizaria o fornecimento dos dados requeridos.

No entanto, é importante pontuar que, mesmo sendo respeitadas as observações contrapostas pelos servidores dos cartórios, as dificuldades à obtenção dos processos julgados subsistiram. Em uma das Varas nas quais se alegava existir correição interna, por exemplo, o servidor que prestou atendimento informou que o funcionário responsável por aquela atividade (gerenciamento estatístico) estava em período de férias e que somente seria possível atender à solicitação no mês seguinte. Noutro caso em que foi exigida a apresentação de ofício, conquanto este tenha sido devidamente emitido e assinado pela coordenação do curso de direito da instituição de ensino vinculada à pesquisa, foram disponibilizados aos pesquisadores dados controversos e carentes de padronização.

De fato, fora possível chegar-se a esta conclusão a partir da verificação de divergências no que concerne à quantidade de processos disponibilizados — enquanto uma Vara havia fornecido listagem contendo 197 processos sentenciados em 2016, outra Vara forneceu uma relação com apenas 16 processos julgados naquele ano —, levantando suspeitas de que os filtros utilizados para a obtenção dos dados pudessem estar equivocados, situação que foi posteriormente confirmada pelo Chefe do Setor de Estatísticas do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Com efeito, foi apenas naquele órgão que se verificou ser possível obter a relação de processos necessária ao início das análises. Dessa forma, levando-se em conta a impossibilidade de coligir informações mais fidedignas do que aquelas fornecidas pelo referido setor, as análises puderam ser efetivamente inauguradas, fato que sucedeu em fevereiro de 2019 — quase 6 meses após o início das tentativas de obtenção dos dados.

### 2.3. RESULTADOS OBTIDOS

Considerando aqui a extensa quantidade de resultados obtidos, pretende-se compartilhar apenas aqueles que mais se aproximem da problemática de pesquisa exposta nos tópicos iniciais. Nesse sentido, tem-se que o primeiro resultado alcançado, correspondente à presença do auto de prisão em flagrante nos processos julgados nas Varas Criminais residuais de Maceió, apresentou-se, já de imediato, bastante alarmante: em 87,8% dos casos — o equivalente a 402 processos — a persecução criminal havia se iniciado a partir da prisão em flagrante do suposto autor do delito.

Quanto à natureza das sentenças penais prolatadas nos processos, verificou-se que cerca de 72% (332) eram exclusivamente condenatórias; 16% (72) exclusivamente absolutórias; 11% (51) absolutórias e condenatórias e, por fim, apenas cerca de 01% (03) das sentenças eram de absolvição sumária. Curioso notar que em parcela significativa das sentenças penais exclusivamente absolutórias (68%), a persecução havia sido inaugurada a partir da formalização de um auto de prisão em flagrante, não obstante o desfecho do processo houvesse sido o afastamento da pretensão acusatória e consequente absolvição do réu.

Relativamente ao questionamento que pode ser compreendido como o mais importante deste trabalho, os dados obtidos não apenas ratificaram a hipótese inicialmente ventilada — de que um percentual superior a 90% das sentenças condenatórias se utilizava, *direta* ou *indiretamente*, dos elementos informativos oriundos do inquérito policial — como sinalizaram uma conjuntura ainda mais preocupante: em 80,6% dos casos, o que corresponde a 369 processos, o magistrado se utilizou *expressamente* de algum elemento informativo produzido durante as investigações preliminares. Desse total, *cerca de 91% (336) dos processos diziam respeito a sentenças condenatórias* (incluídas aqui as sentenças exclusiva ou parcialmente condenatórias — 289 e 47, respectivamente), nas quais houve *explícita* menção a algum elemento inquisitorial produzido sem a observância das garantias inerentes ao processo.

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que o montante acima mencionado compreende apenas as hipóteses nas quais o magistrado mencionou de maneira expressa e particularizada a existência de algum elemento informativo oriundo da fase preliminar. Isso significa que

não estão contabilizados os casos nas quais o magistrado procedeu a referências genéricas ao inquérito ou, alternativamente, não identificou com precisão o local de onde o elemento informativo foi extraído<sup>42</sup>. Por essas razões é que se aponta a superação da expectativa inicialmente aventada: enquanto se hipotetizava encontrar, de início, aproximadamente 90% dos processos utilizando *explícita* ou *implicitamente* algum elemento informativo pré-processual, *encontrou-se um percentual acima de 90% correspondente apenas à utilização explícita*, não sendo incluídos na contagem aqueles casos nos quais se constata apropriações indiretas das informações coligidas no caderno inquisitorial. Ainda nesse ponto, teve-se que cerca de 61% (226) dos elementos informativos poderiam ter sido repetidos no curso do processo, enquanto aproximadamente 38% correspondiam a elementos irrepetíveis.

Quanto à prova testemunhal, constatou-se que em 83,5% (308) das sentenças o depoimento da testemunha fora extraído da fase probatória (audiência de instrução), ao passo que em 5,7% dos casos — 21 sentenças — o depoimento havia sido extraído do inquérito policial. Nos demais casos (10,8% ou 40 processos), não se verificou utilização de elementos testemunhais. Oportuno destacar que nas hipóteses em que o magistrado se utilizava dos depoimentos extraídos das investigações preliminares, em 66,7% não houve repetição do depoimento na fase instrutória, sendo a inviabilidade de localização da testemunha a principal razão (53,8%) a justificar aquele cenário. Ademais, *nos casos em que se constatou a utilização*

---

<sup>42</sup> De fato, foi possível observar em diversas sentenças a existência de comentários abstratos acerca do inquérito policial — como, por exemplo, em um caso em que o julgador afirma que “a materialidade do delito de roubo [...] ficou evidenciada, uma vez que as provas testemunhais ratificadas em juízo, *somadas àquelas produzidas na fase inquisitorial*, são suficientes à constatação da ocorrência do referido crime” (grifos nossos). Neste caso, considerando que não houve rigorosa individualização quanto ao elemento informativo por meio da qual se permitiu consubstanciar àquele convencimento relativo à materialidade delitiva, o processo não foi contabilizado a título de utilização expressa do inquérito. Doutra banda, não raras vezes se percebia nas sentenças judiciais menções nas quais não se quedava possível identificar o exato local em que o conteúdo pretensamente probatório restou extraído, como numa das Varas Criminais, cujas sentenças com habitualidade se resignavam a colacionar o teor do depoimento das testemunhas, sem identificar se aquele depoimento fora extraído da fase pré-processual ou processual. Nesses casos, igualmente o processo não restava contabilizado para fins de utilização expressa.

de um testemunho obtido na fase preliminar, em 100% dos casos a defesa não se fizera presente no momento da colheita do depoimento.

Finalmente, faz-se mister salientar que, a despeito de ter sido aprioristicamente planejada a análise quanto à identidade entre o depoimento testemunhal colhido na fase processual em relação àquele obtido no curso das investigações preliminares, o exame das mídias digitais concernentes às audiências de instrução restou inviabilizado. Isso se deu em virtude das já comentadas dificuldades empíricas que sobrevieram durante a execução do projeto, especialmente a necessidade de proceder a constantes reajustes no formulário de pesquisa e consequente reanálises nos processos. Sendo assim, não se verificou possível examinar de maneira mais percuciente a existência de meras ratificações nos depoimentos testemunhais, não obstante tenha sido possível constatar, em pelo menos 10 processos, a absoluta identidade entre o conteúdo dos testemunhos colhidos em juízo relativamente àqueles oriundos do inquérito policial<sup>43</sup>.

### 3. A CRIPTOMOTIVAÇÃO A SERVIÇO DE VALORES AUTORITÁRIOS

Que o modelo processual penal brasileiro possui uma matriz autoritária não é nenhuma novidade. Para além das óbvias influências do *Codice Rocco* em nosso vigente Código de Processo Penal<sup>44</sup> (apesar das reformas de 2018 que, como bem salienta Jacinto Coutinho, foram puramente superficiais)<sup>45</sup>, é realmente no campo da *law in action* que

---

<sup>43</sup> Em um desses processos, por exemplo, o magistrado se resignou a mencionar na fundamentação da sentença que “os Policiais Militares ouvidos em juízo ratificaram o depoimento prestado na fase policial” (*in verbis*). Noutro caso, a testemunha de acusação, também policial militar, cujo depoimento foi transcrito na fundamentação da sentença, afirmou “que se recorda da situação; que reconhece como sua a assinatura do depoimento prestado perante a autoridade policial; que ratifica inteiramente o depoimento prestado perante a autoridade policial” (*in verbis*).

<sup>44</sup> Para mais detalhes, cf. GLOECKNER, Ricardo. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, vol. I. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

<sup>45</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018. p. 261 e ss.

percebemos o maquiagem de uma cultura inquisitorial capaz de perverter qualquer inovação de aparente cariz acusatório.

As questões relacionadas à utilização dos elementos de informação do fascículo de investigação preliminar para a fundamentação de uma eventual condenação criminal é, nesse caldo autoritário, o que poderíamos chamar de “sintoma”, no sentido psicanalítico do termo. O que se pretende dizer aqui é que o autoritarismo que impregna a mecânica da utilização do inquérito pelo juiz é da ordem do desejo em vias de satisfação, mas desde uma perspectiva paradoxal, visto se tratar de certa “satisfação às avessas”.<sup>46</sup>

O sintoma opera aqui como um recalçamento, é uma espécie de traço fenomenal de algum submerso que per si, em um primeiro momento, apresenta-se como um “sem-sentido, uma opacidade no discurso do sujeito, por representar alguma irrupção de verdade”<sup>47</sup>. Por meio de sua análise torna-se possível ler certo “traço apagado”, que emerge, desde a ótica lacaniana, na linguagem e “que apreende o desejo inconsciente e que abriga inadvertidamente um sentido – o do conflito recalçado – determinando a maneira pela qual o discurso do sujeito se organiza”<sup>48</sup>.

Assim, somente analisando os bolsões de linguagem que parecem se situar despropositadamente nas brechas do discurso padrão da decisão condenatória é que é possível tentar algum processo de desvelamento do registro autoritário que se instala entre um e outro enfraquecer de garantias constitucionais para dar vazão a discursos securitários e emergenciais.

No que tange especificamente às questões ligadas ao presente artigo, podemos ver como se opera tal degenerescência ao autoritarismo nas já referidas Reformas de 2008 e sua tentativa fracassada de adequação a um sistema acusatório. Na contramão dos fluxos políticos do processo penal democrático nos chamados países centrais, que há décadas empregaram medidas para evitar a utilização plena do inquérito policial pelo juiz da fase processual, as discussões que figuravam no parlamento no

---

<sup>46</sup> DIAS, Maria das Graças Leite Vilela. *O sintoma: de Freud a Lacan*. Psicologia em Estudo, Maringá, v. 11, n. 2, p. 399-405, mai./ago. 2006.

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> *Idem*.



curso das reformas envolviam defensores de sua utilização exclusiva até mesmo para condenar o réu<sup>49</sup>.

Em uma espécie de “pseudosolução salomônica”, nem vingou a proposta original, de impedimento do uso dos elementos informativos para fundamentar a sentença<sup>50</sup>, e nem a proposta alternativa que envolvia seu acesso ilimitado, irrompeu-se assim sua redação atual, que possibilita que o juiz use, mas não exclusivamente, os atos investigativos em sua fundamentação.

Ocorre que, diante da mentalidade inquisitória instaurada nas engrenagens da máquina processual penal tupiniquim, impedir meramente uma fundamentação exclusiva com base no fascículo inquisitorial é cinicamente menosprezar o potencial perversor do sistema de justiça criminal nacional; é a verdadeira construção de veios de contaminação que possibilitam a utilização de 99,9% do que fora colhido inquisitorialmente, legitimados por eventuais 0,1% de provas, no sentido forte do termo, ou seja, elementos produzidos em contraditório judicial.

Para além disso, nada impede que até mesmo a diminuta fração de provas utilizada na fundamentação seja composta a partir de estratégias antidemocráticas, como a mera ratificação de depoimentos da fase inquisitorial, que, de acordo com a pesquisa ora apresentada, em praticamente 100% das vezes foram obtidos na ausência de qualquer defensor, ou o fornecimento de informações pela voz pública, constituindo o que o direito alienígena tanto combate sob a alcunha de “*hearsay testimony*”<sup>51</sup>.

Precisamos destacar, a bem da verdade, que os dados aqui publicados não revelam nenhuma ilegalidade crassa; o que a presente pesquisa tencionara demonstrar é a estreita dependência que nosso sistema de justiça tem dos elementos informativos oriundos do inquérito policial, ao passo que buscamos, no tópico em andamento, suscitar novas hipóteses de pesquisa a partir dos dados apresentados.

---

<sup>49</sup> Como no caso da proposta encaminhada pela Associação Nacional dos Procuradores da República.

<sup>50</sup> As exceções já eram as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas (art. 155).

<sup>51</sup> Para mais informações, Cf. MALAN, Diogo Rudge. *O direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Um segundo e importante alerta precisa ser dito inicialmente: é impossível detectarmos se os elementos informativos utilizados foram ou não o motivo principal da condenação, até por se tratar de questão de ordem psíquica, presente na *blackbox* da psique judicial, logo insuscetível de análise, o que não quer dizer que o número de 80,6% de sentenças que se valeram expressamente de algum elemento do fascículo inquisitório – 91% das condenatórias – não tenha qualquer significado relevante.

A utilização de elementos de informação da fase investigativa é amplamente atacada pela defesa, sobretudo quando se tratam de atos repetíveis que ou não foram repetidos ou o juiz apenas optou por se valer do elemento de informação presente na fase preliminar; assim sendo, a fundamentação condenatória estaria imune a esse tipo de ataque caso tivesse se valido apenas de provas, logo produzidas em contraditório judicial.

Claro que não podemos descartar a possibilidade de o magistrado ter de fato se convencido com base em provas, exclusivamente, e ter lançado mão de convocar para a fundamentação elementos investigativos apenas para demonstrar um teor maior de evidências contra o condenado, ainda que assumindo o risco de ter a decisão atacada em via recursal. Ademais, é importante destacar que os tribunais têm a forte tendência de não aceitar os argumentos de reforma com base em utilização de elementos informativos, quando corroborados por (qualquer) ato de prova.

Não obstante, o fato de 91% das sentenças condenatórias terem se valido expressamente de elementos da fase inquisitorial denota certa insegurança motivacional, caso se valesse o juiz exclusivamente de elementos de prova, além de ser improvável que mediante número tão expressivo de sentenças, oriundas de varas diversas, seu motor tenha sido apenas fortalecer uma fundamentação já eventualmente suficientemente baseada nas provas produzidas em contraditório.

Ou seja, ainda que impossível, nessa altura da pesquisa, precisar quais decisões eram dependentes ou não dos elementos de informação para a condenação, se apenas 1% delas assim o fosse já estaria comprovada a nódoa inquisitorial escoando o princípio acusatório para fora do modelo processual penal brasileiro.

Ademais, é importante frisar que do total de elementos de informação referidos na fundamentação das sentenças pesquisadas, cerca

de 61% se enquadravam nos chamados “atos de investigação repetíveis”, ou seja, em mais da metade das vezes mesmo havendo possibilidade, em tese, de repetição do ato em contraditório judicial público, o magistrado fez a opção por se valer do que fora colhido unilateralmente pela polícia sob a égide do sigilo investigativo, em uma situação de absoluta ausência de defesa<sup>52</sup>.

Tal dado, de 61% de atos repetíveis, enfraquece a hipótese de o juiz estar apenas incrementando uma argumentação já suficientemente embasada em provas (no sentido forte do termo); se seu conjunto de provas possui certas peças dissonantes com o que foi colhido na fase inquisitorial, utilizar-se destes últimos elementos escancara uma opção manifesta pelo inquisitório, em detrimento de valores democráticos.

Finalizando, enfim, a dissecação analítica que antecede o gotejar de novas hipóteses, o dado de 87,8% de processos cuja persecução teve como estopim uma prisão em flagrante delito é emblemático para revelar a enorme dependência que temos do policiamento ostensivo – por sua vez bastante deficitário, por uma série de motivos que não cabem nos estreitos limites deste trabalho – e a fraquíssima capacidade de investigação da polícia judiciária quando provocada por *notitia criminis* de outras naturezas diversas da coercitiva (apenas 12,2% dos processos tiveram inquéritos iniciados desta forma).

Insta salientar, todavia, que, apesar do percentual baixo de absolvições, em seu conjunto próprio cerca de 68% delas também carregavam inquéritos policiais que se originaram com uma prisão em flagrante delito, o que, por sua vez, amplia nosso leque de análise, demonstrando como não apenas somos hiperdependentes do flagrante como também este é mal realizado, colocando em xeque a própria qualidade dos que foram usados de base para suas respectivas condenações, sobretudo quando o contraditório possível nesses casos é o chamado “contraditório diferido”.

---

<sup>52</sup> Na maioria das vezes o magistrado se valeu de atos provenientes do inquérito policial ainda que dotados de repetibilidade sem sequer justificar a preferência pelos elementos colhidos em sede investigativa. Nas oportunidades em que justificou, a impossibilidade de encontrar testemunha ou réu foi um dos argumentos principais pela preferência, ainda que de difícil comprovação empírica.

O que se percebe, em última análise, é um esforço de expulsão do contraditório dos elementos epistêmicos à disposição para o julgamento, reduzindo demasiadamente sua efetiva participação a uma mera fiscalização acerca da legalidade visível sobre atos já documentados, em um alheamento total do confronto da prova<sup>53</sup>.

Se conciliarmos tal sintoma com a dependência a flagrantes e, conseqüentemente, a depoimentos de policiais, há um inexorável deslocamento do epicentro do processo para a fase preliminar, policial, perfazendo o que Foucault já denunciava como sendo uma “submissão da justiça à polícia”<sup>54</sup>. Não colocaríamos propriamente em termos de submissão – o que atribuímos ao estilo denunciativo foucaultiano – mas de parasitismo epistêmico.

Vale, por fim, salientar que uma das dificuldades mais pungentes da pesquisa foi a rala fundamentação judicial das condenações no que tange às provas. Na grande maioria das vezes, em decisões cuja estrutura básica se repete à exaustão, o magistrado se utiliza do que Taruffo chama de “modelo holístico de fundamentação”, em contraponto ao modelo analítico<sup>55</sup>.

Desde essa perspectiva, há, igualmente, uma degeneração dos próprios efeitos democráticos do livre convencimento motivado, sustantáculo de defesa contra arbítrios judiciais, transformando nosso sistema decisório em uma espécie de íntima convicção criptografada.

O que se tem, em suma, é uma verdade autoritária erigida a status de verdade estatal oficial, calcada no enfraquecimento máximo do contraditório, na hiperdependência do que fora produzido (precarosamente)

---

<sup>53</sup> Não é exclusividade brasileira a percepção autoritária de que o contraditório, menos que um método de (re)produção da verdade, seria um obstáculo a esta. Ferrua demonstra como o próprio sistema italiano, a quem somos profundos tributários, tem sofrido duros golpes inquisitórios de tentativa de afastamento do contraditório pleno na epistemologia da prova, desconsiderando seu valor epistêmico como método e o encarando como simples instrumento de resolução de uma lide. (FERRUUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai.-ago. 2017)

<sup>54</sup> CASTRO, Françoise. *Foucault par lui-même*, 2003. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=Xkn31sjh4To>>

<sup>55</sup> TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 129-148, jan.-abr. 2018.

pela polícia e na íntima convicção criptomotivada, redundando em algo pior do que se filiar a um modelo inquisitório, apresentar-se epidermicamente acusatório, quando o romper de sua fina casca faz erigir a matriz inquisitória que pulsa em suas entranhas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O inquérito policial possui uma evidente função democrática dentro da persecução criminal, qual seja, a de evitar que ao provável inocente seja imposto o status de réu em um processo penal, filtrando, indiretamente, as acusações aventureiras e levianas. Em que pese haver extratos da doutrina jurídica que defendam sua extinção, entendemos se tratar de peça importante para o exercício de direitos e garantias fundamentais, quando devidamente conduzido e controlado.

Não obstante, o que se percebe na maioria das vezes são inquéritos policiais de baixíssimo teor epistêmico, seja em virtude da precariedade estrutural, da formação deficitária do agente de polícia, da baixa remuneração ou até mesmo de certa cultura policial entranhada no agir desta instituição. Porém, apesar de tais fatores, legitimados pelo artigo 155 do Código de Processo Penal, os magistrados costumam se valer amplamente dos elementos de informação contidos em seu fascículo, ainda que colhidos ao alvedrio do contraditório, da ampla defesa e da publicidade dos atos.

A presente pesquisa teve o escopo de investigar a intensidade da utilização dos elementos informativos dos atos de investigação na sentença penal e percebeu um número de 80,6% de sentenças que se valeram expressamente de algum elemento do fascículo inquisitório, 91% das condenatórias, mesmo sendo 62% desses atos passíveis de repetição.

O teor antidemocrático dos dados colhidos se evidenciam quando se constata que em 100% dos casos a defesa não estava presente no momento da colheita da informação pela polícia, resultando na conclusão de que na grande maioria das vezes os réus em um processo penal no Brasil são condenados, em última análise, com base em atos privados do contraditório judicial.

Entre as dificuldades da pesquisa em questão esteve a opacidade inerente ao motivar judicial tupiniquim, lançando mão de termos vagos e

expressões generalistas que impedem o analista de conseguir escrutinar devidamente os elementos de convencimento de forma mais palpável.

Trata-se, todavia, de cultura com total guarida nos tribunais superiores – extremamente flexíveis no que tange à robustez da fundamentação de decisões penais –, conformando um cenário de ampla possibilidade de utilização de elementos inquisitoriais provenientes do inquérito policial cuja fiscalização é ofuscada por uma cultura de criptomotivação decisional que, ao cabo, impede o debruçar de olhares atentos ao funcionamento de um devido processo penal pautado em valores democráticos.

O recente advento da Lei 13.964/19 traz a esperança de um respiro democrático para o processo penal. Como não acreditamos em soluções meramente legalistas, é necessário aguardar como sua aplicabilidade se conformará, o que dependerá de um vasto número de fatores ainda impossíveis de serem antecipados.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Flaviane de Barros. *(Re)forma do Processo Penal: Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08 e n.11.900/09*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CASTRO, Françoise. *Foucault par lui-même*, 2003. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=Xkn31sjh4To>>. Acesso em 26 jan. 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. Florianópolis: Empório do direito, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018.

DIAS, Maria das Graças Leite Vilela. *O sintoma: de Freud a Lacan*. Psicologia em Estudo, Maringá, v. 11, n. 2, p. 399-405, mai./ago. 2006.

DUCLERC, Elmir. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2005.

FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai.-ago. 2017. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.61>

GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: Crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GLOECKNER, Ricardo. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, vol. I. Florianópolis: TirantloBlanch, 2018.

LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. ed. 5. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MALAN, Diogo Rudge. *O direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 8. ed. Belo Horizonte: D’plácido, 2019.

RAMOS, Sílvia; MUSUMECI, Leonarda. “Elemento suspeito”. Abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. *Boletim Segurança e Cidadania*, n. 8, novembro de 2004.

SAMPAIO, André Rocha. A onipresença processual dos atos de investigação como sintoma biopolítico. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2015.

SCHUNEMANN, Bern. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: GRECO, Luís. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 129-148, jan.-abr. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 13ª. ed., Rev. Amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Fundamento e função do processo penal: a centralidade do juízo oral e sua relação com as demais fases da persecução penal para a limitação do poder punitivo. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 229-260, ago./2018. <https://doi.org/10.12957/redp.2018.31959>

### **Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)**

*Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration):* os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

*Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship):* todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- *Marcelo Herval Macêdo Ribeiro:* projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *André Rocha Sampaio:* projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Amanda Assis Ferreira:* projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.



*Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality):* os autores asseguram que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

#### **Dados do processo editorial**

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 20/11/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 10/12/2019
- Avaliação 1: 15/12/2019
- Avaliação 2: 17/12/2019
- Avaliação 3: 26/12/2019
- Decisão editorial preliminar: 26/12/2019
- Retorno rodada de correções: 26/01/2020
- Decisão editorial final: 16/02/2020

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (MSG)
- Revisores: 3

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

RIBEIRO, Marcelo H. M.; SAMPAIO, André R.; FERREIRA, Amanda A. A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 175-210, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.299>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.


# Aspectos críticos da expansão das possibilidades de recursos tecnológicos na investigação criminal: a inteligência artificial no âmbito do sistema de controle e de punição


*Critical aspects of expansion of the possibilities of technological resources in criminal research: artificial intelligence within the control and punishment system*

## Francisco de Assis de França Júnior<sup>1</sup>

Universidade de Coimbra/Portugal

fafjunior2016@gmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/2739102277898461>


 <http://orcid.org/0000-0002-6958-920X>

## Bruno Cavalcante Leitão Santos<sup>2</sup>

Centro Universitário CESMAC e Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Maceió – Maceió/AL, Brasil

brunoleitao.adv@hotmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/9699629460607799>


 <https://orcid.org/0000-0001-7556-2348>

## Felipe Costa Laurindo do Nascimento<sup>3</sup>

Universidade Federal de Alagoas – Maceió/AL, Brasil

felipe@felipelaurindo.com

 <http://lattes.cnpq.br/4065784091972709>

 <https://orcid.org/0000-0001-9524-4320>

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em direito pela Universidade de Coimbra (PT); Professor no Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL); Advogado.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela PUC-RS e Mestre em Direito Público pela UFAL, professor de Direito Penal no Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL) e na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Maceió – FAMA.

<sup>3</sup> Mestre pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL.

---

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo principal analisar criticamente as potenciais influências negativas da utilização de novas tecnologias no sistema de controle e de punição. Dada a quantidade de ferramentas atualmente gestadas, tanto pelos governos quanto pela iniciativa privada, optamos por uma análise do tipo panorâmica, propondo inicialmente uma espécie de cenário possível da dinâmica do processo de investigação. O problema central com o qual nos preocupamos é a expansão da intervenção estatal e privada nas liberdades individuais, o que se reflete na restrição de garantias processuais, atingindo diretamente a dignidade da pessoa humana, mesmo que se argumente a necessidade de uma paridade entre acusação e defesa. Partindo-se de uma pontual revisão bibliográfica sobre a utilização de máquinas com inteligência artificial na investigação, articulando literatura situada entre a tecnologia e o direito, com base principal no método hipotético dedutivo, concluímos não pela necessidade de expandir, mas de limitar, em praticamente todos os aspectos, a utilização de máquinas com inteligência artificial e a disseminação de potenciais investigadores criminais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inteligência artificial; Sistema de controle e de punição; Dignidade humana.

**ABSTRACT:** *This article aims to critically analyze the potential negative influences of the use of new technologies in the control and punishment system. Given the amount of tools currently managed, both by governments and the private sector, we opted for a panoramic analysis, initially proposing a kind of possible scenario for the dynamics of the investigation process. The central problem with which we are concerned is the expansion of state and private intervention in individual freedoms, which is reflected in the restriction of procedural guarantees, directly affecting the dignity of the human person, even if it argues the need for a parity between the accusation and defense. Starting from a punctual bibliographic review on the use of machines with artificial intelligence in research, articulating literature located between technology and law, based mainly on the hypothetical deductive method, we conclude not by the need to expand, but to limit, in practically all aspects, the use of artificial intelligence machines and the dissemination of potential criminal investigators.*

**KEYWORDS:** *Artificial intelligence; Control and punishment system; Human dignity.*

---

## 1. INTRODUÇÃO

Coração acelerado, estômago contraído, respiração alterada, transpiração intensa, desequilíbrio hormonal, entre outras alterações características da ansiedade, do nervosismo e da irritação são detectadas por um micro aparelho implantado cirurgicamente no corpo humano. Dotado de um avançado programa informático, o aparelho capta também os impulsos elétricos do cérebro de seu hospedeiro, aprendendo, em um pequeno lapso de tempo, o padrão de seu funcionamento. Obtém-se uma espécie de *impressão mental* da pessoa, uma cópia virtualizada, um “espelho”, de sua forma de pensar. Por essa lógica investigativa, daria, portanto, para sabermos o que a pessoa faria numa determinada situação. O processamento de todas essas informações, obtidas através dos referidos estímulos bio-químico-elétricos, serviria para desvendar crimes e para alertar as autoridades sobre providências recomendáveis (ou talvez até impostas) para os evitar (ou tentar resolvê-los).

Imagine-se que a propositura de tal aparelho como mecanismo de alegada prevenção no âmbito de um projeto de lei nacional, evidentemente, provocaria intensas discussões. Pressuponha-se que a ideia fosse de que a implantação se desse apenas nos corpos dos já condenados por crimes hediondos. Com o tempo, logo se levantariam vozes no sentido de que seria preciso ampliar o público alvo. A bancada de parlamentares que se denomina especialista em segurança pública – seduzida pelos interesses econômicos da indústria informática, que já lhes teria apresentado as inovadoras lentes de contato com microcâmera –, a mesma que logo se veria apoiada pelos autointitulados *defensores da família*, haveria de concluir que, afinal, o aparelhinho não deveria ser temido pelos *cidadãos de bem*. Em resumo, entre os entusiasmados pela ideia de prevenção e os que ponderariam a indevida invasão à privacidade (física e mental) e à dignidade humanas, certamente prevaleceriam aqueles.

Não tardaria e todas as pessoas teriam de se submeter a um (ainda mais) apertado controle social no curso de suas vidas. Com a utilização desses *novos* mecanismos de observação/vigilância/controle, que aparentemente intencionam evitar/solucionar conflitos, as pessoas são impelidas a seguir um agonizante padrão comportamental. O que importa não é propriamente o que eu faço, mas como o que eu faço

será interpretado por quem me observa/assiste/vigia/controla. Será preciso evitar as tais *atitudes suspeitas* para não ser incomodado pela atuação não muito sutil dos agentes desse poderoso sistema de controle e de punição estatal. Um reduzido grupo de pessoas, responsável pela programação desses aparelhos, possuem o poder de gerir diretamente a própria dinâmica social.

Não será preciso muito esforço para percebermos que a ideia de que o interesse público haverá de prevalecer sobre os obstáculos representados por direitos e garantias individuais é disseminada de maneira triunfante pelo mundo, sobretudo em países que se anunciam como democráticos. A conhecida máxima de *quem não deve não teme* tem sido levada até às últimas consequências pelas autoridades constituídas, utilizando-se as informações obtidas, mais do que para a solução de conflitos, mas sobretudo para a perpetuação do *status* de gestor da moral de parte importante da dinâmica social. Integrantes do Judiciário, do Ministério Público e das polícias, com raríssimas exceções, disputam cada vez mais espaços nesse exercício do poder investigativo/punitivo. Sem mencionarmos, ao menos por agora, os espaços concedidos tanto a detetives particulares (Lei n. 13.432/2017) quanto à advocacia (Provimento n. 188/2018), em que, embora se intencione, no fundo, uma necessária “paridade de armas” na relação entre o Estado e o indivíduo investigado, a iniciativa tendencione diminuir os espaços para o desenvolvimento da individualidade e, por consequência, da própria dignidade humana.

É inegável que ideias que nos pareciam exequíveis apenas nos filmes de ficção *hollywoodianos* estão cada vez mais palpáveis. Para que se tenha uma ligeira noção do atual *estado da arte*, nos Estados Unidos, o laboratório de inteligência artificial do Instituto de Tecnologia de Massachusetts tem desenvolvido um dispositivo capaz de identificar, através de sinais sem fio, emoções humanas.<sup>4</sup> Já em Nova Iorque, pesquisadores da Universidade de Stony Brook anunciaram que têm manipulado a memória

---

<sup>4</sup> Perceba-se que a ideia *inovadora* de implantação cirúrgica de um aparelho, anteriormente mencionada, já se insinua como obsoleta, pois, com o avanço tecnológico, o que se percebe é que sequer será preciso algum contato físico com quem se quer investigar/punir. CONNER-SIMONS, Adam; GORDON, Rachel. *Detecting emotions with wireless signals*. Disponível em: [https://www.csail.mit.edu/detecting\\_emotions\\_with\\_wireless\\_signals](https://www.csail.mit.edu/detecting_emotions_with_wireless_signals). Acesso em: 16 fev. 2020.

de ratos.<sup>5</sup> Em Pittsburgh, na Universidade Carnegie Mellon, já se tem trabalhado em projeto de *impressão cerebral*.<sup>6</sup> Entretanto, se prosseguíssemos, veríamos rapidamente que não apenas as mais destacadas instituições de ensino dos Estados Unidos estão envolvidas com esse tipo de pesquisa.

Perceba-se ainda que a Tesla, uma destacada empresa do ramo automotivo – a mesma que promete inserir no mercado carros autônomos que permitirão que os motoristas literalmente durmam sem se preocuparem com o trânsito<sup>7</sup> –, apresentou em 2017 um caminhão elétrico equipado com um avançado sistema de pilotagem automática. Além de freios inteligentes, o veículo conta ainda com estabilizadores para manter o automóvel sempre na pista correta.<sup>8</sup> Nesse mesmo contexto de acelerada inovação tecnológica, a Samsung, uma empresa que atua nos diversos ramos da tecnologia da informação, anunciou em 2016 investimentos em projeto para a produção de lentes de contato dotadas de microcâmera e acesso à internet, capazes de fotografar, filmar e reproduzir imagens do cotidiano.<sup>9</sup>

Para que não se imagine que o Brasil esteja à margem desse processo, além de valer-se de um sistema eleitoral, desde 2000, dependente

---

<sup>5</sup> LEONARDI, Ana Carolina. *Cientistas conseguem apagar memórias ruins em ratos* – Eles descobriram que, manipulando um neurotransmissor, conseguem deletar traumas e até reforçar memórias boas. Disponível em: <https://super.abril.com.br/ciencia/cientistas-conseguem-apagar-memorias-ruins-em-ratos/>. Acesso em 16 fev. 2020.

<sup>6</sup> GREGOIRE, Carolyn. *Scientists Have Figured Out How To ‘Fingerprint’ Your Brain* - The technology could be used to predict mental or neurological illness. Disponível em: [https://www.huffingtonpost.com/entry/brain-connections-map\\_us\\_582b628be4b01d8a014adc56](https://www.huffingtonpost.com/entry/brain-connections-map_us_582b628be4b01d8a014adc56). Acesso em: 16 fev. 2020.

<sup>7</sup> NOVET, Jordan. *Tesla is working with AMD to develop its own A.I. chip for self-driving cars, says source*. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2017/09/20/tesla-building-an-ai-chip-for-its-cars-with-amd.html>. Acesso em 16 fev. 2020.

<sup>8</sup> MARSHALL, Aarian. *What does tesla’s automated truck mean for truckers?* Disponível em: <https://www.wired.com/story/what-does-teslas-truck-mean-for-truckers/>. Acesso em 16 fev. 2020.

<sup>9</sup> D’ANGELO, Helô. *Vem aí: lentes de contato de realidade virtual* – A Samsung acaba de registrar uma patente para a produção de lentes com microcâmeras integradas e conexão wi-fi. Disponível em: <https://super.abril.com.br/tecnologia/vem-ai-lentes-de-contato-de-realidade-virtual/>. Acesso em 16 fev. 2020.

da informatização,<sup>10</sup> as autoridades do país se utilizam, com cada vez mais frequência, das inúmeras ferramentas oferecidas pela tecnologia para gerir os milhões de processos que tem tramitado em seus órgãos jurisdicionais.<sup>11</sup> A propósito, a prática de atos processuais por meio eletrônico tem sido objeto de interesse do legislativo brasileiro desde o início da década 1990, quando se aprovou a Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91).<sup>12</sup> Após uma série de outras iniciativas, tem-se ainda o advento da Lei 11.419/06, que dispõe sobre a informatização do processo judicial no Brasil. Em seguida, com o intuito de uniformizar a tramitação processual eletrônica no país,<sup>13</sup> o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Resolução 16, de 25 de abril de 2012, adotando, de forma exclusiva, o sistema do Processo Judicial Eletrônico.<sup>14</sup> Os exemplos, portanto, abundam.

---

<sup>10</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Eleições Seguras: saiba como surgiu a urna eletrônica e por que ela está em constante processo de evolução*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Agosto/eleicoes-seguras-saiba-como-surgiu-a-urna-eletronica-e-por-que-ela-esta-em-constante-processo-de-evolucao>. Acesso em 16 fev. 2020.

<sup>11</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019: ano-base 2018*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em 16 fev. 2020; CANÁRIO, Pedro. *Judiciário brasileiro tem 80,1 milhões de processos em tramitação*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-27/judiciario-brasileiro-801-milhoes-processos-tramitacao>. Acesso em 16 fev. 2020.

<sup>12</sup> O referido diploma legal determinou que, havendo autorização no contrato, a citação, intimação ou notificação, nas ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessório da locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação, desde que endereçadas a pessoa jurídica ou firma individual, poderiam ser realizadas por meio de *telex* ou *fax*, abrindo caminho, inclusive, para a utilização de outros meios eletrônicos de comunicação dos atos do processo. Veja-se: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 280.

<sup>13</sup> Mesmo com o esforço do Conselho Nacional de Justiça ainda não há uma uniformização, tendo em vista que os tribunais brasileiros ainda utilizam os mais diversos sistemas. Esses tribunais vêm conseguindo, através de decisões do próprio Conselho Nacional de Justiça, adiar a implantação do Processo Judicial Eletrônico em suas unidades, dilatando os prazos estipulados no artigo 34, § 3º da Resolução do CNJ nº 185/2013.

<sup>14</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Resolução nº 16, de 25 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/downloads/RESOLUCAO%20No%2016%20DE%2025%20DE%20ABRIL%20DE%202012.pdf>. Acesso em 16 fev. 2020.



Eis uma estrutura, com recurso à inteligência artificial, que contemporaneamente tem se desenvolvido e que é plenamente capaz de nos levar, em curto espaço de tempo, a um cenário muito parecido com algum dos mais elaborados filmes de ficção científica *hollywoodianos*. Em razão disso, as questões que nos preocupam, e, portanto, as problematizações propostas para o presente artigo, são: como compatibilizar esses avanços tecnológicos com os direitos e garantias individuais? Ampliar o poder investigatório à advocacia, por exemplo, poderia ajudar? Qual a melhor maneira, da perspectiva jurídica, de lidarmos, por exemplo, com *robots*, *drones* e até *avatares*? Como nos relacionar com esses mecanismos oferecidos pela (pós)modernidade e que são capazes de abrigar uma inteligência do tipo *artificial*? Assim, nosso objetivo principal é avaliar criticamente, ainda que de maneira sucinta, o potencial impacto negativo que essas ferramentas possuem no funcionamento dos sistemas de controle e de punição e na fruição das liberdades individuais.

A partir de uma pontual revisão bibliográfica, pretendemos demonstrar que, embora estejamos num caminho sem volta relativamente ao uso dessas tecnologias, será preciso todo o cuidado para que pessoas (ou grupos) com discursos totalitários não se apropriem de tais recursos para a manutenção e a desembaraçada ampliação do exercício do poder punitivo. Por mais engenhosas que sejam essas invenções, será preciso reconhecer limites em suas utilizações, sobretudo quando estivermos diante de interferências junto à dignidade humana. Desse modo, sem qualquer pretensão de esgotarmos o assunto, nossa contribuição vai no sentido de chamar a atenção da comunidade jurídico-acadêmica – infelizmente ainda pouco produtiva nessa temática –, para que volte seus esforços para discutir um cenário que, mais cedo ou mais tarde, há de se fazer agudamente presente, modificando muitas das concepções atualmente encaradas como sólidas em ambiente que se pretende democrático.

## 2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: PODE UMA MÁQUINA PENSAR?

Saber exatamente como funciona o cérebro humano ainda é um incômodo mistério, mesmo para os pesquisadores mais experientes.<sup>15</sup> A

---

<sup>15</sup> SEARLE, John. *Mente, cérebro e ciência*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2015. p. 11 ss.

constatação inquieta justamente porque se trata de um órgão que ocupa uma função central no funcionamento do corpo humano. Trata-se, basicamente, de nosso centro de gerenciamento. Aliás, *grosso modo*, é o que nos permite ter consciência, pensar, refletir, desejar, articular as ideias, tomar decisões importantes, entre outras coisas. Nessa área extremamente complexa da pesquisa científica, o certo é que nós ainda não sabemos exatamente todas as nuances das relações estabelecidas entre o cérebro e o resto do corpo. Há tempos que neurocientistas, psicólogos, filósofos e até mesmo juristas têm interagido na esperança de oferecer respostas às muitas perguntas ainda em aberto. São, portanto, muitos os caminhos possíveis para o desenvolvimento da presente questão.

Percebe-se rapidamente que o cérebro oferece um manancial riquíssimo aos pesquisadores dos diversos ramos do conhecimento. Ocorre que, o resultado de uma pesquisa (que se pretende) científica, como sabemos, é fruto de uma série de fatores, dentre os quais – certamente um dos mais importantes –, a metodologia escolhida para lidar com o objeto de interesse.<sup>16</sup> Nesse sentido, importa-nos alertar: aqui, vamos tentar, tanto quanto possível, passar ao largo das controvérsias mais destacadas sobre o assunto, tendo em vista que, pelo viés mais *conciso* da abordagem que escolhemos realizar, o objetivo é o de tão somente oferecer uma visão panorâmica da problemática proposta, de estimular o debate, deixando à mostra, além das fontes que reputamos como imprescindíveis para o aprofundamento, um espaço para que o leitor ou leitora, se quiser, possa realizar suas necessárias reflexões críticas.

Conquanto, é evidente, será preciso assumirmos posições. É, aliás, o comportamento que se deve esperar num texto que se pretende, antes de qualquer outra coisa, *crítico*, como é nossa proposta. No entanto, essas posições não devem seguir um critério do tipo *casuístico*. Muito pelo contrário. Elas precisam servir para construir uma linha de raciocínio que guarde alguma coerência, ou seja, devem gravitar em torno de uma ideia fundante que lhes mantenham sempre *conectadas* umas às outras. Ao estilo *kantiano*. No caso presente, esse núcleo essencial será constituído pela necessidade de respeito à dignidade humana. Nenhuma inovação

---

<sup>16</sup> CROSSEN, Cynthia. *O fundo falso das pesquisas – a ciência das verdades torcidas*. Trad. Roberto Teixeira. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

tecnológica, por qualquer que seja o argumento, ou por qualquer que seja a pessoa, há de se sustentar legitimamente num ambiente que se pretende democrático se puser em causa a dignidade humana. Eis as bases sobre as quais refletiremos criticamente adiante.

Dito isso, como já se anunciou, convém começarmos por perguntar o que, nesse início de debate, parece-nos fundamental: pode uma máquina pensar? É muito comum, diz-nos John Searle<sup>17</sup>, nos depararmos com analogias entre o funcionamento do cérebro humano e computadores digitais, sendo, aliás, o cérebro encarado como um *hardware* e a mente como um *software*. Não é raro, portanto, nos depararmos com quem pretenda atribuir essa capacidade, outrora perspectivada como exclusiva dos seres humanos, aos computadores.<sup>18</sup> Desse modo de ver as coisas, a resposta ao questionamento feito seria positiva. Ocorre que, esse tipo de afirmação, de modo geral, baseia-se numa premissa que não se sustenta. Parte da ideia de que o cérebro, tal como os computadores, estaria lastreado em termos puramente formais, alcançados pelos seus programadores, o que não é verdade. A mente humana, que é o que de fato nos permite pensar, é fruto do comportamento dos elementos constitutivos do cérebro, logo, fazem parte de um complexo fenômeno químico e biológico.

Embora tenhamos driblado outro questionamento tão importante quanto o que acabamos de fazer, nossa conclusão não há de ruir por qualquer abalo provocado pela crítica, mesmo porque também esse conceito é permeado de controvérsias,<sup>19</sup> o que demanda, em tais casos, uma tomada de posição. Refere-se aqui à definição do ato de pensar. Logo, é de se perceber que, se é da mente que vem o pensamento, não a possuindo uma máquina, não há com concebê-la como um *ser pensante*. Desse modo, o que se deve atribuir a uma máquina é a capacidade, que pode vir a ser mais ou menos forte, de dar respostas com base na articulação mecânica de determinadas informações. Embora não seja nossa

---

<sup>17</sup> O questionamento feito, bem como o desenvolvimento deste parágrafo, é baseado na obra do autor: SEARLE, John. *Mente, cérebro e ciência*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2015. p. 37.

<sup>18</sup> Ver: HELM, Gerhard. *Computer können denken! Der Mensch in der Perspektive der Kognitionswissenschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

<sup>19</sup> PEREIRA, Luís Moniz. *A máquina iluminada – cognição e computação*. Porto: Fronteira do Caos, 2016. p. 27 ss.

intenção uma conceituação acabada – se é que isso seja possível –, é esse o tipo de dinâmica que, *grosso modo*, constitui o que chamamos de *inteligência artificial*.<sup>20</sup> Nela, não haverá *criação* genuína, mas uma *imitação*, espartilhada por sua programação, com velocidade e fiabilidade – aí sim! – quase sempre superiores às capacidades humanas.<sup>21</sup>

Registre-se, para que não percamos os créditos pelo pioneirismo, em ligeira contextualização histórica, que foi em meados dos anos de 1950, nos Estados Unidos, que essa ferramenta começa a ser desenvolvida com dedicado interesse. John MacCarthy, apontado como o criador do termo *inteligencia artificial*, Marvin Minsky, Herbert Simon e Allen Newell, no verão de 1956, em New Hampshire, reuniram-se com uma série de outros pesquisadores para exploração das ideias inovadoras que não paravam de surgir sobre a temática. Na perspectiva de Howard Gardner<sup>22</sup>, a década anterior já havia assistido “às ideias brilhantes de uma geração mais velha” – formada basicamente pelas contribuições de Norbert Wiener,

<sup>20</sup> “Acreditamos, pois, que a inteligência não depende de um determinado substrato físico. Ou seja, a inteligência não está só no ser humano, mas existe também no animal e no extraterrestre, como se supõe. O mesmo acontece com os computadores, onde a inteligência também pode existir”. PEREIRA, Luís Moniz. *A máquina iluminada – cognição e computação*. Porto: Fronteira do Caos, 2016. p. 51. Sobre seu conceito, história, desenvolvimento e atual estado da arte, recomenda-se, por todos: RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence – a modern approach*. 3. ed. New Jersey: Pearson, 2010. Para Stephen Hawking, não há “qualquer razão que explique por que não pode a inteligência ser simulada num computador”. PENROSE, Roger. *O grande, o pequeno e a mente humana* – com Abner Shimony, Nancy Cartwright e Stephen Hawking. Trad. David Resendes. Lisboa: Gradiva, 2003. p. 173. Roger Penrose tem uma visão crítica a esse respeito, atribuindo uma “verdadeira inteligência” à consciência (capacidade de formação de juízos), o que faltaria às máquinas: PENROSE, Roger. *A mente virtual (the emperor’s new mind) – sobre computadores, mentes e as leis da física*. Trad. Augusto José Franco de Oliveira, Carlos Lourenço e Luís Teixeira da Costa. Lisboa: Gradiva, 1997. p. 531 ss.

<sup>21</sup> PENROSE, Roger. *A mente virtual (the emperor’s new mind) – sobre computadores, mentes e as leis da física*. Trad. Augusto José Franco de Oliveira, Carlos Lourenço e Luís Teixeira da Costa. Lisboa: Gradiva, 1997. p. 27-28.

<sup>22</sup> A construção de todo esse parágrafo de contextualização histórica deve-se às informações encontradas em: GARDNER, Howard. *A nova ciência da mente – uma história da Revolução Cognitiva*. Trad. Inês Ricardo, Lisboa: Relógio D’Água, 2002. p. 194-196. E mais: McCORDUCK, Pamela. *Machines Who Think*. São Francisco: W.H. Freeman, 1979.

John von Neumann, Warren McCulloch e Alan Turing –, “todas elas no sentido de concepção de computadores electrónicos, capazes de realizar funções normalmente associadas ao cérebro humano”.

O fato é que essas máquinas já estão presentes na vida de praticamente todas as pessoas. E é justamente por isso que, por vezes, as tecnologias que abrigam têm nos apresentado uma série crescente de preocupações. Em um dos eventos mais emblemáticos nessa área, intitulado *Web Summit* – que tem se dedicado ao debate sobre tecnologia e inovação –, realizado no início de novembro de 2017, em Lisboa, Portugal, Stephen Hawking<sup>23</sup> demonstrou sua preocupação com o uso da inteligência artificial. O físico britânico, mesmo dizendo-se um otimista, reconheceu que a “inteligência artificial pode ser a melhor ou a pior coisa para a humanidade”, que essa é uma ferramenta que deve ser utilizada “para o bem do mundo”, embora fosse preciso termos ciência “dos perigos, identificá-los e empregar a melhor prática e gestão e preparar as consequências do seu avanço com bastante antecedência”.

Ainda no evento, com a participação de cerca de 60 mil pessoas de 170 países diferentes, apresentou-se entusiasticamente uma personagem saudita incomum: Sophia, era o primeiro *robot* dotado de cidadania. Não bastasse o fato de ser a primeira máquina a ganhar cidadania, sua apresentação acabou objeto de intensas discussões entre os grupos de defesa dos direitos humanos, vez que, Sophia, que se apresentava como a representação de uma mulher, não portava as vestes tradicionais das mulheres sauditas. Como se sabe, na Arábia Saudita, regida pela lei islâmica, a condição sociocultural que se impõe às mulheres é ainda muito inferior àquela historicamente atribuída aos homens. Em público, precisam, por exemplo, cobrir com um lenço parte da cabeça. Assim, Sophia já teria nascido com mais direitos e garantias do que as mulheres sauditas *de carne e osso*.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> HAWKING, Stephen. *Conferência de abertura da Web Summit em Lisboa, Portugal*. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=13&v=U-hcSLya0\\_w](https://www.youtube.com/watch?time_continue=13&v=U-hcSLya0_w). Acesso em 16 fev. 2020.

<sup>24</sup> PINTO, Rita. *Sophia, a robot que já tem mais direitos que as mulheres na Arábia Saudita*. Disponível em: <https://shifter.pt/2017/10/sophia-robot-arabia-saudita/>. Acesso em 16 nov. 2017.

Em 16 de novembro de 2017, no auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal, profissionais de diversas áreas, vinculados especialmente às questões jurídicas, dedicaram-se a discutir, no âmbito do Congresso Direito e Robótica, alguns dos problemas provenientes da utilização dessas novas tecnologias na dinâmica social.<sup>25</sup> Desde questões relacionadas ao mercado de trabalho, com a preocupação de que *robots* acabem por substituir seres humanos nas linhas de produção das grandes empresas – máquinas que, segundo João Leal Amado<sup>26</sup>, não descansam, não adoecem, não têm filhos, não fazem greves, mas que também não consomem –, passando pela possibilidade de negociação diretamente realizada entre as máquinas, até questões sobre a responsabilidade civil, estiveram em debate.

Conforme destacado por António Pinto Monteiro<sup>27</sup>, o Parlamento Europeu emitiu uma Resolução, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações a respeito da interação entre o Direito Civil e a Robótica, inclusive com o reconhecimento de uma espécie de personalidade eletrônica. Em uma das inúmeras disposições, objeto de discussão desencadeada por Nathalie Nevejans<sup>28</sup>, observa-se que na alínea *f*) do artigo 59 prevê-se estabelecer “um estatuto jurídico específico para os robôs a longo prazo, de modo a que, pelo menos os robôs autônomos mais sofisticados possam ser determinados como detentores do estatuto de pessoas eletrônicas responsáveis por sanar quaisquer danos que possam causar e, eventualmente, aplicar a personalidade eletrônica a casos em que os robôs tomam

---

<sup>25</sup> Um debate semelhante também pode ser encontrado, numa edição especial, em: MARTINHO, Rui Leão (dir.). *Cadernos de economia*, Lisboa, ano XXX, n. 119, abr/jun, 2017.

<sup>26</sup> LEAL AMADO, João. Os robots e o direito do trabalho: o desafio final? In: *Congresso Direito e Robótica*. Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 16 de nov. 2017.

<sup>27</sup> PINTO MONTEIRO, António. Intervenção de abertura. *Congresso Direito e Robótica*. Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 16 de nov. 2017.

<sup>28</sup> NEVEJANS, Nathalie. Quel statu juridique pour les robots autonomes? A propos de l'article 59, f), de la Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 sur les règles de droit civil sur la robotique. In: *Congresso Direito e Robótica*. Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 16 de nov. 2017.

decisões autônomas ou em que interagem por qualquer outro modo com terceiros de forma independente”.

De qualquer modo, não nos seria possível prescrever com exatidão o que nos reserva o futuro relativamente às tecnologias. Entretanto, uma coisa garantidamente nos é permitido afirmar: quanto maior for a quantidade de pessoas a utilizá-la em uma investigação criminal, maiores devem ser as preocupações quanto à possibilidade de erosão dos valores que tradicionalmente sustentam uma democracia. Apesar de nossa clara tomada de posição, importa frisar que convém deixarmos a porta *entreaberta* para que possamos continuar a discutir todas essas questões no futuro. Mesmo porque, na esteira do que nos diz John Searle<sup>29</sup>, o vocabulário conhecido hoje talvez não seja completamente capaz de nos levar a compreender como será a dinâmica social no futuro. Certamente teremos categorias conceituais, e até elementos, que hoje não conhecemos e que, portanto, o vocabulário do século XXI pode não nos ser útil para as coisas do século XXII, XXIII e assim por diante. Com o aparecimento do *disquete*, no início dos anos de 1970, não falávamos, por exemplo, no *Compact Disc*, que surgiu apenas no final da década de 1980. Com o aparecimento desse, também não falávamos no *pen drive*. E atualmente o armazenamento de dados já é feito em *nuvens* ou coisas do gênero.

Não nos custa ainda lembrar que *robots* que “pensam” e que são movidos até por estados emocionais tem sido a matéria prima de diversos tipos de arte. Vale destacar que no cinema e na literatura elas tem abundado. A obra de um dos mais destacados autores nessa área tem servido para alimentar (ainda mais) as especulações a respeito do tema aqui enfrentado. O escritor russo Isaac Asimov<sup>30</sup>, por exemplo, acabou por imortalizar as três mais popularizadas e citadas leis da robótica, quais sejam: 1) um *robot* não pode causar dano a um ser humano nem,

---

<sup>29</sup> SEARLE, John. *Mente, cérebro e ciência*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2015. p. 19.

<sup>30</sup> Recomendam-se, em especial: ASIMOV, Isaac. *Eu, Robot*. Trad. Eduardo Saló, José Teixeira de Aguiar e Mário Redondo. Mem Martins: Europa-América, 2004; ASIMOV, Isaac. *O homem bicentenário e outras histórias*. Trad. Milton Persson. Porto Alegre: L&PM, 1997; ASIMOV, Isaac. *Visões de um robot*. Trad. Eduardo Saló. Mem Martins: Europa-América, 1992.

por inação, permitir que qualquer humano sofra danos; 2) um *robot* deve cumprir as ordens que lhe forem dadas por seres humanos, exceto nos casos em que essas ordens colidam com a primeira lei; e 3) um *robot* deve proteger a própria existência, desde que essa proteção não colida com a primeira ou com a segunda lei.

Ray Kurzweil<sup>31</sup>, por sua vez, sustenta que ainda no século XXI os seres humanos não serão a espécie mais inteligente e capaz do planeta. O futurista explica que os computadores dobravam a sua velocidade a cada três anos no início do século XX, baixando para dois anos na década de 50 do século passado, e atualmente dobram a velocidade e capacidade de processamento em um espaço de aproximadamente oito meses. O autor afirma que essa marcha vai continuar até que por volta de 2020, e que os computadores conseguiriam a capacidade de memória e processamento igual a de um cérebro humano (até aqui não se tem notícia de tal feito), o que não quer dizer que irão ter a mesma flexibilidade da inteligência humana. Descrevendo a evolução como uma tecnologia que possibilitou a raça humana a criar a inteligência artificial disponível em nossos tempos, argumenta como natural a possibilidade de que a própria tecnologia crie a próxima tecnologia mais inteligente, e assim por diante. Prevê que a tendência no final do século XXI será a de uma fusão entre a inteligência humana e a artificial, não havendo mais uma distinção clara entre humanos e computadores.

Dessa perspectiva, a inteligência artificial reivindicaria a qualidade de “ser humano”, e as pessoas que não utilizassem dispositivos ubíquos não teriam mais a capacidade de participar de simples diálogos, que com a quantidade de informações que poderiam conter, estariam fora do alcance de uma mente *apenas* humana. O fato é que ritmo da mudança da tecnologia se acelera, e sua força se expande de forma exponencial. Isso leva o autor acima mencionado a afirmar que, no futuro, a informação baseada na tecnologia irá englobar todo o conhecimento e capacidade humanas, incluindo as habilidades emocionais, a moralidade, e até mesmo o próprio

---

<sup>31</sup> KURZWEIL, Ray. *The age of spiritual machines: when computer exceed human intelligence*. New York: Penguin Books, 1999.



cérebro como um todo.<sup>32</sup> Em obra mais recente<sup>33</sup>, exalta a forma como o nosso sistema biológico codificou as informações que foram necessárias para a longevidade da raça humana e o seu desenvolvimento. Exalta ainda a importância do estudo do cérebro humano, problematizando acerca de uma teoria que visa descrever o algoritmo básico no neocórtex (região do cérebro responsável pela percepção, memória e pensamento crítico), tendo em vista que a existência de um padrão utilizado conscientemente por essa região que já seria, em parte, reproduzido por dispositivos como o *Watson* (inteligência artificial desenvolvida pela IBM que é capaz de processar milhares de páginas em linguagem natural e responder as mais variadas perguntas, tendo, inclusive, vencido uma competição de perguntas e respostas onde concorreu com humanos)<sup>34</sup>, e o *Siri* (assistente pessoal presente em computadores e dispositivos móveis da Apple).

Porém, seja como for, da nossa perspectiva, não é de se admitir que um computador, por mais avançado que seja, possa vir a efetivamente pensar. Com Terry Winograd, lembrado oportunamente por Guitta Pessis-Pasternak<sup>35</sup>, podemos afirmar que “o computador nunca será capaz de enfrentar todas as situações previstas, porque não possui a aptidão espontânea do cérebro”. As máquinas reagem às informações que lhes são repassadas conforme o previsto nas fórmulas matematicamente moldadas (ou no *algoritmo*) para o âmbito de sua programação. Erros acontecem, evidentemente. Assim, embora não pensem, evidentemente isso não significa dizer que não tenhamos que nos preocupar com as consequências da utilização dessas máquinas. Para dizê-lo mais diretamente: o receio que se deve ter das máquinas, que proliferam, quer gostemos ou não, está relacionado não com sua quantidade ou variedade, mas com seu uso (por vezes indevido) pelos seres pensantes, logo, aqueles encarados como humanos.

---

<sup>32</sup> KURZWEIL, Ray. *The singularity is near: when humans transcend biology*. London: Duckworth Overlook, 2008.

<sup>33</sup> KURZWEIL, Ray. *How to Create a Mind: The Secret of Human Thought Revealed*. London: Duckworth Overlook, 2013.

<sup>34</sup> GABBATT, Adam. *IBM computer Watson wins Jeopardy clash*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2011/feb/17/ibm-computer-watson-wins-jeopardy>. Acesso em 16 fev. 2020.

<sup>35</sup> PESSIS-PASTERNAK, Guitta. *Será preciso queimar Descartes? Do caos à inteligência artificial: quando os cientistas se interrogam*. Lisboa: Relógio D'Água, 1993. p.189.

### 3. O IMPACTO DA TECNOLOGIA NO ÂMBITO DO SISTEMA DE CONTROLE E DE PUNIÇÃO: PERSPECTIVAS NEGATIVAS DE UM FUTURO NÃO MUITO DISTANTE

Uma dinâmica social dirigida por máquinas, que nos observam constantemente, já não é mais só produto de uma mente que fertilmente perspectivava o futuro da humanidade. Nesse sentido, através da linguagem da ficção científica, como já dissemos, as produções *hollywoodianas* sempre foram fartas. A *lógica do Grande Irmão*, que nos havia sido apresentada por George Orwell<sup>36</sup> no final da década de 1940, ainda sob o rescaldo da Segunda Grande Guerra, deixou de ser uma mera aposta e tem passado a interagir conosco de maneira cada vez mais intensa no cotidiano. Além das penitenciárias, também hospitais, escolas, bancos, repartições públicas de um modo geral e até ruas, praças, avenidas e residências particulares, em praticamente todos os locais em que as pessoas têm alguma condição financeira, as ferramentas de vigilância e de controle estão presentes. Câmeras, por exemplo, que permitem ao adquirente acompanhar, de onde estiver, o que se passa no local de seu interesse, espalham-se por ambientes públicos e particulares, além de *drones* que já auxiliam na retomada do mercado imobiliário americano<sup>37</sup>, servindo de instrumento para o incremento dos negócios.

Desde 2001, com a derrubada das torres gêmeas em Nova Iorque, no coração dos Estados Unidos, incursões terroristas em diversos outros países, sobretudo naqueles encarados como desenvolvidos, acabaram por facilitar o desencadeamento de um processo de alargamento da presença de determinados agentes públicos na vida particular das pessoas. Num dos inúmeros estudos já disponibilizados sobre os impactos desse fenômeno na dinâmica social, apontando para o valor dos caracteres estéticos como critério para utilização da tecnologia do videomonitoramento, chegou-se à conclusão de que “duas categorias sociais eram também visadas com base na sua aparência: os jovens, em especial os que tinham um aspecto

---

<sup>36</sup> ORWELL, George. 1984. Trad. Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

<sup>37</sup> GLINK, Llyce. *9 ways drones are changing real estate*. Disponível em: <https://www.cbsnews.com/media/9-ways-drones-are-changing-real-estate/>. Acesso em 16 fev. 2020.

descuidado, e as mulheres bem-parecidas”. No caso das mulheres, os corpos “viam-se mais expostos ao olhar electrónico” sob uma perspectiva voyeurista.<sup>38</sup> Ironicamente, agora dizemos nós, boa parte dos gestores dessa estrutura alega estar à serviço da moral e dos bons costumes.

O objetivo desse sistema é, primariamente, a prevenção. Os discursos de justificação são sempre nesse sentido. Parte-se do pressuposto de que quanto mais vigiado o sujeito estiver, menos propenso aos *desvios* ele estará. Dissemina-se a sensação de que há sempre alguém a nos observar, alguém que há de nos admoestar severamente no caso do *script* que nos foi imposto não ser respeitado. Um ambiente de desconfiança, permeado sobretudo pelo medo, se instala, tornando-se propício para o empoderamento de um grupo de pessoas que há de nos proteger, de nos guiar, de nos dizer o que é melhor, mesmo nas atividades mais particulares. Quem possui capital econômico e político larga na frente nessa disputa pelo comando da estrutura *panóptica*<sup>39</sup> em curso. Não à toa percebemos, com cada vez mais frequência, iniciativas de autoridades constituídas que procuram nos impor, dentre outras coisas, o que comer<sup>40</sup>, ler<sup>41</sup>, assistir<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> FROIS, Catarina. *Vigilância e poder*. Lisboa: Mundos Sociais, 2011. p.25. Recomenda-se ainda: FROIS, Catarina (org). *A sociedade vigilante – ensaios sobre identificação, vigilância e privacidade*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2008.

<sup>39</sup> No sentido desenvolvido em: BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

<sup>40</sup> Veja-se o exemplo do Estado do Espírito Santo, onde uma lei estadual proibiu restaurantes de deixarem sal junto aos clientes nas mesas. Disponível em: <http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2015/07/regulamentacao-de-lei-que-proibe-sal-em-mesas-e-publicada-no-es.html>. Acesso em 16 fev. 2020.

<sup>41</sup> O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, proibiu a venda e a divulgação do Mein Kampf, de Adolf Hitler. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/02/tj-rj-proibe-venda-e-divulgacao-de-mein-kampf-autobiografia-de-hitler.html>. Acesso em 16 fev. 2020.

<sup>42</sup> O deputado federal Marcelo Aguiar (DEM-SP), por exemplo, propôs projeto de lei (n. 6.449/2016) que impõe a criação de um mecanismo que deve interromper automaticamente, para qualquer faixa de idade, o acesso à conteúdo pornográfico que esteja disponível na internet. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/deputado-quer-proibir-pornografia-na-internet-para-evitar-masturbacao/>. Acesso em 16 fev. 2020.

ou com quem fazer sexo e às vezes até, como fazê-lo! O controle e a vigilância, antes métodos sorrateiros, vão se expandindo despidoradamente.

Para Conceição Trigueiros<sup>43</sup>, “actualmente, o império da informática e das telecomunicações é utilizado para encarcerar informações pessoais, através de tecnologias com que Bentham nunca sonhou, o que em termos analógicos pode constituir um panóptico electronicamente reciclado!”. Nesse embalo, os espaços públicos, rapidamente, vão se amoldando às necessidades da anunciada prevenção. Tornam-se cada vez mais *limpos*, com a presença de poucos obstáculos ao acesso do “olho que tudo observa”. Esse tipo de ambiente, que deveria ser percebido como comum a todas as pessoas que dele quisessem usufruir, dando-lhe um significado positivo, passa a ser visto como coisa de ninguém, inclinándolo ao abandono. Vai se desenhando, assim, um cenário de certa forma hostil à ocupação.<sup>44</sup>

Evidenciado o fracasso dessa *lógica*, essa estruturação sistêmica, secundariamente, deve servir para identificar, e, conseqüentemente, punir os *desviantes*. Afinal, nesse tipo de contexto, à revelia da necessidade de se resolver o próprio conflito entre as partes diretamente atingidas, é sempre preciso *combater a sensação de impunidade* que pode pairar sobre os demais integrantes da sociedade. Controvertida a utilização da pena de morte, apenas porque livra o sujeito do necessário e *pedagógico* sofrimento, a inocuidade acaba se alastrando como a alternativa *preferida* dos arautos da segurança pública. Tem-se a concentração máxima das possibilidades de controle sobre o corpo humano.<sup>45</sup> Determinam-se as vestimentas, o corte de cabelo e o comportamento de uma maneira em geral. Como se expressar durante a fala, por onde andar, para quem olhar, a que horas e em que locais poderá fazer o seu asseio, dormir, comer, receber visitas e por aí vai. No ambiente prisional, em nome da prevenção/segurança, naturalizou-se a ideia de que tudo deve estar *automatizado*.

---

<sup>43</sup> TRIGUEIROS, Conceição. *Panóptico – as ordens da vigilância*. Uma arquitetura moralista. Casal de Cambra: Caleidoscópio, 2011. p. 20.

<sup>44</sup> Sobre essa perspectiva, de maneira mais desenvolvida, recomenda-se: LEITÃO, Lúcia. *Quando o ambiente é hostil – uma leitura urbanística da violência à luz de sobrados e mucambos*. 2ª ed. Recife: EDUFPE, 2014.

<sup>45</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir – história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 2005.

Nesse passo, vigilância, controle e punição se constituem no tripé que sustenta o *mantra da ordem pública*, o que tem servido de fundamento às prisões cautelares que se alastram pelo Brasil. A propósito, em pelo menos cinco oportunidades a expressão *ordem pública* pode ser encontrada no Código de Processo Penal brasileiro (doravante CPP). Tem-se, portanto, ainda em vigência na legislação processual penal brasileira (veja-se especialmente o artigo 312 do CPP), um daqueles institutos típicos de regimes autoritários, cujo conceito possui um espectro que se espalha (ou se contrai) ao sabor das conveniências, geralmente políticas, de quem está a exercer o poder punitivo. Temos, com isso, a utilização de um conceito que, como constatam Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa<sup>46</sup>, é “vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico”.

Esse impulso expansivo dos que comandam o sistema de controle e de punição não pode ser atribuído de maneira simplória a uma das consequências da (pós-)modernidade, pois tal sempre esteve presente no curso da história humana. O próprio Barão de Montesquieu, ainda no século XVIII, lidava com o tema em sua obra.<sup>47</sup> Ocorre que, essa expansão demandava a disseminação de uma rede bem articulada de um grupo privilegiado de pessoas que fizesse com que a informação pudesse circular com alguma regularidade entre as cadeias de comando, o que, além de demandar demasiado tempo, dificultava o controle do alto escalão sobre os mais reles subordinados. Era preciso aperfeiçoar essa dinâmica. As inovações tecnológicas possibilitaram um controle mais rápido e eficiente com a utilização de um número reduzido de pessoas. Em suma, mais concentração de poder em um menor número.

As máquinas, embora não pensem como nós, pela poderosa capacidade de captura, armazenamento e articulação de informações, assumem definitivamente um protagonismo nessa estrutura de vigilância e de controle que se sedimenta historicamente. No entanto, embora resolvam *fórmulas* de maneira mais ágil e eficiente, poderiam tais máquinas, no

---

<sup>46</sup> LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Crise de identidade da “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-idade-ordem-pblica-fundamento-prisao-preventiva#\\_ednref1](https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-idade-ordem-pblica-fundamento-prisao-preventiva#_ednref1). Acesso em 16 fev. 2020.

<sup>47</sup> MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 164.

futuro, assumirem os mais variados papéis atribuídos aos seres humanos no sistema de justiça criminal? Poderiam, nesse contexto, refletir criticamente sobre um problema jurídico-criminal? Um juízo de censura ético-jurídico seria artificialmente programável? Refletiria essa máquina mais do que a própria ética de seu programador? Se, por vezes, são suficientes para lidar com o capital financeiro, decidindo os rumos de uma negociação, poderiam então essas máquinas, com base num programa computadorizado, decidirem os rumos de uma investigação criminal? Seria possível convivermos com policiais, promotores, defensores e até juízes *robots*? Esses seres mecanizados seriam capazes de decidir de maneira justa o estabelecimento de uma pena ou a determinação de uma prisão cautelar? São essas algumas das questões que nos inquietam diante dos argumentos sobre o uso dessas tecnologias no âmbito da investigação criminal.

Entretanto, mesmo a despeito das máquinas, o fato é que já temos no Brasil juízes que, por exemplo, têm publicado decisões tomadas com base no mero preenchimento de *formulários* pré-estabelecidos, questionados junto aos tribunais superiores. Decretações de prisões cautelares, e que, portanto, privam a liberdade humana, têm sido feitas dessa maneira.<sup>48</sup> Não há de nos espantar se surgirem, em breve, programas informáticos que, com base em cálculos probabilísticos, haverão de “auxiliar” policiais, promotores, defensores e até julgadores a tomarem decisões encaradas como mais “justas” e, sobretudo, mais céleres. Na base de dados de uma dessas máquinas “inteligentes”, caso levássemos em conta o que atualmente tem prevalecido no ideário seletivo do sistema de controle e de punição no Brasil, muito provavelmente teríamos como informações *determinantes* repassadas às máquinas o fato de a pessoa investigada ser jovem, pobre e negra.<sup>49</sup> Razões que, segundo esse ideário, apontariam para um juízo de reprovação probabilisticamente mais inclinado à condenação.

---

<sup>48</sup> No Superior Tribunal de Justiça, veja-se a decisão de revogação no HC 70.939/MG. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Mídias/arquivos/RHC70939.pdf](http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Mídias/arquivos/RHC70939.pdf). Acesso em 16 fev. 2020. Já no Supremo Tribunal Federal, pode-se compulsar os autos do HC 128.880/SP. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10350259>. Acesso em 16 fev. 2020.

<sup>49</sup> Esse tem sido, não à toa, o perfil historicamente predominante da população carcerária brasileira. Recomenda-se para aprofundamento: DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DEPEN. *População carcerária brasileira*

Nos últimos anos nos Estados Unidos, na esteira de programas estatísticos utilizados por seguradoras, Juan Corvolán<sup>50</sup> constatou que a inteligência artificial transcendeu o âmbito das seguradoras chegando até o direito penal. Segundo o autor, em estados como “Oregón, Oklahoma, Texas, California, Nebraska, Colorado, Indiana, Ohio, Idaho, Delaware, Washington, Arizona, Virginia y Alabama” uma dessas *máquinas* inteligentes já tem auxiliado juízes na fixação de sentenças. Um dos mais populares desses programas seria o COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions). A intenção é obter um diagnóstico que é encarado como *mais preciso* [para quem?] sobre a pessoa investigada, reunindo-se informações sobre seu passado, por exemplo. Programas de espionagem, como “um meio (oculto) de obtenção de prova”, popularizam-se no contexto de uma sociedade que anseia por informação<sup>51</sup>. Há anos, portanto, convivemos com discussões que fervilham ao redor do mundo e que devem nos fazer refletir criticamente a esse respeito.

Uma das principais preocupações quanto ao uso das máquinas no âmbito do sistema social de controle e de punição tem sido o direito à privacidade, discutido, nesse contexto, desde meados da década de 1980 nos Estados Unidos. Em casos como *United States v. Karo*, 468 U.S. 705, 715 (1984); *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27, 31 (2001); e *United States v. Jones*, 132 S. Ct. 945, 948 (2012), todos eles, sem surpresas,<sup>52</sup> relacionados

---

*chega a mais de 622 mil detentos* - Novo relatório do Infopen mostra que perfil das pessoas privadas de liberdade é de jovens, negra e de baixa escolaridade. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>. Acesso em 16 fev. 2020.

<sup>50</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo. *El peligro de la inteligencia artificial como oráculo del sistema penal*. In: Diario Infobae. Disponível em: <http://www.infobae.com/opinion/2017/08/30/el-peligro-de-la-inteligencia-artificial-como-oraculo-del-sistema-penal/>. Acesso em 16 fev. 2020.

<sup>51</sup> RIBOLI, Eduardo Bolsoni. “Eu sei o que vocês fizeram no verão passado”: o uso de *software* de espionagem como meio de obtenção de prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156, ano 27. São Paulo: RT, 2019. p. 91 ss.

<sup>52</sup> Nesse período, sobre os esforços do governo norte-americano na disseminação de uma política contra as drogas que “justificasse” uma série de violações de direitos e garantias fundamentais, recomenda-se: FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. Criminologia das drogas: considerações a partir do excuro biográfico entre Medellín e Rocinha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim*, São Paulo, v. 25, n. 130, p. 269-315, abr., 2017. p. 269-315.

com o comércio ilegal de drogas, a Suprema Corte norte-americana fez questão de refletir criticamente sobre o uso da tecnologia como meio para obtenção de provas por parte dos agentes estatais, devendo existir respeito à privacidade, que, segundo o caso de 2001, seria “the prototypical and hence most commonly litigated area of protected privacy”. Privacidade que, dadas as atuais circunstâncias,<sup>53</sup> em que já se consegue informações sem que as pessoas precisem colaborar, com câmeras de reconhecimento facial,<sup>54</sup> entre outros recursos,<sup>55</sup> deve também ser mental. O fato é que, mesmo com a vigência da Lei de Proteção de Dados (13.709/2018), em que são prescritas regras para a recolha das informações, sendo essas muito genéricas (art. 7º ss) e permissivas (art. 4º), justamente no trato de questões de segurança pública/nacional.

O pior é que, segundo perspectivamos, ao invés de nos preocuparmos em criar mecanismos para frear essa invasão de tantos recursos investigativos, sobretudo aqueles invasivos à privacidade, à intimidade ou ao direito de não produzir prova contra si mesmo, o que nos parece é que temos feito o inverso, estimulando um cenário de verdadeira expansão, em que se possibilita a utilização desses mesmos mecanismos por outras pessoas eventualmente interessadas na investigação, como são, por exemplo, os detetives particulares e os profissionais da advocacia, cujo Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil nos parece ser mais um instrumento (preponderantemente) de cunho *político* (ainda que na melhor acepção da palavra), para demarcar posição frente ao empoderamento das agências estatais repercutidas em operações como a lava-jato, do que propriamente um recurso *inovador* e efetivo de equilíbrio entre acusação e defesa no âmbito da investigação.

---

<sup>53</sup> AIRES DE SOUSA, Susana. *Neurociências e Direito Penal: em busca da “verdade” perdida (na mente)?* Coimbra: Instituto Jurídico, 2017. Disponível em: [https://ij.fd.uc.pt/publicacoes/vulnerabilidade\\_e\\_direito/direitonumahora2.pdf](https://ij.fd.uc.pt/publicacoes/vulnerabilidade_e_direito/direitonumahora2.pdf). Acesso em 16 fev. 2020.

<sup>54</sup> VALENTE, Jonas. *Tecnologias de reconhecimento facial são usadas em 37 cidades no país*. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-09/tecnologias-de-reconhecimento-facial-sao-usadas-em-37-cidades-no-pais>. Acesso em 15 nov. 2019.

<sup>55</sup> Nesse contexto, é particularmente relevante o dossiê “Novas tecnologias e processo penal”, publicado na Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3>. Acesso em 18 fev. 2020.



Assente-se, entretanto, que não vemos a iniciativa do Conselho Federal da advocacia com qualquer vício de inconstitucionalidade pela via formal, tendo em vista poder argumentar-se ser o provimento um desdobramento do princípio da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inciso LV, da Constituição da República). Não nos parece ser especificamente esse o problema. O provimento não veda, por exemplo, que o profissional da advocacia se utilize das provas na condição de assistente de acusação. Ainda que o provimento sinalize que a utilidade de uma investigação defensiva estaria vinculada ao asseguramento de “direitos individuais” (art. 3, inciso XI), deles também gozam as supostas vítimas e seus parentes, que, não raramente, acompanham de perto os desdobramentos da persecução contra o investigado, constituindo-se integrantes da advocacia para fazê-lo de maneira mais técnica. Estamos, na realidade, ao invés de fortalecendo o princípio da ampla defesa e do contraditório, dando uma dimensão ainda maior a ideia de uma *ampla investigação*, o que serve, na prática, para desprestigiar a intimidade da vida privada e, por tabela, a própria dignidade humana. Como preservá-la, afinal, como condição básica para a existência de um ambiente democrático, com a intimidade da vida privada, um de seus núcleos, cada vez mais espartilhada? O regramento parece-nos mais ter marcado uma posição política contra a atuação dos órgãos investigatórios oficiais do que propriamente equilibrado o jogo persecutório entre alguns agentes estatais e a advocacia, com o que se convencionou denominar por necessária “paridade de armas”, perspectivada, segundo a doutrina de Welton Roberto<sup>56</sup>, como essência do contraditório democrático.

Ocorre que, a mentalidade inquisitiva que permeia culturalmente a persecução penal brasileira,<sup>57</sup> que paira inclusive sobre boa

---

<sup>56</sup> ROBERTO, Welton. *Paridade de armas no processo penal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 93.

<sup>57</sup> Desenvolvidamente a respeito: SANTOS, Bruno C. L.; FRANÇA JÚNIOR, Francisco A.; SANTOS, Hugo L. R. Práticas judiciárias no campo criminal e a construção das verdades na persecução penal: um debate a partir de Michel Foucault. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 1041-1072, mai./jun. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.199>. E ainda: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, v. 1. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018.

parte da advocacia, não tarda, certamente há de encontrar caminhos e/ou atalhos para que uma investigação, que se pretendia como essencialmente *defensiva* e garantidora dos direitos individuais dos mais débeis,<sup>58</sup> sirva-se também como aquelas do tipo *acusatória*. Logo, nesse cenário, não será apenas a pessoa investigada a afetada por essa críticaável expansão do poder investigativo, mas todas aquelas envolvidas com o fato. Se nem as pessoas investigadas, perspectivadas como as mais débeis na relação com os agentes estatais, são poupadas desse processo invasivo, imaginemos então testemunhas, peritos e mesmo juízes, promotores e a própria advocacia. Afinal, será também preciso saber se estão dizendo aquilo que realmente sabem e/ou acreditam que seja a perseguida verdade. E para isso as máquinas, com o selo da cientificidade, apresentar-se-iam como muito úteis. Não nos parece que seja este, portanto, o caminho a ser trilhado, sobretudo porque os exemplos negativos do desvirtuamento de proposta bem intencionadas abundam na literatura.<sup>59</sup>

A opção pela expansão do poder investigatório, como um inegável corolário do próprio poder punitivo (*jus puniendi*), ainda que eventualmente tenha sido impulsionada por boas intenções, demonstramos a capacidade de reinvenção de um tipo de mentalidade (o que lhe tem permitido desembaraçada circularidade) ainda tributária da busca pela *verdade real*, o que, não raramente, pode se prestar a legitimar, por exemplo, “inúmeras técnicas de obtenção da confissão do acusado e intimidação da defesa”<sup>60</sup>. A ampla defesa e o contraditório, portanto, da nossa perspectiva, deveria servir para conter, limitar, estancar, obstaculizar a circularidade do poder punitivo e de seus corolários, jamais para se apropriar dessa mesma mentalidade, expandindo-a, portanto, dando-lhe ainda mais substância prática, mesmo que sob o argumento “em favor do investigado”.

---

<sup>58</sup> Esse é mote principal, aliás, da obra: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 4. ed. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2014.

<sup>59</sup> FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. O grande encarceramento: só a descriminalização “salva”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 25, n. 290, p. 14-16, jan. 2017.

<sup>60</sup> PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 340.

Caminhamos, portanto, para o que Marco Aurélio de Castro Júnior<sup>61</sup>, ainda que em outro contexto, denominaria de *pós-humanidade*, o despertar de um *admirável mundo novo*<sup>62</sup>, uma era que deve nos arrastar a discussões sobre uma eventual obsolescência do ser humano frente a determinadas tarefas da dinâmica social, uma delas, dizemos nós, a de ter que prevenir e resolver conflitos. Ferramentas que surgem como auxiliares, podem, com o tempo, ser apresentadas como substitutas mais eficientes das atividades desenvolvidas pelos seres humanos. Patrulhas, investigações e julgamentos realizados por *robots*, dotados da mais avançada inteligência artificial, repletos dos mais complexos algoritmos, programados para a produção de “justiça”. Um sistema do tipo *fast trial*, com respostas uniformizadas e rápidas, moldado especialmente para uma sociedade que tem pressa.

Não é de nos surpreender o fato de que já exista inteligência artificial adaptada para o meio jurídico capaz de ouvir perguntas no mesmo nível de linguagem que dois advogados experientes utilizariam para debater sobre um caso, e respondê-las com base na legislação, na jurisprudência e na doutrina, pesquisando em todas as fontes de informação relevantes para o objeto de pesquisa.<sup>63</sup> Também estão à mão mecanismos que buscam as movimentações processuais e entregam dados relevantes aos interessados. Intimações chegam instantaneamente nos e-mails dos patronos das causas que tramitam nos mais diferentes tribunais, assim como todos os resultados dos julgamentos mais importantes. A compilação de informações fica cada vez mais precisa, a fim de que as metas sejam traçadas e cumpridas. Parcerias entre órgãos de classe e o Poder Público podem vir a criar desde controles mais agudos como um escritório virtual que concentra todos os dados de processos em diferentes plataformas<sup>64</sup>,

---

<sup>61</sup> CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de. *Direito e Pós-Humanidade* – quando os robôs serão sujeitos de Direito. Curitiba: Juruá, 2013.

<sup>62</sup> HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Trad. Vidal Serrano. São Paulo: Globo de Bolso, 2015.

<sup>63</sup> ASHLEY, Kevin D. *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 351 ss.

<sup>64</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Escritório Digital*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/escritorio-digital>. Acesso em 16 fev. 2020c.

até simples aplicativos que ajudam advogados na organização do tempo em virtude de eventuais atrasos no início das audiências.<sup>65</sup>

No entanto, não nos parece que a complexidade ínsita às relações humanas, sobretudo aquelas de cunho conflituoso, venha a ser processada sempre satisfatoriamente numa máquina cujas respostas estão previamente prescritas em sua programação. Por menor que seja uma alegada *margem de erro*, o certo é que esta não há de compensar o que está em jogo: a preservação da dignidade humana, porque esta é o valor nuclear inegociável de uma nação que se apresenta como democracia. Pior ainda quando o conflito ameaçar a liberdade ambulatorial de quem quer que seja. É imperioso reconhecer que cada conflito carrega consigo um drama em particular, um cenário cujas características são únicas e, portanto, irrepetíveis.

Apesar de termos em conta que existem diversas tarefas repetitivas, ao tratarmos de funções executadas por aqueles que se dedicam às carreiras jurídicas – como a pesquisa jurisprudencial ou o protocolo de petições – há determinados atos que demandam a atenção de um ser humano, devido ao seu grau de complexidade. Interações humanas *desencriptadas* são necessárias para a formulação de respostas a questões que não são sujeitas a uma antecipação, a um padrão estabelecido previamente por linhas de código.<sup>66</sup> Aliás, está fora de questão o reconhecimento do direito de autodeterminação das máquinas tal como existe para os seres humanos, isso pelo simples fato de que, nesse contexto, somente aos humanos é possível o reconhecimento de uma dignidade, bem como o desenvolvimento de uma capacidade de agir através da perspectiva ética.<sup>67</sup> Por mais aprimorada que seja a inteligência artificial, por mais

---

<sup>65</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Aplicativo vai informar a hora exata de início das audiências*. Disponível em: <http://trt2.jus.br/indice-noticias-em-destaque/21375-aplicativo-do-trt-2-vai-informar-a-hora-exata-de-inicio-das-audiencias>. Acesso em 16 fev. 2020.

<sup>66</sup> REMUS, Dana; LEVY, Frank S. *Can robots be lawyers? Computer, lawyers, and the practice of law*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2701092>. Acesso em 16 fev. 2020.

<sup>67</sup> MIRANDA BARBOSA, Mafalda. *Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspectivas*. In: *Congresso Direito e Robótica*. Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 16 de nov. 2017.

arguto que seja seu programador, suas respostas estão condicionadas ao que foi possível antecipar no curso de sua programação.

O aprimoramento que se deve buscar para que tenhamos um sistema de prevenção e de resolução de conflitos efetivamente justo não é propriamente nas ferramentas disponibilizadas, embora isso também seja importante, mas na capacidade dos próprios seres humanos para lidar satisfatoriamente com todas essas inovações na dinâmica social, fazendo-os perceber sobretudo que a utilização de nenhuma tecnologia deve servir para justificar ofensas aos valores diretamente ligados à dignidade da pessoa humana. A incolumidade da integridade física e mental, da intimidade da vida privada, da autodeterminação, dentre outros valores substancialmente importantes em ambiente que se pretende democrático, precisa de uma mente humana (veja-se o que dissemos no item 2) a pensar sobre suas implicações num conflito entre seres humanos cujas vidas não cabem nas fórmulas algoritmas que servem para mover as máquinas dotadas de alguma inteligência artificial.

## CONCLUSÃO

Como foi possível antever, uma sociedade dirigida por máquinas já não é mais um cenário projetado por autores com mentes férteis para a disseminação de distopias. Forçoso reconhecermos que contemporaneamente a dinâmica social tem sido, em boa medida, fruto das respostas oferecidas por inteligências artificiais. Nossos desejos e comportamentos, se não (ainda) absolutamente controlados, são sorrateiramente direcionados a partir dos rastros que deixamos quando nos conectamos com a rede mundial de computadores. O fato é que estamos todos de alguma forma conectados por essas máquinas que, embora não pensem, são dotadas de uma desmedida capacidade de execução de tarefas para as quais levaríamos um tempo relevante. O fluxo e o registro das informações que recebem só tendem a crescer, o que certamente servirá para fomentar um sistema de controle e de punição ainda mais poderoso e invasivo. Ainda que o futuro seja permeado de incógnitas,<sup>68</sup> não será preciso muito esforço

---

<sup>68</sup> CESARI, Claudia. Editoriale: L'impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale – un orizzonte denso di incognite. *Revista Brasileira de Direito*

para percebermos que restará implicada a intimidade, a privacidade e a própria dignidade. O que nos interessa é começarmos a discutir, o quanto antes, dentro e fora da academia, como serão estabelecidos os necessários limites sobre essa entusiasmada atuação investigativa.

A propósito, se considerarmos o Direito como um processo social de adaptação, podemos enxergar o tema aqui proposto a partir do conceito de *círculos sociais* trazido pelo jurista alagoano Pontes de Miranda, ainda na década de 1920, pois a interação social, que lhe dá o elemento qualitativo, está passando por adaptações capazes de trazer valores que justificariam novas instituições. A regular evolução da sociedade é, portanto, para o crescimento dos tais círculos, de modo que as novas tecnologias, a inteligência artificial e todos os efeitos advindos delas, estariam sendo gradativamente absorvidos e organizados em nosso meio.<sup>69</sup> Assim, o que nos parece problemático é que esse expansionismo, tanto de métodos quanto de investigadores, na prática voltado para impactar (mais negativa do que positivamente) na busca pelo que se idealiza como *verdade*, merece urgentemente instrumentos de contenção, e não de alargamentos, por mais bem intencionados que se anunciem.

Por fim, o presente trabalho, longe de nutrir a pretensão de apresentar respostas conclusivas, traz reflexões críticas sobre a temática proposta abordando possíveis influências negativas sobre o sistema de controle e de punição. Não obstante, concluímos que, se deixarmos que a formulação de políticas públicas em segurança continue embalada pela lógica beligerante da *tolerância zero*, ou com base no argumento de que, em nome da segurança, se haverá sempre de ampliar o círculo investigativo sobre o cidadão (afinal, *quem não deve não teme*), ou mesmo agora com lastro na ideia da paridade entre acusação e defesa, como argumento *inovador*, com fórmulas que, muito longe de se constituírem como inovadoras, são historicamente fracassadas, muito provavelmente desaguaremos num cenário em que *zero*, para além de um dos mais usuais componentes de um algoritmo, deverá ser o número de direitos e garantias que nos vai ser possível invocar diante de uma eventual investigação criminal.

---

*Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1167-1188, set./dez. 2019.

<sup>69</sup> MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo I.

## REFERÊNCIAS

- AIRES DE SOUSA, Susana. *Neurociências e Direito Penal: em busca da “verdade” perdida (na mente)?* Coimbra: Instituto Jurídico, 2017. Disponível em: [https://ij.fd.uc.pt/publicacoes/vulnerabilidade\\_e\\_direito/direitonumahora2.pdf](https://ij.fd.uc.pt/publicacoes/vulnerabilidade_e_direito/direitonumahora2.pdf). Acesso em 20 nov. 2017
- ASIMOV, Isaac. *Eu, Robot*. Trad. Eduardo Saló, José Teixeira de Aguiar e Mário Redondo. Mem Martins: Europa-América, 2004.
- ASIMOV, Isaac. *O homem bicentenário e outras histórias*. Trad. Milton Persson. Porto Alegre: L&PM, 1997.
- ASIMOV, Isaac. *Visões de um robot*. Trad. Eduardo Saló. Mem Martins: Europa-América, 1992.
- BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.
- ASHLEY, Kevin D. *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de. *Direito e Pós-Humanidade – quando os robôs serão sujeitos de Direito*. Curitiba: Juruá, 2013.
- CANÁRIO, Pedro. *Quase 110 milhões de processos passaram pelo Judiciário em 2016, segundo CNJ*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-04/110-milhoes-processos-passaram-judiciario-2016>. Acesso em 21 nov. 2017.
- CESARI, Claudia. Editoriale: L’impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale – un orizzonte denso di incognite. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1167-1188, set./dez. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.292>
- CONNER-SIMONS, Adam; GORDON, Rachel. *Detecting emotions with wireless signals*. Disponível em: [https://www.csail.mit.edu/detecting\\_emotions\\_with\\_wireless\\_signals](https://www.csail.mit.edu/detecting_emotions_with_wireless_signals). Acesso em: 24 out. 2017.
- CORVALÁN, Juan Gustavo. *El peligro de la inteligencia artificial como oráculo del sistema penal*. In: Diario Infobae. Disponível em: <http://www.infobae.com/opinion/2017/08/30/el-peligro-de-la-inteligencia-artificial-como-oraculo-del-sistema-penal/>. Acesso em 20 nov. 2017.
- CROSSEN, Cynthia. *O fundo falso das pesquisas – a ciência das verdades torcidas*. Trad. Roberto Teixeira. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

D'ANGELO, Helô. *Vem aí: lentes de contato de realidade virtual* – A Samsung acaba de registrar uma patente para a produção de lentes com microcâmeras integradas e conexão wi-fi. Disponível em: <https://super.abril.com.br/tecnologia/vem-ai-lentes-de-contato-de-realidade-virtual/>. Acesso em 24 out. 2017.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DEPEN. *População carcerária brasileira chega a mais de 622 mil detentos* - Novo relatório do Infopen mostra que perfil das pessoas privadas de liberdade é de jovens, negra e de baixa escolaridade. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>. Acesso em 20 nov. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* – teoria do garantismo penal. 4. ed. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir* – história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 2005.

FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. O grande encarceramento: só a descriminalização “salva”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 25, n. 290, p. 14-16, jan. 2017.

FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis de. Criminologia das drogas: considerações a partir do excursus biográfico entre Medellín e Rocinha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* – RBCCrim, São Paulo, v. 25, n. 130, p. 269-315, abr., 2017.

FROIS, Catarina. *Vigilância e poder*. Lisboa: Mundos Sociais, 2011.

FROIS, Catarina (org). *A sociedade vigilante* – ensaios sobre identificação, vigilância e privacidade. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2008.

GABBATT, Adam. *IBM computer Watson wins Jeopardy clash*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2011/feb/17/ibm-computer-watson-wins-jeopardy>. Acesso em 22 nov. 2017.

GARDNER, Howard. *A nova ciência da mente* – uma história da Revolução Cognitiva. Trad. Inês Ricardo, Lisboa: Relógio D'Água, 2002.

GLINK, Llyce. *9 ways drones are changing real estate*. Disponível em: <https://www.cbsnews.com/media/9-ways-drones-are-changing-real-estate/>. Acesso em 22 nov. 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, v. 1. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018

GREGOIRE, Carolyn. *Scientists Have Figured Out How To 'Fingerprint' Your Brain* - The technology could be used to predict mental or neurological illness. Disponível



em: [https://www.huffingtonpost.com/entry/brain-connections-map\\_us\\_582b-628be4b01d8a014adc56](https://www.huffingtonpost.com/entry/brain-connections-map_us_582b-628be4b01d8a014adc56). Acesso em: 11 nov. 2017.

HAWKING, Stephen. *Conferência de abertura da Web Summit em Lisboa, Portugal*. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=13&v=U-hcSL-ya0\\_w](https://www.youtube.com/watch?time_continue=13&v=U-hcSL-ya0_w). Acesso em 14 nov. 2017.

HELM, Gerhard. *Computer können denken! Der Mensch in der Perspektive der Kognitionswissenschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Trad. Vidal Serrano. São Paulo: Globo de Bolso, 2015.

KURZWEIL, Ray. *How to Create a Mind: The Secret of Human Thought Revealed*. London: Duckworth Overllok, 2013.

KURZWEIL, Ray. *The age of spiritual machines: when computer exceed human intelligence*. New York: Penguin Books, 1999.

KURZWEIL, Ray. *The singularity ir near: when humans transcend biology*. London: Duckworth Overllok, 2008.

LEAL AMADO, João. Os robots e o direito do trabalho: o desafio final? In: *Congresso Direito e Robótica*. Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 16 de nov. 2017.

LEITÃO, Lúcia. *Quando o ambiente é hostil – uma leitura urbanística da violência à luz de sobrados e mucambos*. 2ª ed. Recife: EDUFPE, 2014.

LEONARDI, Ana Carolina. *Cientistas conseguem apagar memórias ruins em ratos – Eles descobriram que, manipulando um neurotransmissor, conseguem deletar traumas e até reforçar memórias boas*. Disponível em: <https://super.abril.com.br/ciencia/cientistas-conseguem-apagar-memorias-ruins-em-ratos/>. Acesso em 24 out. 2017.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Crise de identidade da “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-cri-se-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva#\\_ednref1](https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-cri-se-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva#_ednref1). Acesso em 16 nov 2017.

MARSHALL, Aarian. *What does tesla’s automated truck mean for truckers?* Disponível em: <https://www.wired.com/story/what-does-teslas-truck-mean-for-truckers/>. Acesso em 21 nov. 2017.

MARTINHO, Rui Leão (dir.). *Cadernos de economia*, Lisboa, ano XXX, n. 119, abr/jun, 2017.

MCCORDUCK, Pamela. *Machines Who Think*. São Francisco: W.H. Freeman, 1979.

MIRANDA BARBOSA, Mafalda. Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspectivas. In: *Congresso Direito e Robótica*. Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 16 de nov. 2017.

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do Direito*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo I.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

NEVEJANS, Nathalie. Quel statu juridique pour les robots autonomes? A propos de l'article 59, f), de la Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 sur les règles de droit civil sur la robotique. In: *Congresso Direito e Robótica*. Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 16 de nov. 2017.

NOVET, Jordan. *Tesla is working with AMD to develop its own A.I. chip for self-driving cars, says source*. Disponível em: <https://www.cnn.com/2017/09/20/tesla-building-an-ai-chip-for-its-cars-with-amd.html>. Acesso em 21 nov. 2017.

ORWELL, George. *1984*. Trad. Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PENROSE, Roger. *O grande, o pequeno e a mente humana* – com Abner Shimony, Nancy Cartwright e Stephen Hawking. Trad. David Resendes. Lisboa: Gradiva, 2003.

PENROSE, Roger. *A mente virtual (the emperor's new mind)* – sobre computadores, mentes e as leis da física. Trad. Augusto José Franco de Oliveira, Carlos Lourenço e Luís Teixeira da Costa. Lisboa: Gradiva, 1997.

PEREIRA, Luís Moniz. *A máquina iluminada* – cognição e computação. Porto: Fronteira do Caos, 2016.

PESSIS-PASTERNAK, Guitta. *Será preciso queimar Descartes? Do caos à inteligência artificial: quando os cientistas se interrogam*. Lisboa: Relógio D'Água, 1993.

PINTO, Rita. *Sophia, a robot que já tem mais direitos que as mulheres na Arábia Saudita*. Disponível em: <https://shifter.pt/2017/10/sophia-robot-arabia-saudita/>. Acesso em 16 nov. 2017.

PINTO MONTEIRO, António. Intervenção de abertura. *Congresso Direito e Robótica*. Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 16 de nov. 2017.

REMUS, Dana; LEVY, Frank S. *Can robots be lawyers? Computer, lawyers, and the practice of law*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2701092>. Acesso em 22 nov. 2017.

RIBOLI, Eduardo Bolsoni. “Eu sei o que vocês fizeram no verão passado”: o uso de software de espionagem como meio de obtenção de prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 156, ano 27, jun. 2019.

ROBERTO, Welton. *Paridade de armas no processo penal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence – a modern approach*. 3. ed. New Jersey: Pearson, 2010.

SANTOS, Bruno C. L.; FRANÇA JÚNIOR, Francisco A.; SANTOS, Hugo L. R. Práticas judiciárias no campo criminal e a construção das verdades na persecução penal: um debate a partir de Michel Foucault. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 1041-1072, mai./jun. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.199>.

SEARLE, John. *Mente, cérebro e ciência*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2015.

TRIGUEIROS, Conceição. *Panóptico – as ordens da vigilância. Uma arquitectura moralista*. Casal de Cambra: Caleidoscópio, 2011.

VALENTE, Jonas. Tecnologias de reconhecimento facial são usadas em 37 cidades no país. Disponível em: <http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2019-09/tecnologias-de-reconhecimento-facial-sao-usadas-em-37-cidades-no-pais>. Acesso em 15 nov. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática*. São Paulo: Atlas, 2013.

### Informações adicionais e declarações dos autores (*integridade científica*)

*Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration)*: os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

*Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship)*: todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- *Francisco França Júnior*: projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Bruno Cavalcante Leitão Santos*: coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Felipe Costa Laurindo do Nascimento*: coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.

*Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality):* os autores asseguram que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

---

#### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 15/01/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 19/01/2020
- Avaliação 1: 24/01/2020
- Avaliação 2: 28/01/2020
- Avaliação 3: 29/01/2020
- Avaliação 4: 01/02/2020
- Decisão editorial preliminar: 15/02/2020
- Retorno rodada de correções: 18/02/2020
- Decisão editorial final: 26/02/2020

#### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (MSG)
- Revisores: 4

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

FRANÇA JÚNIOR, Francisco; SANTOS, Bruno C. L.; NASCIMENTO, Felipe C. L. Aspectos críticos da expansão das possibilidades de recursos tecnológicos na investigação criminal: a inteligência artificial no âmbito do sistema de controle e de punição. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 211-246, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.334>




Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.


# Avaliação psicológica de agressores sexuais no contexto brasileiro: instrumentos e perspectivas

*Psychological assessment of sexual offenders in the Brazilian context: instruments and perspectives*

## **Álice Lira-Cardoso<sup>1</sup>**


Universidade Federal da Paraíba – João Pessoa/Paraíba, Brasil  
alicetlcardosos@gmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/7678754881977497>

 <http://orcid.org/0000-0003-4648-498X>

## **Gabriella Medeiros Silva<sup>2</sup>**


Universidade Federal da Paraíba – João Pessoa/Paraíba, Brasil  
medeirosgabriella7@gmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/7976072539402047>

 <https://orcid.org/0000-0002-5224-5865>

## **Thiago Pinto Siqueira Campos<sup>3</sup>**


Universidade Federal da Paraíba - João Pessoa/Paraíba, Brasil  
thiagosiqueirajp@gmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/9612818353542939>

 <https://orcid.org/0000-0002-7613-9485>

## **Lizandra Monteiro Ciraulo<sup>4</sup>**

Universidade Federal da Paraíba – João Pessoa/Paraíba, Brasil  
lizandraciraulo@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/6389188444774940>

 <https://orcid.org/0000-0002-1049-3983>

---

<sup>1</sup> Graduanda em Psicologia pela Universidade Federal da Paraíba.


<sup>2</sup> Graduanda em Psicologia pela Universidade Federal da Paraíba.


<sup>3</sup> Graduando em Psicologia pela Universidade Federal da Paraíba.

<sup>4</sup> Graduanda em Psicologia pela Universidade Federal da Paraíba.

## Carmen Walentina Amorim Gaudêncio Bezerra<sup>5</sup>

Universidade Federal da Paraíba – João Pessoa/Paraíba, Brasil  
camoring@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/9578405957302211>

 <https://orcid.org/0000-0001-5972-1601>

---

**RESUMO:** A avaliação clínica forense é um processo ético-técnico-científico que investiga os processos psicológicos (emocionais, cognitivos e comportamentais), de um ou mais indivíduos, envolvidos em um delito, visando satisfazer a uma demanda do contexto legal. Este artigo objetivou trazer à tona a situação atual da avaliação psicológica no contexto forense brasileiro, com o foco nos “agressores sexuais”. Para tal, realizou-se uma revisão narrativa da literatura científica nacional por meio de artigos e capítulos de livros com atenção aos componentes metodológicos da avaliação psicológica (entrevista e testagem psicológica propriamente dita) sobre a avaliação de personalidade, do risco de violência e da reincidência criminal, da agressividade, de psicopatia e da impulsividade, variáveis implicadas nesse contexto. Além disso, observou-se o embasamento legal para a atuação do psicólogo forense nos âmbitos regidos pelo Código Penal, pelo Código Processual Penal e pela Lei de Execução Penal. Os resultados apontam para uma escassez científica e metodológica nacional, sobre a avaliação dos agressores sexuais. Entretanto, os estudos desenvolvidos estão avançando no sentido de dirimir tal lacuna, de modo que quanto mais experiência no contexto legal, mais apto estará o psicólogo forense a satisfazer as demandas jurídicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Avaliação Clínica Forense; Agressores Sexuais; Psicologia Jurídica.

---

<sup>5</sup> Doutora em Psicologia pela Universidade Complutense de Madri. Psicóloga Perita Cível e Criminal nos contextos espanhol e brasileiro. Professora Associada ao Departamento de Psicologia da Universidade Federal da Paraíba. Coordenadora e Líder do Laboratório de Avaliação e Intervenção Clínica Forense – LAICF/UFPB/CNPq. Coordenadora do GT Criminal e Penitenciária da Associação Brasileira de Psicologia Jurídica – APBJ. Parecerista Ad Hoc do Sistema de Avaliação de Testes Psicológicos – SATEPSI/CFP.



**ABSTRACT:** *Forensic clinical assessment is an ethical-technical-scientific process that investigates the psychological processes (emotional, cognitive and behavioral) of one or more individuals involved in an offense, aiming to satisfy a demand of the legal context. This article aimed to bring up the current situation of psychological evaluation in the Brazilian forensic context, focusing on "sexual offenders". To this end, a narrative review of the national scientific literature was carried out through articles and book chapters, with attention to the methodological components of psychological assessment (interview and psychological testing itself) on the assessment of personality, risk of violence and violence. criminal recidivism, aggressiveness, psychopathy and impulsivity, variables involved in this context. In addition, the legal basis for the forensic psychologist's work was observed in the areas governed by the Penal Code, the Penal Procedural Code and the Law on Criminal Execution. The results point to a national scientific and methodological scarcity about the evaluation of sexual offenders. However, the studies developed are moving towards bridging this gap, so that the more experience in the legal context, the better the forensic psychologist will be able to satisfy the legal demands.*

**KEYWORDS:** *Clinical Forensic Assessment; Sexual Offenders; Juridical Psychology.*

**SUMÁRIO:** Introdução; Método; 1. Avaliação Psicológica; 1.1 Entrevista; 1.2 Avaliação da Personalidade; 2. Avaliação de risco e reincidência; 3. Instrumentos para avaliação de risco em agressores sexuais; Considerações Finais; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

A Violência sexual é um tema que vem recebendo muita atenção nos últimos anos (SOUSA, 2017; TEIXEIRA-FILHO et al., 2013). No entanto, definir o que é considerado violência sexual não é tão simples quanto pode parecer à primeira vista (INOUE; RISTUM, 2008). Na literatura, não existe consenso quanto a própria definição do termo violência (RISTUM; BASTOS, 2004), visto que a conceituação ou classificação da violência depende do julgamento social e do contexto

histórico, de modo que não segue critérios únicos, dando margem para uma pluralidade de definições (EMERY; LAUMANN-BILLINGS, 1998). A Legislação vigente considera que - Art. 213 do Código Penal e Lei 12.015/09 - a violência sexual, como o estupro, envolve o ato de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” (BRASIL, 1940; 2009, n.p.).

Em se tratando de crimes de agressão sexual, dados do Fórum de Segurança Nacional em seu Anuário Brasileiro de Segurança Pública trazem que, durante o ano de 2018, os registros de violência sexual atingiram a marca de 66,041 mil casos no Brasil. Destes, as mulheres representaram 81,8% das vítimas, sendo que mais da metade deste número se refere a meninas de até 13 anos de idade (FBSP, 2019). Estes dados refletem o aumento dos crimes sexuais no território brasileiro, levando à preocupação em investigar acerca dos indivíduos que cometem estes atos.

No decorrer de uma investigação criminal pode surgir a necessidade de averiguar outros aspectos do acusado como sua saúde física e mental (HUSS, 2011). Esse tipo de elucidação é chamado de perícia no âmbito do Processo Penal e é considerada um meio de prova (CAPEZ, 2019). O exame pericial, como colocado por Netto (2014), serve para elucidar fatos que fogem ao conhecimento geral, uma vez que o profissional responsável por realizá-lo deve ser alguém com formação técnica científica na área em específico (CAPEZ, 2019).

O processo de avaliação psicológica forense, nesse sentido, é um tipo de perícia que geralmente consiste na realização de uma entrevista, aliada (ou não) à aplicação de testagem psicológica - objetiva, projetiva ou de ambos os tipos, com o propósito de examinar a situação biopsicossocial do sujeito em atenção à demanda da Justiça (SANTOS; ANDRETTA; COUTO, 2012). Um exemplo seria a perícia para avaliar questões de inimizabilidade e periculosidade, ambas dependentes do estado mental do sujeito (CAPEZ, 2019). Para Hüß (2011) a avaliação psicológica forense foca em coletar informações diversas para concluir sobre a dinâmica do funcionamento psicológico de um indivíduo, em dado momento.

Em países como Estados Unidos (EUA), Reino Unido, Espanha e Portugal são utilizados habitualmente uma variedade de métodos

validados na avaliação clínica forense. A especificidade dos instrumentos utilizados na avaliação dos indivíduos - em conflito com a lei - é de suma importância pois informa sobre temas que ultrapassam o conhecimento do Direito. Há diversos instrumentos construídos e utilizados para atender às demandas específicas da Justiça, chamados de instrumentos forenses especializados, os quais atendem a um padrão legal (HÜSS, 2011; HERMOSO, 2019). No Brasil, por outro lado, a avaliação clínica forense ainda é pouco desenvolvida, quando comparada aos países supracitados. A saber, considerando a avaliação de indivíduos que cometem crimes de agressão sexual, os instrumentos utilizados não diferem dos instrumentos tradicionais, a exemplo dos testes de personalidade como o de Rorschach (FERES, et al., 2002). Isso é um ponto importante que está diretamente relacionado com o escasso desenvolvimento na área.

Nesse sentido, estudos brasileiros voltados à avaliação de populações de instituições penais, quando realizados, envolvem poucos instrumentos ou métodos avaliativos, sendo poucos os casos nos quais a avaliação de risco de violência é realizada. Considerando a mudança de regime de pena, essa avaliação tem sido feita meramente com a observação do bom comportamento do apenado, aspecto que pode ser manipulado com facilidade por interesses individuais (FERES et al., 2002; WRUBEL, 2013). Ainda, por vezes os responsáveis pela avaliação do bom comportamento do sentenciado são o agente chefe da segurança e principalmente o diretor do presídio, independentemente do crime cometido. Esse é um fato que dista muito do que ocorre no contexto internacional e ainda que esteja prevista em lei a individualização da pena e o acompanhamento global do preso, as carências nesse sentido são alarmantes (KARAM, 2011).

Promove-se a importância dos dados acima apresentados, principalmente, na tentativa de demonstrar que a avaliação psicológica forense não deve ser restrita ao acusado ou ao apenado. Deve-se primar pelos métodos e técnicas desse procedimento técnico-ético-científico também enquanto há suspeitos, investigados, indiciados, acusados. Isso corrobora a ideia da utilização de todos os meios de prova (neste caso, seja documental ou pericial; BRASIL, 1941) para aumentar a confiabilidade da apuração dos fatos. Por fim, salienta-se que a avaliação psicológica forense não visa atingir uma “verdade real”, ou quaisquer de suas variantes, a exemplo da correspondente (KHALED JR., 2015), mas fornecer

elementos probabilísticos/científicos para que os operadores do Direito possam minimizar o erro na persecução penal.

Nesse sentido, o artigo em questão é uma revisão narrativa sobre os processos de avaliação psicológica de agressores sexuais no contexto brasileiro, com o objetivo de verificar quais métodos e instrumentos podem ser utilizados na avaliação da personalidade, assim como nas avaliações de risco de violência e reincidência criminal dessa população, identificando avanços e deficiências nesse contexto. Finalmente, analisar a possibilidade de atuação do psicólogo forense frente às demandas da Justiça, considerando que a avaliação psicológica é função privativa do psicólogo – Lei nº 4.119/CFE (BRASIL, 1962) e de fundamental importância para assessorar na tomada de decisões judiciais – estabelecimento/manutenção da sentença e tratamento penal (HÜSS, 2011).

## MÉTODO

O presente estudo trata-se de uma revisão narrativa da literatura brasileira acerca do processo de avaliação psicológica forense de agressores sexuais. Segundo Rother (2007), a revisão narrativa permite conhecer um determinado tema de forma ampla e em curto espaço de tempo, pois não exige um protocolo rígido de análise dos resultados encontrados nas buscas realizadas e as informações são escolhidas de acordo com sua relevância.

O processo de coleta do material ocorreu de forma não sistemática no período de agosto a novembro de 2019. Foram realizadas buscas na base de dados *Scielo*, complementadas pela ferramenta de pesquisa de materiais acadêmicos *Google Scholar*. Além disso, também foram incorporados os materiais indicados por especialistas na área.

## 1. AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA

No Brasil, ao revisar as fontes bibliográficas, identifica-se que a avaliação psicológica de agressores sexuais pode ser realizada durante uma perícia forense ou, a depender da demanda judicial, numa consultoria forense por meio do profissional psicólogo. Esse processo

ético-técnico-científico tem como finalidade auxiliar a justiça na tomada de decisões judiciais. Para isso, o psicólogo avaliador deve utilizar métodos reconhecidos cientificamente, abordando as margens de erro probabilísticas, tendo em vista que não se chega, a partir desses processos, a uma verdade absoluta, a exemplo dos casos de reincidência de crimes sexuais (FONSECA, 2006).

Objetiva-se, com a avaliação psicológica forense, averiguar as condições psicológicas (afetivas/emocionais, cognitivas e comportamentais) dos sujeitos relacionados a um crime em questão (sejam eles as vítimas, testemunhas ou agressores) para subsidiar as decisões correspondentes ao seu encarceramento ou não, e ainda determinar que tipo de tratamento penal seria o mais apropriado para cada caso (HÜSS, 2011). Investigam-se aspectos como a presença de transtornos mentais (que comprometam a capacidade de entendimento e autodeterminação); motivações internas e externas; fatores contextuais (ambientais, culturais etc.), entre outras variáveis que possam ter auxiliado na ação/omissão delituosa (ROVINSKI, 2013).

Dentre as formas para a investigação supracitada, diversas técnicas podem ser utilizadas, tais como entrevistas, observação lúdica, aplicação de testes (neuropsicológicos e de personalidade), observação clínica e análise de documentos referentes ao caso (SERAFIM; SAFFI, 2014). Assim, após a conclusão da avaliação psicológica, o psicólogo deve elaborar um laudo, seguindo as diretrizes da Resolução nº 06/2019 do Conselho Federal de Psicologia (CFP, 2019). Esse laudo é encaminhado para a autoridade querelante da avaliação e deve conter a descrição da forma como o examinando percebe suas relações e o ambiente que o rodeia, bem como possíveis déficits cognitivos, características de personalidade e/ou transtornos psiquiátricos ou psicológicos. Os dados da história devem ser correlacionados com o funcionamento atual do indivíduo avaliado, objetivando comparar a queixa com as características apresentadas na avaliação (SERAFIM; SAFFI, 2014).

Durante a avaliação, Silva (2013) alerta sobre o cuidado que o perito deve ter com o falso testemunho no momento de entrevistar e coletar dados junto às crianças potenciais vítimas de abuso sexual e seus familiares. Fatores como transtornos psicológicos (do cuidador ou da criança), alienação parental por motivo de guarda, ou consumo de

substâncias químicas, por exemplo, podem interferir na veracidade do depoimento. Até mesmo a postura do psicólogo na condução da entrevista poderia influenciar nas respostas obtidas, visto que a gravidade do crime pode desafiar os princípios e a imparcialidade do profissional com relação à presunção de inocência do acusado (SILVA, 2013).

O CFP, em sua Resolução nº 017/2012, trata sobre a atuação do psicólogo como perito nos diferentes contextos. No art. 8º, é apontado que cabe ao parecer do psicólogo perito indicativos relevantes ao objetivo da avaliação. Essa relevância deve ser direcionada à demanda atendida, auxiliando as decisões da Administração Pública, respeitando os limites da atuação do profissional da Psicologia (CFP, 2012). Ou seja, o trabalho do perito, nesse caso, é apresentar informações ao juiz (ou a outro requerente) a partir do ponto de vista teórico-científico psicológico, amparando o que lhe foi solicitado.

Ademais, o laudo psicológico, como meio de devolutiva dos resultados da avaliação psicológica, é denominado documento psicológico, definido pelo Art. 4º da Resolução CFP 06/2019 como um “instrumento de comunicação escrita resultante de serviço psicológico à pessoa, grupo ou instituição” (CFP, 2019). No Código de Processo Penal, Art. 232, documentos são considerados “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares” (BRASIL, 1941). Dito isso, ao investigar sobre o conceito de prova no Direito, Aragonese Alonso (1984, p. 278, apud LOPES JR., 2019, p. 503) explana que “toda classe de objetos que tenham uma função probatória, contanto que esses, por sua índole, sejam suscetíveis de ser levados ante a presença judicial”, podem ser caracterizados como prova documental.

Os documentos podem ser apresentados no processo a qualquer tempo, como definido no art. 231 do CPP (BRASIL, 1941), desde que não sejam casos já definidos por lei. Havendo dúvidas sobre a integridade mental no curso do processo, o juiz poderá ordenar que seja realizado um exame médico-legal do acusado (CPP, art. 149; BRASIL, 1941). Dito isso, é importante referir que o CPP não estabelece um momento apropriado sobre quando as provas periciais devem ser produzidas durante a instrução processual, à parte das concebidas no primeiro momento do inquérito policial (SALMEIRÃO, 2012), que é uma das possibilidades estabelecidas no §1º, art. 149 do CPP, anteriormente mencionado.

Salienta-se, ainda, que todo esse processo é embasado legalmente, tendo em vista leis como: Lei nº 7.210 de Execuções Penais, de 11 de julho de 1984, cujo art. 5º que cita a personalidade do condenado como modo classificatório para orientação da individualização da pena; art. 9º coloca entrevistas, diligências e exames para aspectos da personalidade e art. 180 discorre sobre a conversão de pena utilizando dados pessoais (BRASIL, 1984); Código Penal - Decreto-Lei nº 2.884/1940, em que os art. 59, art. 67, art. 71 parágrafo único e art. 77 inciso II discorrem sobre aspectos aos quais o juiz deve atentar, sendo eles a “conduta social, à personalidade do agente, aos motivos e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima” (BRASIL, 1940); Código Processual Penal - Decreto-Lei nº 3.689/1941 onde artigos 149 a 154 fazem parte de um capítulo intitulado “Da Insanidade Mental do Acusado”; entre outros artigos dessa Lei (BRASIL, 1940).

Cabe esclarecer, por fim, que o “exame criminológico” é uma avaliação psicológica feita no apenado que objetiva descrever como o tratamento penal influencia na sua subjetividade para prever a sua suposta reinserção na sociedade (REISHOFFER; BICALHO, 2017). É embasada pela súmula vinculante nº 26 do STF e pela súmula 439 do STJ, entretanto, somente é feita a depender de particularidades do caso (crimes hediondos ou equiparados) e da decisão fundamentada para tal exame (BRASIL, 2009; 2010). Assim, por mais que, semelhantemente à avaliação psicológica forense, haja uma investigação acerca da conduta do apenado, considerando sua relação familiar e social, precedentes pessoais, fatores bio-psíquico-sociais etc. (PENIDO; GONÇALVES, 2015), esse exame ocorre somente na última fase do processo de persecução penal.

Por mais que muitas decisões sobre a progressão de pena desses indivíduos sejam feitas baseadas no exame criminológico, entende-se que limitar a avaliação psicológica forense a essa etapa é insuficiente. Compreende-se que a execução dessa avaliação noutros momentos da persecução penal traria maior conhecimento para embasar as decisões judiciais. Entretanto, o artigo 112 da Lei 10.792 de 2003 (Lei de Execuções Penais) alterou significativamente a necessidade do exame criminológico para a progressão de regime por um simples atestado de bom comportamento carcerário, ficando a critério do magistrado requerer o

referido exame. Ainda que, no caso do livramento condicional o exame deva ser realizado, já que o artigo 83 do Código Penal e o artigo 131 da Lei de execução penal não sofreram alterações.

### 1.1 ENTREVISTA

A entrevista psicológica pode ser definida como a coleta de informações sobre um indivíduo, considerando-o como fonte complementar juntamente àqueles relacionados de forma significativa ao caso em questão. No âmbito legal, ela comumente engloba diversos aspectos da vida como família, trabalho, saúde mental, abuso de substância, educação ou envolvimento legal (JUNG, 2014). É considerada, de forma geral, uma das partes mais importantes durante o processo de avaliação psicológica, pois fornece um norte que servirá de base para o psicólogo conduzir as demais fases. Além disso, auxilia no estabelecimento do *rapport*, facilitando a honestidade e a confiança do examinando frente ao psicólogo (FRAGA, 2016).

Outros aspectos facilitados pela entrevista clínica forense se referem ao enquadramento e a observação do examinando. Além das perguntas realizadas a fim de conhecer a história de vida, familiar e criminológica, durante o ato da entrevista, especificamente no caso da entrevista inicial, o psicólogo irá apresentar a si próprio, bem como explicará o processo avaliativo, em que consistirá e com qual objetivo (ALMEIDA, 2004). Se o examinando tiver dúvidas acerca do processo, esse também é o momento ideal para esclarecê-las. Ademais, ao longo da entrevista, o psicólogo deve estar atento à linguagem verbal e não-verbal do avaliando, suas reações e se há contradições na fala (JUNG, 2014).

No tocante à avaliação de agressores sexuais, durante as buscas para a revisão, não foi encontrado nenhum modelo de entrevista específico para ser utilizado com esse público no contexto brasileiro. No entanto, Jozef e Silva (2002) desenvolveram um modelo de entrevista semiestruturada adaptado à realidade psiquiátrico-forense do Brasil, que pode ser utilizado para populações violentas específicas, incluindo estupradores e outros criminosos sexuais. Trata-se de um instrumento prático, pensado para ser empregado em delegacias, presídios e outras



instituições forenses, onde as circunstâncias inviabilizam uma avaliação extensa (JOZEF; SILVA, 2002).

Tal modelo é composto por onze partes. As duas primeiras estão relacionadas aos aspectos de identificação do examinando, o terceiro ponto refere-se às queixas atuais (tanto a principal como as secundárias), o quarto diz respeito à história da doença atual, o quinto corresponde à história pessoal e o sexto refere-se à história familiar (deve ser colhida quando possível também com os familiares). Essas partes compreendem a anamnese, semiestruturada, permitindo a livre expressão de quem está sendo avaliado. O sétimo e oitavo pontos dizem respeito à análise do estado do examinando, psíquico e físico, respectivamente. Há uma lista de sintomas que deve ser respondida, em sua maioria com “sim” ou “não”, tornando essa parte bastante prática. O nono ponto compreende os exames laboratoriais, que são solicitados apenas quando necessários ao diagnóstico. A décima parte se refere à aplicação de instrumentos complementares, como escalas de psicopatia ou outros exames. E, por se tratar de um modelo desenvolvido por psiquiatras, o último ponto é o diagnóstico - CID-10 (JOZEF; SILVA, 2002). Embora esse modelo seja desenvolvido por psiquiatras pode ser utilizado por psicólogos durante a avaliação psicológica forense. E, ainda que o foco da avaliação não seja unicamente realizar um diagnóstico clínico ou de personalidade, este pode vir a ocorrer quando o avaliado expressar características condizentes com alguma psicopatologia, principalmente se essa informação for relevante para o caso analisado judicialmente – solicitada ou não pelo querelante (MESSA, 2010).

No Brasil, a literatura acerca da avaliação psicológica forense de agressores sexuais é escassa e os estudos encontrados focam em criminosos ligados ao abuso sexual infantil como o de Reis (2016), sendo a entrevista uma das técnicas mais utilizadas. Dentre os artigos encontrados, cita-se o de Zúquete e Noronha (2012), que avaliaram 108 réus de crimes sexuais contra crianças e adolescentes em Salvador - BA. Para tal, desenvolveram um roteiro de entrevista próprio para a pesquisa, baseado na bibliografia específica sobre o tema. Os autores encontraram na fala dos entrevistados negação do crime, culpabilização de suas ações pelo uso do álcool e/ou outras drogas ilícitas, violência física no ambiente carcerário contra os presos por crimes sexuais, o

que os leva a esconder o motivo da sentença por medo de retaliações dos outros presos (ZÚQUETE; NORONHA, 2012).

Outros aspectos de interesse de estudos nacionais com agressores sexuais mediante entrevistas semiestruturadas como instrumento de pesquisa, envolvem: empatia (MOURA; KOLLER, 2010), visão de acusados de abuso sexual sobre como deve ser o relacionamento ideal entre crianças e adultos (MOURA; KOLLER, 2008), personalidade e transtornos psiquiátricos (RIGONATTI et al, 2006). Nos estudos de Moura e Koller (2008, 2010) os agressores sexuais apresentaram uma visão estereotipada e politicamente correta acerca de como deve ser o relacionamento entre adultos e crianças. Para os entrevistados, de modo geral, essa relação deveria ser de cuidado dos adultos para com as crianças e respeito mútuo. Além disso, os participantes demonstraram possuir habilidade empática geral. Isso fez com que fosse levantado o questionamento sobre se haveria realmente um déficit empático de forma geral em agressores sexuais ou apenas em relação à vítima ou grupos específicos (PITHERS, 1999; WEBSTER; BEECH, 2000).

Além desses estudos que englobavam a avaliação de mais de um indivíduo, Pimentel (2010) realizou dez entrevistas individuais com um apenado no Pará. O autor incluiu no protocolo outros métodos avaliativos como a observação sistemática, o Rorschach e relatos escritos do participante. A análise do discurso em conjunto com a interpretação das respostas do Rorschach revelou violência sexual intrafamiliar sofrida na infância; estrutura e dinâmica de personalidade frágil; agressividade e um perfil de pedofilia (PIMENTEL, 2010).

Os exemplos citados demonstram que a entrevista é um dos principais recursos utilizados no processo de avaliação psicológica. Contudo, observa-se uma heterogeneidade no formato dessas entrevistas com agressores sexuais, dado que são elaboradas conforme os objetivos de pesquisa. Além disso, nenhum dos estudos analisados apresentou resultados sobre o contexto de avaliação clínica forense. No entanto, esses fatores não impedem que algum dos modelos (de forma integral ou adaptada) possa guiar a condução de uma entrevista fora do âmbito da pesquisa, tendo em vista que o formato da entrevista é determinado pelo objetivo da avaliação e que o psicólogo responsável por sua condução pode (e deve) se embasar na literatura da área para a construção do roteiro.

## 1.2 AVALIAÇÃO DA PERSONALIDADE

Segundo Pervin e John (2004), a personalidade pode ser entendida como as características do indivíduo que evidenciam padrões constantes de comportamentos, sentimentos e pensamentos. Neste sentido, embora não exista um único perfil de agressores sexuais, a análise e a investigação de traços e sinais que possam estar relacionados a esse tipo de conduta é de extrema importância, fazendo-se necessária para que possa facilitar a identificação desses indivíduos e a compreensão do que os leva a agirem dessa forma (CASARIN; BOTELHO; RIBEIRO, 2016).

Para a realização desse tipo de avaliação é imprescindível que se combine instrumentos de naturezas distintas, de forma a captar o máximo de informações possíveis acerca do avaliando (HISATUGO; CUSTÓDIO, 2013; NORONHA, 2002). Os testes objetivos possibilitam uma compreensão mais rápida e geral do fenômeno em estudo, porém têm como limitações o possível mascaramento de informações pelo avaliando (FORMIGA; MELLO, 2000). Na avaliação da personalidade de agressores sexuais, os instrumentos objetivos, frequentemente utilizados a nível mundial são o MMPI-2 (*Minnesota Multiphasic Personality Inventory*) e o MCMI - III (*Millon Clinical Multiaxial Inventory*), mais especificamente para abusadores de crianças (PECHORRO; POIARES; VIEIRA, 2008). Cabe informar que as versões dessas provas trazem escalas de validade que permitem identificar vários fatores de viés interpretativo como a mentira, a dissimulação de sintomas, a desejabilidade social etc., além de perfilar um código que possibilita a integração dos principais resultados.

Os testes (ou técnicas) projetivas, por outro lado, permitem acessar diversos âmbitos da psique de quem está sendo avaliado, sendo mais difícil enganar os resultados de acordo com a imagem que deseja passar. Contudo, um lado negativo dessa perspectiva mais subjetiva é o viés de interpretação do avaliador (FORMIGA; MELLO, 2000). No Brasil, ainda que a prática da avaliação da personalidade de presos não seja comum, quando realizada é apenas por meio do uso de testes projetivos como o método de Rorschach e o HTP (*House, Tree, Person*; FERES et al., 2002; SCORTEGAGNA; AMPARO, 2013).

O Rorschach é um instrumento que permite investigar as disposições da personalidade. O teste é composto por 10 lâminas representadas

por manchas de tinta simétricas e diferentes entre si (SCORTEGAGNA; AMPARO, 2013), sendo um dos métodos mais aceitos pelos profissionais de Psicologia (NASCIMENTO, 2002). O método de Rorschach foi utilizado em um estudo realizado com detentos ofensores sexuais de uma penitenciária no Rio Grande do Sul para avaliar as características da personalidade voltadas à autopercepção, ao relacionamento e à percepção interpessoal, ao ajustamento perceptivo, à pressão interna e ao autocontrole (SCORTEGAGNA; AMPARO, 2013).

As configurações dos borrões são ambíguas, mas cada uma das lâminas apresenta uma proposital simetria e harmonia perceptiva que, segundo pesquisas, representam os estímulos que existem em nossa realidade. Além da presença ou não de cores, os estímulos podem ser organizados considerando uma maior participação da forma, percepção de espaço, perspectiva, integração entre figura e fundo, luminosidade, movimento (MORANA, 2003). A interpretação do Rorschach é complexa e exige um longo treinamento para sua eficácia. Além de que, o teste tem vários métodos ou linguagem de interpretação o que dificulta ainda mais o processo e replicação de estudos. Portanto, caso esse critério não seja devidamente atendido a possibilidade de sesgos é aumentada, prejudicando sobremaneira a confiabilidade da avaliação.

De acordo com Scortegagna e Amparo (2013), os principais resultados no estudo com detentos ofensores sexuais indicaram baixa autoestima, danos na autoimagem, distanciamento nas relações pessoais e dificuldades de empatizar com outros, conflitos de identidade, incapacidade de abstração de papéis e funções sociais e mediação cognitiva afetada, resultando em uma interpretação equivocada da realidade. Esses dados destacam um grave comprometimento nas organizações psicológicas desses indivíduos.

A técnica projetiva de desenho HTP é utilizada para obter informações acerca da experiência individual em relação aos outros e ao ambiente. O avaliando expressa, em um papel, áreas de conflito e elementos da sua personalidade. A técnica se realiza em algumas etapas. A primeira consiste na execução do desenho acromático de uma casa, uma árvore e uma pessoa. Após os desenhos, o psicólogo deve fazer um inquérito estruturado acerca das associações do indivíduo com cada desenho. A terceira e quarta etapas são semelhantes às primeiras, só que os

desenhos são feitos com giz de cor. A análise dos desenhos baseia-se no conteúdo, levando em consideração tamanho, localização, ausência ou não de algumas partes e respostas dadas no inquérito (BUCK, 2003). Desse modo, o significado da informação não se fundamenta na comparação dos resultados do indivíduo com grupos previamente estabelecidos, mas com sua própria performance (BORSA, 2010).

Em um estudo realizado por Feres et al. (2002), com o propósito de identificar características psicológicas que pudessem estar relacionadas a algum transtorno mental, em um grupo de 257 presos do Instituto Penal Agrícola Dr. Javert de Andrade, no estado de São Paulo, demonstrou-se que, ao serem categorizados de acordo com o crime cometido, os esturpadores constituíram a categoria que mais se diferenciou do restante; isto é, exibiram conduta discrepante em questões como o alto nível de agressividade, periculosidade e impulsividade. Os dados obtidos revelaram que, no grupo de esturpadores, havia um contingente extremamente alto de indivíduos que apresentavam personalidades psicopáticas, análise alcançada por meio da aplicação do teste projetivo Casa-Árvore-Pessoa (*House, Tree, Person* – HTP; FERES et al., 2002).

Em estudo realizado por Gonçalves et al. (2016), com o objetivo de investigar as características psicológicas dos acusados de abuso sexual infantil, utilizou-se o teste projetivo HTP no estado do Mato Grosso do Sul. Por meio da análise dos desenhos realizados pelos agressores, observou-se que esses indivíduos apresentaram dificuldades em caracterizar a sexualidade do desenho da pessoa. Isso retrata uma aversão ao corpo e ao universo adulto. Também exibiram níveis de infantilidade, insegurança e fantasia, além da frequente presença de conflitos sexuais, hostilidade, fixação em algum momento do passado, entre outros (GONÇALVES et al., 2016).

Em estudo semelhante, Casarin et al. (2016) fizeram a utilização do Desenho da Figura Humana (DFH) para avaliar a presença de dificuldades em lidar com comportamentos impulsivos em prol da satisfação imediata de necessidades, verificada através de características dos desenhos das figuras humanas. O DFH é um instrumento projetivo que propõe avaliar a capacidade cognitiva e aspectos da personalidade, sendo uma forma de medida não-verbal, de fácil aplicação e baixo custo, tendo sido validado para o Brasil, em 2003, por Wechsler. Neste sentido, o DFH está baseado na premissa de que ao realizar o desenho, o indivíduo

está colocando no papel como se enxerga e como acredita que as pessoas o enxergam (SILVA et al., 2010). A partir do desenho, são avaliados 30 itens, se estão presentes ou ausentes, que, somados, levam a um score global, no qual 0 significa que não apresenta distúrbios emocionais, 1 indica que não há sinais de problemas emocionais e 2 ou mais indica a presença de distúrbios (AZEVEDO, 2010).

Os participantes desse estudo foram 10 homens, reclusos em uma instituição penal por estupro intrafamiliar. Na linha de análise dos dados utilizada por Casarin et al. (2016) foram focalizados detalhes como a proporção do desenho, perspectiva e os detalhamentos, que expressam o nível de funcionamento dos indivíduos submetidos a este método (SILVA et al., 2010). Foram identificadas, nos ofensores sexuais, características de personalidade associadas à dificuldade em controlar seus impulsos corporais, mais especificamente de ordem sexual, levando à procura repentina por satisfação e, conseqüentemente, à possível agressão.

Os resultados obtidos pelo estudo de Casarin et al. (2016) corroboraram com resultados de outras pesquisas nacionais, apesar de somente com base neles não ser possível afirmar se as características acentuadas nos desenhos (perspectiva em relação à localização na página, tronco omitido e ausência de pupila nos olhos) se aplicam apenas ao público de agressores sexuais, ainda que indiquem dificuldades em controlar impulsos físicos e da satisfação imediata de necessidades. Nesse sentido, deve-se ter cautela com a utilização de testes projetos gráficos como o HTP e o DFH na avaliação de agressores sexuais, já que a literatura internacional não apresenta dados que recomendem tal utilização. Essa prática, portanto, pode ser considerada obsoleta e de validade questionada de acordo com as pesquisas atuais em contextos internacionais com esse tipo de população. Como já citado anteriormente, importantes inventários para a avaliação da personalidade, de validade demonstrada como o MMPI-II (*Inventário Multifásico Minnesota de Personalidade – 2*; FIGUEIREDO; FENSTERSEIFER, 2016) ou MCMI-III (*Millon Clinical Multiaxial Inventory-III*; SOUSA; ROCHA; ALCHIERI, 2011) não são usados porque não foram publicados para uso comercial, ainda que já disponham de validações. Além de utilização de protocolos e instrumentos específicos para a avaliação forense.

Assim, entende-se que apesar dos testes supracitados serem utilizados em contexto de avaliação da personalidade, eles deixam dúvidas em

relação ao quão adequados são para essa finalidade. É recomendado que, ao realizar uma avaliação psicológica forense, caso opte pela utilização de algum teste de personalidade, seja feita uma confrontação entre os dados obtidos por diversos meios: testes projetivos; testes objetivos; entrevista e protocolos específicos. Isso garante maior validade às informações a serem documentadas. Enfatiza-se, também, a importância do instrumento (caso algum seja selecionado) ser adequado para mensurar aquilo que se deseja verificar e, se os resultados são relevantes para a demanda (judicial neste caso). Por fim, cabe salientar que os dados trazidos sobre os instrumentos citados não se referem ao uso por profissionais psicólogos forenses, mas por pesquisadores dessa área específica no contexto nacional. Portanto, é necessário incentivar a pesquisa na área da avaliação psicológica com foco na construção ou adaptação de instrumentos destinados à avaliação de agressores sexuais.

## **2. AVALIAÇÃO DE RISCO E REINCIDÊNCIA**

A avaliação de risco de reincidência trata-se de um processo onde são observadas as possibilidades de um sujeito voltar a cometer uma infração, utilizando-se da identificação e contabilização de fatores de risco e fatores protetivos que foram anteriormente identificados em pesquisas científicas (NEVES, 2014). Esses fatores são organizados em alguma forma consideravelmente estruturada (e.g. entrevista, instrumento) e aplicados à história do sujeito, de modo a observar quais deles estão presentes em seu contexto.

No contexto da agressão sexual, a área da avaliação de risco no Brasil parece estar em seus primeiros passos de sistematização, reunindo poucos estudos, em sua maioria teóricos, que compilam informações mais gerais acerca do tema e algumas características que podem ser identificadas na avaliação de risco de acordo com a literatura. Como aponta Wielewicky (2017), ainda não existem, no contexto brasileiro, muitos caminhos sistemáticos para a avaliação clínica forense desse tipo de agressor. Em âmbito internacional, os métodos diferem dos utilizados no Brasil, com o uso de pletismógrafo penil, instrumento que avalia mudanças na circunferência do pênis diante de estímulo visual, e castração química.

Dentre os estudos teóricos, Dias e Rocha (2016) listam alguns aspectos que devem ser levados em consideração na avaliação de risco de agressores sexuais, sendo eles: questões sociodemográficas, histórico criminal, clínico e de desenvolvimento, e aspectos de inadaptação psicológica que podem aumentar a chance de reincidência. Contudo, esses critérios foram baseados apenas em literatura internacional e/ou pesquisas que abordam a avaliação de risco de violência de maneira mais abrangente (DIAS; ROCHA, 2016).

Em contrapartida, Marin e Baltieri (2013) apontam para uma série de fatores de risco para reincidência de agressão sexual que são próprios do contexto brasileiro, sendo eles: o consumo excessivo de álcool, a impulsividade e um histórico de abuso sexual, além de um diagnóstico de transtorno pedófilico no caso específico dos molestatadores de menores. Além disso, esses autores trazem uma tradução em português (de Portugal) do SVR-20 (*Sexual Violence Risk-20*), um dos instrumentos mundialmente utilizados e de maior confiabilidade para prever o risco de violência. Contudo, como no caso anterior, trata-se de uma discussão mais teórica e a versão portuguesa do SVR-20 apresentada não foi, de fato, validada para o Brasil (MARIN; BALTIERI, 2013).

Por outro lado, apesar de ainda não tratar de recursos que podem ser utilizados na avaliação de risco, Habigzang et al. (2005) apresentam alguns fatores de risco que foram observados de maneira mais sistemática na realidade brasileira: através da análise (focada na dinâmica familiar) de 71 processos acerca do abuso sexual infantil entre 1992 e 1998, os autores apontam que questões como desemprego e dificuldades econômicas, presença de outras formas de violência, e abuso de álcool e drogas são fatores de risco associados a esse tipo de agressão sexual (HABIGZANG et al., 2005).

Em relação aos estudos que tratam especificamente da avaliação de risco em agressores sexuais, os resultados são ainda mais escassos: Meneses et al. (2016), por exemplo, indicam o uso do SVR-20 para a avaliação dos participantes de suas intervenções com adultos autores de violência sexual intrafamiliar. Contudo, não só os resultados obtidos com esse instrumento não são debatidos, como também não é mencionado por qual processo de adaptação esse instrumento passou antes de ser utilizado no contexto brasileiro. A única informação que pode ser inferida através



das referências citadas para o SVR-20, é que a versão utilizada nesta pesquisa foi baseada na adaptação para o espanhol (MENESES et al., 2016).

Assim, é possível observar que a área de avaliação de risco de violência e reincidência criminal no contexto brasileiro conta com inúmeras limitações. As principais limitações envolvem o fato de que a maioria das publicações aborda apenas um tipo específico de agressão sexual (realizada contra crianças e adolescentes), levando à ausência de evidências sobre a eficácia de determinados métodos de avaliação e à falta de instrumentos de avaliação específicos e validados para esse contexto.

### **3. INSTRUMENTOS PARA AVALIAÇÃO DE RISCO EM AGRESSORES SEXUAIS**

Em termos da busca por instrumentos utilizados para avaliação de risco em agressores sexuais, o resultado se mostrou igualmente escasso no cenário das pesquisas brasileiras, principalmente ao focar em instrumentos adaptados e validados para este país. Abaixo serão mencionados aqueles encontrados na literatura voltados à avaliação de agressores, dentre os quais nem todos são restritos necessariamente à avaliação de risco, mas têm destaque pertinente. É importante ressaltar que os instrumentos EATA (Escala para Avaliação de Tendência de Agressividade) e PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) apresentam parecer favorável no Sistema de Avaliação dos Testes Psicológicos (SATEPSI), que é um sistema desenvolvido pelo CFP, onde uma comissão selecionada avalia a qualidade técnico-científica dos instrumentos submetidos à análise, considerando favorável ou desfavorável para uso profissional (CFP, 2018).

A Escala para Avaliação de Tendência à Agressividade está relacionada a condutas agressivas e cada um dos itens informa sobre a tendência de uma pessoa manifestar agressividade. Constituída por 40 itens com escala *likert* de 3 pontos, fornecendo 4 medidas. Uma das medidas está relacionada aos comportamentos mais comuns do sexo masculino, outra medida aos comportamentos mais comuns do sexo feminino, outra aos comportamentos comuns aos dois sexos e, por fim, uma medida geral de tendências à agressividade. A escala pode ser aplicada individual ou coletivamente e o tempo de resposta é de 15 minutos, aproximadamente (SISTO et al., 2008; BUSTAMANTE et al., 2016).

Sisto, Cecilio-Fernandes e Silveira (2012) realizaram um estudo para averiguar se os itens da EATA se comportariam de forma distinta em um grupo de pessoas infratoras e um grupo de pessoas que nunca haviam cometido crime. Os resultados encontrados pelo estudo, após a análise de semelhanças e diferenças entre os comportamentos que ambos os grupos poderiam apresentar, indicaram que os comportamentos agressivos expressos apenas pelos infratores foram o de intimidação física, intimidação e vingança. Enquanto que para o outro grupo, o comportamento exclusivo foi o de irritar as pessoas.

Já o PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) é uma escala de pontuação para avaliação de psicopatia em populações forenses masculinas desenvolvidas por Robert Hare. A escala é uma entrevista semi-estruturada na qual um indivíduo pontua ao longo de 20 itens. Para a quantificação de cada item é utilizada uma escala de 3 pontos (0, 1, 2) que varia de acordo com a extensão verificada no sujeito. O escore total varia de 0 a 40, no entanto, 15 a 20% dos criminosos têm um escore de pelo menos 25. Este ponto de corte pode sofrer alterações culturais (HARE, 1998 apud MORANA, 2003).

Dentre os fatores estruturais que o PCL-R possui, o fator 1 é definido pelas características nucleares dos traços de personalidade que compõem o perfil psicopata, como superficialidade, falsidade, insensibilidade/crueldade, ausência de afeto, culpa, remorso e empatia. O fator 2 é definido por comportamentos associados à instabilidade crônica, à impulsividade e ao estilo de vida antissocial (HARE, 1991 apud MORANA, 2003). Com relação à esta escala, foi encontrada uma tese de doutorado de Morana (2003) sobre a validação da mesma para o Brasil, através da identificação do ponto de corte da escala PCL-R em população forense brasileira, com auxílio do teste de Rorschach.

Para o entendimento da validação é necessário explicar dois pontos: transtorno global de personalidade (TG) e transtorno parcial de personalidade (TP), nomenclaturas de Mendes Filho (1995 apud MORANA, 2003). Para este autor, no TP, as alterações apresentadas são menos graves, permitindo uma maior integração ao meio social do que nos casos de sujeito identificados como psicopatas. Já nos psicopatas (TG), as alterações ocorrem de forma mais extensa e comprometem a personalidade global. Desse modo, supõe-se que o transtorno global de personalidade

está relacionado com o conceito de psicopatia operacionalizado através da escala PCL-R, embora não possa ser reduzida a este (MORANA, 2003).

A realização do estudo acima se deu da seguinte maneira: inicialmente foi realizada a tradução da escala para o português; em seguida os casos diagnosticados como transtornos globais, de acordo com outros instrumentos utilizados anteriormente na pesquisa, preencheram os parâmetros para psicopatia na escala PCL-R (MORANA, 2003). Após o estabelecimento da correlação entre psicopatia e transtorno global, o passo seguinte da pesquisadora foi o de investigar as diferenças entre este grupo e o de transtornos parciais da personalidade, utilizando a PCL-R. Determinada a correlação entre ambos os construtos, foi possível a identificação do ponto de corte para a escala PCL-R na população forense brasileira (MORANA, 2003).

Como um dos resultados de comparação entre os grupos TG e TP, foi encontrado que no grupo TG predominou a ocorrência de crimes, incluindo estupro e homicídio. Verificou-se ainda que a frequência de crime por estupro e homicídio totalizou a maioria dos crimes praticados pelos grupos TG e TP, 84,9% e 87,0%, respectivamente. Por fim, a faixa de pontuação de corte estabelecida a partir do estudo foi: não criminoso, 0 a 11,88, transtorno parcial, 11,9 a 22,7, transtorno global, 22,8 a 40 (MORANA, 2003).

O HCR-20, por outro lado, é um instrumento para avaliar o risco de violência, sendo apontado por Abdalla-Filho (2004) como um dos mais conhecidos pelos psiquiatras, junto ao PCL-R, o qual na época da publicação mencionada se encontrava em fase de validação para o Brasil. Um estudo de Telles et al. (2009) demonstrou ótimos resultados de confiabilidade em aplicação com uma população de pacientes de um instituto psiquiátrico forense, sendo pertinente ressaltar que Abdalla-Filho (2004) alerta sobre adotar uma postura equilibrada de não supervalorizar, mas também não desconsiderar as relações existentes entre o comportamento violento e alguns transtornos psiquiátricos. Composta por 20 itens, a escala é dividida em outras três subescalas: *Historical* (H), *Clinical* (C), *Risk management* (R; HCR-20). Ela avalia de forma multifatorial o risco de violência, inclusive para prevenir agressões futuras, abrangendo fatores estáticos (H) e dinâmicos (C e R; TELLES et al., 2009).

Os 10 itens da subescala H tratam do histórico prévio da vida do examinando, como atos violentos, grave doença mental, abuso de

substâncias e dificuldades precoces de adaptação. A subescala C é composta por 5 itens que abordam itens clínicos, no exemplo de falta de capacidade para insight, impulsividade, atitudes negativas. A terceira (subescala R) investiga o gerenciamento de risco, como falta de suporte social e exposição a desestabilizadores. Cada item é avaliado numa pontuação de 0 a 2, de modo que o score varia entre 0 e 40. Entretanto, os autores do instrumento sugerem que o perito avalie em cima dos níveis de risco baixo (ou ausente), moderado ou alto, sendo mais importante voltar a atenção para os fatores de risco estudados e não aos pontos de corte, pois estes poderiam cair na rigidez de uma avaliação desprovida de sentido por trás daquele valor expressado (ABDALLA-FILHO, 2004).

Em relação ao Guia de Avaliação de Risco (VRAG), pode-se dizer que foi a primeira ferramenta desenvolvida para avaliar o risco de violência, em 1993. O qual é utilizado, principalmente, para prever comportamentos violentos em indivíduos com transtorno mental grave ou histórico criminal longo (COSTA et al., 2015). Ele consiste em 12 itens, os quais são totalizados para se chegar a um escore geral do risco de violência. Segundo Hüß (2011), estudos indicam que o instrumento avalia de forma precisa em torno de 70 a 75% dos criminosos.

Neste sentido, um estudo foi desenvolvido por Amorim-Gaudêncio et al. (2015) para adaptação transcultural desse instrumento ao contexto brasileiro. Segundo os autores, as etapas do processo de adaptação transcultural aconteceram da seguinte forma: na primeira etapa, o instrumento original foi traduzido do inglês para o português por três tradutores fluentes no idioma. Na segunda etapa, em reunião, estas traduções foram sintetizadas. Na terceira etapa, o instrumento sintetizado foi encaminhado a outro tradutor fluente na língua inglesa para que ocorresse uma retradução. Na data de publicação do mencionado estudo, Amorim-Gaudêncio et al. (2015) explicaram que o instrumento não havia passado ainda por todas as etapas que um instrumento necessita para ser validado, no entanto estava no processo final de validação semântica. De acordo com Costa et al. (2015), a tradução da versão inglesa estava sendo utilizada para um estudo piloto de validação com apenados da Penitenciária de Segurança Média Juiz Hitler Cantalice.

Outra escala de autoperenchimento é a Barrat Impulsiveness Scale (BIS-11) que é composta por 30 itens relacionados às manifestações da

impulsividade, tendo como base o modelo teórico proposto por Ernst Barratt. Nela, o avaliando deve analisar cada um dos itens considerando seu próprio comportamento e classificá-los a partir de uma escala *Likert* de quatro pontos, sendo 1, raramente ou nunca, e 4, quase sempre/sempre. A pontuação da escala varia de 30 a 120 pontos, e altos escores caracterizam a presença de comportamentos impulsivos. No modelo proposto por Ernst Barratt, a impulsividade é descrita como apresentando três componentes distintos, os quais são: o motor, no qual a impulsividade motora está relacionada a não inibição de respostas incoerentes com o contexto; a atencional, relacionada à impulsividade para tomada de decisão rápida; e a falta de planejamento, que engloba comportamentos orientados para o presente (MALLOY-DINIZ et al., 2010).

O estudo realizado por Malloy-Diniz et al. (2010) objetivou descrever o processo de tradução e adaptação da BIS-11 para o português no contexto brasileiro. A execução foi dividida em cinco etapas e todos os participantes consentiram em disponibilizar os dados obtidos. Esse trabalho resultou em uma adaptação brasileira do instrumento para avaliação da impulsividade, porém, de acordo com os autores mencionados, faz-se necessária a realização de mais investigações. Dentre estas, são exemplos as validades de critério e de construto, ou seja, se o mesmo cumpre com o objetivo de medir àquilo para o qual foi desenvolvido; se a estrutura fatorial da escala adaptada - quantos fatores são responsáveis por esse comportamento (HUTZ; BANDEIRA; TRENTINI, 2015) -, serve para avaliar o desempenho de um grupo mais heterogêneo de brasileiros nas diferentes regiões do país. Em termos da avaliação de risco, um estudo realizado por Baltieri e Boer (2015), com molestadores de crianças, indicou que altos escores no BIS-11 podem sinalizar um maior risco de reincidência a esse crime.

Os instrumentos apontados são demonstrações das possibilidades futuras no que se trata da validação e adaptação para o contexto brasileiro, a exemplo dos dois testes mencionados com parecer favorável no SATEPSI. Por essa razão, mesmo através de estudos mais específicos como os mencionados acima, instrumentos ainda não aptos à comercialização e aplicação à população geral e específicas por profissionais têm sua importância para ilustrar os resultados e perspectivas de um trabalho mais especializado no processo de avaliação de risco dos indivíduos aqui em

foco. Apesar disso, entende-se que é extremamente limitante a ausência de mais pesquisas com instrumentos validados e métodos padronizados, pois dificulta bastante a atuação do psicólogo no contexto da avaliação psicológica forense e a credibilidade de sua prática.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O objetivo do presente artigo foi averiguar a literatura científica sobre as condições metodológicas da avaliação psicológica no contexto nacional com foco especial nos agressores sexuais, a partir da ótica da Psicologia Forense. Os achados, à raiz da análise documental, demonstraram uma escassez de pesquisas acerca do tema e carência de instrumentos e protocolos de avaliação específicos para esse grupo de agressores. Os resultados obtidos não permitem a comparação com os achados no contexto internacional devido à divergência metodológica, principalmente considerando que na maioria das avaliações (em pesquisas ou na clínica forense) a entrevista é a principal técnica utilizada e raramente há uma forma padronizada para esse método.

Nos estudos brasileiros, a instrumentalização é, em sua maioria, inespecífica (não desenvolvida para o objeto de avaliação) e subjetiva (com grande margem de viés do avaliador). Esse fato destoia sobremaneira dos estudos realizados no contexto internacional e impossibilita a prática psicológica com base na evidência científica defendida na contemporaneidade.

Portanto, se a pesquisa é considerada o motor da ciência, no quesito da avaliação clínica forense, a Psicologia brasileira precisa reconhecer suas limitações e tratar de fundamentar suas práticas a partir de uma avaliação psicológica de qualidade – válida e confiável. Para tal, é imperativo o desenvolvimento de testagem psicológica específica para os diferentes contextos e problemas legais. Enquanto isso não for levado a sério, a participação do psicólogo forense será sempre relativa, já que precisa demonstrar sua validade e efetividade.

O psicólogo forense tem suporte legal para sua atuação, como especificado na Lei de Execução Penal, Código Penal e Código Processual Penal brasileiros. Apesar disso, o Sistema Judiciário não explora tanto quanto poderia a atuação desse profissional, normalmente restringindo-a

à avaliação de risco ou ao exame criminológico que, apesar de serem extremamente importantes, são apenas duas das muitas possibilidades da interseção entre Psicologia e Direito. E mesmo essas atuações precisam de suporte metodológico mais acurado.

Nesse sentido, voltamos ao ponto anterior, sendo necessário acompanhar o cenário internacional e não utilizarmos exclusivamente as avaliações clínicas (fundamentadas no conhecimento do perito e focada em sintomas), mas protocolos combinados de avaliações estruturadas e/ou atuariais com uso de escalas específicas e com a identificação de fatores de risco concretos para cada população. Portanto, deve-se somar a necessidade do desenvolvimento metodológico à qualificação profissional do psicólogo forense. Sem esses conjuntos de variáveis é praticamente impossível alcançar uma prática profissional de excelência.

Entende-se, por fim, que o tema “agressores sexuais” é extremamente relevante no contexto mundial e brasileiro, tendo em vista a realidade conjuntural e global identificada nos crimes contra diferentes tipos de vítimas, principalmente vítimas crianças e do sexo feminino. Considerando isso, questiona-se sobre quais os fatores envolvidos em uma agressão sexual fazem parte dos assuntos estudados pela Psicologia? Será que comportamentos disruptivos (que fogem à norma) podem ser melhor classificados/descritos? Como as emoções descrevem e guiam as ações perpetradas pelos agressores sexuais? Suas crenças e pensamentos têm um padrão que possa ser posto à prova no meio jurídico? Todas essas indagações fazem parte do âmago do escopo teórico do psicólogo forense e poderão ser melhor exploradas quando a ponte entre a Psicologia e o Direito for devidamente consolidada no nosso contexto; quando o psicólogo forense estiver tão presente quanto possível em locais onde a Justiça está: tribunais (de júri ou não), diligências, interrogatórios.

## REFERÊNCIAS

ABDALLA-FILHO, Elias. Avaliação de risco em Psiquiatria Forense. *Archives of Clinical Psychiatry*, São Paulo, n. 31, v. 6, p. 279-284, 2004. <https://doi.org/10.1590/s0101-60832004000600002>

ALMEIDA, Nemésio Vieira de Almeida. A entrevista psicológica como um processo dinâmico e criativo. *Psic*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 34-39, jun. 2004.

AMORIM-GAUDÊNCIO, Carmen et al. Análise preliminar da versão portuguesa da guia de avaliação de risco da violência - VRAG. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE PSICOLOGIA JURÍDICA, 1., 2015, João Pessoa. *Anais...* João Pessoa: Editora da UFPB, 2015. p. 206-207. Disponível em: <<http://www.abpj.org.br/downloads/cedc555dd5dfd722eee2eee5e18f81b1.pdf>>.

AZEVEDO, Adriano Valério dos Santos. Construção do protocolo de avaliação psicológica hospitalar para a criança queimada. *Avaliação Psicológica*, v. 9, n. 1, p. 99-109, 2010.

BALTIERI, Danilo Antônio; BOER, Douglas Peter. Two clusters of child molesters based on impulsiveness. *Brazilian Journal of Psychiatry*, v. 37, n. 2, p. 139-145, 2015. <https://doi.org/10.1590/1516-4446-2014-1568>

BORSA, Juliane Callegaro. Considerações sobre o uso do Teste da Casa-Árvore -Pessoa – HTP. *Avaliação Psicológica*, v. 9, n. 1, p. 151-154, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, 7 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 1 dez. 2019.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em 1 dez. 2019.

BRASIL. Lei n.º 4.119, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre os cursos de formação em psicologia e regulamenta a profissão de psicólogo. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 ago. 1962. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/4119.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/4119.htm)>. Acesso em: 7 dez. 2019.

BRASIL. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm). Acesso em: 1 dez. 2019.

BRASIL. Lei 10.792, de 2003 de 1 de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores, *Diário Oficial da União*,



Poder Executivo, Brasília, DF, 07 ago. 2009a. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 26*. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Brasília, DF. Diário da Justiça Eletrônico, 23 dez. 2009b. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20091222\\_238.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20091222_238.pdf). Acesso em: 24 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Súmula nº 439*. Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada. Brasília, DF. Diário da Justiça Eletrônico, 13 mai. 2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27439%27\).sub.#-TIT1TEMA0](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27439%27).sub.#-TIT1TEMA0). Acesso em: 24 fev. 2020.

BUCK, John N. *HTP Manual e Guia de Interpretação*. São Paulo: Vetor, 2013.

BUSTAMANTE, Maria Inês et al. Validade por Estrutura Interna da Escala para Avaliação de Tendência à Agressividade. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v. 36, n. 3, p. 726-737, 2016. <https://doi.org/10.1590/1982-3703001692016>

CASARIN, Juliane Magda; BOTELHO, Elizabeth Hertel Lenhardt; RIBEIRO, Rosângela Kátia Sanches Mazzorana. Ofensores sexuais avaliados pelo Desenho da Figura Humana. *Avaliação Psicológica*, n. 15, v. 1, p. 61-72, 2016. <https://doi.org/10.15689/ap.2016.1501.07>

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Resolução nº 017, de 16 de Junho de 2012. *Dispõe sobre a atuação do psicólogo como Perito nos diversos contextos*. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/01/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CFP-n%C2%BA-017-122.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Resolução nº 9, de 25 de Abril de 2018. *Estabelece diretrizes para a realização de Avaliação Psicológica no exercício profissional da psicóloga e do psicólogo, regulamenta o Sistema de Avaliação de Testes Psicológicos - SATEPSI*. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<http://satepsi.cfp.org.br/docs/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CFP-n%C2%BA-09-2018-com-anexo.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Resolução nº 06, de 29 de Março de 2019. *Institui regras para a elaboração de documentos escritos produzidos pela(o) psicóloga(o) no exercício profissional*. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <<https://atosoficiais.com.br/cfp/resolucao-do-exercicio-profissional-n-6-2019-institui-regras-para-a-elaboracao-de-documentos-escritos-produzidos-pela-o-psicologa-o-no-exercicio-profissional-e-revoga-a-resolucao-cfp-no-15-1996-a-resolucao-cfp-no-07-2003-e-a-resolucao-cfp-no-04-2019?q=006/2019>>. Acesso em: 24 fev. 2020.

COSTA, Alexandre Pinheiro et al. Valoração da reincidência criminal mediante o guia de avaliação de risco da violência em amostras carcerárias. In: Encontro de Extensão, 16., 2015, João Pessoa. *Anais...* João Pessoa: Editora da UFPB, 2015.

DIAS, Luiza Graziela Santos; ROCHA, Adriana Cristina. Psicologia Forense: Uma Análise Teórica da Avaliação de Risco de Reincidência com Agressores Sexuais. *Revista UNINGÁ*, v. 50, n. 1, p. 77-81, 2016.

EMERY, Robert; LAUMANN-BILLINGS, Lisa. An overview of the nature, causes and consequences of abusive family relationships - Toward differentiating maltreatment and violence. *American Psychologist*, v. 53, n. 2, p. 121-135, 1998.

FERES, Carlos Roberto et al. Criminologia: Avaliação Psicológica de Grupos de Criminosos do Sistema Penitenciário do Estado de São Paulo. *Revista USP*, v. 53, p. 153-164, 2002. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i53p153-164>

FORMIGA, Nilton Soares; MELLO, Ivana. Testes psicológicos e técnicas projetivas: uma integração para um desenvolvimento da interação interpretativa indivíduo-psicólogo. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v. 20, n. 2, p. 12-19, 2000.

FRAGA, Jéssica Buthers Lima Ferraz. As Contribuições da Entrevista Inicial para o Processo de Psicodiagnóstico. *Pretextos - Revista da Graduação em Psicologia da PUC Minas*, v. 1, n. 1, p. 61-85, 2016.

FONSECA, Antônio Castro. *Psicologia Forense: uma breve introdução*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2006. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA - FBSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 13.ed. 2019. Disponível em: <[www.forumseguranca.org.br/atividades/anuario/](http://www.forumseguranca.org.br/atividades/anuario/)>. Acesso em: 06 dez. 2019.

GONÇALVES, Gabriela do Nascimento et al. Um estudo psicanalítico do perfil psicológico de acusados sob delito de abuso sexual infantil. *Rev. Conexão Eletrônica*, v. 13, n.1, 2016.

HABIGZANG, Luísa et al. Abuso sexual infantil e dinâmica familiar: aspectos observados em processos jurídicos. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, v. 21, n. 3, p. 341-348, 2005. <https://doi.org/10.1590/s0102-37722005000300011>

HERMOSO, Rocío Gomes. Informe sobre la eficacia de las predicciones sobre peligrosidad de los informes psicológicos forenses emitidos en los juzgados de vigilancia penitenciaria de Madrid. (Informe). *On-line Infocope*. Disponível em: <<http://www.infocoponline.es/pdf/INFORMEFORENSES.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2019.

HISATUGO, Carla Luciano Codani; CUSTÓDIO, Eda Marconi. Avaliação psicológica e da personalidade e o estudo normativo do Rorschach para o uso em crianças brasileiras. *Psicólogo inFormação*, v. 17, n. 17, p. 79-86, 2013.

HUSS, Matthew. *Psicologia Forense: Pesquisa, Prática Clínica e Aplicações*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

HUTZ, Claudio Simon; BANDEIRA, Denise Ruschel. Desenho da figura humana. In CUNHA, J. A. (Org.). *Psicodiagnóstico-V*. Porto Alegre: Artmed, p. 507-512, 2007.

HUTZ, Claudio Simon; BANDEIRA, Denise Ruschel.; TRENTINI, Clarissa Marceli. *Psicometria*. 1. ed. Porto Alegre: Artmed, 2015.

INOUE, Silvia Regina Viodres; RISTUM, Marilena. Violência sexual: caracterização e análise de casos revelados na escola. *Estud. psicol. (Campinas)*, Campinas, v. 25, n. 1, p. 11-21, 2008.

JOZEF, Flávio; SILVA, Jorge Adelino Rodrigues da. Psiquiatria Forense no Brasil: modelo de entrevista semi-estruturada para emprego em pesquisa psiquiátrico-forense, com utilização do Hare PCL-R. *J. bras. psiquiat.*, v. 51, n. 1, p. 47-54, 2002.

JUNG, Flávia Hermann. Avaliação Psicológica Pericial: Áreas e Instrumentos. *Revista Especialize On-line IPOG*, v. 1, n. 8, 2014. Disponível em <https://www.ipog.edu.br/download-arquivo-site.sp?arquivo=a-entrevista-em-avaliacao-psicologica-7212133.pdf>. Acesso em 05 set. 2019.

KARAM, Maria Lucia. Psicologia e sistema prisional. *Rev. Epos*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, dez. 2011.

KHALED JR., Salah H. A produção analógica da verdade no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 166-184, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.9>

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes et al. Tradução e adaptação cultural da Barratt Impulsiveness Scale (BIS-11) para aplicação em adultos brasileiros. *J. bras. psiquiatr.*, Rio de Janeiro, v. 59, n. 2, p. 99-105, 2010. <http://dx.doi.org/10.1590/S0047-20852010000200004>

MARIN, Matheus Cheibub David; BALTIERI, Danilo Antonio. Crimes sexuais e suas particularidades na avaliação de risco e no cumprimento da medida de segurança. IN: CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro Gomes Aranha de. (Orgs.), *Medida de Segurança: Uma questão de saúde e ética* [Online]. São Paulo: Conselho Regional de Medicina, 2013, p. 157-178. Disponível em: <<http://saudedireito.org/wp-content/uploads/2013/11/Livromedidaseguranca.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2019.

MENESES, Fernanda Figueiredo Falcomer et al. Intervenção psicossocial com o adulto autor de violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes. *Contextos Clínic*, São Leopoldo, v. 9, n. 1, p. 98-108, jun. 2016. <http://dx.doi.org/10.4013/ctc.2016.91.08>

MESSA, Alcione Aparecida. *Psicologia Jurídica*. São Paulo: Atlas, 2010.

MORANA, Hilda Clotilde Penteadó. *Identificação do ponto de corte para a escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira: caracterização de dois subtipos de personalidade; transtorno global e parcial*. 2003. Tese (Doutorado em Psiquiatria) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. doi:10.11606/T.5.2004.tde-14022004-211709.

MOURA, Andreína da Silva; KOLLER, Sílvia Helena. A criança na visão de homens acusados de abuso sexual: um estudo sobre distorções cognitivas. *Psico-USF*, v. 13, n. 1, p.85-94, 2008.

MOURA, Andreína da Silva; KOLLER, Sílvia Helena. Expressões de empatia em homens acusados de abuso sexual infantil. *Psico*, v. 41, n. 2, p. 184-191. 2010.

NASCIMENTO, Regina Sonia Gattas F. do. Estudo normativo do sistema compreensivo do Rorschach para a cidade de São Paulo. *Psico-USF (Impr.)*, Itatiba, v. 7, n. 2, p. 127-141, dez. 2002.

NETTO, Cláudio Saad. Prova pericial e prova documental em face da lei das intercepções telefônicas. *RIDB*, v. 3, n. 8, p.6095-6112, 2014.

NEVES, Ana Cristina. Avaliação de risco de reincidência criminal: Aplicações e implicações em Psicologia Forense. In: OLHARES DA PSICOLOGIA, 2014, Almada. *Comunicação...* Almada: Monte de Caparica, 2014.

NORONHA, Ana Paula Porto. Análise de testes de personalidade: qualidade do material, das instruções, da documentação e dos itens qualidade de testes de personalidade. *Estud. psicol. (Campinas)*, Campinas, v. 19, n. 3, p. 55-65, 2002.

PECHORRO, Pedro Santos; POIARES, Carlos; VIEIRA, Rui Xavier. Caracterização psicológica de uma amostra forense de abusadores sexuais. *Análise Psicológica*, Portugal, v. 26, n. 4, p. 615-623, 2008.

PENIDO, Flávia Ávila; GONÇALVES, Jordânia Cláudia de Oliveira. O exame criminológico como mecanismo de biopolítica. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 1, n. 2, p. 40-56, 2015. <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0065/2015.v1i1.33>

PERVIN, Lawrence A.; JOHN, Oliver P. *Personalidade: teoria e pesquisa* [Online]. Artmed Editora, 2004. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?hl=p-t-BR&lr=&id=e0l4prXA69kC&oi=fnd&pg=PA8&ots=YSm4b1nVdB&sig=UEIBYt-njQ0V4VmLmD1UUrIdOiqo&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=p-t-BR&lr=&id=e0l4prXA69kC&oi=fnd&pg=PA8&ots=YSm4b1nVdB&sig=UEIBYt-njQ0V4VmLmD1UUrIdOiqo&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 01 dez. 2019.

PIMENTEL, Adelma. Avaliação psicológica na DEAM: um estudo de caso de violência sexual infantil. *Rev. Mal-Estar Subj.*, Fortaleza, v. 10, n. 2, p. 585-603, 2010.

PITHERS, William D. Empathy: Definition, enhancement and relevance to the treatment of sexual abusers. *Journal of Interpersonal Violence*, v.4, n.3, p. 257-284, 1999. <https://doi.org/10.1177/088626099014003004>

REIS, Daniela Castro dos. *Autores de Agressão Sexual de Crianças e Adolescentes: Características Biopsicossociais e Trajetórias de Vida*. 2016. Tese (Doutorado em Teoria e Pesquisa do Comportamento) - Núcleo de Teoria e Pesquisa do Comportamento, Universidade Federal do Pará, Belém.

REISHOFFER, Jefferson Cruz; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. Exame criminológico e psicologia: crise e manutenção da disciplina carcerária. *Fractal: Revista de Psicologia*, v. 29, n. 1, p. 34-44, 2017. <https://doi.org/10.22409/1984-0292/v29i1/1430>

RIGONATTI, Sérgio Paulo et al. Personality disorders in rapists and murderers from a maximum security prison in Brazil. *Int J Law Psychiatry*, v. 29, n.5, p.361-369, 2006.

RISTUM, Marilena; BASTOS, Ana Cecília de Sousa. Violência urbana: uma análise dos conceitos de professores do ensino fundamental. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 9, n. 1, p. 225-239, 2004.

ROTHER, Edna Terezinha. Revisão sistemática X revisão narrativa. *Acta paul. enferm.*, São Paulo, v. 20, n. 2, p. v-vi, 2007.

ROVINSKI, Sônia Liane Reichert. *Fundamentos da Perícia Psicológica Forense*. 3. ed. São Paulo: Vetor, 2013. <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2006.01.003>

SALMEIRÃO, Cristiano. Do procedimento probatório e do momento da sua produção com participação ativa do magistrado em busca da decisão justa no direito processual pena. *Revista Âmbito Jurídico*, São Paulo, n. 98, 2012. Disponível em:

<[https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-98/do-procedimento-probatorio-e-do-momento-da-sua-producao-com-participacao-ativa-do-magistrado-em-busca-da-decisao-justa-no-direito-processual-penal/#\\_ftn16](https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-98/do-procedimento-probatorio-e-do-momento-da-sua-producao-com-participacao-ativa-do-magistrado-em-busca-da-decisao-justa-no-direito-processual-penal/#_ftn16)>. Acesso em: 27 fev. 2020.

SANTOS, Rodrigo Soares; ANDRETTA, Michelli Miranda; COUTO, Gleiber. Avaliação Psicológica Forense e Ética Profissional. *PsicoFAE*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 45-59, 2012.

SCORTEGAGNA, Silvana Alba; AMPARO, Deise Matos do. Avaliação psicológica de ofensores sexuais com o método de Rorschach. *Aval. Psicol., Itatiba*, v.12, n.3, p.411-419, 2013.

SERAFIM, Antonio de Pádua; SAFFI, Fabiana. *Psicologia e práticas forenses*. Barueri: Manole, 2014.

SILVA, Roselaine B. Ferreira da. et al. O Desenho da figura humana e seu uso na Avaliação Psicológica. *Psicol. Argum.*, v.28, n.60, p.55-64. 2010.

SILVA, Veronica R. da Costa. *Falsas acusações de abuso sexual contra a infância: Deficiências do sistema penal em face da fragilidade da prova*. Monografia (Faculdade de Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

SISTO, Fermio Fernandes; CECILIO-FERNANDES, Dario; SILVEIRA, Fernando José. Funcionamento diferencial de condutas agressivas em jovens infratores e universitários agressivos. *Estud. pesqui. psicol.*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 158-174, abr. 2012.

SISTO, Fermio Fernandes et al. Estudo preliminar para a construção de uma escala de agressividade para universitários. *Aletheia*, Canoas, n. 28, p. 77-90, dez. 2008.

SOUSA, Renata Floriano de. Cultura do estupro: prática e incitação à violência sexual contra mulheres. *Estudos Feministas*, v. 25, n. 1, p. 9-29, 2017.

TEIXEIRA-FILHO, Fernando Silva et al. Tipos e consequências da violência sexual sofrida por estudantes do interior paulista na infância e/ou adolescência. *Psicol. Soc.*, Belo Horizonte, v. 25, n. 1, p. 90-102, 2013.

TELLES, Lisieux Elaine de Borba et al. . Reliability of the Brazilian version of HCR-20 Assessing Risk for Violence. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, v. 31, n.3, p. 253-256, 2009. <http://dx.doi.org/10.1590/S1516-44462009005000001>

WEBSTER, Stephen D.; BEECH, Anthony R. The nature of sexual offenders' affective empathy: A grounded theory analysis. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, v.12, n.4, p. 249-261, 2000. <https://doi.org/10.1177/107906320001200402>

WIELEWICKI, Annie. *Publicações Científicas Brasileiras Sobre o Pedófilo e o Agressor Sexual Infantil*. 2017. Dissertação (Mestrado em Análise do Comportamento) - Programa de Pós Graduação em Análise do Comportamento, Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

WRUBEL, Regina. *Avaliação psicológica no contexto prisional: a questão do exame criminológico*. 2013. Monografia (Especialização em Saúde Mental e Intervenção Psicológica) - Universidade Estadual de Maringá.

ZÚQUETE, José Gonçalo Estrela; NORONHA, Ceci Vilar. Pedófilos e agressores sexuais de crianças e adolescentes: narrativas a partir do cárcere. IN: COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas; CARVALHO FILHO, Milton Júlio de. (orgs). *Prisões numa abordagem interdisciplinar* [online]. Salvador: EDUFBA, 2012, p. 145-160. Disponível em <<http://books.scielo.org/id/7mkg8/pdf/coelhos-9788523217358-10.pdf>>. Acesso em 07. set. 2019.

### **Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)**

*Agradecimentos (acknowledgement)*: Agradecemos ao Laboratório de Avaliação e Intervenção Clínica Forense pelo apoio logístico na realização do trabalho. Igualmente, agradecemos ao Departamento de Psicologia da UFPB pelo oferecimento da Disciplina Tópicos de Avaliação Psicológica com foco na Avaliação Forense, responsável pelo desenvolvimento do trabalho que originou esse artigo.

*Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration)*: os autores declaram que não existe conflitos de interesse na realização das pesquisas para redação do artigo e que as conclusões apresentadas são imparciais e independentes de seus interesses pessoais.

*Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship)*: todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- *Álice Lira-Cardoso*: desenvolvimento da metodologia (methodology), coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Gabriella Medeiros Silva*: desenvolvimento da metodologia (methodology), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Thiago Pinto Siqueira Campos*: redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Lizandra Monteiro Ciraulo*: redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), aprovação da versão final.
- *Carmen Walentina Amorim Gaudêncio Bezerra*: projeto e esboço inicial, desenvolvimento da metodologia (methodology), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.

*Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality)*: os autores asseguram que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.



### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

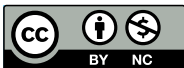
- Recebido em: 07/01/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/01/2020
- Avaliação 1: 29/01/2020
- Avaliação 2: 06/02/2020
- Decisão editorial preliminar: 15/02/2020
- Retorno rodada de correções 1: 29/02/2020
- Decisão editorial preliminar 2: 03/03/2020
- Retorno rodada de correções 2: 04/03/2020
- Decisão editorial final: 04/03/2020

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (MSG)
- Revisores: 2

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

LIRA-CARDOSO, Alice; SILVA, Gabriella M.; SIQUEIRA-CAMPOS, Thiago P.; CIRAULO, Lizandra M.; AMORIM-GAUDÊNCIO, Carmen. Avaliação psicológica de agressores sexuais no contexto brasileiro: instrumentos e perspectivas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 247-281, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.320>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.





# Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas

*Corporate defensive investigation: a study of the Provision 188/2018 of the Brazilian Bar Association's Federal Council*

**Anna Carolina Canestraro<sup>1</sup>**


Universidade de Coimbra – Coimbra, Portugal  
carolina.canestraro@gmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/1604392529884511>

 <http://orcid.org/0000-0002-3534-4589>

**Túlio Felipe Xavier Januário<sup>2</sup>**

Universidade de Coimbra – Coimbra, Portugal  
tuliofxj@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/1894712298793127>

 <http://orcid.org/0000-0003-0400-1273>

- 
- <sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, com período de investigação financiado pelo programa “ERASMUS+” na Georg-August-Universität Göttingen. Especialista em Direito Penal Econômico e Teoria do Delito pela Universidad de Castilla-La Mancha. Especialista em Compliance e Direito Penal pelo IDPEE - Coimbra. Pós-graduada em Direito Processual Penal pelo IBCCRIM/IDPEE – Coimbra. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada.
- <sup>2</sup> Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, com período de investigação financiado pelo programa “ERASMUS+” na Georg-August-Universität Göttingen. Especialista em Direito Penal Econômico e Teoria do Delito pela Universidad de Castilla-La Mancha. Pós-graduado em Direito Penal – Parte Geral pelo IBCCRIM / IDPEE – Coimbra. Especialista em Compliance e Direito Penal pelo IDPEE – Coimbra. Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP. Advogado.

---

**RESUMO:** Pretende-se com o presente trabalho, analisar o Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e suas possíveis implicações nas investigações internas, que, apesar de sua importância, ainda carecem de regulamentação. Para tanto, estudaremos separadamente os fundamentos, objetivos e procedimentos das investigações defensivas e das investigações internas, demonstrando que a proximidade entre estes institutos permite identificar entre eles, uma verdadeira relação de gênero-espécie. A partir dessas considerações, averiguaremos, no tópico derradeiro, a possível aplicação das disposições previstas pelo Provimento também para as investigações internas, corroborando a tese de que esta normativa não apenas é aplicável a estes procedimentos já amplamente existentes no Brasil, como ainda representa um importante passo no que toca a regulamentação de seus instrumentos concretos e limites de utilização.

**PALAVRAS-CHAVE:** Investigação defensiva; Compliance; Investigações internas; Provimento 188/2018.

**ABSTRACT:** *The aim of the present essay is to analyze the Provision 188/2018 of the Brazilian Bar Association's Federal Council and its possible implications in the corporate internal investigations, which despite their importance, still need regulation. For that we will initially study separately the fundamentals, goals and procedures of defensive and internal investigations, demonstrating that the proximity between these institutes allows us to identify between them a genus-species relationship. From these considerations, we will ascertain in the last topic the possible application of these provisions also to the internal investigations, corroborating the thesis that this regulation is not only applicable to these procedures that are already existent in Brazil, but also represents an important step in the scope of the regulation of their concrete instruments and limits.*

**KEYWORDS:** *Defensive investigation; Compliance; Internal investigations; Provision 188/2018.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Das investigações defensivas. 2. Das investigações internas. 3. Do Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB e seus possíveis reflexos nas investigações corporativas. Considerações finais. Referências.

---

## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar as disposições previstas pelo Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e seus possíveis reflexos nas investigações internas conduzidas por pessoas jurídicas, promovidas visando o esclarecimento de fatos que podem vir a ensejar a responsabilidade da empresa, de seus colaboradores ou de seus órgãos de representação<sup>3</sup>.

Instituto já consolidado nos ordenamentos jurídicos norte-americano e italiano, as “investigações defensivas”, conceituadas em poucas palavras como aquelas promovidas pelos defensores do Acusado, do Investigado ou até mesmo da Vítima, em qualquer momento da persecução criminal, a fim de buscar elementos de convicção que favoreçam os interesses de seus patrocinados<sup>4</sup>, vêm ganhando inegável relevo na doutrina nacional, como um importante instrumento de tutela da ampla defesa e de um maior equilíbrio entre as partes, especialmente no momento das investigações preliminares, através do contrabalanceamento das ferramentas estatais de investigação com instrumentos de promoção, pelo defensor, das diligências necessárias para a corroboração de suas teses.

Diante, porém, da até então inexistente regulamentação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, as investigações defensivas

---

<sup>3</sup> Este conceito é apresentado por Oliver Sahan, com base nas investigações promovidas por empresas alemãs e estadunidenses. Para mais detalhes, cfr.: SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; DE URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 245-262. p. 246.

<sup>4</sup> Sobre o conceito de investigações defensivas, explica Édson Luís Baldan: “Investigação defensiva é o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial” (BALDAN, Édson Luís. *Investigação defensiva: o direito de defender-se provando*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007. p. 269).

não apenas foram incluídas – ainda que de maneira encastrada - no Projeto de Novo Código Processual Penal, como também foram objeto do Provimento 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 2018, que visou especificamente regulamentar a realização de diligências investigatórias por parte dos advogados, para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.

Observamos, contudo, que as já mencionadas discussões doutrinárias e os recentes esforços legislativos e de órgãos de classe consoantes ao instituto em comento, vêm ocorrendo de maneira um pouco absorva a uma modalidade de procedimentos já muito frequentes e relevantes no cenário nacional, quais sejam, as investigações internas corporativas, cujas finalidades, mecanismos e fundamentos são tão próximos aos das investigações defensivas que podem ser consideradas verdadeira espécie do gênero destas últimas<sup>5</sup>. Questiona-se assim: não seriam as disposições do Provimento 188/2018 também aplicáveis a elas? Diante dessas considerações, pretende-se com o presente artigo, investigar os eventuais aproveitamentos do Provimento 188/2018 também para as investigações defensivas corporativas. Para tanto, utilizando de uma metodologia dedutiva, nos debruçaremos inicialmente sobre o amplo instituto das investigações defensivas, identificando seus fundamentos e objetivos para então analisarmos seus pontos de encontro com as investigações internas. Serão estas últimas, por sua vez, objeto do segundo tópico, no qual analisaremos não apenas sua relevância e suas finalidades, mas também sua estruturação concreta e eventuais reflexos em procedimento criminais.

Com base nisso, demonstraremos no tópico derradeiro, que o Provimento 188/2018, apesar de discreto em alguns aspectos, representa um passo importante também para as investigações internas corporativas, regulamentando expressamente algumas das atividades que já eram levadas à cabo no âmbito destes procedimentos, mas que pendiam de diretrizes mais concretas quanto aos seus limites.

---

<sup>5</sup> Neste sentido: DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145-187, dez. 2018. p. 158.

## 1. DAS INVESTIGAÇÕES DEFENSIVAS

Nos termos expostos no tópico introdutório, as investigações defensivas podem ser entendidas como as atividades de natureza investigatória desenvolvidas pelo defensor, assistido ou não por consultor técnico ou outro profissional legalmente habilitado, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando a coleta de elementos de informação a serem empregados no exercício da ampla defesa do seu constituinte<sup>6</sup>.

Estes procedimentos, conforme salientam Marcella Nardelli e Eurico da Cunha, são bastante consolidados em ordenamentos jurídicos pautados pela *common law*, sendo rotineira, por exemplo, nos Estados Unidos, a oitiva de testemunhas nos escritórios dos defensores, de maneira prévia ao julgamento e com a facultativa presença da parte contrária. Celebrado e registrado o ato, o mesmo é juntado aos autos, acompanhado dos demais documentos derivados de investigações e perícias particulares, os quais são fundamentais não apenas para a efetividade do *cross examination*, com a demonstração de eventuais inconsistências no depoimento testemunhal<sup>7</sup>, mas também para a obtenção de melhores termos e condições na celebração da *plea bargain*.

Algumas diretrizes de atuação para o advogado de defesa nestes procedimentos são devidamente providas pela *American Bar Association*,

---

<sup>6</sup> Neste sentido, vide nota 3. O Provimento 188/2018 também define as investigações defensivas nos seguintes termos: “Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte”.(CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Provimento Nº 188/2018*: Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>>. Acesso em 26 de dezembro de 2019).

<sup>7</sup> NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; CUNHA NETO, Eurico da. A investigação defensiva como corolário da igualdade processual e do direito à prova. *Revista jurídica UNIGRAN*, Dourados, v. 17, n. 33, p. 133-148, 2015. p. 140-141.

especialmente em seus *Criminal Justice Standards for the Defense Function*<sup>8</sup> e *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases*<sup>9</sup>, que expressamente preveem em seus respectivos pontos 4-4.1 e 10.7, o dever de investigação do defensor, a fim de averiguar as bases factuais das acusações, especialmente quanto à culpa e à pena do Acusado<sup>10</sup>.

Também a Itália procurou regulamentar a realização de investigações por parte do advogado de defesa, o que o fez através da Lei 397/00,

---

<sup>8</sup> Nos termos do ponto 4-1.1, (b), o instrumento normativo em análise não tem o condão de modificar as obrigações impostas ao advogado por eventuais leis, estatutos ou pela própria constituição, mas sim guiar a conduta e performance do advogado de defesa, descrevendo boas práticas para sua atuação, vide: AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Criminal Justice Standards for the Defense Function*. Fourth Edition. 2017. Disponível em: <[https://www.americanbar.org/groups/criminal\\_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/](https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/)>. Acesso em 29 de dezembro de 2019.

<sup>9</sup> Segundo a diretriz 1.1, o objetivo desta normativa é definir estandartes nacionais para a atuação advocatícia nos casos envolvendo possíveis penas capitais, buscando assegurar um patamar elevado na representação dos Acusados nestes casos. Vide: AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases*. 2003. Disponível em: <[https://www.americanbar.org/groups/committees/death\\_penalty\\_representation/resources/aba\\_guidelines/](https://www.americanbar.org/groups/committees/death_penalty_representation/resources/aba_guidelines/)>. Acesso em 29 de dezembro de 2019.

<sup>10</sup> “PART IV: INVESTIGATION AND PREPARATION. Standard 4-4.1 Duty to Investigate and Engage Investigators (a) Defense counsel has a duty to investigate in all cases, and to determine whether there is a sufficient factual basis for criminal charges...”.(AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Criminal Justice Standards for the Defense Function*. Fourth Edition. 2017. Disponível em: <[https://www.americanbar.org/groups/criminal\\_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/](https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/)>. Acesso em 29 de dezembro de 2019). “GUIDELINE 10.7 – INVESTIGATION. A. Counsel at every stage have an obligation to conduct thorough and independent investigations relating to the issues of both guilt and penalty”. (AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases*. 2003. Disponível em: <[https://www.americanbar.org/groups/committees/death\\_penalty\\_representation/resources/aba\\_guidelines/](https://www.americanbar.org/groups/committees/death_penalty_representation/resources/aba_guidelines/)>. Acesso em 29 de dezembro de 2019). Neste sentido, com detalhes, conferir: ARAUJO, Marcelo Azambuja. Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS n. 156/09. *Revista justiça e sistema criminal*: modernas tendências do sistema criminal, Curitiba, v. 9, n. 16, p. 233-246, 2017. p. 239.



que modificou o Código de Processo Penal<sup>11</sup>. A forma e as finalidades destes atos são previstas de maneira exaustiva pelo Título VI bis do Código, nomeadamente em seus Artigos 391 bis e subsequentes, dentre os quais destacamos as disposições relativas ao direito de entrevista do defensor e seus deveres na sua condução – inclusive o de documentação do ato –, a possibilidade de requisição de documentos e de acesso a locais públicos e privados para a realização de perícias e demais exames.

No que toca ao contexto brasileiro, conforme explicam Fernanda Vilares, Guilherme Bedin e Pedro Castro, com a crescente “crise do inquérito policial”, somada ao aumento da complexidade das modalidades criminosas e ao conseqüente clamor por uma maior eficiência das investigações e perseguições criminais, tornaram-se figuras comuns nos Ministérios Públicos, os chamados “PAPs – Procedimentos Administrativos Preliminares”, promovidos com escopo de averiguação de fatos que poderiam dar ensejo a uma ação penal<sup>12</sup>, mediante a requisição de

---

<sup>11</sup> “Art.327 bis (Attività investigativa del difensore) (1) 1. Fin dal momento dell’incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI bis del presente libro. 2. La facoltà indicata al comma 1 può essere attribuita per l’esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell’esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione. 3. Le attività previste dal comma 1 possono essere svolte, su incarico del difensore, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, da consulenti tecnici” (ITALIA. *Legge 7 dicembre 2000, n. 397*: Disposizioni in materia di indagini difensive. Gazzetta Ufficiale n. 2 del 03-01-2001. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/leggi/2009/01/27/disposizioni-in-materia-di-indagini-difensive>>. Acesso em 29 de dezembro de 2019; ITALIA. *Codice di Procedura Penale*. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>>. Acesso em 29 de dezembro de 2019).

<sup>12</sup> Nos parece, porém, que a terminologia do procedimento possa variar. No âmbito do Ministério Público de Santa Catarina, por exemplo, os Procedimentos Administrativos Preliminares se restringem à apuração de indícios de irregularidades que possam ensejar a instauração de inquérito civil, proposição de Termo de Ajustamento de Conduta ou Ação Civil Pública. Para a investigação de crimes e contravenções penais, é instaurado o “PIC – Procedimento Investigatório Criminal”. Para maiores detalhes, conferir em: MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. *Glossário*. Disponível em: <<https://www.mpsc.mp.br/atendimento-ao-cidadao/glossario>>. Acesso em 06 de janeiro de 2020.

documentos e oitivas de testemunhas na própria sede do *parquet*<sup>13</sup>. Aliás, conforme relembra Diogo Malan, o Ministério Público não apenas dispõe de poderes constitucionais para requisição de diligências e instauração de inquérito junto à polícia judiciária, mas também vem estruturando ele próprio, órgãos investigativos e periciais, tais como, no Estado do Rio de Janeiro, o GAP – Grupo de Apoio aos Promotores – e o GATE – Grupo de Apoio Técnico Especializado<sup>14</sup>.

Por essas razões, mais do que eventuais críticas a estas práticas e aos possíveis abusos delas derivados, passou-se a aventar a possibilidade de promoção de investigações por parte da própria defesa<sup>15</sup>, como uma forma de contrabalanceamento dos poderes investigatórios da Acusação<sup>16</sup> e de busca por um maior equilíbrio na fase investigação preliminar.

Neste sentido, explica Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa que os indivíduos são titulares do direito a um processo equitativo, com igualdade de armas em procedimento adversarial, do qual decorre um direito de resistência aos procedimentos estatais hábeis à restrição de suas liberdades, o que aqui se consubstanciaria na possibilidade da promoção de uma investigação defensiva com vistas à manutenção de seu *status libertatis*<sup>17</sup>. Em sentido

<sup>13</sup> VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação criminal: o Projeto de Código de Processo Penal e investigação defensiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 107, p. 309-336, mar./abr. 2014. p. 310.

<sup>14</sup> MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, mai./jun. 2012. p. 280.

<sup>15</sup> Conforme crítica Franklyn Roger Alves Silva, à época das discussões relativas à PEC 37/11, que almejava restringir os poderes de investigação às Polícias Federal e Civil dos Estados e do Distrito Federal, perdeu-se uma grande oportunidade de aprofundamento dos estudos também quanto à necessidade de regulamentação da investigação defensiva. Neste sentido, conferir: SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 34-35; CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PEC 37/2011*: Acrescenta o §10 ao art. 144 da Constituição Federal para definir a competência para a investigação criminal pelas polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>>. Acesso em 06 de janeiro de 2019.

<sup>16</sup> VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Op. Cit., p. 310.

<sup>17</sup> CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito

semelhante, sustenta Édson Baldan que este instituto é uma imperiosidade decorrente do julgamento do RE 593.727/MG<sup>18</sup> - que reconheceu a possibilidade de exercício investigatório direto pelo órgão da acusação -, pois entendimento contrário violaria não apenas o devido processo penal, mas também o tratamento isonômico entre acusação e defesa<sup>19</sup>.

Conforme salienta Diogo Malan, na etapa da investigação preliminar, há inegáveis desigualdades materiais entre Investigado e Estado, uma vez que este último dispõe da Polícia Judiciária, dotada de recursos humanos e materiais para a colheita de informações sobre a autoria e materialidade, bem como de investigadores com poder de polícia para a colheita coercitiva de declarações testemunhais e pesquisa em bancos de dados sigilosos<sup>20</sup>.

Por sua vez, o Investigado disporia tão somente do poder de sugestão de diligências à Autoridade Policial, a qual poderá ou não realizá-las

---

humano-fundamental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 127, p. 167-198, jan. 2017. p. 192.

<sup>18</sup> “4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XII-I, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Maioria”: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário 593.727/MG*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Data de Julgamento: 14 de maio de 2015. Publicado no DJE em 08 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2641697>>. Acesso em 06 de janeiro de 2020.

<sup>19</sup> BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 7-9, set. 2019. p. 7-8.

<sup>20</sup> MALAN, Diogo. Op. Cit., p. 280-281.

de acordo com seu juízo de conveniência<sup>21</sup>. Muito embora a investigação direta por parte do defensor ou de investigador privado por ele contratado não fosse necessariamente impossibilitada, ela sempre encontrou alguns óbices de difícil superação no sistema jurídico brasileiro, tais como a insuficiência de recursos financeiros de grande parte dos Investigados e principalmente a falta de regulamentação por parte da legislação processual penal pátria, acerca dos direitos e deveres dos defensores quando da realização das diligências em comento, o que, na prática, inviabilizaria o acesso dos mesmos a diversas informações sigilosas e a colheita coercitiva de declarações testemunhais, expondo-os ainda, ao risco de acusações por infrações penais contra a administração da justiça, tais como as de falso testemunho e fraude processual<sup>22</sup>.

Ora, a participação ativa da defesa não apenas na instrução processual, mas também na investigação preliminar e na eventual fase de cumprimento da pena, através da busca de elementos de informação que possam favorecer as teses do Acusado/Investigado, é crucial para a viabilização de um contraditório eficaz e capaz de fornecer subsídios suficientes para uma justa decisão quanto ao recebimento ou não da denúncia, à delimitação do *thema probandum* na instrução judicial e à decisão final de mérito<sup>23</sup>.

Aliás, é interessante a observação feita por Franklyn Roger Alves Silva, no sentido de que, apesar da redação dada pela Lei 11.719/08 ao Artigo 397 do Código de Processo Penal<sup>24</sup>, o instituto da absolvição sumária

<sup>21</sup> “Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”: BRASIL. *Decreto-Lei N° 3.689, de 3 de outubro de 1941*: Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em 31 de dezembro de 2019.

<sup>22</sup> MALAN, Diogo. Op. Cit., p. 280-281.

<sup>23</sup> SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 420.

<sup>24</sup> “Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV - extinta a punibilidade do agente”, vide: BRASIL. *Decreto-Lei N° 3.689, de 3 de outubro de 1941*: Código de Processo Penal. Disponível em: <[Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 283-328, jan.-abr. 2020.](http://www.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

perde muito de sua efetividade se não são oportunizados à defesa os meios idôneos à comprovação do preenchimento dos requisitos deste artigo<sup>25</sup>.

Encontramos ainda, nos alicerces do instituto das investigações defensivas, a tutela da garantia do Investigado/Acusado à ampla defesa<sup>26</sup>, desde a fase pré-processual, até o eventual cumprimento da pena, oportunidade na qual ainda poderão ser coletados elementos aptos a fundamentar uma revisão criminal ou outras questões relacionadas à própria execução criminal<sup>27</sup>. Conforme explica Franklyn Silva, não se trata de oportunizar àquele o falseamento de elementos de informação, mas sim, que através da coleta direta dos elementos que possam ter passado despercebidos pelos órgãos de persecução, o Defensor possa orientar seu patrocinado quanto ao seu comportamento na relação processual, bem como auxiliar na correta compreensão do fato<sup>28</sup>.

Da Convenção Americana de Direitos Humanos, extrai-se não apenas o direito do Acusado à presunção de inocência e ao tratamento equitativo no procedimento criminal, mas também que lhe sejam assegurados o tempo e os meios necessários para a preparação de sua defesa, nos termos do Art. 8º, inciso 2, alínea “c”<sup>29</sup>. No mesmo sentido, o Pacto

---

[planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em 04 de janeiro de 2020.

<sup>25</sup> SILVA, Franklyn Roger Alves. Op. Cit., p. 34-35.

<sup>26</sup> “Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitucao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm)>. Acesso em 01 de janeiro de 2020).

<sup>27</sup> Em sentido próximo, Franklyn Roger Alves Silva sustenta que os alicerces normativos da investigação defensiva residem nas garantias constitucionais à ampla defesa e ao contraditório, bem como no direito à prova derivado do reconhecimento destes princípios, vide: SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 411.

<sup>28</sup> SILVA, Franklyn Roger Alves. Op. Cit., p. 456.

<sup>29</sup> “Artigo 8. Garantias judiciais. [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa”, vide: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*.

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que em seu Artigo 14 prevê esse direito na alínea “b”, do inciso 3, além de dispor na alínea “e”, que serão asseguradas ao Acusado as mesmas condições que as da Acusação no interrogatório de testemunhas<sup>30</sup>.

Observa-se assim, que os elementos fundantes do instituto das investigações defensivas e do empenho pela sua regulamentação no ordenamento jurídico nacional residem justamente na busca pela restauração de um equilíbrio processual entre Acusado/Investigado e Estado, que muito embora jamais tenha sido uma realidade, ficou ainda mais distante com a crescente promoção de investigações por parte do Ministério Público. Portanto, a expressa previsão da possibilidade de colheita direta de elementos de informação por parte do defensor representa um importante passo na consolidação de uma efetiva garantia à ampla defesa e à paridade de armas no processo penal, definindo ainda, de maneira concreta, os limites e possibilidades da atuação do defensor nestas atividades.

## 2. DAS INVESTIGAÇÕES INTERNAS

As investigações internas podem ser consideradas como o conjunto de diligências promovidas por uma determinada pessoa jurídica, com ou sem o auxílio de colaboradores externos, visando apurar fatos que cheguem ao seu conhecimento e que apresentem indícios de violações legais, éticas e/ou de suas normativas internas. Não se confundem, assim, com as atividades regulares de fiscalização, pois têm um caráter inegavelmente reativo, enquanto essas últimas inserem-se no cotidiano da empresa.

---

Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em 01 de janeiro de 2020.

<sup>30</sup> “Artigo 14. [...] 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; [...] e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento ao interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação”: BRASIL. *Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992: Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em 1 de janeiro de 2020.

Elas se relacionam assim, com a ideia de governança corporativa, integrando a esfera reativa dos programas de *compliance*, juntamente com os mecanismos de sancionamento interno e de melhoramento contínuo. Aliás, conforme muito bem salienta Nina Nestler, pode se considerar que estes institutos atendem aos mesmos objetivos, uma vez que, a partir do momento em que as empresas esclarecem e punem as violações às regras – inclusive as por elas próprias definidas –, acabam por angariar efeitos positivos em termos reputacionais, deixando claro um compromisso com a justiça e a conformidade<sup>31</sup>.

Diante das características da hodierna criminalidade econômica, mormente praticadas pelos chamados “criminosos do colarinho branco”, no cerne e através de complexas estruturas empresariais, atuantes em setores muito técnicos e especializados, os poderes estatais de regulação, fiscalização, investigação e repressão vêm sendo desafiados e encontrando sérias limitações ao tentar fazer frente a esta novel configuração<sup>32</sup>.

Neste cenário, os mecanismos de autorregulação regulada e em especial, os chamados programas de *compliance*, têm sido desenvolvidos como uma importante ferramenta aliada à governança corporativa<sup>33</sup>,

---

<sup>31</sup> Neste sentido, com citações: NESTLER, Nina. Internal Investigations: Definition und rechtstatsächliche Erkenntnisse zu internen Ermittlungen in Unternehmen. In: KNIERIM, Thomas C.; RÜBENSTAHL, Markus; TSAMBIKAKIS, Michael (Hrsg.). *Internal Investigations: Ermittlungen im Unternehmen*. 2. Neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2016. p. 3-22. p. 13.

<sup>32</sup> Neste sentido, conferir: PABLO MONTIEL, Juan. Autolimpieza Empresarial: Compliance Programs, Investigaciones Internas y Neutralización de Riesgos Penales. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 221-243. p. 221; NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 21-50. p. 47.

<sup>33</sup> Neste sentido, interessante é a analogia feita por Sebastian Lenze, no sentido de que o *compliance* seria um “bloco” para a construção de uma governança corporativa que atenda às suas finalidades. Cfr.: LENZE, Sebastian. *Compliance, Internal Investigations und Beschuldigtenrechte: Mitarbeiterfragungen im Rahmen unternehmensinterner Ermittlungen und die strafprozessuale Verwertbarkeit selbstbelastender Aussagen unter besonderer Berücksichtigung der Korruptionsfälle Siemens und MAN*. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2014. p. 31.

a qual, a partir do espaço de liberdade cedido pelo Estado, viabiliza a autorregulação e autofiscalização das pessoas jurídicas<sup>34</sup>. Tendo elas melhores condições e *expertise* para essas atividades, mostra-se salutar que, a partir da pauta mínima de obrigações organizacionais impostas pelo Estado, as empresas fiscalizem a atuação de seus colaboradores e exijam o cumprimento de normativas, diretrizes e legislações nacionais e, se for o caso, internacionais<sup>35</sup>.

Dentre os propósitos imediatos destes programas, tem-se a promoção de uma cultura de cumprimento normativo e a efetivação de condutas éticas na condução das atividades empresariais, bem como a prevenção, investigação e repressão de eventuais práticas ilícitas cometidas no cerne da corporação. Mediamente, procura-se a manutenção ou recuperação da boa-reputação empresarial, a continuidade dos negócios e a potencialização dos lucros, mas principalmente, o resguardo da pessoa jurídica e de seus órgãos de representação de eventuais responsabilizações, inclusive criminais<sup>36</sup>.

Uma vez, porém, que por melhor estruturados e operantes que sejam estes mecanismos, não têm eles capacidade para obstar todas as eventuais práticas ilícitas cometidas no ambiente empresarial, devem eles ser dotados de instrumentos que permitam a correta apuração dos fatos e a tomada de decisão de acordo com os interesses da pessoa jurídica. É neste viés reativo dos programas de *compliance*, que se inserem os procedimentos de investigação interna<sup>37</sup>.

Desta feita, tendo a pessoa jurídica lançado mão das competentes medidas preventivas com a finalidade de assegurar um ambiente interno de respeito às normas<sup>38</sup> – tais como o desenvolvimento de políticas e nor-

---

<sup>34</sup> JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 84-86.

<sup>35</sup> Em sentido semelhante: SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016. p. 13.

<sup>36</sup> JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva....*, p. 84-86.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 88; 114-116.

<sup>38</sup> Neste sentido, conferir: SARCEDO, Leandro. *Op. Cit.*, p. 45.



mativas internas, códigos de ética e de conduta, *hotlines* de comunicação e de denúncia - mas ainda assim, verificado a ocorrência de práticas antiéticas ou ilegais, terá ela o ônus de conduzir uma investigação interna para a apuração dos fatos.

Segundo Estada i Cuadras e Llobet Anglí, podemos organizar as investigações em cinco classes, a depender de seu i) objeto: se ilícitos penais, extrapenais ou violações contratuais; ii) função: esclarecedora ou preventiva; iii) grau de suspeita: ou seja, se há ou não, indícios; iv) sujeito passivo: funcionários que tenham cometido infração contra a empresa, contra colegas de trabalho, infração por meio da empresa ou infrações relacionadas à saúde, vida e integridade; e v) objetivo: os eventuais reflexos, que podem ser do âmbito civil, trabalhista, ou nos casos em que assim a lei tipifica, na área penal<sup>39</sup>.

Há que se destacar que os interesses da companhia na promoção da investigação tendem a ir além da atenuação ou isenção de responsabilidade, destacando-se, por exemplo, os riscos reputacionais<sup>40</sup> aos quais estão

---

<sup>39</sup> ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. p. 197-228. p.201-203. Vale dizer, no entanto, que ao nosso ver, a investigação deverá ser essencialmente reativa, tendo-se em vista que deverá ser instaurada para analisar um caso já ocorrido. Não se confunde, assim, com as cotidianas atividades de fiscalização interna. Nesse sentido: CANESTRARO, Anna Carolina. *As investigações internas no âmbito do criminal compliance e os direitos dos trabalhadores: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 82; NIETO MARTÍN, Adan. Problemas fundamentales..., p. 33.

<sup>40</sup> Neste sentido, conforme explica Hartwig, para além de eventuais deveres legais, há um interesse factual da companhia em esclarecer de maneira satisfatória os eventuais incidentes ocorridos no cerne da corporação. Diante da publicidade de eventuais escândalos e os graves riscos reputacionais deles derivados, a manutenção ou restauração da confiança na empresa só ocorrerá com a resolução dos casos e divulgação das medidas corretivas e preventivas aplicadas, vide: HARTWIG, Niels. Pflicht der Unternehmensleitung zur Durchführung interner Compliance Untersuchungen im Unternehmen und Konzern. In: MOOSMAYER, Klaus; HARTWIG, Niels (Hrsg.). *Interne Untersuchungen: Praxisleitfaden für Unternehmen*. 2. Auflage. München: C.H. Beck, 2018. p. 7-18. p. 9.

submetidas nestes casos. Melhor explicando, e a título exemplificativo, havendo a divulgação unilateral por parte da mídia, de um caso ocorrido no interior da empresa, caso esta promova uma investigação interna para a apuração dos fatos, terá a oportunidade de dar uma resposta à sociedade e, principalmente, aos seus acionistas, recuperando então sua credibilidade frente ao mercado<sup>41</sup>.

É interessante observar que o impulso inicial destas diligências pode provir de uma comunicação interna - como por exemplo, uma denúncia pelo canal - ou externa - tais como a iminente, ou já em andamento, promoção de uma investigação estatal que é comunicada à empresa ou até mesmo, noticiada na mídia. Para a apuração dos fatos, pode a pessoa jurídica utilizar-se de sua estrutura de *compliance* ou, nos casos mais complexos, contratar consultores externos<sup>42</sup>. Neste sentido, mostra-se muito relevante, portanto, não apenas a matéria a ser apreciada, mas também o nível de complexidade das diligências e até mesmo o possível envolvimento da alta direção nos fatos, casos nos quais poderá ser imperiosa a contratação de escritórios externos especializados<sup>43</sup>.

Em todo caso, ressalvadas algumas particularidades que possam advir do caso específico, o procedimento investigatório tende a seguir o mesmo ritual. São coletadas informações a partir dos instrumentos de trabalho (computadores e celulares corporativos) dos funcionários, colaboradores e, se for o caso, membros da direção, analisados documentos, gravações de áudio e vídeo e, caso assim seja necessário, são conduzidas posteriores entrevistas com os investigados e eventuais testemunhas, a fim de esclarecer determinados pontos ou mesmo confrontá-los com documentos já obtidos<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> CANESTRARO, Anna Carolina. Op. Cit., p. 45.

<sup>42</sup> Neste sentido, com citações: SCHARNBERG, Josefina. *Illegale Internal Investigations: Strafrechtliche Grenzen unternehmensinterne Ermittlungen*. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2015. p. 27.

<sup>43</sup> VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 299-300.

<sup>44</sup> Os mecanismos de investigação já estão tão evoluídos que já se há de falar em um verdadeiro mercado de serviços voltado para o *corporate intelligence*, com técnicas sofisticadas e que se utilizam, inclusive, de *know-how* dos serviços secretos. Cfr.: NIETO MARTÍN, Adán. *Problemas fundamentales...*, p. 33-34.

Apurados os fatos, os resultados da investigação serão direcionados de acordo com os objetivos que melhor atendam aos interesses da empresa, podendo ensejar tão somente sanções internas, tais como advertências e, em casos mais graves, demissão do colaborador (inclusive por justa causa), ou, então, nas situações em que se vislumbre o cometimento de ilícitos administrativos ou criminais, as informações poderão ser levadas às autoridades para a instauração de um investigação “oficial”, a celebração de acordos de leniência e também - ressalvadas as limitações a serem discutidas no último tópico - a preparação da defesa corporativa em eventual procedimento em que esta venha a ser implicada.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, há que se destacar que, uma vez estando expressamente prevista a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas pelos crimes ambientais, nos termos do Artigo 3º da Lei de nº 9.605/98<sup>45</sup>, a condução de uma investigação interna pela empresa eventualmente investigada ou acusada representará, por certo, uma oportunidade de recolha de informações e esclarecimento de fatos, a partir dos quais ela poderá preparar suas teses defensivas e coletar elementos de informação que poderão vir a integrar seu acervo probatório no futuro.

Nos casos abrangidos pela Lei 12.846/13, o compartilhamento dos resultados das investigações internas com o órgão público competente é um interessante meio da empresa imputada obter os benefícios previstos pelo Artigo 7º, que determina a consideração, na aplicação das sanções, da “existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”<sup>46</sup>, sendo a redução das eventuais

---

<sup>45</sup> “Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato”. (BRASIL. *Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*: dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm)>. Acesso em 13 de maio de 2018).

<sup>46</sup> BRASIL. *Lei n.º 12.846, de 1.º de agosto de 2013*: dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em:

sanções expressamente regulamentada pelo Artigo 18 do Decreto 8.420/15, podendo chegar de 1% a 1,5% do faturamento bruto nos casos de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, 2% no caso de comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do PAR e de 1% a 4%, caso ela comprove a existência e a aplicação de um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV<sup>47</sup>.

Ademais, nos casos de infração contra a ordem econômica, por força do Inciso IV do Artigo 86 da Lei 12.529/11, poderá ser firmado acordo de leniência com o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 01 a 2/3 da penalidade aplicável, quando a pessoa jurídica tiver colaborado efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, sendo que desta colaboração tenha sido possível a identificação dos demais envolvidos e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração<sup>48</sup>.

A despeito, porém, dos benefícios advindos das investigações internas, não apenas para as pessoas jurídicas, mas também para o Estado na superação de suas dificuldades na investigação e persecução de ilícitos cometidos nesta seara, conforme abordaremos de maneira mais detida no tópico subsequente, há que ser feita uma importante ressalva no que toca à condução destes procedimentos. Uma vez que eles são promovidos pela própria empresa ou por escritórios e profissionais especializados

---

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm)>. Acesso em: 09 de janeiro de 2020.

<sup>47</sup> BRASIL. *Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015*: Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm)>. Acesso em 13 de janeiro de 2020.

<sup>48</sup> BRASIL. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*: Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 13 de janeiro de 2020.

por ela contratados, na ânsia de isentar ou atenuar a responsabilidade da pessoa jurídica e de sua alta administração, não podemos ignorar os riscos de eventuais excessos na condução das diligências, especialmente no que toca à violação de direitos e garantias de funcionários e terceiros investigados<sup>49</sup>, ou à tentativa de direcionamento da responsabilidade para colaboradores ocupantes de níveis hierárquicos inferiores, impedindo, assim, ela atinja os ocupantes de cargos superiores.

Sendo assim, muito embora estes procedimentos tenham se mostrado uma ferramenta importante na superação das deficiências estatais na matéria e na resolução e enfrentamento de ilícitos empresariais, eles urgem por maiores regulamentações referentes aos procedimentos passíveis de serem adotados e aos seus limites, as quais assegurariam não apenas maiores garantias aos investigados, mas também parâmetros mais precisos aos profissionais que atuam neste setor de inegáveis incertezas.

Tendo-se em vista essas considerações, analisaremos no tópico subsequente o recém-aprovado Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB e suas eventuais repercussões nas investigações internas, a fim de aferir se suas disposições atendem, ainda que primitivamente, estes anseios.

### **3. DO PROVIMENTO 188/2018 DO CONSELHO FEDERAL DA OAB E SEUS REFLEXOS NAS INVESTIGAÇÕES INTERNAS CORPORATIVAS**

É importante salientar inicialmente, que os esforços pela regulamentação do instituto das investigações defensivas no Brasil não se

---

<sup>49</sup> Conforme explica Frank Maschmann ao analisar a doutrina e jurisprudência alemã a respeito do tema, muito embora sejam passíveis de serem realizadas quaisquer medidas não vedadas pela lei no âmbito das investigações internas, há que se atentar para os limites impostos pelos direitos de personalidade dos indivíduos envolvidos, os quais devem ser protegidos não apenas contra intromissões indevidas por parte do Estado, mas também por parte de particulares. Neste sentido, devem ser observados os direitos gerais de personalidade e suas repercussões, tais como o direito à própria imagem, à confidencialidade e à autodeterminação informacional. Observa-se que na Alemanha, muitos destes direitos são tutelados pelo direito penal, tal como nos crimes de gravação não autorizada de voz (§201 StgB). Cfr.: MASCHMANN, Frank. *Mitarbeiterkontrolle und private Ermittlungen*. In: MASCHMANN, Frank (Hrsg.). *Corporate Compliance und Arbeitsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2009. p. 149-184. p. 151.

originaram do Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB<sup>50</sup>, mas sim, anteriormente, do Projeto de Novo Código Processual Penal, que já em sua versão original, no Artigo 14 do PLS 156/2009, previa – de maneira tímida, é verdade – a possibilidade de promoção por parte do investigado, através de seu defensor ou mandatário com poderes expressos, de investigação defensiva, identificando fontes de prova e realizando entrevistas<sup>51</sup>. Em sua versão mais recente, porém, foram inseridos outros cinco parágrafos, na tentativa de disciplinar de maneira um pouco mais precisa, alguns limites para a realização e utilização das entrevistas<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> É neste sentido que sustenta Édson Luís Baldan que as investigações defensivas não são atividades inéditas ou estranhas à advocacia, não constituindo, ainda, o Provimento 188/2018 CFOAB, em qualquer inovação da ordem jurídica, mas sim, possuindo o mérito de sistematizar o direito de defesa a ser exercido pelo advogado e que aqui se consubstancia nestas investigações, vide: BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. *Boletim IBCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 7-9, set. 2019. p. 8.

<sup>51</sup> Constava do Artigo 14 do texto inicial do Projeto: “Art. 14. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Parágrafo único. As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento de pessoas ouvidas” (SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado Nº 156, de 2009*: Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em 31 de dezembro de 2019).

<sup>52</sup> “Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. §1º As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas. §2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado seu consentimento. §3º Na hipótese do §2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista. §4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reservas necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial. §5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. §6º As pessoas mencionadas no *caput* deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos” (CONGRESSO NACIONAL. *PL 8045/2010*: Código de Processo Penal. Disponível em: <<https://www>.

Observa-se, contudo, que pouco se diz no Projeto, quanto ao conceito e aos métodos das investigações defensivas, se contendo tão somente a mencionar a possibilidade de identificação de fontes de provas e realização de entrevistas. Além disso, não há expressas limitações quanto à atuação dos defensores, que não algumas poucas referentes às entrevistas e uma genérica previsão de responsabilidades penal, civil e disciplinar pelos eventuais excessos.

O Provimento 188/2018, por sua vez, dispõe em seu Artigo 1º, que a investigação defensiva compreenderá o complexo de atividades investigatórias do defensor, com ou sem o auxílio de consultores técnicos e outros profissionais legalmente habilitados, desenvolvidas em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando a constituição do acervo probatório lícito do constituinte<sup>53</sup>.

Cumprе salientar inicialmente, no que toca aos objetivos do presente trabalho, que as investigações internas promovidas por pessoas jurídicas com a finalidade de constituição de seu acervo probatório em eventual procedimento criminal, nos parecem totalmente enquadráveis no conceito de investigações defensivas apresentado pelo Artigo 1º do Provimento em análise.

Ousamos discordar, assim, dos posicionamentos doutrinários que vão no sentido da exclusão das investigações internas empresariais da categoria das investigações defensivas. Neste sentido, por exemplo, em sua bem fundamentada tentativa de teorização das investigações defensivas, Franklyn Roger Alves Silva sustenta que, uma vez que elas se ocupariam

---

[camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263](http://camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263)>. Acesso em 28 de dezembro de 2019).

<sup>53</sup> “Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte” (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Provimento N° 188/2018*: Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>>. Acesso em 26 de dezembro de 2019).

do viés criminal, deveriam quedar excluídas de seu escopo as medidas e diligências implementadas em investigações internas e procedimentos de *due diligence*, já que estas supostamente não teriam implicações criminais e atenderiam tão somente a finalidades empresariais<sup>54</sup>.

Este entendimento, com a devida vênia, nos parece desconhecer a real natureza das investigações internas desenvolvidas no cerne das pessoas jurídicas e mais ainda, as implicações criminais derivadas dos frutos destas diligências<sup>55</sup>. Além disso, abstrai completamente da hodierna possibilidade de responsabilização penal de pessoas coletivas no Brasil, expressamente viabilizada pela Constituição Federal<sup>56</sup> e prevista pela Lei de Crimes Ambientais<sup>57</sup>, estando ainda, o rol taxativo, na iminência de ser estendido para os crimes contra a administração pública, a ordem econômica e o sistema financeiro, nos termos do Projeto de Novo Código Penal<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> SILVA, Franklyn Roger Alves. Op. Cit., p. 461-462.

<sup>55</sup> A título exemplificativo, Adán Nieto Martín elenca as possíveis implicações de natureza penal e processual penal derivadas das investigações internas. Segundo o autor, muito embora constitua um instrumento de defesa da pessoa jurídica, através da qual essa visa atenuar ou evitar a sua responsabilização criminal, eventuais violações no curso destas diligências podem acarretar em crimes contra a intimidade e até mesmo delitos de ameaça. Para maiores detalhes, conferir em: NIETO MARTÍN, Adán. Investigações internas. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 293-334. p. 305-306.

<sup>56</sup> “Art. 173. [...] § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.” [...] “Art. 225. [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 01 de janeiro de 2020).

<sup>57</sup> Vide nota 45.

<sup>58</sup> “Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu



Ora, uma vez sendo indiscutível a possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem no polo passivo de processos criminais no sistema jurídico nacional e não havendo – e sequer podendo haver<sup>59</sup> – qualquer

---

representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade...” (SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado nº. 236, de 2012*: anteprojeto de código penal. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/observatorio-do-poderlegislativo/reforma-do-codigo-penal-brasileiro-pls-2362012>>. Acesso em 21 de abril de 2018). Para maiores detalhes, conferir em: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Criminal liability for legal entities: a comparative study between Spain, Portugal and Brazil. *Polar – Portuguese Law Review*, v. 2, n. 2, p. 191-224, jul. 2018. Disponível em: <<http://www.portugueselawreview.pt/archives/>>. Acesso em 09 de janeiro de 2020. p. 211 e ss.

<sup>59</sup> Conforme muito bem sustenta Gimeno Beviá, a partir do momento em que é feita a opção político-criminal de viabilizar a responsabilização penal de pessoas jurídicas, deve ser assegurada uma equivalência de direitos e garantias para com as pessoas singulares, pois há, segundo Rodríguez Bahamonde, um inegável paralelismo entre elas. Cfr.: GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*: adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 234; RODRÍGUEZ BAHAMONDE, Rosa. Estatuto jurídico procesal de la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal. In: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús (dir.); NEIRA PENA, Ana María (coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Aranzadi, 2017. p. 111-128. p. 113. O Tribunal Supremo da Espanha já se manifestou reiteradamente pela extensão de direitos e garantias constitucionais às pessoas jurídicas acusadas em procedimento criminal, tais como a presunção de inocência e o juiz natural. Cfr.: TRIBUNAL SUPREMO – SALA SEGUNDA, DE LO PENAL. *STS 514/2015, 2 de Septiembre de 2015*. Ponente: Manuel Marchena Gomez. Disponível em: <<https://supremo.vlex.es/vid/583483758>>. Acesso em 09 de janeiro de 2020; TRIBUNAL SUPREMO – SALA SEGUNDA, DE LO PENAL. *STS 154/2016, 29 DE Febrero de 2016*. Ponente: Jose Manuel Maza Martin. Disponível em: <<https://supremo.vlex.es/vid/599579023>>. Acesso em 09 de janeiro de 2020; TRIBUNAL SUPREMO – SALA SEGUNDA, DE LO PENAL. *STS 221/2016, 16 de Marzo de 2016*. Ponente: Manuel Marchena Gomez. Disponível em: <<https://supremo.vlex.es/vid/631536907>>. Acesso em 09 de janeiro de 2020. Sobre essas decisões, conferir com detalhes em: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. El inicio de una larga andadura. Navarra: Aranzadi, 2017. p. 44-47; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O ônus da prova da existência e eficácia dos programas de compliance no âmbito do processo penal das pessoas jurídicas: um estudo com base no ordenamento jurídico espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 160, ano 27, p. 219-257, out. 2019. p. 247-248. Conferir ainda, especificamente no que toca ao direito à não-autoincriminação e sua possível

restrição quanto ao seu direito à ampla defesa e demais garantias processuais, inclusive à possibilidade de seus advogados buscarem elementos de prova que favoreçam suas patrocinadas, não observamos qualquer fundamento para a sua exclusão do rol dos eventuais abrangidos pelas investigações defensivas.

Se por um lado concordamos que, de *lege data*, os reflexos dos programas de *compliance* na responsabilidade criminal das pessoas jurídicas são ainda imprecisos<sup>60</sup>, por outro, não podemos desconhecer que no âmbito da realização de suas investigações internas, a empresa busca muitas vezes, os verdadeiros responsáveis pelos fatos que lhe são imputados, visando justamente ser isenta de responsabilidade ou ter sua pena atenuada, não sem antes e na medida legalmente permitido, juntar aos autos do processo criminal, ou até mesmo encaminhar diretamente ao órgão acusatório, toda a documentação derivada de suas investigações que entender pertinentes aos seus interesses no processo.

Para além disso, não podemos abstrair que no direito comparado, há uma inegável tendência<sup>61</sup> doutrinária e até mesmo legislativa, de adoção dos chamados modelos de autorresponsabilidade penal das

---

extensão às pessoas jurídicas: CANESTRARO, Anna Carolina; KASSADA, Daiane Ayumi; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Nemo tenetur se detegere e programas de compliance: o direito de não produzir prova contra si próprio em face da Lei n. 13.303/16. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODT, Luís Augusto; TORRES, Henrique Abi-Ackel; LOPES, Luciano Santos. (orgs.). *Direito penal econômico nas ciências criminais*. Belo Horizonte: Editora Vorto, 2019. p. 311-342. p. 318-322.

<sup>60</sup> Conforme sustentamos detalhadamente em: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Da (ir)relevância dos programas de compliance no modelo brasileiro de responsabilidade penal das pessoas jurídicas: considerações críticas ao Projeto de Novo Código Penal. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 21, n. 2, p. 327-357, maio/agosto. 2019. Disponível em: <[http://ww2.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/issue/view/50](http://ww2.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/issue/view/50)>. Acesso em: 09 de janeiro de 2020. p. 345 e ss..

<sup>61</sup> Segundo Adán Nieto Martín, esse sistema vem sendo adotado por várias recentes legislações, abrindo espaço, inclusive, na jurisprudência de ordenamentos jurídicos que haviam inicialmente apostado em modelos de heteroresponsabilidade, tais como na França e na Bélgica. Cfr.: NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminologia e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 62-122. p. 83.

pessoas jurídicas<sup>62</sup>, nos quais, ressalvadas as particularidades de cada sistema, os programas de *compliance*, quando atendidos os requisitos legais, podem vir a excluir por completo a responsabilidade penal da pessoa jurídica em questão<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Em linhas bastante gerais e ressalvadas as particularidades de cada sistema jurídico e dos respectivos modelos doutrinários que os interpretam, podemos considerar os modelos de autorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas como aqueles nos quais, o preenchimento das categorias do injusto e/ou da culpabilidade advém da própria estruturação e atuação empresarial que não atende a determinados requisitos ou parâmetros, a ponto de poderem ser consideradas defeituosas, contexto este do qual decorrerá o resultado danoso a ela imputável. Estes modelos se contrapõem aos chamados “modelos de heterorresponsabilidade”, nos quais a responsabilidade penal da pessoa jurídica advém de uma espécie de empréstimo ou transferência da responsabilidade penal de algum indivíduo, seja pelo cargo ocupado ou função por ele exercida, seja por eventuais benefícios obtidos através da conduta, pela pessoa coletiva. Para além das diversas críticas às quais se submetem estes últimos modelos, destacamos o fato de eles se configurarem como inegável responsabilidade objetiva, uma vez que não há um injusto próprio empresarial. Neste sentido, criticamente aos modelos de heterorresponsabilidade: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 188; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Da teoria do delito para as pessoas jurídicas: análise a partir da teoria construtivista de “autorresponsabilidade” dos entes coletivos. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 20, n. 32, p. 161-191, jul./dez. 2016. p. 165-170. Específica e criticamente quanto ao modelo português e à violação ao princípio da culpabilidade, conferir: CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Responsabilidade penal da pessoa coletiva e princípio da culpabilidade: análise crítica do modelo português. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018. p. 276-279.

<sup>63</sup> É o caso, por exemplo, do Código Penal Espanhol, que expressamente prevê em seu Artigo 31 bis, a possibilidade de ver-se a pessoa jurídica isenta de responsabilidade penal, quando preenchidas as condições e requisitos do artigo, nestes termos: “Artículo 31 bis. 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control

de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.<sup>a</sup> el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.<sup>a</sup> la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.<sup>a</sup> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.<sup>a</sup> no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.<sup>a</sup> En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena. 3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.<sup>a</sup> del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. 4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo. 5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.<sup>a</sup> del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se

Ora, sendo admitida a responsabilidade penal das pessoas coletivas no ordenamento jurídico nacional, e consistindo as investigações internas em um dos principais mecanismos de exercício de sua ampla defesa no processo penal, devem ser aplicadas as disposições previstas no Provimento 188/2018 do CFOAB também para estas entidades.

Pelo exposto, no mesmo sentido que Gabriel Bulhões<sup>64</sup>, entendemos não haver motivos suficientes para não se considerar as investigações internas corporativas como uma espécie do gênero investigações defensivas, sendo certo ainda, que por suas condições materiais geralmente mais favorecidas, serão elas as que mais promoverão – e que inclusive, já promovem, ainda que não com esta nomenclatura e com a expressa regulamentação – estes procedimentos.

No que toca ao momento em que podem ser promovidas as investigações defensivas, muito embora o Artigo 2º do Provimento 188/2018 preveja expressamente que estas poderão ocorrer “na etapa da investigação preliminar, no decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer”<sup>65</sup>, não observamos maiores objeções à

---

produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios” (ESPAÑA. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>. Acesso em 09 de janeiro de 2020). Para maiores detalhes, conferir em: GONZÁLEZ CUS-SAC, José L. “¿Sobre qué han de decidir los jueces penales?. Ponencia presentada en el Curso “Tratamiento Penal de la persona jurídica” (Código FC-028VC), dentro del Programa de Formación de Fiscales del CEJ. Madrid, 2018. p. 27-32.

<sup>64</sup> DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Op. Cit., p. 158.

<sup>65</sup> “Art. 2º A investigação defensiva pode ser desenvolvida na etapa da investigação preliminar, no decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer” (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Provimento N° 188/2018*: Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>>. Acesso em 26 de dezembro de 2019).

concessão do status de investigação defensiva também para as investigações internas promovidas antes da instauração do inquérito, desde que visando apurar fatos que supostamente possam dar ensejo a um procedimento sancionador<sup>66</sup>.

Este posicionamento, ao nosso ver, é coerente com a natureza e as finalidades dos programas de *compliance*, no cerne dos quais as investigações internas muitas vezes são promovidas, bem como com a já mencionada ausência de dever de comunicação dos fatos eventualmente descobertos às autoridades<sup>67</sup>. Desta feita, chegando ao conhecimento do departamento responsável, a notícia de eventual fato ilícito – seja através do canal de denúncia, das fiscalizações de rotina<sup>68</sup> ou de quaisquer outros meios – tem ele um ônus de apuração dos fatos, mediante os instrumentos que tiver a seu dispor – dentre os quais, análise de documentos, arquivos, imagens e áudios, entrevistas com os colaboradores, etc.<sup>69</sup> – mas,

---

<sup>66</sup> Utilizamos aqui propositalmente o termo “sancionador” para abranger não apenas os procedimentos criminais, mas também os administrativo-sancionadores, cuja magnitude das sanções costumeiramente ultrapassa as criminais, demandando, assim, certamente, uma especial atenção das pessoas jurídicas no que toca não apenas à sua prevenção, mas também detecção e apuração dos fatos.

<sup>67</sup> Mesmo em ordenamentos jurídicos nos quais são tipificadas criminalmente as condutas de “omissão de denúncia”, tal como na Alemanha, que o faz em seu Artigo 138 do Código Penal, costuma-se isentar deste dever os advogados, tal como expressamente prevê o Artigo 139 do Código em comento.

<sup>68</sup> Essas fiscalizações de rotina não se confundem, por certo, com as investigações propriamente ditas. Enquanto estas últimas são reativas, partindo da suspeita de eventual conduta ilícita ou contrária às normativas internas da empresa, aquelas se referem à supervisão cotidiana das atividades da pessoa jurídica, aferindo a conduta dos colaboradores e o cumprimento das normas estatais e internas. Esse controle deve ser rotineiro, porém não anunciado, buscando a autenticidade e naturalidade das condutas dos empregados. Além disso, acredita-se no poder dissuasório da constante sensação de controle. Neste sentido, conferir: ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance: eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*. 2. Ergänzter und erweiterter Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2012. p. 716; HEGNON, Oliver. Aufsicht als Leitungspflicht. *CCZ – Corporate Compliance Zeitschrift*, n. 2, p. 57-61, 2009. p. 61; BOCK, Dennis. *Criminal compliance*. 1. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2011. p. 720.

<sup>69</sup> Neste sentido, com referências: ENGELHART, Marc. Op. Cit., p. 756-757.

salvo raríssimas exceções legalmente previstas, não tem obrigação de comunicação e tampouco entrega de documentos às autoridades<sup>70</sup>. Não faria sentido, assim, que se aguardasse a instauração de inquérito para o desenvolvimento das diligências defensivas, podendo a pessoa jurídica apurar internamente os fatos – ressalvados, é claro, os eventuais impedimentos legais e garantias dos envolvidos - e formar seu “inquérito defensivo”, sem que esteja sendo, necessariamente, ela ou um de seus colaboradores, investigado.

O mesmo se diga com relação aos procedimentos de *due diligence*. Conforme explica Klöpffer, trata-se de uma etapa fundamental (mas não só) das M&As, através da qual apura-se todas as circunstâncias essenciais da empresa-alvo, tais como questões trabalhistas, tributárias, litígios prévios, patentes, direitos de propriedade industrial, fornecedores, etc. Através destes procedimentos, verificam-se os riscos da operação, sua viabilidade e eventuais garantias a serem exigidas<sup>71</sup>. Adán Nieto Martín, destacando a previsão do Artigo 130.2 do Código Penal Espanhol<sup>72</sup>, esclarece que, nos casos de fusões ou aquisições de empresas, havendo a possibilidade de transmissão de responsabilidade entre as negociantes, há um incentivo aos novos sócios e investidores para a realização de uma *due diligence* criminal, aferindo em que medida a empresa tinha um programa de *compliance* efetivo e, em caso

---

<sup>70</sup> Há que se ressaltar, contudo, que a postura natural e recomendável da pessoa jurídica que possua um programa de compliance devidamente estruturado e operante, é ativa, no sentido de auxiliar as autoridades competentes nos esclarecimentos dos fatos e consequentemente, alcançar de maneira uma das finalidades últimas dos programas, que é a isenção ou atenuação de sua responsabilidade. Neste sentido, conferir: GIMENO BEVIÁ, Jordi. Op. Cit., p. 296; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O ônus..., p. 248-251.

<sup>71</sup> KLÖPPER, Winfried. Besonderheiten des M&A-Geschäfts. In: HAUSCHKA, Christoph E. (Hrsg.). *Corporate Compliance*. München: Verlag C.H. Beck, 2007. p. 581-592. p. 585-586.

<sup>72</sup> “Artículo 130. [...]2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella” (ESPAÑA. Op. Cit.).

de resposta negativa, as possíveis infrações que ela possa ter cometido no passado. Segundo o autor, em havendo suspeitas de irregularidades, pode-se condicionar a conclusão do negócio à realização de uma investigação interna mais detalhada, a fim de apurar os fatos. Sendo eles descobertos, pode a empresa se valer de vias de “cooperação” – tais como os acordos de leniência – a fim de isentar-se de riscos penais decorrentes da operação<sup>73</sup>.

Desta feita, apesar de ser um procedimento de caráter preventivo e geralmente promovido muito antes de qualquer instauração de investigações oficiais, é certo que a *due diligence* pode ter efeitos que vão muito além da variação dos preços e termos de contratos e aquisições, podendo nela serem identificados fatos que podem, em último caso, incorrer em responsabilização penal dos agentes envolvidos na operação. Desta feita, ainda que possuam algumas indiscutíveis particularidades, não observamos fundamentadas razões para que as diligências promovidas nesta etapa não possam vir a formar o inquérito defensivo da pessoa jurídica.

Há que ser feita uma ressalva ainda, no que toca ao Artigo 3º e demais dispositivos do Provimento, quando se utilizam dos termos “produção de prova” e “elementos de prova”<sup>74</sup>. Conforme explica Michele Taruffo, a prova é o instrumento utilizado pelas partes para demonstrar a veracidade de suas afirmações, a partir da qual o juiz irá decidir a respeito dos enunciados fáticos relevantes para a causa. A função da prova, assim,

---

<sup>73</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Compliance..., p. 114.

<sup>74</sup> “Art. 3º A investigação defensiva, sem prejuízo de outras finalidades, orienta-se, especialmente, para a produção de prova para emprego em: I - pedido de instauração ou trancamento de inquérito; II - rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa; III - resposta a acusação; IV - pedido de medidas cautelares; V - defesa em ação penal pública ou privada; VI - razões de recurso; VII - revisão criminal; VIII - habeas corpus; IX - proposta de acordo de colaboração premiada; X - proposta de acordo de leniência; XI - outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal. Parágrafo único. A atividade de investigação defensiva do advogado inclui a realização de diligências investigatórias visando à obtenção de elementos destinados à produção de prova para o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária” (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Op. Cit).



é a de oferecer ao juiz os elementos para estabelecer se determinado enunciado é verdadeiro ou falso<sup>75</sup>.

O Artigo 155 do Código de Processo Penal é expresso ao dispor que o juiz formará sua convicção pela “prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Desta feita, entendemos dever ser feita uma distinção entre os atos de investigação – ainda que defensiva – e os atos de prova propriamente ditos, que são aqueles produzidos perante o juiz, em contraditório, no âmbito do processo penal<sup>76</sup>.

Ainda que respeitados os direitos e garantias dos eventuais investigados, é certo que das investigações internas podem derivar elementos de informação quanto à autoria e a materialidade de um ilícito-típico, em desfavor de um colaborador interno da empresa ou de terceiros, os quais, porém, não foram produzidos em contraditório, mas sim, em procedimento privado. Nestes casos, entendemos que estes elementos de informação não podem jamais, isoladamente, fundamentar uma condenação, mas tão somente a instauração de um inquérito ou, quando já permitirem um juízo de probabilidade razoável quanto à culpa e posterior condenação, o oferecimento da denúncia<sup>77</sup>. Por esta razão, no mesmo sentido que Franklyn Silva, entendemos ser necessária, quando possível, a reprodução perante o juízo competente, do material coletado na investigação defensiva, respeitando assim, o contraditório em favor da acusação<sup>78</sup>.

Se por um lado entendemos que os elementos de informação derivados das investigações defensivas corporativas, quando não repetíveis em juízo, não podem fundamentar por si só a condenação de colaboradores e terceiros, temos maiores dúvidas quanto à sua utilização em favor da própria corporação, como fundamento de uma decisão absolutória.

---

<sup>75</sup> TARUFFO, Michele. *La Prueba, artículos y conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009. p. 59-60.

<sup>76</sup> Em sentido semelhante: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 324-325.

<sup>77</sup> Neste sentido: CANESTRARO, Anna Carolina. Op. Cit., p. 109-110.

<sup>78</sup> SILVA, Franklyn Roger Alves. Op. Cit., p. 472.

Isso porque, em não havendo qualquer possibilidade de repetição do ato em juízo, mas sendo ele fundamental para refutar as teses acusatórias, cremos que o mesmo poderá ser valorado em favor da entidade acusada, em respeito às suas garantias à presunção de inocência e ampla defesa, o que não a ilide, porém, do dever de observância dos direitos e garantias dos implicados na sua investigação interna<sup>79</sup>.

No que toca às eventuais diligências a serem promovidas pelo defensor, maiores limitações não são previstas pelo Provimento em comento, que não as hipóteses de reserva de jurisdição<sup>80</sup>. São viabilizadas, assim, inclusive com a participação de auxiliares, a oitiva de testemunhas, coleta de documentos e gravações de áudio e vídeo, análise de e-mails corporativos, exames periciais, dentre outros, sendo recomendável, porém, que haja a específica e expressa previsão dos procedimentos no manual de *compliance* da empresa ou em seu código de ética e de conduta, tornando possível, assim, que colaboradores e interessados tomem conhecimento dos mesmos<sup>81</sup>.

Devem ser respeitados, contudo, na expressa forma do Artigo 5º do Provimento 188/2018, os direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas, bem como o sigilo das informações colhidas<sup>82</sup>. Exemplificada-mente, podemos citar as questões levantadas quanto aos limites de análise

---

<sup>79</sup> Neste sentido, sustentando a possibilidade de absolvição com base tão somente em elementos de investigação colhidos durante o inquérito: MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 116.

<sup>80</sup> “Art. 4º Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição. Parágrafo único. Na realização da investigação defensiva, o advogado poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo” (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Op. Cit.).

<sup>81</sup> Neste sentido: PABLO MONTIEL, Juan. Op. Cit., p. 226; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva...* p. 115.

<sup>82</sup> “Art. 5º Durante a realização da investigação, o advogado deve preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas” (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Op. Cit.).

de computadores e celulares de uso pessoal de empregados, fornecidos pela própria pessoa jurídica para fins de trabalho. Conforme explica Gómez Martín, mesmo nesses casos, há uma expectativa de privacidade por parte do trabalhador, a partir da qual há que se cogitar a proteção dos arquivos e mensagens pessoais neles armazenados<sup>83</sup>. Uma possível conciliação entre o direito à privacidade do trabalhador e o poder de controle do ambiente e das ferramentas de trabalho por parte do empregador, nos parece derivar da expressa previsão da possibilidade e dos limites deste controle no contrato de trabalho, tendo inclusive, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, já se manifestado pela necessidade de informação do empregado de que, em caso de utilização dessas ferramentas para fins pessoais, o conteúdo da mensagem poderia ser acessado em uma investigação interna<sup>84-85</sup>.

Importante ressaltar ainda, que se a presunção de inocência é indiscutível princípio reitor no processo penal, mais ainda deverá ser respeitada no âmbito de procedimentos privados de investigação, a qual deverá se consubstanciar, nestes procedimentos, em um dever de tratamento nas dimensões internas e externas da investigação, no sentido de

---

<sup>83</sup> GOMEZ MARTÍN, Víctor. Compliance y Derechos de los Trabajadores. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p.125-146. p.134-136.

<sup>84</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Bărbulescu V. Romania*. Application n.º 61496/08. Strasbourg, 05/09/2007. Disponível em: <<http://www.marinacastellaneta.it/blog/wpcontent/uploads/2017/09/CASE-OF-BARBULESCU-v.-ROMANIA.pdf>>. Acesso em: 05 de julho de 2018.

<sup>85</sup> Neste sentido: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Op. Cit., p. 208. Para maiores detalhes sobre essa problemática e as implicações desta decisão nas investigações internas: CANESTRARO, Anna Carolina. Op. Cit., p. 73-79. Para Estada I Cuadras e Llobet Anglí, para além da ciência do empregado, mostra-se necessário um juízo de proporcionalidade, tendo o empregador esgotados todos os meios menos invasivos de investigação. Conferir, com detalhes: ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: At-elier Libros Jurídicos, 2013. p. 197-228. p. 216-217.

ser o investigado efetivamente tratado como inocente e não ter seu nome vinculado à publicidade abusiva e estigmatizante<sup>86</sup>.

Outro ponto muito importante a ser respeitado, é o direito do investigado de não se auto incriminar através de suas declarações, ainda mais se considerado que os frutos destas investigações formarão inquérito defensivo que poderá instruir o processo criminal. Nesse sentido, uma vez que salvo situações excepcionais, as oitivas poderão ser produzidas (ou repetidas) em juízo, o ideal é que, para além de ser assegurada a garantia do empregado de ser informado dos propósitos da entrevista e de seu direito à presença de um advogado particular<sup>87-88</sup>, os relatórios

<sup>86</sup> Sobre o conceito e as dimensões da presunção de inocência: LOPES JR., Aury. Op. Cit., p. 548-549.

<sup>87</sup> Estes procedimentos são conhecidos como *Upjohn Warnings*. Vide: ABA WCCC WORKING GROUP. *Upjohn Warnings: recommended best practices when corporate counsel interacts with corporate employees*. Disponível em: <<https://www.crowell.com/PDF/ABAUpjohnTaskForceReport.pdf>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2020.

<sup>88</sup> Importante salientar, contudo, que a normativa deontológica norte-americana dispõe quanto à não necessidade de avisar a testemunha quanto ao seu direito a um advogado particular, nem tampouco de adverti-la quanto à possível auto-incriminação através de suas declarações, nestes termos: “Standard 4-4.3. Relationship With Witnesses. (g) It is not necessary for defense counsel or defense counsel’s agents, when interviewing a witness, to caution the witness concerning possible self-incrimination or a right to independent counsel. Defense counsel should, however, follow applicable ethical rules that address dealing with unrepresented persons. Defense counsel should not discuss or exaggerate the potential criminal liability of a witness with a purpose, or in a manner likely, to intimidate the witness, to intimidate the witness, or to influence the truthfulness or completeness of the witness’s testimony, or to change the witness’s decision about whether to provide information” (AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Criminal Justice Standards for the Defense Function*. Fourth Edition. 2017. Disponível em: <[https://www.americanbar.org/groups/criminal\\_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/](https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/)>. Acesso em 29 de dezembro de 2019). Já o Código de Processo Penal da Itália, por sua vez, prevê no Artigo 391 bis, de maneira exaustiva, as regras a serem observadas na entrevista com testemunhas, inclusive seu direito a advogado se ela estiver sendo investigada ou processada neste ou em outro caso, devendo ela ser informada com 24h de antecedência, e a necessidade de interrupção do ato, no caso de que de suas próprias declarações advenham indícios de conduta antijurídica. Nestes termos: “Art. 391 bis [...] “3. In ogni caso, il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici avvertono le persone indicate nel comma 1: a) della propria qualità e dello

scopo del colloquio; b) se intendono semplicemente conferire ovvero ricevere dichiarazioni o assumere informazioni indicando, in tal caso, le modalità e la forma di documentazione; c) dell'obbligo di dichiarare se sono sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato; d) della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione; e) del divieto di rivelare le domande eventualmente formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date; f) delle responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione. 4. Alle persone già sentite dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero non possono essere richieste notizie sulle domande formulate o sulle risposte date. 5. Per conferire, ricevere dichiarazioni o assumere informazioni da una persona sottoposta ad indagini o imputata nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato, è dato avviso, almeno ventiquattro ore prima, al suo difensore la cui presenza è necessaria. Se la persona è priva di difensore, il giudice, su richiesta del difensore che procede alle investigazioni, dispone la nomina di un difensore di ufficio ai sensi dell'articolo 97. 5-bis. Nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 351, comma 1-ter, il difensore, quando assume informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile. 6. Le dichiarazioni ricevute e le informazioni assunte in violazione di una delle disposizioni di cui ai commi precedenti non possono essere utilizzate. La violazione di tali disposizioni costituisce illecito disciplinare ed è comunicata dal giudice che procede all'organo titolare del potere disciplinare. 7. Per conferire, ricevere dichiarazioni o assumere informazioni da persona detenuta, il difensore deve munirsi di specifica autorizzazione del giudice che procede nei confronti della stessa, sentiti il suo difensore ed il pubblico ministero. Prima dell'esercizio dell'azione penale l'autorizzazione è data dal giudice per le indagini preliminari. Durante l'esecuzione della pena provvede il magistrato di sorveglianza. 8. All'assunzione di informazioni non possono assistere la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa e le altre parti private. 9. Il difensore o il sostituto interrompono l'assunzione di informazioni da parte della persona non imputata ovvero della persona non sottoposta ad indagini, qualora essa renda dichiarazioni dalle quali emergano indizi di reità a suo carico. Le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese. 10. Quando la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa abbia esercitato la facoltà di cui alla lettera d) del comma 3, il pubblico ministero, su richiesta del difensore, ne dispone l'audizione che fissa entro sette giorni dalla richiesta medesima. Tale disposizione non si applica nei confronti delle persone sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento e nei confronti delle persone sottoposte ad indagini o imputate in un diverso procedimento nelle ipotesi previste dall'articolo 210. L'audizione si svolge alla presenza del difensore che per primo formula le domande. Anche con riferimento alle informazioni richieste dal difensore si applicano le disposizioni dell'articolo 362. 11. Il difensore, in alternativa all'audizione di cui al comma 10, può chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza o all'esame della persona che

das entrevistas que eventualmente o venham a incriminar não sejam incluídos no inquérito defensivo para fins criminais<sup>89</sup>.

Cumprе salientar, por fim, no que toca à confidencialidade profissional<sup>90</sup> e à controversa extensão deste dever aos *in-house lawyers*<sup>91</sup>,

---

abbia esercitato la facoltà di cui alla lettera d) del comma 3, anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 392, comma 1", vide em: (ITALIA. *Codice di Procedura Penale*. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>>. Acesso em 29 de dezembro de 2019).

<sup>89</sup> Neste sentido, com detalhes: CANESTRARO, Anna Carolina. Op. Cit., p. 83-100.

<sup>90</sup> Falamos aqui em confidencialidade, por entender ser mais abrangente e englobar não apenas o dever de sigilo do profissional, mas também suas prerrogativas, tais como o *attorney-client-privilege* e o *work-product-protection*. Cfr.: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O sigilo profissional no âmbito das pessoas jurídicas: um estudo da particular posição dos *in-house lawyers* e dos advogados de compliance e de investigações internas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 159, p. 297-339, set. 2019. p. 299. O sigilo profissional pode ser entendido como o instrumento de proteção das informações obtidas pelo profissional na posição de confidentes necessários, proteção essa que pode abranger comunicações, materiais e objetos. Enquanto ele se configura como uma proibição para os advogados, de divulgação de informações recebidas na seara do patrocínio de seu cliente, o *attorney-client-privilege* é um privilégio do próprio cliente, que pode renunciá-lo. vide: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*: adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal. 2.ed. Navarra: Civitas, 2016. p. 313-344. p. 329-333. Por sua vez, o *work-product-protection* é a proteção do próprio material de trabalho do advogado, especialmente na preparação da defesa do cliente, vide: ACKEL, Pedro Teixeira Leite. Princípio do *attorney-client privilege* da common law na jurisdição brasileira: sigilo profissional em face da moralidade e da publicidade. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (coord.). *Governança, compliance e cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 221-240. p. 225.

<sup>91</sup> Os *in-house lawyers*, ou advogados internos empresariais, podem ser conceituados como aqueles que, apesar de efetivamente atuarem como advogados, trabalham sob uma relação de dependência laboral para com determinada empresa. Neste sentido: GOBBI, Marcelo. Abogacía interna en la argentina. Reflexiones a partir de una sentencia Europea sobre confidencialidad de la comunicación entre clientes y abogados. *Revista del colegio de abogados de la ciudad de Buenos Aires*, tomo 75, n. 1, p. 57-69, Julio 2015. p. 59. Para além do vínculo de trabalho que os diferencia dos advogados externos, a partir

especialmente àqueles que atuam nas atividades relacionadas ao programa de *compliance*, tais como mapeamento e gerenciamento de riscos, elaboração do código de ética e principalmente na promoção de investigações internas, que o Provimento não faz qualquer tipo de diferenciação entre advogados internos e externos da empresa, devendo, assim, ser respeitadas as prerrogativas do profissional inscrito na Ordem dos Advogados, ainda que haja um vínculo laboral entre ele e sua cliente. O essencial aqui, é que nos termos do Provimento 188/2018, as diligências promovidas no âmbito de uma investigação corporativa defensiva – que são privativas do advogado, nos termos do Artigo 7º<sup>92</sup>, apesar da expressa permissão da utilização de auxiliares e colaboradores<sup>93</sup> – se encontram no âmbito do que chamamos de representação, consultoria e assessoria jurídicas,

---

do qual o procurador passa a ter como seu cliente, unicamente, a sua empregadora, outra particularidade é que suas funções vão, via de regra, para além da intermediação com profissionais externos, se dedicando também à defesa da empresa em procedimentos contenciosos e pré-contenciosos, bem como a consultorias relacionadas aos deveres estatutários e aos programas de *compliance*. Cfr.: SANTOS, Filipe Matias. O advogado (in-house lawyer): estatuto e particularidades do segredo profissional. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 171-208. p. 181. Ilustrando a polémica quanto à extensão da confidencialidade das comunicações a estes profissionais, Romão e Mestre sustentam que advogados internos não podem ser equiparados aos externos, uma vez que estes supostamente atuariam mais em caráter consultivo do que na preparação da defesa companhia, realizando ainda, atividades que iriam muito além das meramente jurídicas, tais como algumas funções típicas de administrador e empresário. Para os autores, o vínculo laboral deixaria ainda, esses profissionais, mais voláteis às pressões da empresa empregadora, inclusive para atuações eventualmente antiéticas e ilícitas. Neste sentido: ROMÃO, Luís Miguel; MESTRE, Alexandre Miguel. Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do direito comunitário e do direito nacional (parte I). *Revista de concorrência e regulação*, Coimbra, Ano VII, n. 25, p. 71-101, jan./mar. 2016. p. 96-97. Para uma análise mais completa e detalhada da questão, conferir em: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O sigilo..., passim.

<sup>92</sup> “Art. 7º As atividades descritas neste Provimento são privativas da advocacia, compreendendo-se como ato legítimo de exercício profissional, não podendo receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades” (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Op. Cit.).

<sup>93</sup> Nos termos do Artigo 4º.

ainda que desvinculadas de um litígio específico atual ou futuro, pouco devendo importar se o advogado é funcionário da empresa ou membro de uma banca externa<sup>94</sup>.

Dessa feita, em definitivo, depreende-se que o advogado responsável pela investigação interna – e consequentemente sua equipe<sup>95</sup> - detêm um dever de sigilo quanto às informações colhidas na investigação, mas também possuem as prerrogativas do *attorney-client-privilege* e do *work-product-protection*, o que se depreende da inexistência de dever de informação expressamente prevista no Artigo 6<sup>o</sup><sup>96</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme restou demonstrado ao longo do trabalho, na esteira da busca por um maior equilíbrio entre os instrumentos estatais de investigação e persecução penal e as possibilidades de contraprova das teses acusatórias pela defesa, a tentativa de regulamentação das investigações defensivas levada a cabo pelo CFOAB através do Provimento 188/2018 tem se mostrado como um passo muito importante para a consolidação e efetivação da ampla defesa e da paridade de armas no processo penal, não apenas através da expressa viabilização da colheita direta de elementos de informação por parte do defensor, mas também

<sup>94</sup> JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O sigilo..., p. 326-334]. Conferir também, a classificação proposta por Bottini e Estellita, em: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. *Migalhas*, Sexta-feira, 02 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245011,81042-Sigilo+inviolabilidade+e+lavagem+de+capitais+no+contexto+do+novo>>. Acesso em 15 de abril de 2019.

<sup>95</sup> Neste sentido: GARCÍA MOLINA, Pablo. El decano del Colegio de Abogados como garante del secreto profesional del abogado. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Madrid, v. 15, n. 131, 27 p., mar./abr. 2018. p. 6.

<sup>96</sup> “Art. 6º O advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados. Parágrafo único. Eventual comunicação e publicidade do resultado da investigação exigirão expressa autorização do constituinte” (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Op. Cit.).



através da definição precisa dos limites de atuação destes profissionais na condução destas diligências.

Nesta linha de raciocínio, considerando que as investigações internas empresariais não apenas guardam grandes semelhanças para com as investigações defensivas que se pretende regular, como ainda são totalmente enquadráveis no conceito expressamente previsto pelo Artigo 1º do Provimento em análise, esta normativa, ainda que eventualmente não fosse seu objetivo primeiro, nos parece que terá inegáveis reflexos nas diligências promovidas no cerne empresarial.

Neste sentido, ainda que tenham sido feitas as devidas ressalvas quanto ao momento de promoção e à valoração das investigações defensivas, são bastante significativas as disposições referentes ao rol exemplificativo de diligências passíveis de ser conduzidas pelo defensor, à possibilidade de participação de colaboradores e principalmente, à expressa imperiosidade do resguardo do sigilo das informações, não tendo o advogado e sua equipe deveres de informar as autoridades competentes.

Conforme salientado, muito embora as investigações internas já vinham sendo promovidas no âmbito das pessoas jurídicas visando, dentre outros escopos, a apuração de supostos ilícitos administrativos e criminais ocorridos em suas atividades, estes procedimentos sempre padeceram de maior formalidade e principalmente, de normas expressas quanto aos seus métodos e limites, sendo possíveis fontes de iminentes e gravíssimas violações de direitos e garantias dos envolvidos e sujeitando os profissionais nelas atuantes a uma imprecisa seara de riscos de responsabilização.

Por estas razões, ainda que o Provimento 188/2018 não saneie todas as possíveis questões decorrentes destes noveis e controversos procedimentos, restando ainda um árduo trabalho doutrinário, jurisprudencial e principalmente legislativo a ser realizado, no que toca aos reflexos materiais e processuais dos programas de *compliance* – e seus mecanismos – na responsabilidade penal das pessoas físicas e coletivas, nos parece ser bastante promissores não apenas o alvorecer dos esforços legislativos e doutrinários visando a regulamentação das investigações defensivas, mas especialmente seus eventuais reflexos nas investigações internas.

## REFERÊNCIAS

ABA WCCC WORKING GROUP. *Upjohn Warnings: recommended best practices when corporate counsel interacts with corporate employees*. Disponível em: <<https://www.crowell.com/PDF/ABAUjohnTaskForceReport.pdf>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2020.

ACKEL, Pedro Teixeira Leite. Princípio do attorney-client privilege da common law na jurisdição brasileira: sigilo profissional em face da moralidade e da publicidade. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (coord.). *Governança, compliance e cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 221-240.

ARAUJO, Marcelo Azambuja. Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS n. 156/09. *Revista justiça e sistema criminal: modernas tendências do sistema criminal*, Curitiba, v. 9, n. 16, p. 233-246, 2017.

BALDAN, Édson Luís. Lineamentos da investigação criminal defensiva no provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 7-9, set. 2019.

BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal*. 2.ed. Navarra: Civitas, 2016. p. 313-344.

BOCK, Dennis. *Criminal compliance*. 1. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. *Migalhas*, Sexta-feira, 02 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,-MI245011,81042-Sigilo+inviolabilidade+e+lavagem+de+capitais+no+contexto+do+novo>>. Acesso em 15 de abril de 2019.

CANESTRARO, Anna Carolina. *As investigações internas no âmbito do criminal compliance e os direitos dos trabalhadores: considerações sobre a possibilidade de investigar e a transferência de informações para o processo penal*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Responsabilidade penal da pessoa coletiva e princípio da culpabilidade: análise crítica do modelo

português. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018. <https://doi.org/10.22456/0104-6594.77092>

CANESTRARO, Anna Carolina; KASSADA, Daiane Ayumi; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Nemo tenetur se detegere e programas de compliance: o direito de não produzir prova contra si próprio em face da Lei n. 13.303/16. In: SAADDINIZ, Eduardo; BRODT, Luís Augusto; TORRES, Henrique Abi-Ackel; LOPES, Luciano Santos. (orgs.). *Direito penal econômico nas ciências criminais*. Belo Horizonte: Editora Vorto, 2019. p. 311-342.

CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. Constitucionalismo cosmopolita, igualdade de armas e a investigação defensiva: apontamentos sobre um direito humano-fundamental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 127, p. 167-198, jan. 2017.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145-187, dez. 2018.

ENGELHART, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance: eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*. 2. Ergänzte und erweiterte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2012.

ESTADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. p. 197-228.

GARCÍA MOLINA, Pablo. El decano del Colegio de Abogados como garante del secreto profesional del abogado. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Madrid, v. 15, n. 131, 27 p., mar./abr. 2018.

GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*: adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015, circular FGE 1/2016 y jurisprudencia del TS. Navarra: Aranzadi, 2016.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. El inicio de una larga andadura. Navarra: Aranzadi, 2017.

GOMEZ MARTÍN, Víctor. Compliance y Derechos de los Trabajadores. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 125-146

GONZÁLEZ CUSSAC, José L. “¿Sobre qué han de decidir los jueces penales?. Ponencia presentada en el Curso “Tratamiento Penal de la persona jurídica” (Código FC028VC), dentro del Programa de Formación de Fiscales del CEJ. Madrid, 2018.

HARTWIG, Niels. Pflicht der Unternehmensleitung zur Durchführung interner Compliance Untersuchungen im Unternehmen und Konzern. In: MOOSMAYER, Klaus; HARTWIG, Niels (Hrsg.). *Interne Untersuchungen: Praxisleitfaden für Unternehmen*. 2. Auflage. München: C.H. Beck, 2018. p. 7-18.

HEGNON, Oliver. Aufsicht als Leitungspflicht. *CCZ – Corporate Compliance Zeitschrift*, n. 2, p. 57-61, 2009.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Criminal liability for legal entities: a comparative study between Spain, Portugal and Brazil. *Polar – Portuguese Law Review*, v. 2, n. 2, p. 191-224, jul. 2018. Disponível em: <<http://www.portugueselawreview.pt/archives/>>. Acesso em 09 de janeiro de 2020.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Da (ir)relevância dos programas de compliance no modelo brasileiro de responsabilidade penal das pessoas jurídicas: considerações críticas ao Projeto de Novo Código Penal. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 21, n. 2, p. 327-357, maio/ago. 2019. Disponível em: <[http://ww2.esmarn.tjr.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/issue/view/50](http://ww2.esmarn.tjr.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/issue/view/50)>. Acesso em: 09 de janeiro de 2020.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Da teoria do delito para as pessoas jurídicas: análise a partir da teoria construtivista de “autorresponsabilidade” dos entes coletivos. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 20, n. 32, p. 161-191, jul./dez. 2016. <https://doi.org/10.22171/rej.v20i32.2155> .

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O ônus da prova da existência e eficácia dos programas de compliance no âmbito do processo penal das pessoas jurídicas: um estudo com base no ordenamento jurídico espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 160, ano 27, p. 219-257, out. 2019.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O sigilo profissional no âmbito das pessoas jurídicas: um estudo da particular posição dos in-house lawyers e dos advogados de compliance e de investigações internas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 159, p. 297-339, set. 2019.

KLÖPPER, Winfried. Besonderheiten des M&A-Geschäfts. In: HAUSCHKA, Christoph E. (Hrsg.). *Corporate Compliance*. München: Verlag C.H. Beck, 2007. p. 581-592.

LENZE, Sebastian. *Compliance, Internal Investigations und Beschuldigtenrechte: Mitarbeiterfragungen im Rahmen unternehmensinterner Ermittlungen und die strafprozessuale Verwertbarkeit selbstbelastender Aussagen unter besonderer Berücksichtigung der Korruptionsfälle Siemens und MAN*. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, mai./jun. 2012.

MASCHMANN, Frank. Mitarbeiterkontrolle und private Ermittlungen. In: MASCHMANN, Frank (Hrsg.). *Corporate Compliance und Arbeitsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2009. p. 149-184.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. *Glossário*. Disponível em: <<https://www.mp.sc.br/atendimento-ao-cidadao/glossario>>. Acesso em 06 de janeiro de 2020.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; CUNHA NETO, Eurico da. A investigação defensiva como corolário da igualdade processual e do direito à prova. *Revista jurídica UNIGRAN*, Dourados, v. 17, n. 33, p. 133-148, 2015.

NESTLER, Nina. Internal Investigations: Definition und rechtstatsächliche Erkenntnisse zu internen Ermittlungen in Unternehmen. In: KNIERIM, Thomas C.; RÜBENSTAHL, Markus; TSAMBIKAKIS, Michael (Hrsg.). *Internal Investigations: Ermittlungen im Unternehmen*. 2. Neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2016. p. 3-22.

NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminologia e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 62-122.

NIETO MARTÍN, Adán. Investigações internas. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 293-334.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 21-50.

PABLO MONTIEL, Juan. Autolimpeza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. KUHLEN, Lothar; PABLO

MONTIEL, Juan; DE URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 221-244.

RODRÍGUEZ BAHAMONDE, Rosa. Estatuto jurídico procesal de la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal. In: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Augustín-Jesús (dir.); NEIRA PENA, Ana María (coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Aranzadi, 2017. p. 111-128.

ROMÃO, Luís Miguel; MESTRE, Alexandre Miguel. Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do direito comunitário e do direito nacional (parte I). *Revista de concorrência e regulação*, Coimbra, Ano VII, n. 25, p. 71-101, jan./mar. 2016.

SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; DE URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 245-262.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SANTOS, Filipe Matias. O advogado (in-house lawyer): estatuto e particularidades do segredo profissional. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. *Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 171-208.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de Imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016.

SCHARNBERG, Josefine. *Illegale Internal Investigations: Strafrechtliche Grenzen unternehmensinterne Ermittlungen*. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2015.

SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

TARUFFO, Michele. *La Prueba, artículos y conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009.

VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2018.

VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação criminal: o Projeto de Código de Processo Penal e investigação defensiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 107, p. 309-336, mar./abr. 2014.

### **Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)**

*Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration):* os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

*Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship):* todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- *Anna Carolina Canestraro:* levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Túlio Felipe Xavier Januário:* projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.

*Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality):* os autores asseguram que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 13/01/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 19/01/2020
- Avaliação 1: 19/01/2020
- Avaliação 2: 04/02/2020
- Avaliação 3: 07/02/2020
- Decisão editorial preliminar: 15/02/2020
- Retorno rodada de correções: 01/03/2020
- Decisão editorial final: 07/03/2020

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (MSG)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 283-328, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.324>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.




# La producción de prueba de descargo por parte de la defensa en el proceso penal en Argentina durante la etapa de instrucción o investigación. Un análisis comparativo entre procesos inquisitivos y acusatorios

*Defendant's proof production in criminal law in Argentina during the investigation stage. A comparative analysis between inquisitorial and adversarial systems*

**Nicolás Omar Vargas<sup>1</sup>**

Universidad Nacional de Lanús – Lanús/Argentina

nicolasvargas7@gmail.com

 <http://orcid.org/0000-0003-0966-3196>

---

**RESUMEN:** A partir del análisis de tres sistemas procesales vigentes en Argentina - el que existe a nivel federal y nacional, el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el de la Provincia de Buenos Aires - que a su vez responden a diferentes modelos procesales - inquisitivo reformado, acusatorio de primera generación y acusatorio de segunda generación - pretendo dar cuenta de las similitudes y diferencias que existen en lo relativo al derecho de la defensa a producir prueba de descargo durante la primer etapa del proceso, es decir la etapa de instrucción o investigación según corresponda. Para poder realizar ello voy a responder a las siguientes preguntas ¿De qué manera está regulado el derecho de la defensa a producir prueba de descargo en la etapa de instrucción o de investigación?, para luego responder ¿Existen continuidades del modelo inquisitivo en los procesos acusatorios?

---

<sup>1</sup> Abogado (Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Maestrando en derechos humanos (Universidad Nacional de Lanús -tesis pendiente de defensa-), doctorando en derechos humanos (Universidad Nacional de Lanús). Abogado de la Defensoría General de la Nación (Argentina). Subdirector y docente de la Diplomatura en derecho procesal penal de la Universidad Nacional de José C. Paz y docente de elementos de derecho penal y procesal penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

**PALABRAS-CLAVE:** derecho de defensa; igualdad de armas; proceso acusatorio; proceso inquisitivo.

**ABSTRACT:** *The following paper is based on the analysis of three different procedural systems, all of them which coexist in Argentina: the reformed inquisitorial (applicable at federal and national justice), the first (Provincia de Buenos Aires) and second generation adversarial (Ciudad Autónoma de Buenos Aires). In the incoming lines, I'll intend to review the similarities and differences that exist in relation to the defendant's right of introducing proof during the investigation stage of the process. In order to do this, I'll try to look up how this constitutional right is regulated in each jurisdiction, for then finding out if there is any kind of legacy of the inquisitorial model in adversarial systems.*

**KEYWORDS:** *Evidence law; due process; equality of arms; adversarial process; inquisitorial process.*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

El diseño constitucional argentino dispone que cada estado provincial establezca su propio sistema de administración de justicia -y, por supuesto, también sancione sus propios códigos de procedimientos- debiendo respetar los principios y las garantías establecidos por la Constitución Nacional.

Además de la administración de justicia de cada estado provincial existe un sistema de administración de justicia federal, con presencia, en todo el país -que coexiste con los sistemas provinciales- que se dedica a investigar y juzgar aquellos delitos que ponen en riesgo la seguridad de la nación.

A su vez, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la situación es sumamente peculiar porque conviven la jurisdicción federal, la jurisdicción local propia del estado provincial y la justicia nacional. Entre la justicia nacional y la justicia local de la Ciudad Autónoma se reparten, por decirlo de algún modo, el enjuiciamiento de los llamados delitos ordinarios y, debe decirse, que la existencia de la justicia nacional se explica porque antes de 1994 -año en que se reformó la Constitución

Nacional- el territorio de la Ciudad Autónoma dejó de ser un territorio nacional para pasar a ser una suerte de provincia más; por ello se explica la existencia hasta el día de hoy de la justicia nacional.

En los últimos tiempos diversas provincias avanzaron, con mayor o menor profundidad y acierto, en la sanción de códigos procesales de corte acusatorio; acompañando de ese modo a un proceso de reforma que se viene dando en toda la región.<sup>2</sup>

Una primer generación de estos códigos acusatorios fue sancionado en el periodo comprendido entre los años 1990 y 2000 y se focalizó en cinco ejes: separación de las funciones acusatorias de las decisorias, el establecimiento del juicio oral como la etapa central del proceso, el fortalecimiento de los ministerios públicos y la aplicación de medidas alternativas al conflicto penal.<sup>3</sup>

Posteriormente, y considerando la experiencia recogida en la implementación de los códigos de primera generación, se sancionó una segunda generación de códigos que trabajo sobre cuatro ejes: el fortalecimiento del juicio oral, la introducción de la oralidad durante la investigación penal preparatoria, la reconfiguración de las matrices organizacionales de los actores judiciales y el aumento del uso de las salidas alternativas.<sup>4</sup>

Por otra parte, debe decirse también que tanto en el procedimiento penal vigente a nivel federal y nacional -sancionado mediante la ley 23.984 y conocido como Código Levene-<sup>5</sup> como en algunos estados provinciales aún permanecen vigentes códigos procesales de tipo inquisitivo reformado o mixto.

---

<sup>2</sup> Sobre este punto, ver LANGER, Máximo. Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas desde la periferia. En KOSTENWEIN, Ezequiel (director), *Sociología de la justicia penal*, Buenos Aires: Editorial Ediar, 2017, p. 127-211.

<sup>3</sup> RUA, Gonzalo. La dimensión política de la reforma procesal penal en América Latina. En RUA, Gonzalo (compilador), *Estudios sobre el sistema penal adversarial*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2018, p. 27-39.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 39-44.

<sup>5</sup> También debe decirse que en el año 2015 se sancionó un nuevo Código Procesal Penal mediante la ley 27.063 de marcado corte acusatorio, aunque su entrada en vigencia luego fue frenada mediante un decreto de necesidad y urgencia (Decreto 257/15) del Poder Ejecutivo Nacional. Actualmente, ese código solo ha entrado en vigencia en una parte de la jurisdicción de la justicia

En este trabajo pretendo dar cuenta a partir del análisis de tres modelos procesales -el federal y nacional que como ya vimos responde a las pautas del modelo inquisitivo reformado o mixto, el de la Provincia de Buenos Aires que es un código acusatorio de primera generación y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que es un código acusatorio de segunda generación- de cual es el reconocimiento legal y jurisprudencial del derecho a la defensa a producir prueba de descargo en forma independiente en la primer etapa del proceso, es decir en la etapa de instrucción en el caso del proceso penal inquisitivo reformado y en la etapa de investigación en los procesos de tipo acusatorio. De ese modo, me interesa responder: ¿De qué manera está regulado el derecho de la defensa a producir prueba de descargo durante la etapa de instrucción o de investigación según se trate de modelos inquisitivos o acusatorios?, para luego responder ¿Existe alguna continuidad entre el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio en lo que hace a este punto?

Creo que este análisis es importante por dos razones: 1) Porque esta faz del derecho a la defensa es una de las que se encuentran menos desarrolladas tanto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como así también en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello, es comprensible en tanto se debe considerar que en la Argentina, y más aún en la región, se parte de concepciones muy débiles sobre el ejercicio del derecho a la defensa y 2) Porque dentro del proceso penal, la primera etapa es sumamente crítica para el ejercicio del derecho a la defensa<sup>6</sup>, ya que la que la carga de trabajo para los y las defensores suele ser más intensa y crucial que el propio juicio<sup>7</sup>.

---

federal -es decir en algunos estados provinciales- como así también algunas de sus disposiciones -particularmente las relativas a la prisión preventiva- han sido puestas en vigencia por decisión de la Comisión Bicameral de Implementación que funciona en el ámbito del Congreso Nacional. De ese modo, y atento a que se trata de una implementación parcial aún se encuentra vigente el llamado Código Levene en la mayor parte del territorio nacional.

<sup>6</sup> LOPEZ PULEIO, María Fernanda. *Poder a la defensa en la investigación penal preparatoria*. Ponencia presentada en el XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jujuy, 2015, p. 17.

<sup>7</sup> PEREZ GALIMBERTI, Alfredo. *Rol actual de la defensa en la etapa preliminar*. Ponencia presentada en el XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jujuy, 2015, p. 13.

En cuanto al recorrido que pienso realizar en este trabajo, debo indicar que una primera parte estará dedicada a dar cuenta de la importancia que la igualdad de armas entre la defensa y la parte acusadora tiene en el marco del proceso penal.

La segunda parte, estará orientada a reflexionar sobre las diferencias que debe existir entre la actuación de la defensa en los procesos inquisitivos mixtos y los acusatorios.

La tercera parte, que es central, estará dedicada a analizar y comparar como es la producción de prueba de descargo por parte de la defensa en las tres jurisdicciones elegidas durante la etapa de instrucción o investigación; analizando como ha sido legislado y como la jurisprudencia ha interpretado esa legislación.

Por último, pienso presentar algunas conclusiones a partir del recorrido realizado. Debo anticipar que la principal conclusión a la que llego es que existe una preocupante continuidad de lo inquisitivo en lo relativo al derecho de la defensa a producir prueba durante la primer etapa del proceso.

## **2. EL DERECHO A LA IGUALDAD DE ARMAS Y LA PRODUCCIÓN DE PRUEBA**

Si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación nunca ha reconocido en forma expresa sobre el derecho de la defensa a producir prueba durante la primer etapa del proceso y la jurisprudencia de la Corte IDH ha reconocido ese derecho pero sin precisar sus alcances<sup>8</sup>; reconocidos y reconocidas juristas se han pronunciado en favor de la igualdad de armas en el proceso penal.

Así, Julio Maier, sin dejar de reconocer lo utópico o ideal del planteo, ha dicho que la pretensión de dotar de facultades equivalentes

---

<sup>8</sup> En particular, al interpretar el art. 8.2.f. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos la Corte Interamericana ha dicho en los casos *Norin Catrیمان y otros vs. Chile* (Parr. 242), *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (Parr. 155) y *Martínez Coronado y otros vs. Guatemala*, (Parr. 83) que los imputados pueden hacer comparecer a aquellos testigos que sean útiles para su defensa, en correspondencia con los principios acusatorios y de igualdad procesal, en las mismas condiciones o igualdad de armas que la parte acusadora.

y del mismo auxilio al imputado con que cuenta el fiscal implica cumplir con la igualdad de armas<sup>9</sup>.

Stella Maris Martínez, se hace eco de la necesidad de efectivizar la igualdad de armas y además hace referencia a la situación de la defensa pública al asegurar que la igualdad de armas debe venir acompañada de un adecuado reparto de recursos. De ese modo, afirma que: *“Si de equilibrio como valor central hablamos, luce más allá de todo posible cuestionamiento que, para que exista una verdadera confrontación entre las partes, resulta inexcusable tender a una absoluta paridad entre ellas. La misma se debe materializar no solo en igualdad de condiciones para producir medidas de prueba y acceder a las realizadas por la contraparte, sino también en un trato semejante y en una franca equivalencia de posibilidades en cuanto a los medios humanos y materiales necesarios para llevar a cabo el cometido encomendado.”*<sup>10</sup>

También E. Raúl Zaffaroni se expresó en el mismo sentido, al afirmar que: *“...La defensa necesita disponer de personal que investigue para ella y que incluso pueda prestar servicios pagos a los defensores de confianza. Es una ficción que la investigación se hace siempre en búsqueda de la verdad: sin presuponer ninguna patología institucional (corrupción), es natural que la acusación disponga de todo lo necesario para llevar a cabo su función con éxito y, en ese empeño, es humanamente explicable que pierda de vista la verdad.”*<sup>11</sup>

Quien ha remarcado con claridad la iniquidad que existe entre el Ministerio Público Fiscal y los imputados ha sido Cafferata Nores, al sostener que: *“Desde el punto de vista de los recursos sería hipócrita hablar hoy de una plena igualdad entre el Estado en el papel de acusador y un ciudadano común acusado... El deber de auxilio de la policía, el uso de la fuerza pública, la colaboración obligatoria de todas las reparticiones estatales, la coerción personal y real, la cooperación interprovincial e intervincial, la utilización*

<sup>9</sup> MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal argentino*, tomo 1b. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989, p. 347.

<sup>10</sup> MARTINEZ, Stella Maris. Algunas reflexiones sobre el derecho de defensa en juicio. En *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. Buenos Aires: año V, n° 8c, Editorial Ad Hoc, 1999, p. 242

<sup>11</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Las ideas básicas en la relación defensa pública – estado de derecho. En *Revista Pena y Estado*. Buenos Aires: año 5, n° 5, Ediciones del Instituto, 2002, p. 19.

*legítima de medios de comunicación clandestinos (vgr. Intervenciones telefónicas) entre muchos otros, son herramientas a las que regularmente puede acudir el acusador público y de las que carece cualquier imputado. En ese aspecto, la igualdad se procura poniendo al servicio de la actividad de la defensa la mayor cantidad posible de esos medios... especialmente en materia de investigación siempre que ella lo solicite. Pero el hecho de que el defensor no pueda ordenar, por sí, actividades estatales de investigación o requerir informaciones con carácter vinculante... es un enorme impedimento para la 'plena igualdad' con el acusador, ya que nadie puede desconocer la diferencia (para nada sutil) que existe entre mandar y pedir. Este es un aspecto en que la legislación procesal debe avanzar decididamente para dar cumplimiento a la normativa supranacional, hoy de nivel constitucional (art. 75 inc. 22 CN), que enfatiza en esa cuestión como correlato necesario del modelo acusatorio de proceso penal que recepta..."*<sup>12</sup>

Así, las cosas, se puede afirmar que existe una línea doctrinaria, cuyos exponentes son destacados juristas comprometidos con la vigencia de los derechos y las garantías que a partir de señalar las diferencias que existen en lo relativo a los medios y posibilidades con que cuentan fiscales e imputados, buscan la equiparación de las facultades investigatorias entre ellos en la primer etapa del proceso.

### **3. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA DEFENSA EN LOS SISTEMAS INQUISITIVOS REFORMADOS Y EN LOS SISTEMAS ACUSATORIOS**

Ante un caso penal, las estrategias defensivas pueden ser directas, indirectas y por excepciones. Las directas son aquellas que tienden a sostener la versión del imputado a partir de su teoría del caso produciendo prueba en consecuencia. Las indirectas están orientadas a desacreditar la teoría del caso de la contraparte. Y por último, las defensas por

---

<sup>12</sup> CAFFERATA NORES, José Ignacio. *Proceso penal y derechos humanos*. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino (segunda edición actualizada por Santiago Martínez). Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008, p. 124 y 125.

excepciones están orientadas a plantear nulidades, inconstitucionalidades o violaciones a los derechos humanos<sup>13</sup>. Mientras el modelo inquisitivo mixto se condice con el planteo de defensas indirectas y por excepciones, en el sistema acusatorio la defensa debería poder plantear también defensas del tipo directas.

Veamos cómo ello se debería manifestar durante la etapa de instrucción en el sistema inquisitivo mixto y de investigación en el modelo acusatorio.

En el sistema inquisitivo reformado el rol del defensor prácticamente se encuentra acotado a controlar el trabajo de quien lleva adelante el sumario -ya sea el fiscal si la investigación se encuentra delegada o el juez de instrucción- y en caso de que se equivoque puede plantear una nulidad<sup>14</sup>. El defensor tiene el rol de un auxiliar que no debe entorpecer el avance del proceso y la búsqueda de la verdad y la justicia por lo que su papel se debe limitar a subordinar su actuación a la marcha de las actuaciones<sup>15</sup>.

El expediente, como símbolo del Estado moderno weberiano, representa el funcionamiento de la burocracia y el aparato judicial moderno<sup>16</sup> y es el instrumento mediante el cual se vincula el derecho con la sociedad<sup>17</sup>. Allí, a partir de la intervención de múltiples agentes judiciales se detallan los acontecimientos del caso siendo sirviendo ese registro para, que en función de la delegación que caracteriza a la actividad

---

<sup>13</sup> PADILLA JIMENEZ, Alejandro y VOLGA DE PINA, Ravest. *Defensa pública y derechos humanos en el sistema penal acusatorio*. Ciudad de México: Instituto mexicano de derechos humanos y democracia, 2018, p. 12.

<sup>14</sup> MARTINEZ, Santiago y OSSOLA, Nicolás. El descubrimiento de la investigación de la defensa en el nuevo sistema procesal (ley 27.063). En LEDESMA, Ángela (directora), *El debido proceso penal n°5*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2017, p. 136.

<sup>15</sup> BINDER, Alberto, CORDERO, Luis y HARTMANN, Mildred. *Manual de defensoría penal pública para América Latina y el Caribe.*, Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2005, p. 223.

<sup>16</sup> BARRERA, Leticia. *La Corte Suprema en escena*. Una etnografía del poder judicial. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2012, p. 80.

<sup>17</sup> MARTINEZ, Josefina. Expedientes. En *Revista sistemas judiciales n° 7*. Buenos Aires: Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2004, p. 4.



judicial, se realice un control del trabajo llevado adelante<sup>18</sup>. La labor de registro minucioso que se realiza sobre los expedientes: “...es una buena metáfora de la investigación penal: todo se convierte en un territorio textual que transmutará la corporalidad real de víctimas, acusados, testigos y denunciante en ‘cuerpo’ o ‘cuerpos’ por escrito, sobre los que volverá una y otra vez para descifrar su significado.”<sup>19</sup>

La centralidad del expediente en la labor tribunalicia, que se exterioriza en frases que se utilizan en modo habitual en el ámbito judicial como “*Lo que no está en el expediente no existe*”, implica que los expedientes fijan el marco en el que se cuestiona y determina la verdad legal<sup>20</sup> y que son el espacio donde se encuentra lo que se considera como saber judicial<sup>21</sup>. Aunque ello no significa necesariamente que los expedientes sean un medio seguro para resguardar la información, ya sea por el riesgo que de que se pierdan, se mojen o sean sustraídos o, especialmente, porque el método de control de la información que allí ingresa es por demás deficiente<sup>22</sup>.

Quien tome decisiones en el proceso inquisitivo reformado depende del expediente para resolver y eso a su vez fortalece a quien lleva adelante la instrucción, sea un fiscal o un juez de instrucción<sup>23</sup>. Se trata de los llamados vicios derivados del litigio alrededor del expediente, que se generan porque el ritmo del caso va al compás de lo que sucede en el expediente<sup>24</sup>.

Además, la existencia del expediente trae consecuencias poco positivas en términos de vigencia de derechos y garantías. Así, según las

---

<sup>18</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>19</sup> TISCORNIA, Sofía. *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio*. Buenos Aires Editores del Puerto, 2008, p. 89.

<sup>20</sup> BARRERA, Leticia. op. cit. pag. 80.

<sup>21</sup> BARRERA, Leticia, op. cit. pag. 81

<sup>22</sup> VARGAS VIVANCOS, Juan Enrique. *La nueva generación de reformas procesales penales en América Latina*. Ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Penal – VII Jornadas sobre Justicia Penal, organizado por la Universidad Autónoma de México, México D.F., 2006, p. 8.

<sup>23</sup> HERBEL, Gustavo y REGO, Carlos. *Instrucción penal preparatoria*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2017, p. 256.

<sup>24</sup> HARFUCH, Andrés y GARCIA, Marcelo. *La defensa pública penal*. De la inquisición al sistema acusatorio. Modelos de actuación, litigio y organización. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2016, p. 52.

palabras de la jueza Ángela Ledesma: “La cultura del expediente (y la escasa oralidad) constituye la forma bajo la cual se consagra el imperio de la arbitrariedad y del autoritarismo en el que el conflicto primario es sustituido por finalidades estatales autónomas –no siempre visibles- que sólo tienden a preservar el interés del Estado y su normatividad.”<sup>25</sup>

Por otra parte, el papel del juicio oral también es degradado porque termina siendo “una coronación festiva del legajo inquisitivo”<sup>26</sup> ya que muchas veces el juicio oral se transforma en una teatralización de lo realizado durante la instrucción<sup>27</sup> cuando no directamente se incorporan los testimonios por lectura.

En ese contexto, que la defensa pueda llevar adelante su propia investigación depende de la buena voluntad de quien instruye la causa -para no decir lisa y llanamente el expediente- como delimitador del campo de producción de decisiones judiciales<sup>28</sup>, ya que hacer eso implica apartarse de su línea de investigación<sup>29</sup>.

A su vez, eso implica un riesgo para la defensa porque la prueba que se produce en ese expediente deja de ser de su *propiedad* para pasar a ser conocida por todas las partes, lo que puede perjudicar la situación del imputado o afectar la estrategia que se lleva adelante.

Por otra parte, que quien lleva adelante el sumario - llámese juez de instrucción o fiscal- debe por obligación legal investigar todas las posibles hipótesis de lo sucedido es inabarcable e impracticable además de atentar contra su visión estratégica del caso<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Argentina, Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Registro 20.751, Causa N° 15.556, “G.,H.H., s/ recurso de casación”, 31/10/2012. Vale la pena recordar que esas reflexiones se dieron en un fallo en el que la sala segunda de la Cámara Federal de Casación Penal absolvió a un hombre que encontrándose desocupado se había apoderado de dos bandejas de carne en un hipermercado.

<sup>26</sup> MAIER, Julio B. J. A treinta años del proyecto de reforma de 1986 del Código Procesal Penal de la Nación. En *Revista Lecciones y Ensayos, número extraordinario – 60 años de Lecciones y Ensayos.*, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2006, p. 263.

<sup>27</sup> VARGAS VIVANCOS, Juan Enrique. Op cit pag 5.

<sup>28</sup> PEREZ GALIMBERTI, Alfredo, op cit pag 18.

<sup>29</sup> MARTINEZ, Santiago y OSSOLA, Nicolás. Op cit p. 136.

<sup>30</sup> MARTINEZ, Santiago y OSSOLA, Nicolás. Op cit p. 139.

El proceso penal acusatorio, como enseña Ferrajoli, es un procedimiento de verificación o de falsificación de las hipótesis acusatorias siendo esta naturaleza cognitiva del proceso el fundamento que legitima al poder judicial. Para que esta naturaleza cognitiva del proceso penal pueda tener lugar es fundamental la igualdad de armas de las partes en el contradictorio, lo que implica que la defensa pueda refutar las hipótesis acusatorias a través de su exposición y confrontación y a su vez que pueda producir contrapruebas dotadas de las mismas facilidades con que cuenta la parte acusadora. De ese modo, la defensa debe trabajar para recolectar aquellos elementos probatorios que acrediten los hechos que sostiene en su teoría del caso.

En el sistema procesal acusatorio la investigación penal preparatoria es llevada adelante por el fiscal en un legajo de modo desformalizado -es decir el defensor ya no puede acceder al expediente porque ya no existe<sup>31</sup>- con la oralidad como centro y bajo los principios de objetividad y buena fe.

Esta investigación debe ser de libre acceso para la defensa, salvo para aquellos casos en los que los ordenamientos procesales permiten ante determinadas circunstancias y por un plazo acotado de tiempo el secreto de la investigación, y la prueba que se produce en ella no puede ser utilizada para fundar una condena en un juicio, salvo en aquellos casos que establece la ley que suelen ser aquellas pruebas llamadas irreproducibles que deben ser producidas en condiciones que permitan el control de la defensa.

Esta desformalización de la etapa de investigación debe permitir que las partes estén en pie de igualdad, lo que implica que aportan sus pruebas ante el organismo judicial en el marco de una audiencia<sup>32</sup>. De ese modo, la actividad probatoria se encuentra liberada de la rigidez formal y quien ejerce la defensa pueda incorporar información al proceso que pueda ser útil para resolver sobre cuestiones referidas a la libertad del imputado, exclusiones probatorias, o la aplicación de salidas alternativas al proceso<sup>33</sup>. Así, el defensor debe definir su estrategia para presentarla en las diversas audiencias que se dan en la etapa de investigación, consiguiendo antes toda la información posible, elaborando su teoría del caso y litigando

---

<sup>31</sup> PEREZ GALIMBERTI, Alfredo. Op cit p. 14.

<sup>32</sup> HERBEL, Gustavo y REGO, Carlos. Op cit p. 256.

<sup>33</sup> HERBEL, Gustavo y REGO, Carlos. Op cit p. 256.

en forma estratégica para conseguir la mejor solución en función del interés que defiende.

La cuestión, ahora, pasa por desentrañar si la defensa puede llevar adelante su propio legajo de investigación y, si puede hacerlo, de qué modo lo debe llevar adelante.

La teoría del caso es la versión que el litigante asume sobre el hecho, su relevancia jurídica y su sustento probatorio<sup>34</sup> o dicho de otro modo, es la actividad que despliega un litigante frente a un caso para decidir cuál es la mejor manera de presentarlo ante un tribunal ante un hipotético juicio oral<sup>35</sup>; es decir es la visión de los hechos que se presenta ante el tribunal<sup>36</sup>.

La teoría del caso va a estar compuesta por una teoría fáctica, una teoría jurídica y una teoría probatoria<sup>37</sup> y debe comenzar a elaborarse desde el primer contacto que el defensor tenga con el caso, sin perjuicio de que luego se irá complementando con el transcurso de la investigación<sup>38</sup>.

De ese modo, si la defensa debe llevar adelante su investigación desde el primer contacto que tiene con el caso, lo razonable es que desde el inicio del proceso penal pueda llevar adelante su propio legajo de investigación. De hecho, la eficacia de la labor previa a la etapa de juicio por parte de la defensa será la que determine si el caso llega a juicio y si lo hace permitirá que la defensa lo afronte con la mayor preparación posible<sup>39</sup>.

Esto es así porque en el marco de un sistema acusatorio es necesario que cada una de las partes lleve adelante su investigación en forma adecuada y sin obstrucciones o intromisiones<sup>40</sup> ya que el ejercicio de

---

<sup>34</sup> LORENZO, Leticia. *Manual de litigación*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012, p. 37.

<sup>35</sup> MORENO HOLMAN, Leonardo. *Teoría del caso*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012, p. 28.

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> LORENZO, Leticia. Op cit p. 37.

<sup>38</sup> MORENO HOLMAN. Op cit p. 34.

<sup>39</sup> PEREZ GALIMBERTI, Alfredo. Op cit p. 13.

<sup>40</sup> MARTINEZ, Santiago. *Reflexiones sobre el proceso penal adversarial*. Buenos Aires: Fabian Di Placido Editores, 2016, p. 87.

la defensa material consiste en llevar adelante diferentes actos tendientes a la instrumentalización de oportunidades para producir prueba de descargo que permitan la adecuada participación de los imputados en el proceso<sup>41</sup> pero a diferencia de la parte acusadora, la defensa no tiene obligación de registrar toda su actividad investigativa<sup>42</sup>.

Otra discusión gira en torno al descubrimiento de la investigación de la defensa. Algunos sostienen que al defender un interés subjetivo la defensa no debe descubrir su investigación. Otros, argumentan que si la defensa va a ofrecer prueba para el juicio debe mostrarla en la etapa intermedia para que las otras partes puedan preparar el debate en función del principio de buena fe y por el principio de objetividad en virtud del cual el acusador debe analizar todas las posibilidades que se le presentan referidas a la investigación<sup>43</sup>.

De ese modo, la obligación de descubrimiento que tiene la defensa es menos intensa que la del Ministerio Público Fiscal porque solo debe dar a conocer en la etapa intermedia cuales son las pruebas que presentará en juicio y los puntos a tratar en las declaraciones de los testigos pero no tiene la obligación de entregar otra información que haya recolectado durante su investigación<sup>44</sup>.

Un aspecto puntual vinculado a la producción de prueba que debe ser analizado es aquel referido a las pruebas periciales. La principal función de los peritos es interpretar información que exige un conocimiento y *expertise* especiales para observar, comunicar y transmitir esa información en un lenguaje más llano y accesible para generar la convicción del tribunal<sup>45</sup>.

En los procesos inquisitivos mixtos o reformados los peritos son concebidos como auxiliares del tribunal cuando no son considerados directamente peritos del tribunal, lo que implica que al prestar sus

---

<sup>41</sup> PADILLA JIMENEZ, Alejandro y VOLGA DE PINA, Ravest. Op cit p. 12.

<sup>42</sup> MORENO HOLMAN, Leandro. Op cit p. 53.

<sup>43</sup> RICCARDO, María Laura. El legajo fiscal y la investigación de la defensa. En LEDESMA, Ángela (directora), *El debido proceso penal n° 3*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2016, p. 141.

<sup>44</sup> MORENO HOLMAN, Leandro. Op cit p. 53.

<sup>45</sup> DUCE, Mauricio. *La prueba pericial*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2017, p. 33.

funciones no consideran los intereses de las partes sino que se comportan de modo imparcial y neutral ante ellas<sup>46</sup>. De ese modo, los peritos solo actúan cuando la ley lo exige o cuando son convocados por una decisión del tribunal<sup>47</sup>.

En los sistemas de corte acusatorio, los peritos actúan como peritos de confianza de las partes para estar al servicio de la teoría del caso de quienes lo presentan<sup>48</sup> lo que no implica que sean serviles a quienes los presentan sino que la parte que ordena la pericia decidirá si lo lleva al juicio en función de su teoría del caso<sup>49</sup>.

Para que ello sea posible, tanto el Ministerio Público Fiscal como la Defensa Pública deben contar con recursos suficientes que les permitan producir su propio conocimiento experto<sup>50</sup> dado que no es suficiente ni adecuado que para cumplir con ello exista un cuerpo de peritos que auxilie a todas las partes porque puede generar conflictos por la existencia de intereses contrapuestos como así también vinculados a su dirección y control estratégico<sup>51</sup>. También deben generarse los mecanismos para que los defensores particulares puedan acceder a utilizar esos medios.

Entiendo que esta cuestión está íntimamente vinculada con el modo en que se averigua o construye la verdad en cada modelo judicial. De ese modo, estoy en condiciones de afirmar que el hecho de que la averiguación de la verdad este en cabeza de los órganos judiciales en los sistemas inquisitivos trae como consecuencia el hecho de que la prueba pericial, y la función de los peritos, sea utilizada para auxiliar a los jueces en esa tarea. Contrariamente, en los procesos de corte acusatorio, al construirse la verdad a partir del trabajo de las partes, el rol de los peritos, como ya hemos visto, se da en función de la teoría del caso de quienes lo presentan.

---

<sup>46</sup> DUCE, Mauricio. Op cit p. 37.

<sup>47</sup> DUCE, Mauricio. Op cit p. 37.

<sup>48</sup> DUCE, Mauricio. Op cit p. 38.

<sup>49</sup> DUCE, Mauricio. Op cit p. 40.

<sup>50</sup> DUCE, Mauricio. Op cit p. 52.

<sup>51</sup> MARTINEZ, Santiago y OSSOLA, Nicolás. Op cit p. 137.

## **4. LA PRODUCCIÓN DE PRUEBA EN LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN O INVESTIGACIÓN: UN ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS SISTEMAS PROCESALES NACIONAL Y FEDERAL, BONAERENSE Y DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES**

### **4.1. LA PRODUCCIÓN DE PRUEBA EN LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN EN EL CPP NACIONAL Y FEDERAL**

De acuerdo al modelo procesal inquisitivo reformado establecido por el llamado Código Levene la etapa de instrucción se caracteriza por ser escasamente contradictoria<sup>52</sup> dado que el centro de la actividad es un expediente cuya instrucción es llevada adelante por el juez o por el fiscal solo en aquellos supuestos en los que el juez desea delegar la instrucción.

En el Código Procesal Penal Nacional (CPPN) la defensa solo puede proponer diligencias, y estas solo serán realizadas cuando el juez de instrucción considere que son pertinentes y útiles, siendo irrecurrible su decisión (art. 199 CPPN), cuestión que refuerza la discrecionalidad del juzgador<sup>53</sup>. Es decir, se considera que es una cuestión que depende en forma exclusiva del arbitrio del juez, sin perjuicio de que las pruebas luego puedan ser producidas durante el juicio<sup>54</sup>.

En un fallo de la Corte Suprema del año 1960<sup>55</sup>, que es citado por una parte importante de la jurisprudencia al interpretar los alcances del art. 199 CPPN, se ha dicho -al interpretar el artículo 196 del entonces vigente Código de Procedimientos en lo Criminal sancionado en el año 1888 que regulaba la organización del sumario a cargo del juez- que los jueces deben evaluar la pertinencia de la prueba de acuerdo a los fines de la investigación.

---

<sup>52</sup> D'ALBORA, Nicolás. *Código procesal penal de la Nación*. Anotado. Comentado. Concordado. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, p. 433.

<sup>53</sup> NAVARRO, Guillermo Rafael y DARAY, Roberto Raúl. *Código Procesal Penal de la Nación*. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2016, p.170.

<sup>54</sup> D'ALBORA, Nicolás. Op cit p. 433.

<sup>55</sup> Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Recurso de hecho deducido por el querellante en la causa 'Santamarina, María Marta Sánchez Elía de s/ defraudación en su perjuicio'", Fallos 247:214, resuelta el 29 de junio de 1960.

Vale la pena abrir un paréntesis y reflexionar sobre esta cuestión, en el sentido de que resulta por demás llamativo que una línea jurisprudencial de la Corte Suprema que interpretaba una cuestión hace casi cincuenta años con un código completamente inquisitivo en vigencia y un escuálido desarrollo del derecho a la defensa sea hoy incorporada a la fundamentación de los precedentes judiciales en forma acrítica cuando nuestra realidad procesal es otra y el derecho a la defensa ha tenido un importante desarrollo.

No se busca, desde ya, establecer un valor para los fallos de la Corte Suprema según su antigüedad pero si se debe advertir que existe una práctica sumamente arraigada en los tribunales de tomar fallos (de la Corte Suprema o de otros órganos judiciales) para fundamentar sus decisiones sin analizar su contexto de producción o sin hacer un análisis de la doctrina que surge de esos fallos contraponiéndola con los desarrollos que han tenido lugar en el campo de los derechos humanos y han impactado en el proceso penal.

Volviendo a la interpretación que la jurisprudencia ha hecho sobre el art. 199 CPPN, algunos precedentes han sostenido que si bien la decisión adoptada por el juez es inapelable se debe realizar una excepción en aquellos casos en que genera un perjuicio de imposible reparación ulterior<sup>56 57</sup> o que es arbitraria, exigencia que impone la necesidad de que el examen sobre la pertinencia y la utilidad de la prueba sea adecuadamente motivado<sup>58</sup> aunque otros precedentes se han inclinado por ratificar su inapelabilidad, haciéndola extensiva también al modo de realización de las medidas.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> Argentina, Cámara Federal Criminal y Correccional, Sala II, Causa 29684, “Moyano, Hugo s/nulidad”, resuelta el 4 de noviembre de 2010 y Argentina, Cámara Federal de Rosario, Sala B, “Argento, Nicolás p/ infracción ley 24.769” resuelta el 16 de septiembre de 2016.

<sup>57</sup> NAVARRO, Guillermo Rafael y DARAY, Roberto Raúl. Op cit p. 170.

<sup>58</sup> Argentina, Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala I, Causa 45643, “Dr. Santiago Feder s/ queja por apelación denegada”, resuelta el 12 de julio del 2011 y Argentina, Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala II, Causa 36.602, “P., F. s/ queja”, resuelta el 21 de septiembre de 2015.

<sup>59</sup> Argentina, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, “A., A. s/ medida de prueba”, resuelta el 2 de junio de 2016; el criterio es expresado en el voto del Dr. Luis María Bunge Campos.



Asimismo, se ha dicho que rechazar la producción de una diligencia solicitada por una de las partes: *“...excede la irrecurribilidad del mero rechazo de una diligencia solicitada por una de las partes en el proceso (art. 199 del C.P.P.N), en tanto el acto procesal que se reclama, repercute sobre el derecho de defensa en juicio del justiciable y condiciona la actuación del Ministerio Público Fiscal en su derecho a obtener una sentencia condenatoria previo juicio...”*<sup>60</sup>

También la jurisprudencia ha determinado el alcance de las obligaciones que el juez de instrucción tiene con relación a la realización de diligencias solicitadas por las partes.

Una postura, restrictiva, ha dicho que: *“...la actividad del juez es técnicamente discrecional, queriéndose significar con ello que, a diferencia de lo que ocurre durante el plenario -el juicio oral-, está concentrada solo en las disposiciones del instructor.”*<sup>61</sup>

De ese modo, al interpretar el artículo 199 del CPPN se afirma que: *“...es compatible con la economía de la instrucción, ya que no se puede permitir que las partes recurran la facultad de realizar diligencias, lo que daría por tierra el objeto de la instrucción. Otro aspecto destacable es el tiempo verbal empleado ‘practicará’ lo que indica claramente que nos hallamos ante un mandato, no una facultad discrecional; de encontrarse la medida pertinente y útil deberá practicársela.”*<sup>62</sup>

O también se ha dicho que como la instrucción no es una etapa que se caracteriza por la existencia de contradicción y bilateralidad sino que está enfocada a indagar, averiguar y examinar que: *“...de allí que el magistrado instructor no se encuentre obligado a agotar todo el espectro probatorio a su alcance, sino que debe realizar un juicio de pertinencia y utilidad de la prueba propuesta por las partes.”*<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> Argentina, Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa Nro. 14.720, “Vargas, Antonio Orlando s/recurso de queja”, resuelta el 4 de noviembre de 2011.

<sup>61</sup> Argentina, Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala I, Causa 45643, “Dr. Santiago Feder s/queja por apelación denegada”, resuelta el 12 de julio del 2011.

<sup>62</sup> Argentina, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, “A., A. s/medida de prueba”, resuelta el 2 de junio de 2016; el criterio es expresado en el voto del Dr. Luis María Bunge Campos.

<sup>63</sup> Argentina, Cámara Criminal y Correccional Federal de La Plata, Sala III, “R., D. N. s/Inf. Arts. 89, 189 bis inc. 1 y 3 277 “c” C.P. Dte. G. Y.”, expediente 5058, resuelto el 11 de diciembre de 2008, voto en minoría del juez Antonio Pacilio.

Esta concepción ha sido reforzada al decirse que: *“...la decisión acerca de la procedencia de una prueba durante los albores del proceso resulta consagrada bajo exclusivo resorte del juez, en tanto sobre su magistratura reposa la misión de trazar la adecuada senda de una investigación. Y ello por cuanto es en él sobre quien ha de recaer, en última instancia, la responsabilidad derivada de una deficiente labor en el ejercicio de sus funciones, tal como ha señalado el Máximo Tribunal al destacar que ‘...son los órganos estatales quienes tienen a su cargo el deber de asegurar que el proceso se desarrolle normalmente, y sin dilaciones indebidas’ (Fallos 327:5668)”*<sup>64</sup>

De ese modo, a las partes les toca durante la etapa de instrucción el rol de colaboradoras<sup>65</sup> del juez en su tarea de averiguación de la verdad, concepción que es coincidente con el modelo de construcción de la verdad en el sistema inquisitivo.

Otra interpretación, más amplia en lo que hace a las obligaciones de quien instruye la causa, sostiene que tiene la obligación de producir toda la prueba que sea solicitada por la defensa. De ese modo, se ha dicho que: *“...aunque durante la instrucción penal no pueda hablarse de un juicio contradictorio pleno”*<sup>66</sup>, *porque se conecta a su dignidad como persona y hace a los derechos derivados de su calidad de parte legitimada en el proceso, que implican que pueda intervenir, alegar, replicar, fiscalizar los actos del juez y las partes contrarias, y también los elementos de prueba. Por lo demás, ésta pérdida de oportunidades puede ser fundamental para la suerte del imputado en la decisión definitiva de la causa. Piénsese, por ejemplo, que el cierre de la instrucción y la elevación a juicio implican un grado de convicción judicial que avanza sobre la presunción de inocencia.”*<sup>67</sup>

<sup>64</sup> Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala I, “Vázquez, Manuel y otro s/nulidad”, resuelta el 31 de mayo de 2011.

<sup>65</sup> Argentina, Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala 1, causa 45.585, “Dr. Luis Horacio Comparatore s/queja por apelación denegada”, resuelta el 25 de octubre de 2011.

<sup>66</sup> Argentina, Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala II, causa 29684, “Moyano, Hugo s/nulidad”, resuelta el 4 de noviembre de 2010

<sup>67</sup> Argentina, Cámara Criminal y Correccional Federal de La Plata, Sala III, “R., D. N. s/Inf. Arts. 89, 189 bis inc. 1 y 3 277 “c” C.P. Dte. G. Y.”, expediente 5058, resuelto el 11 de diciembre de 2008, del voto de la mayoría.

## 4.2. LA PRODUCCIÓN DE PRUEBA EN EL CPP DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

El artículo 273 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (CPPBA) en su actual redacción establece que durante la investigación penal preparatoria (IPP) las partes podrán proponer diligencias y que el fiscal las practicará solo cuando las considere pertinentes y útiles. En caso de denegarlas debe hacerlo mediante una resolución fundada que será inimpugnable salvo en el caso de que solicite la elevación a juicio, momento en el que la defensa, de acuerdo a lo prescripto por el artículo 334 del CPPBA, puede solicitar dentro del plazo de cinco días al Fiscal General departamental que revise la razonabilidad de la denegatoria.

Para Herbel y Granillo Fernández el límite que debe tener el fiscal es el rechazo arbitrario de medidas de prueba que signifique la vulneración de derechos y plantean que ante la negativa se puede recurrir ante el juez de garantías si la defensa no puede llevar adelante las medidas probatorias por si y además ello le causa un gravamen irreparable<sup>68</sup>, solución que resulta llamativa en tanto el Código Procesal plantea la irrecurribilidad de la resolución fiscal que deniega la producción de prueba.

Schiavo considera que esta disposición es una disposición material del ejercicio del derecho de defensa en juicio<sup>69</sup> aunque seguidamente sostiene que al ser la finalidad de la IPP que el fiscal de manera objetiva recolecte la prueba necesaria para abrir la instancia de debate es lógico que el realice únicamente aquellas pruebas solicitadas por las partes que puedan resultar útiles para ello.<sup>70</sup>

De ese modo, la defensa debe esperar hasta el cierre de la IPP para tener la posibilidad de realizar alguna medida de prueba lo que entiendo que atenta contra su estrategia en el caso además de que el hecho de que se discuta la pertinencia o no de producir la prueba de descargo en el ámbito del Ministerio Público Fiscal pone en crisis derecho a la defensa en juicio<sup>71</sup>. Por otra parte, el hecho de que recién en la clausura de la etapa

---

<sup>68</sup> HERBEL, Gustavo y GRANILLO FERNANDEZ Héctor. *Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires.*, Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 32.

<sup>69</sup> SCHIAVO, Nicolás. *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.* Análisis doctrinal y jurisprudencial. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2015, p. 66.

<sup>70</sup> SCHIAVO, Nicolás. Op cit p. 67.

<sup>71</sup> MARTINEZ, Santiago. Op cit p 90.

de investigación la defensa pueda tener la posibilidad de producir prueba hace que esta llegue tarde porque la defensa ha perdido la oportunidad de tener una herramienta que le permita discutir el requerimiento de juicio o solicitar la aplicación de alguna salida alternativa al proceso.<sup>72</sup>

Ante el escenario de la denegatoria de prueba por el fiscal y su superior jerárquico de modo arbitrario en el cierre de la IPP se puede determinar la nulidad del requerimiento de elevación por falta de fundamentación suficiente porque las conclusiones a las que arriba son derivadas de un acto arbitrario o se puede ponderar esa denegación de la prueba en la valoración de la prueba<sup>73</sup>. Otra posibilidad es que si la producción de la prueba no requiere de una potestad exclusiva del agente fiscal sea producida por la defensa y agregada al sumario con ocasión de la notificación de su clausura<sup>74</sup>.

Por otro lado, debe decirse que la Suprema Corte de Justicia Provincial (SCJBA) ha sostenido en reiteradas oportunidades que la evacuación de citas no es imperativa para quien se encuentra a cargo de la investigación al interpretar los alcances del artículo 130 del Código Procesal sancionado mediante la ley 3589 -conocido como Código Jofre-<sup>75</sup>. Aún la SCJBA no se ha expedido en ningún caso donde el proceso se haya llevado adelante bajo el código procesal de corte acusatorio sancionado mediante la ley 11.922.

---

<sup>72</sup> VARELA, Agustín. Aspectos institucionales y legales sobre la admisibilidad de la prueba en el proceso penal del fuero penal, contravencional y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En DIAZ, Matías y PEREL, Martín (directores), *El juicio en el procedimiento penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires:Ad Hoc, 2019, p. 51 y 52.

<sup>73</sup> SCHIAVO, Nicolás. Op cit p. 67.

<sup>74</sup> Ibidem.

<sup>75</sup> Argentina, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “A., R. A.; M., J. C. s/secuestro extorsivo” del 26 de septiembre de 1995; Argentina, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “G., L. M. y o. s/robo agravado”, resuelta el 27 de abril de 1999; Argentina, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “K., J. A.; P. R. O. s/tortura”, resuelta el 9 de agosto del 2000; Argentina, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “R., G. J.; A., C. M. s/robo calificado por el uso de armas” resuelta el 6 de octubre de 2004 y Argentina, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “L., J. R., s/violación” resuelta el 3 de noviembre de 2004.

De ese modo, la posibilidad de que la defensa pueda llevar adelante su investigación y producir prueba en forma autónoma depende de la voluntad de los operadores judiciales.

En un caso el fiscal que intervenía se agravió ante la resolución de un juez de garantías que denegó una conversión de una detención en una aprehensión por entender que la información aportada por la defensa en la audiencia no era prueba, es decir que la defensa no puede recolectar y presentar prueba de forma independiente. Ante ello, la Sala III de la Cámara de Apelación y Garantías de Mercedes entendió que la prueba era válida en virtud del principio de libertad probatoria.<sup>76</sup>

En un fallo de la Sala III del Tribunal de Casación Penal, donde se discutía la validez de la realización de una prueba dispuesta de oficio por el tribunal que realizó, el juez Violini sostuvo en su voto, al que adhirió el juez Borinsky, que: *“Es mi opinión que en el diseño de la ley 11.922, y dado el carácter de tercero imparcial que reviste la judicatura, solo los acusadores (público o privado) y la defensa, pueden ofrecer y producir prueba...”*<sup>77</sup>

Pero en otro fallo, contrariando el criterio antes expuesto, se ha dicho que: *“La regla del art. 22, ley 12061 (propuesta como específica de la actividad de la Defensa) debe ser analizada no solo dentro del sistema legal, sino también, en función de lo dispuesto por el art. 273 C.P.P.... Es decir que la regla invocada del art. 22, no habilita a la Defensa a producir prueba útil en la investigación preparatoria sino que lo habilita para controlar la I.P.P. Y lo faculta a investigaren forma independiente elementos de convicción para la defensa que está autorizado a “recolectar”, los que, en armonía con el art. 273 C.P.P. Deberá proponer al Ministerio Público Fiscal para su debida incorporación...”*<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> Argentina, Cámara de Apelación y Garantías de Mercedes, Sala III, causa n° 33.278, “M., F. G. y otros s/recurso de queja por apelación denegada -flagrancia-”, resuelta el 10 de agosto de 2017, voto de los jueces Gil Juliani y Minetto.

<sup>77</sup> Argentina, Tribunal de Casación Penal, Sala III, “Gulatro Navarro, Albano Emanuel s/recurso de casación”, causa n° 18314, resuelta el 2 de febrero de 2015.

<sup>78</sup> Argentina, Cámara de Apelaciones y Garantías de La Plata, Sala III, “M. M. L. s/Apelación de prisión preventiva, resuelta el 21 de diciembre de 2000.

#### **4.3. LA PRODUCCIÓN DE PRUEBA EN EL CPP DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES**

El Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma, que es un código acusatorio de segunda generación, no establece expresamente que la defensa cuenta con facultades autónomas de investigación durante la etapa de investigación.

El sistema que se establece es el sistema de evacuación de citas; sistema de acuerdo al cual la defensa debe proponer la realización de diligencias al fiscal para que las realice cuando las considere pertinentes y útiles para los fines de la instrucción penal preparatoria (cfr. art. 97 CPPCABA).

Si bien se sostiene que a partir del deber de objetividad con que deben actuar los fiscales solo no pueden hacer lugar a la producción de prueba que es manifiestamente improcedente<sup>79</sup>, la negativa queda sometida a la discrecionalidad del fiscal y además no puede plantearse acción alguna contra su rechazo.

Se han realizado diversos planteos jurisdiccionales tendientes a introducir prueba producida por la defensa en la etapa de instrucción, cuyos resultados han sido dispares.

En un caso<sup>80</sup> donde la fiscalía planteaba la nulidad de un informe pericial y un test de alcoholemia realizado por la defensa sin control de la fiscalía la jueza Marcela de Langhe entendió que si bien el director objetivo de la pesquisa es el Ministerio Público Fiscal ello no es obstáculo para impedir que la defensa, además de proponer la realización de pruebas, pueda producir y ofrecer la prueba que considere necesaria para atacar la hipótesis del acusador en función de la división de roles y el carácter adversarial propio del proceso penal, ello en función de los artículos 1, 96, 97 y 106 del CPPCABA.

<sup>79</sup> CEVASCO, Luis. Comentario al artículo 97. En OCAMPO, Martín y DE LANGHE, Marcela (directores). *Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2017, pag. 305.

<sup>80</sup> Argentina, Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y Faltas, Sala II, Causa N° 22719-00/CC/12, “O., R. D. s/infr. art. 149 bis CP”, resuelta el 17 de abril de 2013.

El juez Sergio Delgado, aunque no se expidió sobre la nulidad indicó que si bien la defensa no informó previamente al fiscal su deseo de practicar el estudio de alcoholemia, las reglas que imponen prohibiciones valorativas no se aplican cuando se trata de prueba que favorece al imputado.

Vale la pena destacar el voto de la jueza Marta Paz, que remarca la importancia de una defensa que permita la paridad de armas al sostener que *“...la mera existencia de un defensor no resulta suficiente, por sí sola, para asegurar la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio, ya que para asegurar la paridad de armas su actuación debe ser eficaz. Es por ello que los arts. 8.2.”c” CADH y 14.3.”b” PIDCP establecen que deben garantizarse al inculpado “los medios adecuados para la preparación de su defensa”.*

Ello que permite que: *“...el imputado proponga, produzca u ofrezca prueba tendiente a su descargo; es más, en un sistema acusatorio el libre acceso de la defensa al asesoramiento de parte de consultores técnicos que con sus conocimientos específicos en determinadas ciencias, artes o técnicas, torna eficaz el ejercicio de la defensa, asegurando la igualdad de posiciones con el acusador (paridad de armas).”*

La definición del alcance de las obligaciones del fiscal con relación a la evacuación de citas ha sido profundizada en otro fallo posterior, donde en un voto concurrente de los jueces De Langhe, Bosch y Delgado se ha dicho que: *“...es lo cierto que la no evacuación de citas pertinentes y útiles introducidas por la acusada vulnera el deber legal prescripto por el art. 168 del CPPCABA y el principio de objetividad que debe caracterizar el desempeño procesal del acusador público (art. 5 del CPPCABA), de aplicación supletoria conf. Art. 6 LPC. En tal sentido obsérvese que la manda legal contenida en el art. 168 del ritual, en tanto impone al Fiscal la obligación de investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiese referido el imputado en sus declaraciones o escritos de descargo, debe ser interpretada en un sentido amplio que garantice un eficaz desarrollo de la defensa material del encausado que lo coloque en una situación de igualdad respecto de las posibilidades de producir prueba que ostenta el Ministerio Público Fiscal”<sup>81</sup>*

---

<sup>81</sup> Argentina, Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y Faltas, Sala II, Causa 12413-00-00/2012, “Finocchio, Emilce s/Inf. Art. (s) 73, violar clausura impuesta por autoridad judicial o administrativa”, Sala II, resuelta el 22 de marzo de 2013. En otro fallo posterior (Argentina, Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y Faltas, Causa n 5494-00-00/16, F. D s/

Por otra parte, en otro fallo, emitido por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y Faltas, en el voto suscripto por la jueza Silvina Manes, al que adhirió Jorge Franza, se indicó, en lo relativo al deber de la fiscalía de cumplir con su deber de evacuación de citas que: *“...si bien es deber de la fiscalía intentar verificar los hechos y circunstancias útiles puestas por el imputado, lo cierto es que la propia defensa también cuenta con facultades propias para recabar las medidas probatorias que estime conducentes a su estrategia procesal, en el marco del alto ministerio que ejerce, en un procedimiento signado por la igualdad de armas... La defensa cuenta con la posibilidad de proveer su prueba, pudiendo ella misma entrevistar a los testigos y en caso de no poder hacerlo, requerirle al tribunal que lo haga...”*<sup>82</sup>

En otro caso<sup>83</sup>, que tramitó en la Sala II de la Cámara de Apelaciones, se determinó el alcance de las obligaciones del fiscal con relación a la evacuación de citas. Concretamente, se trataba de un caso en el que una persona había sido imputada por resistencia a la autoridad y solicitaba la realización de algunas medidas de prueba que no habían sido llevadas adelante por la fiscalía -porque entendía que podían producirse durante el juicio-, que decidió elevar la causa a juicio.

Sobre la cuestión que aquí nos ocupa, el juez Pablo Bacigalupo ha dicho: *“El art. 168 CPP, en tanto impone al fiscal la obligación de investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el acusado en sus declaraciones o escritos de descargo, debe ser interpretado en un sentido amplio que garantice un eficaz desarrollo de la defensa material del encausado y que lo coloque en una situación de igualdad respecto de las posibilidades de producir prueba del Ministerio Público Fiscal, sobre todo frente a denuncias de supuesta violencia institucional y abuso de autoridad*

---

art. 149 bis CP, resuelta el 16 de diciembre de 2016), el juez Delgado indicó que la evacuación de las citas efectuadas por el imputado en su descargo deben ser consideradas por el fiscal cuando objetivamente apreciadas puedan influir en la situación del imputado.

<sup>82</sup> Argentina, Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y Faltas, Sala III, Causa 5279-01-00/16, “Incidente de apelación en autos D, D. y otros s/ arts. 129 y 183 CP” resuelta el 17 de noviembre de 2016.

<sup>83</sup> Argentina, Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y Faltas, Sala II, IPP 23866/2018-0, “B., P. s/resistencia a la autoridad”, resuelta el 1 de febrero de 2019.



*policial. ...En definitiva, en autos se ha violado la garantía de defensa en juicio y el principio de inocencia, pues la fiscalía, con la aprobación posterior de la a quo, incumplió su carga legal de evacuar citas.”*

La jueza Elizabeth Marum, si bien adhirió al voto de su colega, incluyendo las consideraciones relativas a la aplicación del art. 168 en el caso particular, indicó el alcance de las obligaciones del fiscal en virtud del art. 168 CPPCABA al sostener que: “...cabe destacar que en reiteradas oportunidades he decidido que del juego armónico de los arts. 97 y 168 CPPCABA se desprende que le corresponde al MPF practicar las diligencias propuestas ‘cuando las considere pertinentes y útiles para los fines de la investigación preparatoria o cuando sean actos que no puedan producirse en el debate”

Como bien indica Varela, dado que el pedido de la defensa se planteó en su descargo correspondía, en virtud de la evacuación de citas, que el fiscal investigue aquellos hechos que pueden incidir en la situación procesal del imputado o determinar la remisión a juicio.<sup>84</sup>

Por otro lado, el 31 de agosto de 2016 se suscribió la resolución conjunta entre la Fiscalía General – res. n° 92/16- y la Defensoría General –res. n° 568/16- según la cual el Fiscal, a la hora de considerar si es inconducente la prueba ofrecida por la defensa, debe argumentar las razones de su rechazo para evitar que la decisión sea arbitraria.

También existen normas que autorizan la producción de prueba por parte de la defensa en forma autónoma ante determinadas circunstancias. Un ejemplo de ello es lo prescripto por el artículo 173 del CPPCABA que al regular las audiencias para la resolución de cuestiones vinculadas a la libertad del imputado o la procedencia de medidas cautelares dispone que las partes pueden concurrir a la audiencia con pruebas testimoniales o documentales y que deberán llevarlas a la audiencia para que el juez decida sobre su admisibilidad; es decir las partes tienen a su cargo la producción de la prueba y su admisibilidad será decidida por el juez de acuerdo a su pertinencia y utilidad<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> VARELA, Agustín. Op cit p. 50.

<sup>85</sup> LOPEZ, Patricia. Comentario al artículo 173. En OCAMPO, Martín y DE LANGHE, Marcela (directores). *Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma*

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

El derecho a la igualdad de armas, y en concreto a producir prueba en forma autónoma por parte de la defensa durante la primer etapa del proceso, sin lugar a dudas integra el derecho a la defensa en juicio y además es de suma importancia para que las partes estén en igualdad de condiciones en el proceso.

Un análisis, en términos teóricos, de las facultades de la defensa en los sistemas inquisitivos mixtos y en los sistemas acusatorios durante la primer parte del proceso da cuenta de que mientras en los sistemas inquisitivos mixtos las posibilidades de actuación de la defensa son más bien acotadas en los sistemas acusatorios, en cambio, la defensa debería tener una actuación proactiva, en pie de igualdades que la parte acusadora.

Pese a ello, al momento de analizar como se ejerce el derecho de la defensa a producir prueba de descargo en forma autónoma durante la etapa de investigación o instrucción, según corresponda, en tres jurisdicciones distintas de Argentina se llega a ver que no hay diferencias sustanciales en lo que hace a las facultades de la defensa.

En concreto, en las tres jurisdicciones analizadas las posibilidades de que la defensa pueda producir prueba en forma autónoma quedan supeditadas a la interpretación que la jurisprudencia hace de los códigos de procedimiento, que en ninguno de los tres casos se expiden en forma explícita en favor de ese derecho de la defensa. A su vez, las interpretaciones que se hacen desde la jurisprudencia no siempre permiten que la defensa produzca prueba de forma autónoma.

Esto me permite reflexionar sobre dos cuestiones.

Primer cuestión. La pervivencia del sistema de evacuación de citas resulta problemática por varios motivos.

Es un sistema inadecuado para garantizar el derecho a la defensa desde el inicio del proceso penal y atenta contra la igualdad de armas. También genera riesgos adicionales para la defensa en tanto puede solicitar la producción de pruebas de resultado incierto -como lo puede

---

*de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2017, pag. 494.*

ser una pericia- que terminen perjudicando su estrategia o la situación del imputado.

También la pervivencia del sistema de evacuación de citas parece considerar que únicamente la primer etapa del proceso debe ser llevada adelante para determinar si es posible llegar a un juicio.

Si bien ella es una de las finalidades de esta etapa, debe tenerse presente que no es la única, ya que la defensa puede instar el sobreseimiento, discutir el alcance o la aplicación de una medida cautelar o las partes pueden acordar una salida alternativa al proceso.

Segunda cuestión. Quizás sea necesario realizar algunas precisiones en torno a las categorías acusatorio e inquisitivo y el uso que hacemos de ellas para caracterizar a los códigos procesales.

Considerando la clasificación realizada por Gutiérrez, debo decir que considero que a la hora de hablar de la reforma procesal existen cuatro tendencias: 1) Una tendencia punitivista, asociada a un pensamiento político neoconservador, 2) Una tendencia que privilegia el garantismo formal, asociada al liberalismo clásico, 3) Una tendencia eficientista asociada al neoliberalismo y 4) Por último, un reduccionismo crítico, asociado al pensamiento político de izquierda<sup>86</sup>.

De ese modo, y considerando el análisis que hace Gutiérrez, entiendo que se debe dejar de plantear que un código procesal *in totum* es de corte inquisitivo o acusatorio sin más. En todo caso, se puede caracterizar a un determinado código procesal como de tendencia acusatoria o inquisitiva sin dejar de observar que en algunos aspectos puntuales se presentan elementos que no responden a esa tendencia.

Veamos cómo se da ello a partir del análisis de algunos aspectos del Código Procesal Penal Federal aprobado por la ley 27.063.

Un ejemplo de las tendencias que responden al garantismo formal se puede encontrar en el reconocimiento y enumeración de garantías procesales que se realiza en los primeros veinticuatro artículos del código, estructura que por cierto se repite en otros códigos procesales de corte

---

<sup>86</sup> GUTIERREZ, Mariano. Sobre las ideologías actuales en las reformas penales. En ZAFFARONI E. Raúl (director), *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Buenos Aires: Año VI, n° 5, Editorial La Ley, 2016.

acusatorio; tal como sucede, por ejemplo, con el CPP de Río Negro aprobado mediante la ley 5.020<sup>87</sup>.

Un ejemplo de carácter eficientista se puede encontrar en la incorporación de un proceso *express* de flagrancia realizado mediante la ley 27.272. Algunas críticas a la implementación de este procedimiento, que por cierto también se aplica con el vigente CPP Ley 23.984, puede sintetizarse en: 1) Juzgamiento por parte de órganos judiciales unipersonales de delitos graves que deberían ser juzgados por órganos colegiados, 2) Imposibilidad de que haya un control judicial inmediato de la detención o aprehensión, 3) No se contempla en forma expresa medidas alternativas a la prisión preventiva y 4) No se prevén otras medidas alternativas a la pena<sup>88</sup>.

Por último, en el campo de las normas que se podrían encuadrar dentro del reduccionismo crítico, también se puede mencionar la incorporación de la extinción de la acción penal por conciliación o reparación integral entre las partes involucradas en el conflicto que también ha generado una modificación al régimen de extinción de la acción penal del Código Penal.

De ese modo en un ordenamiento de corte acusatorio pueden convivir diferentes normas que responden a diferentes concepciones sobre el proceso penal.

Volviendo al tema de este trabajo, debo reiterar que en los códigos procesales de corte acusatorio de las jurisdicciones analizadas existe una continuidad de lo inquisitivo en lo relativo a la producción de prueba por parte de la defensa, más allá de algunos matices que surgen de la jurisprudencia aunque ello no siempre es así en todos los códigos acusatorios que rigen en Argentina. Sin ir más el lejos el CPP Federal mencionado algunos párrafos atrás como el CPP de la Provincia de Santa Fé contienen disposiciones que autorizan en forma expresa a la defensa a llevar adelante su propio legajo de investigación.

---

<sup>87</sup> Sobre el tema ver MONTERO, Jorgelina. Los principios generales en el nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro. En DELGADO, Celia, JULIANO, Mario y VARGAS, Nicolás (directores), *Nuevo Código Procesal Penal de Río Negro*,. Buenos Aires:Editorial Hammurabi, 2017.

<sup>88</sup> PODESTA, Tobías. Procedimientos abreviados. Juicio directo. Del acuerdo a la imposición. En LEDESMA, Angela (directora). *El debido proceso penal n° 3*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2016, p. 243 y 244.

Una última reflexión. Más allá del análisis que realice en particular sobre el derecho de la defensa a producir prueba de descargo en este trabajo, creo que debemos prestar especial atención y ser sumamente cautelosos con el modo en que se implementa el sistema acusatorio para evitar la pervivencia de normas de marcado raigambre inquisitivo que terminan desvirtuando el sentido de la reforma procesal.

## BIBLIOGRAFÍA

BARRERA, Leticia. *La Corte Suprema en escena*. Una etnografía del poder judicial. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2012.

BINDER, Alberto, CORDERO, Luis y HARTMANN, Mildred. *Manual de defensoría penal pública para América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2005.

CAFFERATA NORES, José Ignacio. *Proceso penal y derechos humanos*. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino (segunda edición actualizada por Santiago Martínez). Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.

CEVASCO, Luis. Comentario al artículo 97. En OCAMPO, Martín y DE LANGHE, Marcela (directores). *Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2017.

D'ALBORA, Nicolás. *Código procesal penal de la Nación*. Anotado. Comentado. Concordado. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

DUCE, Mauricio. *La prueba pericial*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2017.

GUTIERREZ, Mariano. Sobre las ideologías actuales en las reformas penales. En ZAFFARONI E. Raúl (director), *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Buenos Aires: Año VI, n° 5, Editorial La Ley, 2016.

HARFUCH, Andrés y GARCIA, Marcelo. *La defensa pública penal*. De la inquisición al sistema acusatorio. Modelos de actuación, litigio y organización. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2016.

HERBEL, Gustavo y GRANILLO FERNANDEZ Héctor. *Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: La Ley, 2009.

HERBEL, Gustavo y REGO, Carlos. *Instrucción penal preparatoria* Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2017.

LANGER, Máximo. Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas desde la periferia. En KOSTENWEIN, Ezequiel (director), *Sociología de la justicia penal*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2017.

LOPEZ, Patricia. Comentario al artículo 173. En OCAMPO, Martín y DE LANGHE, Marcela (directores). *Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2017.

LOPEZ PULEIO, María Fernanda. *Poder a la defensa en la investigación penal preparatoria*. Ponencia presentada en el XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jujuy, 2015.

LORENZO, Leticia. *Manual de litigación*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012.

MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal argentino*, tomo 1B. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989.

MAIER, Julio B. J. A treinta años del proyecto de reforma de 1986 del Código Procesal Penal de la Nación. En *Revista Lecciones y Ensayos, número extraordinario – 60 años de Lecciones y Ensayos*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2006.

MARTINEZ, Josefina. Expedientes. En *Revista sistemas judiciales n° 7*. Buenos Aires: Ediciones del Instituto, 2004.

MARTINEZ, Santiago. *Reflexiones sobre el proceso penal adversarial*. Buenos Aires: Fabian Di Placido Editores, 2016.

MARTINEZ, Santiago y OSSOLA, Nicolás. El descubrimiento de la investigación de la defensa en el nuevo sistema procesal (ley 27.063). En LEDESMA, Ángela (directora), *El debido proceso penal n°5*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2017.

MARTINEZ, Stella Maris. Algunas reflexiones sobre el derecho de defensa en juicio. En *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. Buenos Aires: año V, n° 8c, Editorial Ad Hoc, 1999.

MONTERO, Jorgelina. Los principios generales en el nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro. En DELGADO, Celia, JULIANO, Mario y VARGAS, Nicolás (directores), *Nuevo Código Procesal Penal de Río Negro*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2017.

MORENO HOLMAN, Leonardo. *Teoría del caso*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012.

NAVARRO, Guillermo Rafael y DARAY, Roberto Raúl. *Código Procesal Penal de la Nación*. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2016.

PADILLA JIMENEZ, Alejandro y VOLGA DE PINA, Ravest. *Defensa pública y derechos humanos en el sistema penal acusatorio*. Ciudad de México: Instituto mexicano de derechos humanos y democracia, 2018.

PEREZ GALIMBERTI, Alfredo. *Rol actual de la defensa en la etapa preliminar*. Ponencia presentada en el XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jujuy, 2015.

RICCARDO, María Laura. El legado fiscal y la investigación de la defensa. En LEDESMA, Ángela (directora), *El debido proceso penal n° 3*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2016.

RUA, Gonzalo. La dimensión política de la reforma procesal penal en América Latina. En RUA, Gonzalo (compilador), *Estudios sobre el sistema penal adversarial*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2018.

SCHIAVO, Nicolás. *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2015.

TISCORNIA, Sofía. *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales*. El caso Walter Bulacio. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.

VARELA, Agustín. Aspectos institucionales y legales sobre la admisibilidad de la prueba en el proceso penal del fuero penal, contravencional y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En DIAZ, Matías y PEREL, Martín (directores), *El juicio en el procedimiento penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2019.

VARGAS VIVANCOS, Juan Enrique. *La nueva generación de reformas procesales penales en América Latina*. Ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Penal – VII Jornadas sobre Justicia Penal, organizado por la Universidad Autónoma de México, México D.F., 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Las ideas básicas en la relación defensa pública – estado de derecho”. En *Revista Pena y Estado*. Buenos Aires: Año 5, n° 5, Ediciones del Instituto, 2002.

### **Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)**

*Agradecimentos (acknowledgement): El autor desea agradecer a los profesores Adrián Martín e Ignacio Racca por los intercambios que tuvo sobre los temas tratados em este trabajo, que han permitido enriquecer su mirada.*

*Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.*

*Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os*

requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

*Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality):* o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplagio.

### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 14/01/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 19/01/2020
- Avaliação 1: 24/01/2020
- Avaliação 2: 29/01/2020
- Avaliação 3: 04/02/2020
- Avaliação 4: 09/02/2020
- Decisão editorial preliminar: 15/02/2020
- Retorno rodada de correções: 29/02/2020
- Decisão editorial final: 07/03/2020

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (MSG)
- Revisores: 4

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

VARGAS, Nicolás Omar. La producción de prueba de descargo por parte de la defensa en el proceso penal en Argentina durante la etapa de instrucción o investigación. Un análisis comparativo entre procesos inquisitivos y acusatorios. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 329-360, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.328>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.




# Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal


## *Considerations of confessions and the Reid Technique applied to criminal investigation*

**Livia Yuen Ngan Moscatelli<sup>1</sup>**

Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, Brasil

liviamoscatelli@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5585348616715248>

 <http://orcid.org/0000-0001-6163-841X>

---

**RESUMO:** O método *Reid* consiste na técnica de interrogatório mais difundida e utilizada em investigações criminais. Manipulação, persuasão, coerção e pressão psicológica são apenas alguns dos instrumentos utilizados em prol da confissão, pouco importando a sua veracidade. Esse estudo visa a esclarecer os seguintes questionamentos: Qual a principal herança proveniente do sistema processual penal inquisitório e como ela se relaciona com o interrogatório policial no Brasil? Quais são os principais motivos que podem explicar a incidência das falsas confissões? No que consiste o método *Reid*? Quais são as alternativas possíveis a essa metodologia?

**PALAVRAS-CHAVE:** falsas confissões; interrogatório policial; método *Reid*; sistema inquisitório; verdade.

**ABSTRACT:** *The Reid Technique is a method of interviewing and interrogation widely diffused and used in criminal investigations. Manipulation, persuasion, coercion and psychological pressure are just some of the instruments used in favor of confession, regardless of the veracity. This paper tries to clarify the*

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito na Universidade de São Paulo, no Departamento de Direito Processual, subárea de Processo Penal. Especialista em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogada em São Paulo/SP.

*following questions: What is the main inheritance from the inquisitorial criminal procedural system and how does it relate to the police interrogation in Brazil? What are the main reasons that can explain the occurrence of false confessions? What does the Reid Technique consist of? What are the possible alternative to this technique?*

**KEYWORDS:** *false confessions; police interrogation; Reid technique; inquisitorial system; true.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A tradição inquisitória e a valorização da confissão como rainha das provas; 3. Possíveis razões para a maior incidência de falsas confissões; 4. O método *Reid*; 5. O passo a passo da técnica interrogativa *Reid*; 6. Críticas ao método *Reid* e possíveis alternativas à metodologia; 7. Considerações Finais; Referências.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Era noite de 19 de abril de 1989. Trisha Meili, advogada de 28 anos, corria dentro do Central Park, quando foi brutalmente atacada, estuprada e largada em estado de quase morte, com vestígios de sêmen em suas partes íntimas<sup>2</sup>. Após 12 dias, ela despertou de um coma profundo e não se recordava de nenhuma informação que pudesse esclarecer o bárbaro crime recém ocorrido. A vítima mal sabia, mas já nas primeiras 48 horas após ter sido violentada, a polícia de Nova Iorque já tinha obtido a declaração de cinco rapazes que teriam confessado a prática do crime: Antron McCray, Kevin Richardson, Raymond Santana, Yusef Salaam e Korey Wise. Eram adolescentes afro e hispano-americanos e possuíam de 14 a 16 anos<sup>3</sup>.

Infelizmente, embora tal narrativa seja retratada em obra cinematográfica<sup>4</sup>, ela não é mais um dos roteiros de ficção criado para entreter e

<sup>2</sup> KOEN, Wendy. Case Study: The Central Park five. In: KOEN, Wendy; BOWERS, C. Michael. *The Psychology and Sociology of Wrongful Convictions*. Academic Press. Londres, 2018. p. 332.

<sup>3</sup> *Ibid*, p. 332-335.

<sup>4</sup> Série “Olhos que condenam”, produzida e divulgada pela Netflix em 2019.

fixar a atenção do telespectador. Segundo Wyatt Kozinski, ela pode ser considerada a história real mais conhecida quando se trata da análise de falsas confissões<sup>5</sup> extraídas a partir de técnicas de interrogatório. Submetidos ao escárnio da mídia, julgados e condenados a penas de 7 a 13 anos<sup>6</sup>, os cinco acusados foram presos injustamente, até que em 2002 o real autor do crime confessou a prática do delito e forneceu material genético para confrontação. Após a realização dos exames, foi constatado que Matias Reyes era o verdadeiro culpado pelo crime de estupro.

É exatamente durante as primeiras horas da investigação criminal que estes jovens deixam de ser meras testemunhas - que estavam no Central Park na noite em questão - e passam a ser investigados pela prática de um delito que não cometeram. Havendo uma atuação questionável por parte da Promotoria, que já tinha desde o início delineado a sua suposição acusatória e buscava a todo custo encontrar elementos para corroborar com a sua única hipótese inicial<sup>7</sup>, foi aplicado método de interrogatório *Reid*<sup>8</sup> para pressionar os jovens a criar uma narrativa já previamente construída: de que eles, sem ao menos se conhecerem,

---

<sup>5</sup> Segundo Wyatt Kozinski, “O caso mais famoso deles é o do Central Park Five, onde os jovens do Harlem confessaram ter estuprado e espancando uma mulher que estava correndo pelo Central Park em Nova York. Mesmo que essas confissões fossem inconsistentes com as evidências físicas e o DNA no local não coincidir com qualquer um dos cinco, eles mesmo assim foram condenados”. Tradução livre. KOZINSKI, Wyatt. *The Reid Interrogation Technique and False Confessions: A Time for Change*. *Seattle Journal for Social Justice*, *Forthcoming*, 2017. p. 15.

<sup>6</sup> JOHNSON, Matthew. The Central Park Jogger Case-Police Coercion and Secrecy in Interrogation. *Journal of Ethnicity in Criminal Justice*, v. 3, 20, p. 131-143, 2005.

<sup>7</sup> “Quem investiga, segue uma [hipótese], às vezes com os olhos fechados; mas nada garante mais fundada em relação às alternativas possíveis, nem esse mister estimula cuidadosa autocrítica; como todas as cartas do jogo estão na sua mão e é ele que as coloca sobre a mesa, aponta a direção de ‘sua’ hipótese”. BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 30.

<sup>8</sup> Artigos e livros científicos que explicitam a utilização da metodologia *Reid* no emblemático caso do Central Park: GAVIN, Helen. *Criminological and Forensic Psychology*. Londres: Sage Publications Ltd., 2014. p. 253/254; JOHNSON, Matthew, *op. cit.*; KOZINSKI, Wyatt, *op. cit.*, p.15.

teriam praticado em conjunto o crime sexual, ainda que inexistissem elementos informativos suficientes<sup>9</sup>.

Mesmo que não seja um problema adstrito a uma única localidade, o fenômeno das falsas confissões ficou mais conhecido a partir da experiência estadunidense. Dados apresentados pelo *Innocent Project*<sup>10</sup>, cuja causa se dedica à reversão de condenações injustas, indicam que as falsas confissões são, em sua maioria, feitas por jovens durante sua oitiva na Delegacia de Polícia. Ainda, o *National Registry of Exonerations*<sup>11</sup> americano informou que, nos últimos 25 anos, 36% das condenações que foram revertidas após análise de DNA estavam respaldadas em falsas confissões feitas por menores de 18 anos, enquanto esse número incidiu somente em 10% para os adultos. Sob o viés intelectual, as falsas confissões chegam a 69% dos casos de pessoas que possuem algum distúrbio mental ou cognitivo<sup>12</sup>.

Vale dizer, no entanto, que esses números apenas exibem a “ponta do iceberg”, já que a maioria das falsas confissões acontecem em crimes que não deixam vestígios, sendo quase impossíveis de contraprovar<sup>13</sup> em seu aspecto material. E muito embora suas proporções não sejam tão

<sup>9</sup> JOHNSON, Matthew, op. cit, p. 340.

<sup>10</sup> INNOCENT PROJECT. *False confessions more prevalent among teens*. Disponível em: <<https://bit.ly/36hBKzM>> Acesso em: 03 dez de 2019.

<sup>11</sup> Trata-se de projeto elaborado em conjunto pela Universidade da Califórnia, Irvine Newkirk Center for Science & Society e a Universidade de Michigan. Sua missão institucional se dedica à coleta, análise e divulgações de informações sobre todas as exonerações conhecidas de réus criminais inocentes nos Estados Unidos, de 1989 até o presente momento. O instituto publica suas histórias e fornece dados estatísticos on-line acessíveis e pesquisáveis sobre seus casos. Também realiza estudos empíricos do processo de exoneração e de fatores que levam às convicções falsas. THE NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS. *Our mission*. Disponível em: <<https://bit.ly/2LwXFel>> Acesso em: 04 dez de 2019.

<sup>12</sup> THE NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS. Table: Age and Mental Status of Exonerated Defendants Who Falsely Confess. Disponível em: <<https://bit.ly/2YsUqtT>> Acesso em: 04 dez de 2019. Neste mesmo sentido: INNOCENT PROJECT. *False confessions more prevalent among teens*. Disponível em: <<https://bit.ly/36hBKzM>> Acesso em: 03 dez. 2019.

<sup>13</sup> LEO, Richard A. Police interrogation and suspect confessions: social science, law and public policy. *Academy of Justice: a report on scholarship and criminal justice reform*, Cambridge, n. 6, 2017. <https://doi.org/10.1017/9781108354721.010>

conhecidas diante de uma considerável dificuldade em identificar estes casos, o fenômeno deve ser considerado enquanto importante fator de risco de possíveis erros judiciais<sup>14</sup>.

Ao presente artigo, inicialmente buscar-se-á responder qual é a principal herança proveniente do sistema processual penal inquisitório e de que forma ela se relaciona com o interrogatório policial.

Em seguida, serão apresentadas as principais razões que podem explicar a incidência das falsas confissões. Também será explicitada a origem e a metodologia *Reid*, considerada como uma técnica coercitiva de interrogatório.

Ao final, serão tecidas críticas e apresentadas a metodologias investigativas alternativas, que se mostram mais compatíveis com uma investigação epistemicamente qualificada e que viabilize a proteção das garantias do interrogado.

## **2. A TRADIÇÃO INQUISITÓRIA E A VALORIZAÇÃO DA CONFISSÃO COMO RAINHA DAS PROVAS**

Sob o prisma jurídico, historicamente é destinada uma importância especial à confissão. Desde os tempos primórdios e da tradição inquisitória, que tinha uma preocupação obsessiva e patológica com a busca pela “*veritas*”<sup>15</sup>, confessar significava a obtenção daquela verdade absoluta a ser arrancada do acusado a qualquer custo.

A descoberta dos fatos era uma preocupação adstrita ao segundo plano, já que a confissão era elevada ao patamar de rainha das provas (“*confessio est regina probationum*”<sup>16</sup>), inserida dentro da lógica do sistema

---

<sup>14</sup> LAUDAN, Larry. *Um ensayo sobre epistemología jurídica*. trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Madri: Marcial Pons, 2013. p. 33. Neste mesmo sentido, SILVA, Juliana Ferreira da. O plea bargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 318, p. 8-11., mai. 2019.

<sup>15</sup> KHALED JR, Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016. p. 64.

<sup>16</sup> GASCÓN ABELLAN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madri: Marcial Pons, 2010. p. 115. Neste mesmo sentido: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo

legal de provas tarifadas<sup>17</sup>. A dinâmica, como explica Eugenio Zaffaroni, funcionava da seguinte forma: o sujeito de conhecimento (inquisidor) perguntava ao objeto de conhecimento (inquirido), a fim de colher a verdade. Se o objeto - vulgo sujeito - não desse uma resposta a contento, era violentado até a obtenção da resposta desejada<sup>18</sup>. Movido pelo desejo da dor passar, ao torturado restava apenas uma única defesa: a confissão, ainda que infundada e viciada.

Sobre a condução das perguntas formuladas pelo acusador e as negativas dadas pelo interrogado no sistema inquisitório, acertada é a síntese realizada por Nicolau Eymerich:

“Se o acusado continuar negando, e o inquisidor achar que ele omite seus erros – embora não haja provas –, intensificará os interrogatórios modificando as perguntas. Obterá, deste modo, ou a confissão, ou, então, respostas discrepantes. Se obtiver respostas discrepantes, perguntará ao acusado por que, de repente, responde de um jeito, e depois de outro: pressiona-o a dizer a verdade, explicando-lhe que, se não ceder, terá que ser torturado. Se confessar, tudo bem. Senão, isso bastará, juntamente com os outros indícios, para levá-lo à tortura e, desse modo, arrancar-lhe a confissão”<sup>19</sup>.

Nos tempos hodiernos, mesmo que o sistema jurídico brasileiro seja marcado pela Constituinte de 1988, a qual buscou delinear e assumir

---

penal. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 52.

<sup>17</sup> “A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de “verdade real ou absoluta”. Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para procurar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que, se for “bem” utilizada, conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema”. PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Sistema acusatório*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 126.

<sup>18</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo do direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 38.

<sup>19</sup> EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 1993. p. 125.

o sistema acusatório<sup>20</sup>, somado ao recente artigo 3-A<sup>21</sup> do Código de Processo Penal, além de outras previsões legais que limitam a utilização da confissão como único elemento probatório<sup>22</sup>, a confissão – seja ela verdadeira ou falsa – ainda permanece como peça principal da hipótese acusatória. Isso, dada a permanência de “uma doentia ambição pela verdade que se recusa arrefecer”<sup>23</sup>, pois o que interessa é o resultado, dentro de uma lógica puramente utilitarista<sup>24</sup>.

Realmente, até certo ponto é compreensível, já que o estímulo ao confessar parece ser um caminho mais fácil a ser percorrido, exigindo menor esforço intelectual, e, portanto, menor trabalho heurístico a ser empregado.

Diferentemente do procedimento adotado durante a ação penal, o interrogatório realizado durante a investigação criminal – em especial no inquérito, por ser a forma mais comum de apuração preliminar no Brasil – possui relevante papel para a formação da primária da culpa e do convencimento adotado pela Autoridade Policial.

Em pesquisa empírica conduzida por Michel Misse que avaliou inquéritos policiais de 5 capitais brasileiras<sup>25</sup>, observou-se que a confissão do

---

<sup>20</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do Código de Processo Penal para Ibero-América na legislação latino-americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, p. 542-574, 1993. p. 560.

<sup>21</sup> CPP: “Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

<sup>22</sup> Vide o artigo 158 do CPP, que dita que “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”, bem como art. 157 do mesmo diploma: “O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”.

<sup>23</sup> KHALED JR, Salah H. *op. cit.*, p. 341.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 156-157. Além disso, a título exemplificativo, vale mencionar a epígrafe do recente livro “Técnicas de entrevista e interrogatório” em que se menciona que o objetivo da obra é “*desvendar o oculto em busca da verdade real*”. MELO, Felipe Pereira de; BLANCHET, Luiz Renato; BITTENCOURT, José Cesar de. *Técnicas de Entrevista e interrogatório*. Curitiba: Intersaberes, 2019. p. 7.

<sup>25</sup> A pesquisa foi conduzida nas cidades de Brasília, Rio de Janeiro, Porto Alegre, Recife e Belo Horizonte, com o objetivo compreender o papel e a função que o inquérito policial assume no processamento de crimes no Brasil. MISSE,

suspeito foi mecanismo empregado em 80% das investigações, sendo realizadas poucas diligências externas e perícias técnico-científicas<sup>26</sup>, o que indica, sobretudo, o direcionamento da investigação em um aspecto que privilegia a prova<sup>27</sup> testemunhal e a confissão em detrimento das outras. O perfil dos confessos nas Delegacias de Polícia, assim como no passado, continua sendo o das classes populares, especialmente quanto aos jovens vivendo em condições socioeconômicas precárias, de baixa escolaridade, pretos e pardos<sup>28</sup>.

Como bem apontou Joana Vargas, nas investigações de homicídios que são entendidas como bem-sucedidas, em geral a Polícia primeiro chega a um possível suspeito, extrai a sua confissão, para depois reconstituir a sua culpa<sup>29</sup>. A partir dela, é realizada uma seleção de quais outros elementos de informação deverão ser coletados.

Hipóteses são descartadas, cadeia de custódia das provas não são preservadas, outros suspeitos do crime não são ouvidos, perícias não são requeridas. Isto é, busca-se a todo custo a justificativa de uma única suposição, a partir das declarações extraídas que sustentem esta conclusão previamente já formulada em desfavor do suspeito, sendo esse fenômeno explicado por Franco Cordero, conhecido como o primado das hipóteses sobre os fatos<sup>30</sup>.

---

Michel. *O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Booklink/Fenapef/Necvu, 2010.

<sup>26</sup> VARGAS, Joana Domingues. Em Busca da “Verdade Real”: Tortura e confissão no Brasil ontem e hoje. *Revista Sociologia e Antropologia*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 237-265, jun., 2012. <http://dx.doi.org/10.1590/2238-38752012v2310>.

<sup>27</sup> Aqui, usa-se o termo “prova” em um sentido amplo, a partir das lições de Antonio Magalhães Gomes Filho: “A prova é entendida como “demonstração” quando se diz que ela serve para estabelecer a verdade sobre determinados fatos. Nesta primeira acepção, “provar” significa apresentar elementos de informação idôneos para decidir se a afirmação ou negação de um fato é verdadeira”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 305. Não obstante, não se nega o entendimento de muitos autores que utilizam o termo “prova” exclusivamente como os elementos que foram submetidos ao crivo do contraditório em fase judicial.

<sup>28</sup> VARGAS, Joana Domingues, *op. cit.*, p. 237-265.

<sup>29</sup> VARGAS, Joana Domingues, *op. cit.*, p. 237-265.

<sup>30</sup> “O fenômeno conhecido como primado das hipóteses sobre os fatos foi diagnosticado pelo processualista italiano Franco Cordero. O “inquisidor” somente levará em conta os elementos significantes da hipótese acusatória



Como bem alertado por Susan Haack, “Se você está tentando encontrar evidências para sustentar uma conclusão precipitada, ao invés de seguir a evidência para onde ela leva, você não está realmente investigando”<sup>31</sup>. E, em complemento, “quando não é mais o raciocínio que determina qual conclusão que deve ser, mas a conclusão que determina qual raciocínio deve ser, trata-se do raciocínio fingido”<sup>32</sup>.

Dito isso, é imperioso reconhecer que a confissão é primordialmente vista como a revelação da verdade e assume fundamental importância para a formação primária da culpa no contexto brasileiro.

### 3. POSSÍVEIS RAZÕES PARA A MAIOR INCIDÊNCIA DE FALSAS CONFISSÕES

A informalidade presente no ambiente das Delegacias de Polícia, o desrespeito tanto à garantia constitucional do direito ao silêncio e quanto às formalidades inerentes ao interrogatório, além da escassa prestação jurídica oferecida durante o inquérito policial, aparentam ser boas justificativas para uma maior incidência do fenômeno das falsas confissões.

Como ensina Marta Saad, o direito de ser ouvido é consequência direta ao direito de informação, devendo ser considerado como o momento de exercer a sua autodefesa. O acusado/investigado poderá alegar a sua inocência, lançar dúvidas sobre sua culpabilidade, confessar integralmente ou parcialmente os fatos, ou, ainda, manifestar o direito de se manter calado<sup>33</sup>.

Na prática forense, tanto o direito ao interrogatório quanto ao silêncio são comumente desrespeitados, vez que nem sempre se é alertado

---

que pretende provar, desprezando os demais. Nessa situação, forma-se um “quadro mental paranóico”. CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986. p. 51.

<sup>31</sup> Tradução livre. HAACK, Susan. *Epistemology legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way, in Evidence and Inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology*. New York: Prometheus Books, 2009. p. 368.

<sup>32</sup> HAACK, Susan. *Manifesto de uma moderada apaixonada: ensaios contra a moda irracionalista*. Trad. Rachel Herdy. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2011. p. 87.

<sup>33</sup> SAAD, Marta. *O direito de defesa do inquérito Policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 283-284.

da existência da garantia constitucional ao silêncio<sup>34</sup>. Dificilmente as formalidades previstas no artigo 185 e seguintes do index processual penal são efetivamente seguidas nos interrogatórios policiais. Sem deixar de relembrar a existência das polêmicas “declarações informais” em tese proferidas pelo detido aos policiais, que ao serem ouvidos, relatam que o suspeito teria confessado a prática criminosa, sendo que em muitas situações este conteúdo sequer é ratificado no inquérito policial ou em eventual ação penal<sup>35</sup>.

Ademais, o aconselhamento legal por parte de um advogado antes do interrogatório policial poderia eventualmente desestimular a confissão falsa, na medida em que o indivíduo estaria mais ciente de seus direitos e das consequências que determinada declaração poderia resultar. Isso nem sempre é uma realidade, já que grande parte da população não possui condições financeiras de constituir um advogado particular, encontrando-se, com isso, entregues à própria sorte<sup>36</sup>.

No campo psíquico, é necessário distinguir que nem todas as falsas confissões são provenientes da aplicação de técnicas manipuladoras em interrogatórios, devendo ser levado em conta as características pessoais do suspeito – como é exemplo do tempo de detenção, da idade, da capacidade cognitiva e dos fatores contextuais<sup>37</sup>.

Acerca do caráter temporal, alerta Cristina Di Gesu que a memória humana está sujeita a falhas, uma vez que a lembrança não reconstrói o fato tal qual ocorreu na realidade, sendo mais uma síntese aproximativa daquilo que foi percebido. As recordações, por sua vez, são fortemente influenciadas pela emoção, sendo que quanto maior o transcurso do

---

<sup>34</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Mauricio Zanoide de. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 133-147., abr./jun., 1994. p. 141.

<sup>35</sup> SAAD, Marta, *op. cit.*, p. 293.

<sup>36</sup> BARBOSA, André Luis Jardim. A abrangência da garantia constitucional da amplitude de defesa e a sua efetiva aplicação prática durante os plantões policiais. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 44, n. 1, p. 34-65, 2016. p. 35.

<sup>37</sup> SILVA, Inês Gonçalves Gomes Matos Silva. *Falsas confissões e o contexto de investigação: A perspectiva dos investigadores*. Dissertação de Mestrado em Psicologia - Instituto Superior de Psicologia Aplicada (ISPA), Lisboa, 2008. p. 11.

tempo entre os fatos e as primeiras declarações, maior é a possibilidade desse fenômeno também denominado como “falsificação da lembrança”<sup>38</sup>.

Quanto ao fator idade, Steven Drizen, responsável pelo *Center of Wrongful Convictions* da *Northwestern University School of Law*, explica que os jovens são particularmente mais vulneráveis e tendem a ser mais impulsivos, concentrando-se na gratificação a curto prazo. Confessar teria um impacto semelhante ao prêmio de “ir para a casa”, a fim de se livrar rapidamente do problema<sup>39</sup>. Os dados estatísticos coletados pelo *Innocent Project* e *National Registry of Exonerations* americano - apresentados no início deste artigo - demonstram que a maior incidência de falsas confissões ocorre justamente em pessoas que não são plenamente capazes, seja pelo fator idade ou pela existência de algum distúrbio mental/cognitivo.

Para fins elucidativos, necessário tecer que as falsas confissões são classificadas em três principais categorias<sup>40</sup>. A primeira, conhecida como *falsa confissão voluntária*, é marcada por uma pressão interna, a partir de motivos particulares que variam de cada indivíduo. Nesta situação, o sujeito confessa voluntariamente, movido por razões que podem ser diversas: É possível que seja acometido de alguma doença emocional, como depressão<sup>41</sup>, que possua uma necessidade consciente ou inconsciente de autopunição, que não saiba muito bem distinguir o que é real ou fantasia, e em último caso, que queira proteger o verdadeiro autor do crime em questão<sup>42</sup>.

A segunda categoria é compreendida pelas falsas confissões involuntárias, que se dividem entre internalizadas e complacentes/coercitivas.

As internalizadas se distinguem principalmente das complacentes em relação à percepção dos fatos, pois o indivíduo não possui a efetiva

---

<sup>38</sup> DI GESU, Cristina Carla. *Prova penal e falsas memórias*. Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 255.

<sup>39</sup> INNOCENT PROJECT, *op. cit.*

<sup>40</sup> Trata-se de uma divisão comumente feita entre os pesquisadores. KASSIN, Saul; COLLEGE, Willians. *The Psychology of Confession Evidence*. *American Psychologist*, v., 52, n. 3. p. 221-223. 1997. <https://doi.org/10.1037/0003-066X.52.3.221>.

<sup>41</sup> GUDJONSSON, Gisli H. *The Psychology of Interrogations and Confessions: A handbook*. Chichester: John Wiley & Sons Ltd, 2003. p. 218.

<sup>42</sup> *Ibid*, p. 218.

consciência de que não cometeu o delito. Pelo contrário, quem confessa é levado a crer ter sido o autor do crime, ficando suscetível a internalizar opiniões externas e internas<sup>43</sup>, desenvolvendo o fenômeno das falsas memórias do ocorrido<sup>44</sup>. A memória é suscetível à distorção mediante a sugestão de informações posteriores aos eventos, que podem ser tanto acidentais quanto deliberadas<sup>45</sup>. Tais situações são muito comuns em pessoas que fazem o uso constante de entorpecentes e álcool, ou nas situações em que os crimes ocorreram na infância ou juventude<sup>46</sup>, que podem permanentemente se convencer do cometimento de delitos quando na realidade são inocentes, trazendo reflexos de ordem emocional e psicológica irreparáveis.

Ao que interessa ao presente artigo, existem as confissões complacentes/coercitivas. Em geral, elas são consequências de procedimentos externos que se utilizam de técnicas persuasivas em interrogatórios, em que a vulnerabilidade do interrogado é aproveitada. Não é incomum que as pessoas, quando entrevistadas, aceitem mensagens implícitas, e por isso alterem o comportamento e respostas a serem dadas<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnistky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnistky. *Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 28.

<sup>44</sup> KASSIN, Saul; COLLEGE, Willians, *op. cit.*, p. 226.

<sup>45</sup> NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnistky, *op. cit.*, p. 28.

<sup>46</sup> KASSIN, Saul; COLLEGE, Willians, *op. cit.*, p. 226.

<sup>47</sup> “A escala de sugestionabilidade de Gudjonsson, GSS1 de 1987, operacionaliza o modelo e proporciona uma medida de recordação auditiva – imediata e deferida – e de sugestionabilidade interrogativa. É constituída por uma história sobre um assalto, apresentada oralmente, por duas tarefas de recordação livre (com um intervalo de 50 minutos) e por um questionário com 20 questões, 15 das quais construídas de modo a induzirem o sujeito ao erro. No final do questionário, o sujeito é informado de que cometeu erros e que, por isto, irá responder novamente às questões, devendo ser mais preciso. Qualquer mudança nas respostas do sujeito do primeiro questionamento para o segundo é considerada uma alteração. Quando o sujeito se deixa influenciar pelas questões que induzem ao erro, considera-se a presença de uma cedência (cedência 1 ou 2), consoante o sujeito cede as questões falaciosas antes ou depois do feedback negativo). A sugestionabilidade total corresponde à adição do total cedência 1, com o total alteração”. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 117.

Este fenômeno recebeu a alcunha de “sugestionabilidade interrogativa”<sup>48</sup>.

#### 4. O MÉTODO REID

Do que se tem conhecimento, o método foi inicialmente mencionado na primeira versão do manual *Interrogation and Confessions* de autoria John Reid e Fred Inbau em 1942, sendo a obra republicada com títulos similares e com posteriores contribuições relevantes de Joseph Buckley<sup>49</sup>. John Reid era um investigador de sucesso na polícia, ao passo que Fred Inbau era professor da *Northwestern Law School* e exercia o cargo de Diretor do laboratório de Detenção de Crimes Científicos da Polícia, ambos em Chicago<sup>50</sup>.

A criação de um método não foi por acaso. Segundo Richard Leo<sup>51</sup>, havia uma necessidade em se desenvolver uma técnica capaz de identificar a suposta veracidade e confiabilidade das declarações, ainda mais quando a utilização do polígrafo já estava em decadência e com o seu uso restrito pelo governo americano na década de 70<sup>52</sup>.

A segunda razão que pode justificar a elaboração de uma nova técnica de interrogatório foi a proibição pela Suprema Corte dos Estados Unidos do “*third degree*”, método que incluía a coerção física e psicológica a partir de longos interrogatórios, privações de sono, água, comida e, por último, agressão física, com a utilização de cigarros para queimar o corpo, choques e uso de elásticos para esconder as marcas da violência<sup>53</sup>.

Em uma comparação elaborada por Richard Leo para tentar ilustrar a importância e a difusão do método na atividade policial:

---

<sup>48</sup> GUDJONSSON, Gisli H.; CLARK, N.K. Suggestibility in police interrogation: a social psychological model. *Social Behavior*, London, v. 1, p. 195-196, 1986.

<sup>49</sup> GUDJONSSON, Gisli H, *op. cit.*, p. 10.

<sup>50</sup> REID, John; INBAU, Fred; BUCKLEY, Joseph; JAYNE; Brian. *Criminal Interrogations and Confessions*. 5ª ed. Burlington: Jones & Bartlett Learning, 2004. prefácio (vii).

<sup>51</sup> LEO, Richard A, *op. cit.*, p. 7.

<sup>52</sup> REID, John; INBAU, Fred; BUCKLEY, Joseph; JAYNE; Brian, *op. cit.*, p. 154.

<sup>53</sup> LEO, Richard A. *op. cit.*, p. 8.

“assim como pode se dizer que praticamente toda literatura moderna é uma variação de Shakespeare, também pode-se dizer que praticamente toda a técnica de interrogatório policial empregada atualmente na América é uma variação do método Reid”<sup>54</sup>.

Ressalta-se que os próprios Reid, Inbau e Buckley reconhecem que a técnica se estendeu em diversos seminários no Canadá, Europa e Ásia<sup>55</sup>. O sucesso foi tamanho que em 1955, John Reid fundou a John E. Reid & Associates Inc., sendo atualmente a empresa privada que mais promove treinamentos de interrogatórios no mundo<sup>56</sup>.

Muito embora a dificuldade de se encontrar na doutrina brasileira referências a este tipo de técnica, até mesmo por ser questionável a divulgação das metodologias empregadas pela Academia de Polícia, pode-se afirmar que o método é amplamente ensinado no treinamento de algumas Polícias Cíveis Estaduais no país. A menção expressa pode ser explicitamente encontrada em manuais utilizados pela Academia de Polícia do Estado da Paraíba<sup>57</sup>, publicações no site da Polícia Civil do Mato Grosso do Sul<sup>58</sup>, ou ainda, mesmo que mais raro, no manual de peças e prática da atividade policial, como o de autoria de Paulo Reyner Camargo Mousinho<sup>59</sup> e também de Felipe Pereira de Melo, José César de Bittencourt e Luiz Renato Blanchet<sup>60</sup>. Outras Academias de Polícias não fazem alusão expressa

<sup>54</sup> Tradução livre. LEO, Richard A, *op. cit.*, 7.

<sup>55</sup> REID, John; INBAU, Fred; BUCKLEY, Joseph; JAYNE, Brian, *op. cit.*, prefácio (vii).

<sup>56</sup> KOZINSKI, Wyatt, *op. cit.*, p. 303. Além disso, os programas de treinamento da John E. Reid & Associates Inc. podem ser encontrados em seu site. JOHN REID & ASSOCIATES INC. Training programs. Disponível em: <<https://bit.ly/3585q2w>> Acesso em: 08 dez. 2019.

<sup>57</sup> COSTA, Cláudio Rodrigues. *Técnicas de Entrevista e Interrogatório policial: Curso de Formação de Delegados da Academia de Polícia do Estado da Paraíba*. Disponível em: <<https://bit.ly/2Rwt9p2>> Acesso em: 08 dez 2019.

<sup>58</sup> OLIVEIRA, Wellington de. *Aplicando técnicas de entrevista e interrogatório na investigação – método reid*. Disponível em: <<https://bit.ly/2Ys5Y0q>> Acesso em: 06 dez 2019.

<sup>59</sup> MOUSINHO, Paulo Reyner Camargo. *Peças e prática da atividade policial*. 2ª Ed. rev., atual e ampl. Macapá: Editora do Autor, 2018. p. 98.

<sup>60</sup> MELO, Felipe Pereira de; BLANCHET, Luiz Renato; BITTENCOURT, José Cesar de, *op. cit.*, p. 144.

ao nome do método *Reid*, mas revelam características dessa metodologia na descrição das diretrizes de condução do interrogatório<sup>61</sup>. Inclusive, os últimos autores acima mencionados, ao tecerem suas recomendações de qual método entendem ser o mais adequado para o interrogatório, traçam um roteiro muito semelhante ao utilizado por Reid<sup>62</sup>.

Mesmo que os próprios John Reid e Fred Inbau tenham tecido inúmeras críticas ao *third degree*, chegando até mesmo a mencionar que se trataria de técnica abusiva<sup>63</sup>, pode-se concluir que o método *Reid* muito pouco se distingue da violência psicológica empregada, sendo apenas uma técnica com roupagem mais sofisticado para incitar a confissão do suspeito, a partir da utilização indiscriminada do blefe e da manipulação psicológica<sup>64</sup>.

De acordo com a metodologia em comento, existem três componentes necessários para eliminar inocentes suspeitos e chegar a uma possível e atingível “verdade”, consistente na análise factual, análise do comportamento em entrevista e, ao final, o interrogatório.

Inicialmente, a análise factual se resume em avaliar todos os aspectos do crime e do possível criminoso, sendo realizadas inferências

---

<sup>61</sup> Dentre elas, estão a Academia de Polícia de Minas Gerais, Academia de Polícia de Pernambuco e Academia de Polícia de São Paulo. MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SARKIS, Jamilla Monteiro. Interrogatório policial, confissões forçadas e hipóteses de culpa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 249-278, jun., 2019. p. 259.

<sup>62</sup> Segundo Felipe Pereira de Melo, José César de Bittencourt e Luiz Renato Blanchet, o roteiro básico de interrogatório deverá resumidamente seguir os seguintes passos: (i) sempre se deve fazer uma acusação firme e incisiva, baseada na convicção do interrogador, que não poderá ser desfeita; (ii) o interrogador deve oferecer atrativos para que a pessoa confesse, seja pelo redirecionamento da culpa, redução da magnitude do fato ou proporcionando a má e a boa opção; (iii) deverão ser impedidas as negativas dos interrogados, as quais necessitam ser estritamente controladas pelo interrogador; (iv) deverão ser impedidos os protestos do interrogado; (iv) e por fim o interrogador deverá adotar condutas que evitem o desligamento (retomar a atenção do interrogado). MELO, Felipe Pereira de; BLANCHET, Luiz Renato; BITTENCOURT, José Cesar de, *op. cit.*, p. 131/137.

<sup>63</sup> REID, John; INBAU, Fred; BUCKLEY, Joseph; JAYNE; Brian, *op. cit.*, p. 366.

<sup>64</sup> BALLARDIN, Maria da Graça. *A entrevista Investigativa e o policial entrevista-dor*. Dissertação de mestrado em cognição humana - Faculdade de Psicologia da Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 33.

dedutivas a fim de localizar possíveis autores<sup>65</sup>. Já a análise comportamental (*The Behavior Analysis Interview - BAI*) consiste na realização de entrevistas de estrutura não acusatórias, que duram cerca de 30 a 40 minutos, com roteiro livre e com a finalidade de elucidar alguns pontos investigativos e informações comportamentais<sup>66</sup>.

O investigador passa a realizar questionamentos sobre endereço, estado civil, profissão e outros dados pessoais, que supostamente possibilitariam ao entrevistador a avaliação do comportamento verbal e não verbal do entrevistado, como a reticência ao responder as perguntas e o contato visual.

Após o estabelecimento de premissas sobre o suposto comportamento do entrevistado, são realizadas perguntas provocadoras (*behavior-provoking questions*), projetadas para extrair respostas verbais e não verbais que supostamente seriam capazes de diferenciar os verdadeiros suspeitos dos inocentes, além de, em tese, facilitar a formulação de uma estratégia a ser aplicada no interrogatório de suspeitos “culpados”<sup>67</sup>.

O interrogatório, por sua vez, é pautado por diversos questionamentos assertivos, em que já se presume de imediato a culpa do inquirido. Através da persuasão e pressão, em que o monólogo é valorizado para desencorajar o suspeito a falar até o momento que estiver considerado como pronto para dizer a suposta “verdade”, o investigador induz o sujeito a parar de negar a hipótese inicialmente mencionada, para que assim passe a admitir a prática delitiva<sup>68</sup>.

Tais táticas estão contempladas pela mescla de ações de “maximização” e “minimização” por parte dos interrogadores, expressão cunhadas por Saul Kassin e Karin McNall<sup>69</sup>, consistentes na utilização simultânea de condutas como a intimidação e blefe, com toques de aproximação, simpatia e preocupação com o entrevistado. Essa fusão

---

<sup>65</sup> JOHN REID & ASSOCIATES INC. *Critics Corner – The reid technique*. Disponível em: <<https://bit.ly/36jrc39>> Acesso em: 08 dez. 2019.

<sup>66</sup> REID, John; INBAU, Fred; BUCKLEY, Joseph; JAYNE, Brian, *op. cit.*, p. 154.

<sup>67</sup> JOHN REID & ASSOCIATES INC, *op. cit.*

<sup>68</sup> LEO, Richard A, *op. cit.*, p. 9.

<sup>69</sup> KASSIN, Saul; MCNALL, Karin. Police interrogations and confessions: Communicating promises and threats by pragmatic implication. *Law and Human Behavior*. v. 15, p. 233-251, 1991.



seria um dos principais motivos pelos quais a técnica foi considerada tão promissora na extração de admissões.

## 5. O PASSO A PASSO DA TÉCNICA INTERROGATIVA REID

Para a obtenção de uma confissão, são descritos nove passos a serem seguidos: 1) confrontação direta, 2) introdução e desenvolvimento do tema de interrogatório, 3) a reversão das negações, 4) a reversão das objeções, 5) a busca pela retenção da atenção, 6) o reconhecimento da resignação, 7) a apresentação da questão alternativa, 8) a obtenção da confissão oral e, por fim, a 9) conversão para a confissão escrita.

Resumidamente, no primeiro passo, são apresentados os principais fatos do caso e dito categoricamente ao suspeito que existem provas contra ele e que o crime já está praticamente solucionado<sup>70</sup>. Nesse momento, sugere-se ao interrogador que seja direto ao ponto e esteja seguro<sup>71</sup>, mesmo que esteja blefando ou mentindo, já que é necessário analisar o comportamento do interrogado ao reagir sobre o questionamento. Um exemplo de indagação a ser feita é a seguinte: “Andy, eu tenho os resultados sobre a investigação do desaparecimento de R\$ 3000 mil reais da loja que ocorreu neste último sábado. Os resultados indicam que foi você que pegou o dinheiro”<sup>72</sup>. Segundo o manual da técnica, se o suspeito virar o olho, mudar sua postura na cadeira ou der respostas muito vagas, é provável que esteja mentindo<sup>73</sup>. Do contrário, se estiver focado e mantiver contato direto com o investigador, aparentando estar em choque ou com raiva, é provável que seja inocente.

No segundo passo, recomenda-se a introdução do tema. Ao interrogador caberá desenvolver sua hipótese do ocorrido e trazer ao

---

<sup>70</sup> MOUSINHO, Paulo Reyner Camargo, *op. cit.*, p. 98.

<sup>71</sup> MELO, Felipe Pereira de; BLANCHET, Luiz Renato; BITTENCOURT, José Cesar de, *op. cit.*, p. 145.

<sup>72</sup> JOHN REID & ASSOCIATES INC, *op. cit.*

<sup>73</sup> *Ibid.* O passo a passo do método está simplificado pela própria John & Reid Associates e foi em sua maioria resumido a partir das informações constantes no site.

interrogado boas razões para o cometimento do delito, como uma forma de minimizar a responsabilidade por essa ação e diminuir a sensação de culpa<sup>74</sup>. A narrativa deve ser feita de forma tranquila e suave. Com pessoas mais sensíveis poderá ser feita uma aproximação empática, ao passo que, para os mais racionais, é imprescindível uma abordagem mais pragmática<sup>75</sup>.

Em seguida, deverá ser iniciada a etapa da reversão das negações. O método parte do pressuposto de que dificilmente o suspeito confessará imediatamente a prática do crime, razão pela qual passará a negar os fatos.

Caberá ao interrogador impedir o interrogado que apresente suas negativas. Argumentos como “Aqui não há nenhuma dúvida sobre isso. O que eu gostaria de fazer agora é sentar com você para ver se podemos resolver isso. Veja, Andy, em situações como essa, é importante entender as circunstâncias que o levaram a cometer esse tipo de coisa”<sup>76</sup>. Se o interrogado tentar apresentar alguma desculpa, o interrogador deverá interromper e desenvolver o tema, podendo se utilizar de frases como: “Andy, o modo como a economia de hoje está destruindo tantas vidas com preços inflacionados e desemprego, vemos pessoas como você cometendo erros assim o tempo todo”<sup>77</sup>, “você já teve o seu tempo de falar, agora é o meu”<sup>78</sup>.

Já no quarto estágio, é possível que o suspeito possa contrapor questões de natureza lógica e não meramente negativas, como “Eu nunca poderia ter roubado alguém, pois minha casa foi assaltada quando eu era criança”<sup>79</sup>. Essas objeções, em tese, indicariam que o investigador está fazendo um progresso substancial, sendo que ele deverá fingir aceitá-las como verdadeiras, para então usá-las a seu favor no desenvolvimento

<sup>74</sup> MELO, Felipe Pereira de; BLANCHET, Luiz Renato; BITTENCOURT, José Cesar de, *op. cit.*, p. 146.

<sup>75</sup> MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SARKIS, Jamilla Monteiro. *op. cit.*, p. 250.

<sup>76</sup> JOHN REID & ASSOCIATES INC, *op. cit.*

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> MELO, Felipe Pereira de; BLANCHET, Luiz Renato; BITTENCOURT, *op. cit.*, p. 146.

<sup>79</sup> JOHN REID & ASSOCIATES INC, *op. cit.*

posterior do tema, por exemplo “Andy, eu sei desta situação horrível e sei que você apenas cometeu este erro. Ninguém imaginava que você iria ficar tão sem dinheiro assim”<sup>80</sup>, ou ainda, “você é bom, mas agiu por impulso”<sup>81</sup>.

No quinto passo, é bem provável que o interrogado já esteja permeado por uma sensação de frustração e insegurança sobre a dinâmica dos fatos e sobre si mesmo. De acordo com o método, uma pessoa inocente não passará do passo três (a reversão das negações), pois continuará negando os fatos, enquanto os verdadeiros “culpados” ficarão quietos, pensativos e reclusos. Nessa última hipótese, o interrogador tem a missão de agir para fixar a atenção do interrogado, a partir da diminuição da distância física entre eles, criando uma zona pessoal, ou também o emprego de contato visual e de perguntas retóricas<sup>82</sup>.

Em seguida, na sexta etapa, deverá o investigador reconhecer a resignação do interrogado e aproveitar-se de sua vulnerabilidade, já que os cinco primeiros passos são marcados por uma postura ativa do entrevistador, enquanto este representa um convite para que o interrogado passe a se expressar.

De acordo com Reid, o suspeito culpado terá percebido a ineficácia de seus esforços para frustrar o investigador, e assim entender a necessidade de falar a verdade, sendo muito comum choros indicando “remorso” do suspeito, ou, ainda, cabeça e ombros caídos, pernas relaxadas e olhares vagos.

Se o interrogado estiver chorando, podem ser ditas frases como: “Eu sei o quanto você tentou manter isso dentro, mas estou feliz em ver essas lágrimas porque elas me dizem que você está arrependido por isso ter acontecido - você está arrependido por ter feito isso, não é?”<sup>83</sup>.

A partir disso, o interrogador deverá ter uma postura compreensiva para estimulá-lo e induzi-lo a confessar a prática do crime a partir

---

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> MELO, Felipe Pereira de; BLANCHET, Luiz Renato; BITTENCOURT, José Cesar de, *op. cit.*, p.147.

<sup>82</sup> MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SARKIS, Jamilla Monteiro, *op. cit.*, p. 261.

<sup>83</sup> JOHN REID & ASSOCIATES INC, *op. cit.*

de uma das hipóteses postas, sendo que, em geral um dos cenários terá maior grau de exculpação e o outro, mais repreensível. Podem ser usadas frases de acolhimento como: “Andy, eu tenho certeza que você tinha muitas contas para pagar e cuidar, motivo pelo qual roubar o dinheiro poderia resolver todos os seus problemas”, ou ainda, “Você na realidade não tinha outra saída para essa terrível situação”<sup>84</sup>.

O sétimo passo, por sua vez, consiste em oferecer alternativas, estimulando o interrogado para que dê mais detalhes do delito, criando opções boas e ruins<sup>85</sup> até que o suspeito demonstre com mais detalhes que escolherá uma delas. Os componentes podem contrastar com uma ação desejável e outra indesejável, como “É a primeira vez que algo assim acontece ou você já fez esse tipo de coisa centenas de vezes antes?” “Acho que é a primeira vez, não é?”<sup>86</sup>. A escolha da opção primeira vez pelo investigado reflete a necessidade de um desenvolvimento do tema, diverso do que seria feito em relação à segunda.

A confissão, objetivo principal a ser atingido (passo oito), começa a partir do momento em que o interrogado demonstra que escolheu uma das alternativas narradas pelo interrogador. Se da questão anterior ele confirmar assertivamente, recomenda-se ao investigador que realize uma declaração de reforço, a fim de confirmar a admissão da culpa oral, como por exemplo “foi o que eu pensei o tempo todo”<sup>87</sup>.

Ao final, recomenda-se que a confissão seja reduzida a um documento escrito<sup>88</sup>, brevemente e da forma mais completa, pois é possível que o interrogado mude de ideia e conseqüentemente queira se retratar, sendo esta a última etapa do método *Reid* (passo nove).

---

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> MELO, Felipe Pereira de; BLANCHET, Luiz Renato; BITTENCOURT, *op. cit.*, p. 147.

<sup>86</sup> JOHN REID & ASSOCIATES INC., *op. cit.*

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> MELO, Felipe Pereira de; BLANCHET, Luiz Renato; BITTENCOURT, José Cesar de, *op. cit.*, p. 148.

## 6. CRÍTICAS AO MÉTODO REID E POSSÍVEIS ALTERNATIVAS À METODOLOGIA

Feitas as considerações detalhadas sobre o procedimento ensinado por John Reid e a sua utilização nas investigações criminais, é evidente que este método possui traços característicos de natureza inquisitorial. Pressões psicológicas, blefes, falsas promessas, constrangimento emocional, consistem em alguns dos instrumentos são utilizados em prol do prêmio final, que é a confissão.

Justamente por conta de seu caráter instrumentista, alguns manuais policiais brasileiros chegam até mesmo advertir que “a implementação exaustiva (do método Reid) pode levar pessoas inocentes a confessar algo que não fizeram simplesmente para fugir do estresse causado pela situação”<sup>89</sup>. E por isso, para estes autores, seria preferível a sua utilização apenas quando constatados bons indícios relativos à autoria<sup>90</sup>.

Essa situação desnatura diretamente a finalidade da investigação sob a perspectiva epistemológica, em que seu objeto seria uma possível tentativa de reconstituição fática aproximativa da verdade, como uma correspondência da hipótese com o mundo<sup>91</sup>. Se entendermos que a verdade<sup>92</sup> sempre deverá, mesmo que de forma utópica, consistir em um dos principais objetivos que norteiam o procedimento, ainda

---

<sup>89</sup> *Ibid*, p. 148.

<sup>90</sup> *Ibid*, p. 148.

<sup>91</sup> “A verdade de uma afirmação consiste em sua adequação à realidade (ou estado das coisas) a que se refere, em sua correspondência com os fatos”. Tradução livre. GASCÓN ABELLAN, Marina, *op. cit.*, p. 115.

<sup>92</sup> Em que pese as inúmeras discussões filosóficas e vertentes sobre o conceito de verdade, entende-se que o tratamento dela como “correspondência” parece ser o modelo mais adequado para lidar com a questão probatória dentro da investigação e do procedimento judicial. Merece destaque o ensinamento de Jordi Ferrer Beltran, que ao afirmar que “p está provado”, não significa que “p é verdadeiro”, devendo ser entendido como “existem elementos de prova suficientes a favor de p”. Ainda, uma preposição que esteja provada, não necessariamente é verdadeira, pois uma hipótese fática pode resultar provada, ainda que seja em sua essência falsa. Tal conceituação possibilita a reversão de erros judiciais a partir da utilização de revisão criminal. FERRER BELTRAN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2ª Ed. Madri: Marcial Pons, 2005. p. 35.

que não seja o único fim que o processo persegue<sup>93</sup>, é imprescindível discutir que a correta reconstituição dos fatos, especialmente realizada em sede de investigação criminal, é elemento essencial para uma decisão mais justa.

Imprescindível rememorar as lições de Geraldo Prado, que define que a delicada situação de uma investigação - não controlável racionalmente - pode conduzir, em seu extremo, a prática de exercícios retóricos de desvalorização, quando ela na realidade ocupa um lugar essencial e central em hipotética decisão condenatória<sup>94</sup>. E na prática, é justamente o que vemos: O procedimento que busca apurar as circunstâncias, autoria e materialidade do delito focado quase que exclusivamente no investigado como principal fonte de provas, torna-se um procedimento descredibilizado em que, em certas ocasiões, duvidamos em maior grau justamente daqueles que conduziram toda a atividade investigativa.

Admitir que a confissão possui um papel fundamental em detrimento dos outros elementos de informação e extraí-la a partir da manipulação psicológica, é reconhecer a existência de certa preguiça dos responsáveis pela a averiguação, ocorrendo o fenômeno denominado “anclaje”<sup>95</sup> nas primeiras impressões. Ou melhor, o investigador fixa as crenças das primeiras observações e conjecturas realizadas,

---

<sup>93</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. de Vitor de Paula Ramos. São Paulo, Marcial Pons, 2012. p. 160.

<sup>94</sup> PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 56.

<sup>95</sup> Para exemplificar essa falibilidade dos outros métodos, Pablo Bonorino menciona o exemplo lecionado por Mario Bunge, citando uma hipótese em que uma vizinha vê uma jovem chegar em casa, acompanhada de um homem diferente de seu namorado. A primeira hipótese conjecturada pela vizinha é a de que a jovem teria traído seu companheiro, mantendo-a com o passar do tempo, reafirmando que “viu com seus próprios olhos”. Este “anclaje”, por exemplo, impediu que esta verificasse outras hipóteses, quais sejam, que o homem fosse irmão da jovem, ou conectar a visita recebida com o incêndio que havia destruído o centro da cidade em que se viviam. BONORINO, Pablo Raúl. Ni deducción ni inducción: abducción. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl (org.). In: *Prueba y razonamiento probatorio em el derecho: debates sobre abducción*. Granada: Comares, 2014. p. 176.

renegando as demais que poderiam ser abordadas para explicar os mesmos fatos.

Uma investigação efetivamente qualificada deveria, por sua vez, afastar a confissão como principal meio de prova e seguir o método abduutivo como principal atividade inferencial<sup>96</sup> desenvolvido por Charles Peirce. Este raciocínio é considerado como processo pelo qual brotam, engendram-se, algumas hipóteses ou conjecturas, diante de um fato surpreendente, partindo de uma análise inversa: dos fatos às explicações, das conclusões às premissas, e no caso da atividade investigativa, do presente ao passado<sup>97</sup>. Ela é entendida como a única operação lógica capaz de introduzir uma ideia nova<sup>98</sup>.

A metodologia segue as seguintes etapas:

- (i) Observação dos dados disponíveis;
- (ii) Formulação de um problema;
- (iii) Criação de hipóteses que resolvem o problema;
- (iv) Busca de nova informação;
- (v) Confirmação ou refutação das hipóteses com a possível resposta;
- (vi) Repetição dos passos (i) a (iii);
- (vii) Busca de nova informação;
- (viii) Confirmação ou refutação da nova hipótese ou resposta;
- (ix) Repetição dos passos (vi) a (viii) tantas vezes que forem necessárias;
- (x) Aceitação de uma das hipóteses ou respostas como provável.

---

<sup>96</sup> As inferências, como apontam Janaina Matida e Rachel Herdy, compõem-se de três elementos: a hipótese fática sugerida para dar conta de certos fatos ou eventos; as informações ou meio de prova que dão suporte a tal hipótese e a ligação entre esses elementos. MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Ricardo (org). *Epistemologia: Críticas do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 219-232.

<sup>97</sup> BONORINO, Pablo Raúl. *op. cit.*, p. 176.

<sup>98</sup> GÉNOVA, Gonzalo. *Charles S. Peirce: la lógica del descubrimiento*. Navarra: Universidad de Navarra, 1996. p. 59.

É importante reconhecer que qualquer procedimento judicial está sujeito a erros, na medida em que ele decorre da análise humana acerca de fatos pretéritos. Por isso mesmo, a criação de um modelo processual crítico, preocupado especialmente na identificação, distribuição e diminuição de erros<sup>99</sup>, é instrumento essencial para uma decisão mais justa<sup>100</sup>. “O processo penal deve ser conduzido para que de tal maneira, quando algum erro ocorra, este seja com maior probabilidade de uma absolvição falsa e não uma condenação falsa”<sup>101</sup>.

Esta metodologia viabiliza a hipótese de lidar com a existência de equívocos quanto à reconstrução fática imaginada. Muitas vezes as conjecturas iniciais não se confirmam com novas informações. Desta feita, o investigador com “integridade intelectual”<sup>102</sup>, embora inicialmente esteja comprometido com sua hipótese preliminar, poderá abandoná-la nas circunstâncias que seus experimentos falsearem a hipótese originária<sup>103</sup>, razão pela qual se entende que somente a abdução é apta a proporcionar a descoberta de fatos inéditos.

Após serem descartadas diversas hipóteses e estabelecida aquela com maior probabilidade de ocorrência, através da inferência probatória abductiva, uma opção mais adequada à prática interrogativa seria a aplicação do aporte científico proveniente da psicologia do testemunho.

<sup>99</sup> Tradução livre. LAUDAN, Larry, *op. cit.*, p. 22.

<sup>100</sup> No tocante aos reflexos na ação penal, como bem preconizou Michele Taruffo e complementou Gustavo Badaró, para que uma decisão seja justa, ela deverá está condicionada por um trinômio, consistente em: (i) um correto juízo do fato, que tenha como finalidade uma correta reconstrução dos fatos; (ii) uma correta interpretação das regras jurídicas, em especial quanto às atividades de hermenêutica e aplicação da lei penal; e por fim, (iii) o emprego de um procedimento válido, com o respeito às garantias, aos direitos e ao devido processo legal. TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, p. 315-328, 1997. *apud* BADARÓ, Gustavo. *op. cit.*, p. 19.

<sup>101</sup> LAUDAN, Larry. *op. cit.*, p. 22.

<sup>102</sup> Expressão cunhada por Susan Haack. Tradução livre: “É obrigação do investigador procurar todas as provas que puder e as avaliar com a máxima imparcialidade”. E completa: “um investigador isento e desinteressado é uma espécie de pleonasma, e um investigador isento e interessado é um oximoro”. HAACK, Susan, 2009, *op. cit.*, p. 30.

<sup>103</sup> BADARÓ, Gustavo, *op. cit.*, p. 147.



Relevante são as contribuições trazidas pelo método PEACE (*preparation and planning, engage and explain, account, closure e evaluate*), técnica investigativa originária no Reino Unido em meados de 1990 e desenvolvida a partir da entrevista cognitiva<sup>104</sup>. Criada com o objetivo de garantir maior proteção dos entrevistados em relação às técnicas historicamente aplicadas pelos detetives e policiais<sup>105</sup>, ela já é amplamente utilizada na Austrália, Nova Zelândia e Noruega<sup>106</sup>. Países como o Vietnã, Indonésia, Hong Kong, Malásia e Irlanda, por sua vez, ainda estão adotando progressivamente as suas características.

Sinteticamente, são 05 fases a serem seguidas durante a entrevista investigativa:

- (i) preparação e planejamento: deverá ser criado um plano escrito do interrogatório com planejamento e preparo, em que o entrevistador deverá se assegurar que todas as questões fundamentais serão abordadas durante a entrevista<sup>107</sup>. As perguntas e o espaço físico deverão ser previamente organizados.
- (ii) engajamento e explicação: através de uma escuta ativa, com uma relação harmoniosa, empática e de conexão<sup>108</sup>, interrogador deverá explicar as sistemáticas, os objetivos da entrevista e administrar o processo com cautela, esclarecendo pontos de dúvida e encorajando o entrevistado a cooperar a dizer a verdade<sup>109</sup>.

---

<sup>104</sup> O modelo de entrevista cognitiva foi idealizado em 1984 pelos psicólogos americanos Ronald P. Fisher e Edward Gieselman. Em linhas gerais, o principal fundamento consiste em estruturar a entrevista para ser mais compatível com a atividade cerebral e com a forma que ele recupera memórias. AMBROSIO, Graziella. Psicologia do testemunho: técnicas de entrevista cognitiva. *Revista LTR*, São Paulo, v. 78, n. 11, p. 31-51, 2014.

<sup>105</sup> MELO, Felipe Pereira de; BLANCHET, Luiz Renato; BITTENCOURT, José Cesar de, *op. cit.*, p. 116.

<sup>106</sup> SCHOLLUM, Mary. Bringing PEACE to United States: A Framework for investigative interview. *Police Chief Magazine*, p. 30-37, 2017.

<sup>107</sup> GUDJONSSON, Gisli H., *op. cit.*, p. 53.

<sup>108</sup> BALLARDIN, Maria da Graça, *op. cit.*, p. 53.

<sup>109</sup> MELO, Felipe Pereira de; BLANCHET, Luiz Renato; BITTENCOURT, José Cesar de, *op. cit.*, p. 117.

- (iii) relato e clarificação: a terceira etapa basicamente consiste no relato do entrevistado, em que o interrogador permite que ele discorra livremente sobre o assunto. São criados alguns estímulos para que o entrevistado volte a se recordar de todas as informações, a fim de maximizar a quantidade e qualidade das informações recordadas<sup>110</sup>.
- (iv) fechamento do interrogatório: assim que for finalizado o interrogatório, deverão ser resumidos os principais pontos da entrevista e oportunizado ao interrogado corrigir ou adicionar qualquer informação, havendo a possibilidade de esclarecer os pontos controversos. Também é estimulado que o entrevistador deixe o entrevistado em um estado emocional positivo, tendo em vista a cooperação que foi realizada<sup>111</sup>.
- (v) avaliação: ao final, o processo não é finalizado quando o entrevistador se despede do investigado<sup>112</sup>. Deverá ser analisado todo o conteúdo da entrevista, em confronto com os demais elementos colhidos durante a investigação.

Não se pretende no presente artigo se aprofundar suas particularidades da técnica PEACE, mas ela pode ser compreendida como uma ruptura significativa na mentalidade inquisitória tradicional<sup>113</sup>. Nas palavras de Derek Morgan e Geoffrey Stephenson, “O propósito principal da entrevista deixa, então, de ser a obtenção de uma confissão e passa a ser a busca de informações de qualidade, a fim de se determinar a verdade”<sup>114</sup>. Os interrogadores são proibidos blefarem e ao interrogado é permitido

<sup>110</sup> AMBROSIO, Graziella, *op. cit.*

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> STEIN, Lilian; PERGHER, Giovanni Kuckartz; FEIX, Leandro da Fonte. Desafios da oitiva de crianças e adolescentes: técnica de entrevista investigativa. Programa Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes. Disponível em: < <https://bit.ly/32Mk3be>>. Acesso em: 03/03/2020.

<sup>113</sup> BALLARDIN, Maria da Graça, *op. cit.*, p. 28.

<sup>114</sup> MORGAN, D; STEPHENSON, G. *Suspicion and Silence: The Right to Silence in Criminal Investigations*. London: Blackstone Press, 1994. p. 165.

que ele possa discorrer livremente sobre o tema, o que em tese resultaria em uma menor incidência de prejulgamentos errôneos sobre a culpa ou inocência de determinado investigado<sup>115</sup>.

Em suma, tanto o método abduutivo como atividade inferencial investigativa, tanto como a metodologia PEACE como forma de entrevista podem ser alternativas interessantes à aplicação do método *Reid*.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou realizar uma introdução ao leitor sobre o método *Reid* de interrogatório e sua possibilidade de induzir falsas confissões, a partir do caso americano mais conhecido sobre a temática.

Buscou-se analisar a herança trazida pelo sistema processual inquisitório. Como mencionado, a confissão ainda ocupa um lugar central na versão apresentada pelo acusador, ainda que nosso sistema penal seja entendido como acusatório, após a Constituição de 1988 e com as novas reformas estabelecidas pela Lei n° 13.964/2019. No sistema brasileiro, a confissão ainda é prestigiada ao patamar de *rainha das provas*, sendo fundamental para a formação da culpa do investigado, a ser auferida pela Autoridade Policial.

Em seguida, foram expostos alguns dos principais motivos pelos quais as pessoas confessam falsamente, sendo encontradas explicações provenientes do campo do direito e da psicologia. Evidenciou-se, sobretudo, que os mais jovens e aqueles com algum distúrbio mental ou psicológico estão mais suscetíveis a essa prática, em especial por conta da atuação dos entrevistadores em sede policial, que muitas vezes realizam a sugestibilidade interrogativa.

Também se concluiu que a metodologia *Reid*, que veio a surgir como uma alternativa ao *third degree*, ainda perpetua a violência dos inquisidores, na medida em que este método, ainda que mais sofisticado, visa incitar a confissão do suspeito com a utilização do blefe e da manipulação

---

<sup>115</sup> SCHOLLUM, Mary, *op. cit.*

psicológica<sup>116</sup>. E a considerável quantidade de referências sobre o método no Brasil, por sua vez, demonstram inegavelmente a permanência do caráter inquisitório e coercitivo adotado pela polícia judiciária.

Ao final, foram apresentadas soluções viáveis provenientes da inferência probatória abductiva – como forma de levantamento de hipóteses – e a utilização do método de entrevista PEACE. Ambos podem ser considerados instrumentos aliados à melhora qualitativa dos interrogatórios e das técnicas empregadas em entrevistas policiais.

Vale dizer, no entanto, que enquanto a mentalidade policlesca permanecer sendo difundida nas investigações criminais, é certo que estar-se-á longe de ter uma apuração qualificada ou que respeite as garantias processuais do investigado, tendo em vista que este, pela leitura legal sistêmica, deveria ser considerado como um sujeito de direitos e não como mera fonte de provas.

O que pode ser considerado por alguns uma vitória na resolução de um caso, é o escancarar da incapacidade e mediocridade dos métodos investigativos, pois a verdade do “torturado” não é a suposta verdade a ser atingida, mas aquela imposta e produzida pelo seu inquisidor<sup>117</sup>.

## REFERÊNCIAS

AMBROSIO, Graziella. Psicologia do testemunho: técnicas de entrevista cognitiva. *Revista LTR*, São Paulo, v. 78, n. 11, p. 31-51, 2014.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

BALLARDIN, Maria da Graça. *A entrevista Investigativa e o policial entrevistador*. Dissertação de Mestrado em cognição humana - Faculdade de Psicologia da Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

<sup>116</sup> BALLARDIN, Maria da Graça, *op. cit.*, p. 33.

<sup>117</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, *op. cit.*, p. 29.

BARBOSA, André Luis Jardini. A abrangência da garantia constitucional da amplitude de defesa e a sua efetiva aplicação prática durante os plantões policiais. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 44, n. 1, p. 34-65, 2016.

BONORINO, Pablo Raúl. Ni deducción ni inducción: abducción. In: GARCIA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl (org.). *Prueba y razonamiento probatório em el derecho: debates sobre abducción*. Granada: Comares, 2014.

COSTA, Cláudio Rodrigues. *Técnicas de Entrevista e Interrogatório policial: Curso de Formação de Delegados da Academia de Polícia do Estado da Paraíba*. Disponível em: <<https://bit.ly/2Rwt9p2>> Acesso em: 08 dez. 2019.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DI GESU, Cristina Carla. *Prova penal e falsas memórias*. Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 1993.

FERRER BELTRAN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2ª Ed. Madri: Marcial Pons, 2005.

GAVIN, Helen. *Criminological and Forensic Psychology*. Londres: Sage Publications Ltd., 2014.

GASCÓN ABELLAN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3a ed. Madri: Marcial Pons, 2010.

GÉNOVA, Gonzalo. *Charles S. Peirce: la lógica del descubrimiento*. Navarra: Universidad de Navarra, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do Código de Processo Penal para Ibero-América na legislação latino-americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, p. 542-574, 1993.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

GUDJONSSON, Gisli H.; CLARK, N.K. Suggestibility in police interrogation: a social psychological model. *Social Behavior*, London, v. 1, p. 195-196, 1986.

GUDJONSSON, Gisli H. *The Psychology of Interrogations and Confessions: A handbook*. Chichester: John Wiley & Sons Ltd, 2003.

HAACK, Susan. *Epistemology legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way, in Evidence and Inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology*. New York: Prometheus Books, 2009.

HAACK, Susan. *Manifesto de uma moderada apaixonada: ensaios contra a moda irracionalista*. Trad. Rachel Herdy. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2011.

JOHNSON, Matthew. The Central Park Jogger Case-Police Coercion and Secrecy in Interrogation. *Journal of Ethnicity in Criminal Justice*, v. 3, p. 131-143, 2005. [https://doi.org/10.1300/J222v03n01\\_07](https://doi.org/10.1300/J222v03n01_07).

KASSIN, Saul; MCNALL, Karin. Police interrogations and confessions: Communicating promises and threats by pragmatic implication. *Law and Human Behavior*, v. 15, p. 233-251, 1991. <https://doi.org/10.1007/BF01061711>.

KASSIN, Saul; COLLEGE, Willians. The Psychology of Confession Evidence. *American Psychologist*, v. 52, n. 3, p. 221-223, 1997. <https://doi.org/10.1037/0003-066X.52.3.221>.

KHALED JR, Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016.

KOEN, Wendy. Case Study: The Central Park five. In: KOEN, Wendy; BOWERS, C. Michael. *The Psychology and Sociology of Wrongful Convictions*. Academic Press. Londres, 2018. p. 332.

KOZINSKI, Wyatt. The Reid Interrogation Technique and False Confessions: A Time for Change. *Seattle Journal for Social Justice, Forthcoming*. 2017.

LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal. *Um ensayo sobre epistemologia jurídica*. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Madri: Marcial Pons, 2013.

LEO, Richard A. Police interrogation and suspect confessions: social science, law and public policy. *Academy of Justice: a report on scholarship and criminal justice reform*, Cambridge, v. 6, 2017. <https://doi.org/10.1017/9781108354721.010>.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SARKIS, Jamilla Monteiro. Interrogatório policial, confissões forçadas e hipóteses de culpa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 249-278, jun., 2019.

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Ricardo (org). *Epistemologia: Críticas do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MELO, Felipe Pereira de; BLANCHET, Luiz Renato; BITTENCOURT, José Cesar de. *Técnicas de Entrevista e interrogatório*. Curitiba: Intersaberes, 2019.

MISSE, Michel. *O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Booklink/Fenapef/Necvu, 2010.

MORGAN, D; STEPHENSON, G. *Suspicion and Silence: The Right to Silence in Criminal Investigations*. London: Blackstone Press, 1994.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Mauricio Zanoide de. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 133-147, abr./jun. 1994.

MOUSINHO, Paulo Reyner Camargo. *Peças e prática da atividade policial*. 2ª Ed. rev., atual e ampl. Macapá: Editora do Autor, 2018.

NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnistky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnistky. *Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

REID, John; INBAU, Fred; BUCKLEY, Joseph; JAYNE, Brian. *Criminal Interrogations and Confessions*. 5ª Ed. Burlington: Jones & Bartlett Learning, 2004.

SAAD, Marta. *O direito de defesa do inquérito Policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SCHOLLUM, Mary. Bringing PEACE to United States: A Framework for investigative interview. *Police Chief Magazine*, p. 30-37, 2017.

SILVA, Inês Gonçalves Gomes Matos Silva. *Falsas confissões e o contexto de investigação: A perspectiva dos investigadores*. Dissertação de Mestrado em Psicologia - Instituto Superior de Psicologia Aplicada (ISPA), Lisboa, 2008.

SILVA, Juliana Ferreira da. O plea bargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 318, p. 8-11., mai. 2019.

STEIN, Lilian; PERGHER, Giovanni Kuckartz; FEIX, Leandro da Fonte. Desafios da oitiva de crianças e adolescentes: técnica de entrevista investigativa. Programa Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes. Disponível em: < <https://bit.ly/32Mk3be>>. Acesso em: 03/03/2020.

OLIVEIRA, Wellington de. *Aplicando técnicas de entrevista e interrogatório na investigação – método Reid*. Disponível em: <<https://bit.ly/2Ys5Y0q>> Acesso em: 06 dez. 2019.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Sistema acusatório*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. de Vitor de Paula Ramos. São Paulo, Marcial Pons, 2012.

VARGAS, Joana Domingues. Em Busca da “Verdade Real”: Tortura e confissão no Brasil ontem e hoje. *Revista Sociologia e Antropologia*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 237-265, junho, 2012. <http://dx.doi.org/10.1590/2238-38752012v2310>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo do direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.



### **Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)**

*Agradecimentos (acknowledgement):* Gostaria de expressar minha gratidão aos colegas Raul Ariano Abramo, Helena Cabrera Oliveira e Luiza Restiffe, por todas as sugestões e comentários pertinentes. Ao João Henrique, pelo constante apoio.

*Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration):* a autora confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

*Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship):* todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

*Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality):* a autora assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 15/01/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 19/01/2020
- Avaliação 1: 21/01/2020
- Avaliação 2: 22/01/2020
- Avaliação 3: 24/01/2020
- Avaliação 4: 29/01/2020
- Decisão editorial preliminar: 21/02/2020
- Retorno rodada de correções: 06/03/2020
- Decisão editorial final: 07/03/2020

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associado: 1 (MSG)
- Revisores: 4

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MOSCATELLI, Livia Y. N. Considerações sobre a confissão e o método *Reid* aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 361-394, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.331>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

**Fundamentos de  
Direito Processual Penal**

---

*Fundamentals of  
Criminal Procedure*

---




# La influencia de las nuevas tecnologías en la documentación del proceso penal español

*The influence of new technologies in the Spanish criminal procedure documentation*

**Maria Dolores Ramirez Benavente<sup>1</sup>**

Universidad de Córdoba – España

d22rabem@uco.es

 <http://orcid.org/0000-0002-5456-8289>

---

**RESUMEN:** El presente artículo tiene como objetivo analizar la incidencia que las nuevas tecnologías han tenido en la documentación procesal, especialmente, en el acta del juicio oral. Así mismo, se examinará la incidencia de estas tecnologías en el derecho al recurso de las partes y su conexión con los derechos fundamentales de carácter procesal. Con carácter ilustrativo se plantea el problema del acta defectuosa, como causa de la nulidad del proceso judicial y posible supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración.

**PALABRAS CLAVE:** Nuevas Tecnologías; derecho al recurso; acta defectuosa; nulidad; responsabilidad patrimonial.

**ABSTRACT:** *The present work aims to analyse the impact of the new technologies in the procedural documentation, specially, in the act of oral trial. However, it will review the effects of these technologies in the right to appeal and its relation with other fundamental procedural rights. With an illustrative intention, it will be present the problem of the defective act, as a cause of nullity of the legal trial and possible case study of patrimonial responsibility from the public administration.*

**KEYWORDS:** *New Technologies; right to appeal; defective act; nullity; patrimonial responsibility.*

---

<sup>1</sup> Doctoranda en Derecho Procesal en la Universidad de Córdoba – España. Colaboradora Honoraria de Derecho Procesal en la Universidad de Córdoba.

## 1. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

El avance tecnológico incide marcadamente en el modo en el que el ser humano se relaciona con el entorno; y esta afirmación es válida no sólo para el medio ambiente sino para todo entorno humano, incluida la Administración de Justicia. Ciertamente, la revolución tecnológica del último siglo ha transformado y continuará transformando las relaciones del ciudadano con la Administración de Justicia, al igual que se ha modificado considerablemente la praxis propia del conjunto de profesionales jurídicos.

Esta nueva concepción funcional y tecnológica de la Administración de Justicia comenzó en nuestro país en el año 2000 a raíz de la promulgación de la renovada Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000), la cual inauguró un *iter* legislativo dirigido a la modernización de la justicia que concluyó finalmente con la promulgación de la Ley 18/2011 de 5 julio reguladora del uso de las tecnologías de la información y comunicación en la Administración de Justicia<sup>2</sup>. Esta última ley tenía como objetivo fundamental la implantación de las nuevas tecnologías en la práctica profesional de los funcionarios de justicia y avanzar progresivamente para la plena tramitación electrónica de los procesos judiciales<sup>3</sup>. En verdad, el avance en la informatización de la Administración ha sido considerable, aunque algo desigual territorialmente. El proceso comenzó con la mejora de los instrumentos de comunicación y obtención de información, también mediante el establecimiento de una conectividad en tiempo real entre las diferentes administraciones públicas; pero aún quedaría camino por recorrer en las

---

<sup>2</sup> Este recorrido principia, como se ha escrito con la Ley 1/200, a la que seguirán la ley 15/2003 reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal; la ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos; el Plan de Acción E-justicia del año 2008 de orden europeo; la ley 13/2009 de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial; y, finalmente, la Ley 18/2011 reguladora del uso de las tecnologías de la información y comunicación en la Administración de Justicia.

<sup>3</sup> LOMBARDÍA VILLALBA, A., “Nuevas Tecnologías y Administración de Justicia”, *Foro de Actualidad Uría Menéndez*, n. 30, (2011), p. 63.

relaciones de comunicación con procuradores y abogados<sup>4</sup>. Este escollo fue superado con la introducción del sistema de comunicación jurídica LEXNET, el cual, a pesar de sus numerosos fallos de funcionamiento y seguridad, ha supuesto importantes beneficios en el funcionamiento de la Justicia y ha contribuido a agilizar la práctica jurídica de procuradores, abogados, notarios, registradores, fiscales y jueces. Todo este proceso se ha traducido en una mayor eficiencia en el tratamiento de los casos, un ahorro de tiempo, una disminución de los costes y un más fácil acceso a una justicia de mayor calidad<sup>5</sup>.

## 2. INFLUENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA DOCUMENTACIÓN DEL JUICIO.

La necesidad de documentar los actos del juicio oral tiene su origen en la Decretal *de probationibus* que Inocencio III dio en el Concilio de Letrán de 1215, claro que se trata de una actividad documentadora muy diferente de la actual; pero que comparte con esta la finalidad de garantizar la capacidad de recurrir de los sujetos del proceso. Su existencia es incluso anterior en España a la aparición de los escribanos y ya se puede encontrar en los textos del *Liber Iudiciorum*<sup>6</sup>. Lo característico de esta primera documentación procesal es que se exigía la presencia del juez o una persona de su confianza como garantía de la veracidad de lo declarado o recogido en esta documentación, lo que supone un matiz interesante; pues, la valía del documento resulta de su autoría y no tanto de su contenido. De modo que ya, desde el inicio, se da prioridad a la

---

<sup>4</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Administración de Justicia y Nuevas Tecnologías: líneas de evolución de un proceso abierto”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar la modernización de las Administraciones Públicas*, n. 1, (2005), p. 79.

<sup>5</sup> MEDINA MORALES, D., “Administrar justicia en la era tecnológica”, *Persona y Derecho*, n. 78, (2018), pp. 176-177.

<sup>6</sup> SÁEZ GONZÁLEZ, J., “Una nota histórica: primeras noticias sobre la actividad de documentación procesal en nuestro derecho”, *Justicia*, n. 95, (1993), pp. 121-122.

condición de garante de quien redacta el documento, lo que posibilita el ejercicio del derecho a recurrir<sup>7</sup>.

Tradicionalmente, la documentación del acta ha sido siempre escrita pero ya en la LO 6/1985 del Poder Judicial (en adelante LOPJ), contemplaba en su artículo 230 la utilización de cualesquiera medios técnicos de documentación y reproducción siempre que ofreciesen garantía de su autenticidad. Poco después, la Ley 16/1994 reformó este artículo 230 para establecer que, en el desarrollo de la actividad y ejercicio de sus funciones, los juzgados y tribunales pueden servirse de “cualquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos”. Ahora bien, no fue hasta la entrada en vigor de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, cuando se abrió la posibilidad por primera vez de una documentación procesal extraña al papel, concretamente en sus artículos 146, 147 y 187 que impusieron como preceptiva la documentación de las actuaciones orales mediante sistemas audiovisuales; sin perjuicio de la obligación de levantar acta sucinta por parte del secretario judicial, así como la posibilidad de unir a los autos una transcripción de lo grabado en los medios de reproducción de imagen y sonido<sup>8</sup>.

Rápidamente, la documentación audiovisual del juicio oral se extendió a otros órdenes jurisdiccionales y finalmente la ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, sancionó con carácter obligatorio la grabación audiovisual de juicios y vistas en todas las leyes procesales (civil, penal, laboral y contencioso administrativa) lo que fue recibido por la doctrina y por la comunidad jurídica como un avance en las garantías procesales del justiciable<sup>9</sup>.

Lo cierto es que, excepciones a parte, la posibilidad de una grabación audiovisual del acto del juicio oral supone un avance a fin

---

<sup>7</sup> SÁEZ GONZALEZ, J., “Propuestas sobre los contenidos de la documentación audiovisual de los juicios orales. Papel del secretario judicial”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, n. XXI.1, (2009), pp. 48-49.

<sup>8</sup> AGUILERA MORALES, M., GARCÍA COUSO, S., “Las grabaciones defectuosas o fallidas de las vistas y juicio: transcendencia procesal y constitucional”, *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, p. 238.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 239.



de garantizar el principio de oralidad y de evitar su desnaturalización mediante la escrituración excesiva del proceso. Igualmente, la grabación audiovisual permite una mejor realización del principio de inmediación, pues permite la visualización directa del acto del juicio por parte del juzgador en segunda instancia. En consecuencia, si se acepta que la finalidad de la documentación procesal del juicio oral es constituir la base para un efectivo ejercicio del derecho a recurrir no cabe duda de que los medios audiovisuales potencian la oralidad y la inmediación en segunda instancia<sup>10</sup>.

Con anterioridad a examinar la naturaleza del acta audiovisual, conviene recordar los elementos objetivos y subjetivos de la antigua acta escrita con la finalidad de esclarecer si realmente este tránsito tecnológico ha servido para mejorar las garantías del proceso o por el contrario presenta más inconvenientes que ventajas. El primer elemento que destacar es la autoría del acta escrita, que corresponde con exclusividad al secretario judicial, única autoridad con potestad documentadora (art. 281 LOPJ)<sup>11</sup>. En lo referente a la forma del documento del acta, deben señalarse los siguientes requisitos: a) la grafía, que debe recoger el significado de las actuaciones tanto para su autor como para sus destinatarios; b) la expresividad, que exige que el documento esté redactado de un modo objetivamente comprensible; c) reconocibilidad, que impone que lo recogido en el documento sea tenido por cierto para todos; y d) el alcance del acta debe ser lo más omnicomprendible posible, es decir, el secretario no solo refleja las expresiones o declaraciones de los sujetos del proceso; sino que documenta la realidad que observa, recogiendo todo cuanto le sea posible<sup>12</sup>. Respecto de los elementos materiales del acta escrita se pueden enumerar del siguiente modo: papel y escritura, idioma castellano, firma, sello, visto bueno y conformidad del secretario<sup>13</sup>. Finalmente, los principios que informan la documentación procesal del acta son los

---

<sup>10</sup> SÁNCHEZ PARELLADA, J., “El acta del juicio oral en el proceso penal y las nuevas tecnologías”, *Actualidad penal*, n. 1, (2003), pp. 357-359.

<sup>11</sup> SÁEZ GONZÁLEZ, J., *El acta del juicio oral en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 139-141.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 117-121.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 122-126.

siguientes: fidelidad, exactitud, autoría, perdurabilidad, solemnidad, carácter probatorio y público<sup>14</sup>.

Los aspectos positivos de este modo de documentación escrita del acta están ligados directamente a la figura del secretario judicial como garante de la legalidad del proceso. Siendo así, la escrituración del proceso judicial garantiza la inmediatez del secretario judicial y el carácter instrumental del acta para el ejercicio del derecho de defensa de las partes. Gracias a la intervención del secretario, este documento alcanza pleno valor probatorio en tanto documento público que debe respetarse en su integridad en instancias sucesivas. El contrapunto es que, como toda escritura, supone un lenguaje de signos cuya relación semiótica (signo-significado) exige un esfuerzo intelectual por parte de sus destinatarios y es posible que no siempre lo comprendido por estos se corresponda con la intención o el sentido declarado por el secretario en el acta.

La introducción del acta videográfica no responde a un capricho de innovación, sino que mejora la forma de documentar el acto de la vista y con ello, se otorga a los ciudadanos una más efectiva garantía de sus derechos en el proceso<sup>15</sup>. Debe señalarse que, más allá de los elementos subjetivos, formales y materiales del acta, los principios que informan esta documentación procesal se ven más y mejor protegidos mediante la grabación audiovisual de las actuaciones. Obviamente, el documento audiovisual refleja con mayor fidelidad y exactitud el acto del juicio; también, es cierto que la perdurabilidad de la grabación es mayor que la del documento escrito. Finalmente, siempre que la grabación esté supervisada o presidida por el secretario judicial, no cabrán sospechas acerca de su carácter solemne, probatorio y público.

Por estas razones, progresivamente se ha ido generalizando la introducción de los medios audiovisuales en la documentación procesal y hoy se prima la utilización de los modernos sistemas de documentación frente a los tradicionales; incluso la Ley Orgánica 7/2015 de reforma de la

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 139-132.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 270.

LOPJ en su artículo 230.3 ha prohibido la transcripción de las actuaciones grabadas por medios audiovisuales<sup>16</sup>.

Esta evolución puede observarse sintéticamente del siguiente modo: a) una situación inicial en la que primaba el carácter escrito de la documentación procesal y del acta en particular; b) una situación intermedia en la que existía una complementariedad entre la escrituración y grabación audiovisual de los actos del juicio oral<sup>17</sup> y c) la situación actual en la que existe una clara primacía del acta videográfica y solo cuando sea imposible su uso se impone la forma escrita. Este cambio tampoco ha sido indiferente para la figura del secretario judicial, quien inicialmente estaba siempre presente en todas las actuaciones procesales del juicio oral y que hoy le es suficiente acreditar electrónicamente la autoría del acta para su validez, sin necesidad de su presencia en la sala<sup>18</sup>.

### **3. GARANTÍAS PROCESALES DE LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL RECURSO.**

Aunque los recursos cumplen una clara función instrumental en el ordenamiento jurídico, pues contribuyen a corregir los errores judiciales y a completar el mandato contenido en las sentencias, no parece tan claro si el ejercicio de los recursos por parte de los justiciables puede o no considerarse un derecho fundamental en la legislación española. Inicialmente no es así, porque el derecho al recurso no está incluido expresamente entre los derechos fundamentales del Capítulo Segundo del Título I y, además, las dispersas menciones de la jurisprudencia constitucional al respecto tampoco lo avalaba<sup>19</sup>. La doctrina constitucional

---

<sup>16</sup> AGUILERA MORALES, M., GARCÍA COUSO, S., “Las grabaciones defectuosas o fallidas de las vistas...”, *op. cit.*, pp. 241-243.

<sup>17</sup> SÁEZ GONZÁLEZ, J., *El acta del juicio oral...*, *op. cit.*, pp. 259-270.

<sup>18</sup> AGUILERA MORALES, M., GARCÍA COUSO, S., “Las grabaciones defectuosas o fallidas de las vistas...”, *op. cit.*, p. 244. “La grabación en soporte digital constituye el habitual medio con que, hoy día, se documentan las actuaciones orales del proceso”.

<sup>19</sup> CALDERÓN CUADRADO, M.P., *La segunda instancia penal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005, p. 161.

era clara al respecto señalando que, únicamente cuando el legislador instaura un medio de impugnación se entenderá el recurso contenido dentro del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>20</sup>.

Ahora bien, esta libertad del legislador para establecer los medios de impugnación no se puede predicar en el orden penal, ya que desde la suscripción por España en 1977 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Convenio Europeo de Derecho Humanos (ratificado en 1979) y el encaje constitucional de ambos acuerdos en las previsiones del artículo 10. 2 de la Constitución Española (en adelante CE) otorga a la persona declarada culpable de un delito el derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito en la ley. Aquí se encontraría formulado el derecho al recurso, que tendría carácter fundamental en virtud del artículo 10.2 CE, pero a pesar de esto aun debe cuestionarse el fundamento de este. La dogmática penalista se encuentra dividida y aunque todos coinciden en adscribir este derecho al texto del artículo 24 CE, hay quienes consideran que se trata de una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>21</sup>; otros que consideran que se trata de un mandato implícito en la exigencia de un proceso con las debidas garantías<sup>22</sup>; y también quienes lo proyectan en el derecho de defensa<sup>23</sup>.

Se considera que estas visiones no son incompatibles entre sí, y como expresamente señala Yáñez Velasco: “Es escaso el sentido de buscar una ubicación unívoca del derecho al recurso, en uno u otro apartado del artículo 24 CE, cuando ambos se relacionan de forma tan profunda, impidiendo su consideración estanca. Antes bien, por su carácter implícito, más que ningún otro derecho procesal, está impregnado en multitud de lugares en el texto constitucional y en la propia filosofía rectora de este,

<sup>20</sup> SSTC 59/1984 de 10 de mayo; 102/1984 de 12 de noviembre; 109/1987 de 29 de junio; 5/1988 de 21 de enero; 10/1988 de 7 de julio.

<sup>21</sup> YÁÑEZ VELASCO, R., *Derecho al recurso en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 258-259.

<sup>22</sup> CALDERÓN CUADRADO, M.P., *La segunda instancia penal*, op. cit., p. 164.

<sup>23</sup> AGUILERA MORALES, M., GARCÍA COUSO, S., “Las grabaciones defectuosas o fallidas de las vistas...”, op. cit., p. 265.

no siendo vital focalizarlo<sup>24</sup>". En este sentido, el derecho al recurso en el orden penal constituye una materialización de la tutela judicial efectiva en la medida en que supone un acceso necesario al segundo grado. Igualmente es una exigencia del derecho de defensa de los justiciables porque solo mediante el recurso podrá corregirse la indefensión sufrida en primera instancia. También, está implícito en el mandato de un proceso con las debidas garantías puesto que las infracciones de las garantías procesales ya sean sustantivas o formales, solo podrán subsanarse mediante el correspondiente ejercicio del recurso.

En cuanto al alcance del derecho al recurso en el orden penal, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a propósito de la interpretación del artículo 14.5 del Pacto ha señalado que se debe tratar de una revisión íntegra del fallo condenatorio y de la pena impuesta, abarcando tanto las cuestiones de hecho como de derecho. Desde el año 2000 hasta 2005 el Comité de Derechos Humanos de la ONU, ha advertido a España la necesidad de respetar este mandato y, en efecto, estas recomendaciones parecen haber influido en la legislación española tanto en la LO 19/2003 como en la Ley ordinaria por la que se modifican diversas normativas procesales. De ambos textos se deduce una concepción garantista de la segunda instancia configurada como un sistema de garantías de las libertades individuales a través del doble grado de jurisdicción y, se confirma la posibilidad de recurso frente a todas las resoluciones judiciales, sean estas de los Juzgados, Audiencias, Tribunales Superiores de Justicia e incluso las del Tribunal Supremo en el caso de aforados<sup>25</sup>.

Aunque la más reciente legislación se hace eco de este mandato del Comité, y en el orden penal se revisan íntegramente los procesos, con anterioridad era el acta el medio a través del cual el Tribunal Constitucional rompía el principio de soberanía probatoria de la primera instancia y mediante el examen del acta se establecía un auténtico reexamen de las pruebas. Desde luego, el acta es un instrumento especialmente apto para el ejercicio del derecho al recurso, porque permite examinar tanto los requisitos meramente procedimentales

---

<sup>24</sup> YÁÑEZ VELASCO, R., *Derecho al recurso en el proceso penal*, op. cit., p. 262.

<sup>25</sup> CALDERÓN CUADRADO, M.P., *La segunda instancia penal*, op. cit., p. 182.

como los aspectos sustantivos o materiales del proceso. Claro que para que esto sea posible el acta debe ser extensa, minuciosa y comprender todos y cada uno de los resultados probatorios con todo el detalle posible; es decir, no solo si se realizaron o no determinadas pruebas, sino el contenido de dichas pruebas<sup>26</sup>. Como afirma Sáez González: “Un proceso sin fe pública y sin documentación es un proceso encaminado a hacer inefectivo el principio de tutela judicial efectiva. El acta, en consecuencia, es una exigencia indudable del proceso conforme a los principios procesales que marca nuestra Constitución<sup>27</sup>”.

#### **4. DEFECTOS EN EL ACTA Y LESIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE DEFENSA.**

Como se ha indicado, la introducción de los medios audiovisuales en la documentación del juicio oral ha contribuido a mejorar los principios y finalidades inherentes al acta; sin embargo, a pesar de esta notable mejora también se pueden producir problemas eventuales o defectos técnicos que pongan en peligro una exhaustiva documentación del juicio oral. Se debe cuestionar entonces cuáles serían los efectos de una deficiente documentación sobre los derechos procesales de las partes en litigio.

Ciertamente, la grabación de las actuaciones procesales contribuye al mejor desarrollo contradictorio del proceso, fomenta la inmediación física del juez en el juicio y práctica de las pruebas, favorece la confianza de las partes y la fidelidad del acta con las actuaciones<sup>28</sup>; así mismo, contribuye a desarrollar la oralidad del proceso y extiende la publicidad de las actuaciones más allá del acto documentado<sup>29</sup>. Con más precisión escribe Calderón Cuadrado: “Ni qué decir tiene que la grabación de la vista juega un papel decisivo a la hora de comprobar los errores que el juez a

<sup>26</sup> SÁEZ GONZÁLEZ, J., *El acta del juicio oral...*, op. cit., pp. 187-189.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 192.

<sup>28</sup> Así, por ejemplo, la SAP Tarragona 07/02/2017 num. 194/2016 estima el recurso de apelación de la condenada tras el visionado de las pruebas testificales, apreciando error en la valoración de las mismas por la instancia.

<sup>29</sup> AGUILERA MORALES, M., GARCÍA COUSO, S., “Las grabaciones defectuosas o fallidas de las vistas...”, op. cit., p. 245.

quo hubiera podido cometer sobre el contenido de la actividad probatoria. Siendo como son los términos de comparación la documentación del acto y la propia resolución judicial, resulta claro que el carácter impersonal y completo del registro audiovisual facilitará notablemente el descubrimiento en la sentencia de este tipo de incorrecciones<sup>30</sup>”.

Ahora bien, esta mejor garantía solo se produce cuando la grabación se ha llevado a cabo sin errores y no siempre es así. Sea por error humano, fallo técnico o electrónico, es posible que o bien, la grabación no llegue a realizarse, o, tan solo se graben algunas actuaciones del juicio, o bien, se grabe la imagen y no el sonido, o, viceversa. En principio, este tipo de errores no tiene por qué afectar a la validez del juicio oral siempre que el secretario judicial esté presente en el momento de la grabación ya que, en este caso, podría continuar la documentación del proceso mediante soporte escrito, que complementaría el acta audiovisual deficiente<sup>31</sup>. Por otro lado, las recientes reformas legislativas en el orden procesal han flexibilizado, cuando no postergado, la necesidad de la presencia del secretario judicial en la grabación del juicio oral y su obligación de transcribir el contenido registrado en la filmación, como demuestra el artículo 230.3 de la LOPJ y el artículo 147 de la Ley 42/2015 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC)<sup>32</sup>.

Artículo 230.3 LOPJ: “Las actuaciones orales y vistas grabadas y documentadas en soporte digital no podrán transcribirse, salvo en los casos expresamente previstos en la ley”.

Artículo 147 LEC: “Las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparecencias celebradas ante los jueces o magistrados o, en su caso, ante los letrados de la Administración de Justicia, se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen y no podrán transcribirse”.

---

<sup>30</sup> CALDERÓN CUADRADO, M. P., *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada*, Madrid, LaLey, 2011, p. 101.

<sup>31</sup> SÁEZ GONZÁLEZ, J., *El acta del juicio oral...*, op. cit., p. 266. Así, por ejemplo, la STS 31/10/2012 num. 3760/2011; STS 3/10/2019 num. 10183/2019

<sup>32</sup> ADAN DOMENECH, F., “Documentación de la actividad procesal y nulidad de actuaciones”, *Revista General de Derecho Procesal*, n. 30, (2013), p. 20.

Si a esta situación se añade el hecho de que, generalmente, el secretario judicial valida mediante firma electrónica o telemática la grabación audiovisual del juicio oral y que los defectos en la misma se revelan, normalmente, una vez que ha concluido el juicio; las consecuencias de este cúmulo de errores pueden derivar en la nulidad del juicio, ex artículo 225 LEC al provocarse indefensión.

En el orden civil, por lo general rige el principio de conservación del proceso y la nulidad se decreta únicamente con carácter excepcional, pues debe producirse una efectiva indefensión de parte que ha de ser alegada en el momento procesal oportuno<sup>33</sup>.

En el orden penal, dada su especial naturaleza y la mayor extensión de los derechos del justiciable<sup>34</sup>, la situación es diferente. Como señala Calderón Cuadrado, “el legislador no ha sido ajeno a esta diversidad: como se adelantó, las modificaciones introducidas por la Ley de la nueva oficina judicial respecto a la solicitud de reproducción de lo grabado en la fase de vista del recurso penal no se han trasladado a su homónima civil y ello a pesar de equipararse los sistemas de documentación de las actuaciones orales respectivas<sup>35</sup>”. Más aun, en el orden penal, cuando la deficiente grabación del juicio oral afecta a la práctica de una prueba de cargo, la dificultad o imposibilidad de revisarla en segunda instancia afectará directamente al derecho al recurso de la parte y a su derecho de defensa, decretándose la nulidad<sup>36</sup> en virtud del artículo 238.3 LOPJ: “Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes. 3.º

<sup>33</sup> AGUILERA MORALES, M., GARCÍA COUSO, S., “Las grabaciones defectuosas o fallidas de las vistas...”, *op. cit.*, p. 251.

<sup>34</sup> CALDERÓN CUADRADO, M. P., *La encrucijada de una justicia ...*, *op. cit.*, p. 147. “no se olvide, es titular [el imputado] de los derechos fundamentales relativos a la presunción de inocencia y a la revisión de la sentencia condenatoria y de la pena impuesta”.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>36</sup> En este sentido pueden encontrarse numerosa jurisprudencia: SAP La Coruña 28/06/2013 num. 411/2013, SAP Murcia 25/07/2014 num. 97/2014, SAP Madrid, 22/03/2010 num. 434/2009, SAP Gran Canaria 23/12/2016 num. 942/2016, SAP Illes Balears 25/09/2017 num. 132/2017, SAP Alicante 17/11/2016 num. 1882/2016, SAP Córdoba 10/11/2015 num. 1308/2015, entre las más recientes. En todas estas sentencias del territorio nacional las Audiencias decretaron la nulidad de los juicios previos dados los defectos en la grabación de las actuaciones determinantes de la indefensión.



Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión”. En estos casos, deberá realizarse un nuevo juicio ante un juez distinto para preservar la imparcialidad del juzgador<sup>37</sup>. Decretada la nulidad no podrá recurrirse, pues se retraen las actuaciones al momento inicial y la cuestión de fondo quedará imprejuizada, es decir, como si no hubiese sido objeto de juicio antes<sup>38</sup>.

Como ejemplo de esta situación se puede encontrar la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2017, en la que literalmente se afirma: “Todo avance conlleva dificultades de implantación que es necesario afrontar con perspectiva de futuro. Ahora bien, cuando se ven afectados derechos fundamentales de los ciudadanos, como el de tutela judicial efectiva en sus distintas vertientes, o la garantía de presunción de inocencia, es imprescindible minimizar los riesgos hasta prácticamente erradicarlos. De ahí que, en tanto en cuanto no sea posible garantizar un óptimo funcionamiento del sistema, que reduzca los errores a lo meramente anecdótico, es necesario intensificar las cautelas y compatibilizar los nuevos sistemas con otros que, sin frenar el avance tecnológico, garanticen los fines del proceso”. Como señala De Lamo Rubio: nadie puede refrendar la autenticidad e integridad de una grabación hasta que esta no ha concluido, de ahí que la validación por el secretario judicial debe producirse una vez que el acto ha terminado y que, por muy avanzado que sea el sistema, este debe controlar su funcionamiento correcto<sup>39</sup>.

Conviene precisar que no siempre una grabación defectuosa determinará la nulidad de las actuaciones y que se conservará la validez del proceso en los siguientes casos: a) cuando la prueba no documentada no sea determinante para la sentencia; b) cuando se omitan ciertos requisitos formales en la articulación de la pretensión impugnatoria; y c) cuando no se argumenten suficientemente los motivos sobre los que

---

<sup>37</sup> AGUILERA MORALES, M., GARCÍA COUSO, S., “Las grabaciones defectuosas o fallidas de las vistas...”, *op. cit.*, p. 254.

<sup>38</sup> ADAN DOMENECH, F., “Documentación de la actividad procesal...”, *op. cit.*, p. 23.

<sup>39</sup> DE LAMO RUBIO, J., “Justicia digital y nulidad de actuaciones judiciales”, *Diario La Ley*, n. 9042, (2017), p. 5.

se fundamenta la impugnación, que deberán vincularse las garantías recogidas en el artículo 24 CE y su relación con el derecho a la defensa<sup>40</sup>. En este sentido, la STC 55/2015 señala que no siendo determinantes para la sentencia las pruebas practicadas no se produce indefensión, pues, carecen de relevancia para modificar la relación de hechos probados. Tampoco se vulnera el derecho al recurso, puesto que nada impide al recurrente articular su impugnación apelando a la revisión del juicio, como tampoco se impide su acceso a la segunda instancia penal ni a un proceso justo con todas las garantías. En un sentido similar, la STS 1000/2016 de 17 de enero, descartó una indefensión sustantiva – en un supuesto de grabación incompleta y de inexistencia de acta del secretario – porque ni el recurrente expresó que el contenido concreto de las pruebas hubiese sido tergiversado en la motivación que de ellas hizo el tribunal, ni sostuvo que las declaraciones abarcaran extremos esenciales no contemplados por el tribunal.

Siguiendo la enumeración señalada por Adán Doménech, la nulidad de las actuaciones a causa de actas audiovisuales defectuosas procederá en estos supuestos: imposible valoración del material probatorio, imposibilidad de adquirir el conocimiento de la relación jurídica para un nuevo enjuiciamiento, imposibilidad de concretar el razonamiento lógico de las conclusiones de las partes emitidas en la vista del juicio, inexistencia de acta completa consignada por el Secretario judicial como subsanación de la grabación defectuosa y, por último, el desconocimiento de las partes procesales de las consecuencias del acta defectuosa referentes a la defensa de sus intereses<sup>41</sup>.

La reiteración de los errores de grabación en los juicios penales a lo largo del territorio nacional y la consecuente proliferación de recursos ha obligado al Tribunal Supremo a detallar minuciosamente cuál es la posición de la Sala, sintetizando la jurisprudencia sobre esta cuestión la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 23/07/2019 num. 10389/2018, expresa literalmente en el Fundamento

---

<sup>40</sup> AGUILERA MORALES, M., GARCÍA COUSO, S., “Las grabaciones defectuosas o fallidas de las vistas...”, *op. cit.*, p. 254.

<sup>41</sup> ADAN DOMENECH, F., “Documentación de la actividad procesal...”, *op. cit.*, pp. 13-21.

de Derecho Primero, punto 5: “una vez constatada la existencia de un defecto de grabación procede valorar a continuación si el mismo es revelador de una verdadera indefensión material, a la vista del tipo de impugnación, la naturaleza de los motivos invocados y las alegaciones que se incluyan en ellos; pero, en todo caso, ha de tenerse presente que: i) las deficiencias en la grabación del juicio oral no alteran los márgenes del recurso de casación marcados por la necesidad de respetar la valoración de la prueba efectuada en instancia, con las garantías que proporciona el principio de inmediación; ii) la deficiente grabación del juicio, no conlleva, en todo caso, indefensión, cuando el Tribunal de casación está en condiciones de evaluar, sin limitación, la corrección del juicio probatorio, en el caso concreto y en atención a las alegaciones del recurso; y iii) sería posible plantearse una indefensión si el recurrente precisa el contenido concreto de las pruebas, datos o elementos no documentados de manera alguna que son incompatibles con lo expresado por los Magistrados en su sentencia y siempre que para resolver el recurso sobre este aspecto sea imprescindible conocer lo acaecido en el juicio no documentado”<sup>42</sup>.

## 5. CONSECUENCIAS DE LA REPETICIÓN DEL JUICIO ORAL.

Como advierte el acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2017: “cuando la documentación relativa al juicio oral sea imprescindible para la resolución del recurso, su ausencia en relación con los aspectos controvertidos, que genere indefensión material, determinará la nulidad del juicio oral o, en su caso, la absolución”. En estos casos, como se ha mencionado anteriormente, las consecuencias de la nulidad es la retroacción de las actuaciones al momento del señalamiento de la vista oral del juicio (art. 241.2 LOPJ), debiéndose celebrar un nuevo juicio por tribunal diferente y cuyo desarrollo quede debidamente documentado<sup>43</sup>. Ahora bien, debe

---

<sup>42</sup> STS 253/2017 de 6 de abril, STS 734/2010 de 23 de julio, STS 464/2015 de 7 de julio, STS 1000/2016 de 17 enero, STS 529/2017 de 11 de julio, STS 84/2018 de 15 de febrero, entre las más destacadas.

<sup>43</sup> STS 11 de julio de 2017. FJ Quinto y Fallo.

cuestionarse si más allá del tenor legal del artículo 238.3 LOPJ que ordena la nulidad, esta medida es el mejor modo de resolver la situación conflictiva; habida cuenta de que la repetición del juicio supone un coste añadido para los litigantes, para la Administración de Justicia y elude la responsabilidad de la Administración y sus funcionarios en los hechos determinantes de esta nulidad. Sin perjuicio de examinar la incidencia que un nuevo proceso pueda tener sobre el principio de *non bis in idem* y la seguridad jurídica.

Desde un punto de vista estrictamente teórico-dogmático la nulidad presupone la inexistencia de todo lo actuado, esto es, como si no se hubiese producido nunca; lo que impediría plantearse la vulneración del *non bis in idem* o cualquier posible afectación a la seguridad jurídica. Desde esta perspectiva, la nulidad mantiene incólumes los principios vertebradores del orden penal, es decir, el principio de legalidad y de judicialidad, porque nunca existió el proceso en el que las deficiencias se detectaron. Igualmente, al no existir jurídicamente el proceso nulo, la confianza ciudadana en la Administración de Justicia y su correcto o normal funcionamiento no se ve mermada, ni perjudicado el valor justicia<sup>44</sup>, como tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>45</sup>.

Desde un punto de vista práctico, declarada la nulidad del juicio por acta defectuosa es claro que la Administración deberá devolver de oficio las cantidades satisfechas (tasas, honorarios, depósitos practicados) por las partes con anterioridad a la celebración del juicio oral (art. 241.2 LOPJ y ex art. 1303 del Código Civil, en adelante CC).

¿Sin embargo, qué ocurriría en el caso de pruebas cuya reproducción en un nuevo proceso fuera imposible, imposibles de practicar o destruidas? El único medio posible de acceso a estas pruebas sería el acta, pero al encontrarse defectuosa o mal grabada resultará que estas piezas de convicción se han perdido. Entonces es evidente que las consecuencias derivadas de una grabación defectuosa ocasionan unos daños económicamente cuantificables, y que estos no quedan reparados por vía de la nulidad. Podría considerarse, entonces, la posibilidad

---

<sup>44</sup> YÁÑEZ VELASCO, R., *Derecho al recurso en el proceso penal*, op. cit., pp. 124-129.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 314-316.

de plantear la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia es un supuesto de responsabilidad objetiva del Estado-juez. Este tipo de responsabilidad pública actúa solamente en el caso de vulneraciones graves del derecho a la tutela judicial efectiva, integrado tanto por el derecho al proceso, como el derecho a que se desarrolle según los parámetros constitucionales y por el derecho al aseguramiento del bien o derecho en litigio<sup>46</sup>. Como recoge González Alonso: “en el Ministerio de Justicia se consideran y tramitan como causas de funcionamiento anormal las dilaciones indebidas, las suspensiones de vistas, el extravío o pérdida de medios probatorios o pruebas de convicción, el extravío de depósitos judiciales, embargos o prisión preventiva o detención indebida por funcionamiento anormal<sup>47</sup>”.

No cabe duda de que la nueva celebración del juicio supone un coste para las partes, que deberán satisfacer nuevamente las tasas administrativas necesarias para litigar, así como el coste de los honorarios de abogados y procuradores, junto al resto de costas procesales. Más aún, para la Administración de Justicia la celebración de un nuevo juicio supone una carga añadida para la ya saturada práctica jurisdiccional y también un descrédito de la Administración de Justicia para la ciudadanía. Sin perjuicio de la desconfianza en la Administración, estos nuevos costes no serán sino los naturalmente resultantes del acceso a los órganos jurisdiccionales, porque debe tenerse en cuenta que los gastos sufragados en el proceso nulo fueron devueltos. En un primer momento podría cuestionarse si la celebración de un nuevo juicio a causa de la nulidad supone un supuesto de dilaciones indebidas; porque, ciertamente, los sujetos ven postpuestas la resolución de sus pretensiones a un nuevo proceso más o menos lejano en el tiempo. Sin embargo, no se trataría de un supuesto de anormal funcionamiento de la Administración de Justicia; porque, precisamente, el nuevo juicio tendrá lugar para subsanar los defectos que motivaron la nulidad y, en consecuencia, para una mejor garantía y realización de los derechos fundamentales de carácter procesal que asisten a las partes.

---

<sup>46</sup> GONZÁLEZ ALONSO, A., *Responsabilidad Patrimonial del Estado en la Administración de Justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 57-59.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 58.

¿Ahora bien, en el caso de pruebas imposibles de practicar en un nuevo proceso, es posible considerar exigible responsabilidad patrimonial a la Administración alegando un funcionamiento anormal de esta? Y si así fuese, ¿quién habría de responder por estos daños: ¿el Estado o el secretario judicial? Aun no ha habido un desarrollo jurisprudencial y casuístico que permita responder a estos interrogantes. Aquí se propone establecer una relación de semejanza entre la responsabilidad por acta defectuosa y la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando se pierden piezas de convicción.

Una base sólida para exigir responsabilidad patrimonial al Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sería considerar el acta como un medio probatorio de carácter esencial para el ejercicio del derecho al recurso y al haber sido registrada defectuosamente, asimilarlo a un supuesto de pérdida o deterioro de piezas de convicción. Los fundamentos teóricos de esta relación de semejanza deben quedar debidamente argumentados: primero, determinar si el acta del juicio oral puede ser considerada como el único modo de conocer las pruebas de cargo (imposibles de repetir) del proceso declarado nulo; segundo, establecer una relación causal entre los defectos de grabación del acta y la conducta poco diligente del Secretario Judicial.

Es claro que el acta del juicio oral constituye el principal medio de prueba para la sustanciación del recurso y el acceso al segundo grado jurisdiccional. Además, se trata de un medio de prueba de carácter privilegiado, ya que se le presumen las notas inherentes a la fe pública judicial: veracidad, integridad, inmediación, exclusividad y neutralidad<sup>48</sup>. Tampoco cabe cuestionar la relevancia de la documentación procesal a efectos del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con las debidas garantías, tanto en lo que se refiere a la posibilidad del recurso a instancias superiores (vocación histórica de la documentación procesal) como para el examen crítico de la motivación judicial y su valoración probatoria<sup>49</sup>. De acuerdo con lo anterior, no es extraño que La STC 55/2015 concluya que: “la documentación de las actuaciones no constituye un requisito de

---

<sup>48</sup> SÁEZ GONZÁLEZ, J., *El acta del juicio oral...*, op. cit., pp. 91-104.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 199-206.

validez de los actos procesales, sino la prueba auténtica que permite constatar la realidad material de lo actuado”.

En cuanto se refiere al establecimiento del nexo causal entre los defectos de grabación del acta y la actitud poco diligente del secretario judicial, parece claro que éste ocupa la función de fedatario y garante de la validez, legalidad e integridad del contenido del acta y si ésta no reúne esas condiciones debe imputársele al mismo. Es decir, que dada la condición de garante que le caracteriza, no será necesario que el acta defectuosa se produzca de manera dolosa o intencionada; bastará probar que el mismo no mantuvo la diligencia debida o infringió su deber de cuidado para deducir objetivamente su responsabilidad. En este sentido, especialmente flagrante puede ser el supuesto de acta videográfica defectuosa validada por el secretario telemáticamente sin estar presente en la vista, posibilidad legalmente prevista *ex artículo. 743.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal*<sup>50</sup>; pues, como sea que los defectos de grabación sólo podrán ser detectados una vez concluida la vista, la más elemental prudencia exige la presencia real del Secretario para controlar su adecuado funcionamiento<sup>51</sup>. La relativa frecuencia con la que ocurren este tipo de incidencias sería suficiente, teniendo en cuenta el enunciado del artículo citado, para motivar la presencia del secretario y el levantamiento de acta sucinta de la vista. Teniendo presente el deber de cuidado que preside la acción del secretario la responsabilidad será imputable al mismo y, aunque inicialmente sea el Estado el encargado de

---

<sup>50</sup> Art. 743. 2 LECrim: “ Siempre que se cuente con los medios tecnológicos necesarios el Secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías. En este caso, la celebración del acto no requerirá la presencia en la sala del Secretario judicial salvo que lo hubieran solicitado las partes, al menos dos días antes de la celebración de la vista, o que excepcionalmente lo considere necesario el Secretario judicial, atendiendo a la complejidad del asunto, al número y naturaleza de las pruebas a practicar, al número de intervinientes, a la posibilidad de que se produzcan incidencias que no pudieran registrarse, o a la concurrencia de otras circunstancias igualmente excepcionales que lo justifiquen, supuesto en el cual el Secretario judicial extenderá acta sucinta en los términos previstos en el apartado siguiente”.

<sup>51</sup> STS 11 julio 2017.

responder indemnizatoriamente por los daños causados, posteriormente, podrá repetir contra el funcionario poco diligente<sup>52</sup>.

## CONCLUSIONES

Ante este estado de cosas pareciese que los daños producidos con motivo del acta defectuosa darían lugar a un nuevo supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración; pero, aún, debe cuestionarse si estos daños son propiamente antijurídicos, o bien, aunque imputables a la Administración son secuelas negativas, que deben ser soportadas por los ciudadanos (artículo 141.1 Ley Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Se considera que, en el supuesto singular de nulidad por acta defectuosa y pruebas imposibles de repetir en un nuevo proceso, los daños causados a las partes por la conducta poco diligente del secretario no deben ser soportados por ellas. Primero, porque la frecuencia con la que este tipo de situaciones se produce, impone – a pesar de las previsiones legales que autorizan al secretario a no estar presente – su presencia por imperativo de la prudencia más elemental. Segundo, porque si el secretario hubiese supervisado la grabación, durante o después, podría haber levantado acta sucinta recogiendo el contenido y práctica de estas pruebas.

La situación descrita a lo largo de las páginas precedentes da la razón a las previsiones hechas en su día por el procesalista italiano Chiavario, quien exhortaba a una completa y rigurosa regulación del uso de los medios audiovisuales en la grabación y documentación del proceso judicial, así como para su uso argumentativo en procesos posteriores. En definitiva, se hace necesario un auténtico cuerpo o sistemas de normas *ad hoc*, una infraestructura y organización adecuada para la conservación y reproducción de estas grabaciones y el establecimiento de un régimen de responsabilidad para los técnicos de justicia encargados de la grabación<sup>53</sup>. La impresión general parece ser que tras las sucesivas

---

<sup>52</sup> GONZÁLEZ ALONSO, A., *Responsabilidad Patrimonial...*, op. cit., p. 93.

<sup>53</sup> CHIAVARIO, M., “O impacto das novas tecnologias: os direitos do individuo e o interesse social no processo penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 7, (1997), p. 389-390.



reformas tendentes a la instauración del acta audiovisual aún quedan puntos oscuros o problemas por resolver, que hasta el momento han obtenido respuesta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo; pero que exigiría una reformulación de los textos legislativos con la finalidad de arrojar luz sobre la cuestión y establecer nítidamente las reglas de su uso y las garantías de su corrección.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ADAN DOMENECH, F., “Documentación de la actividad procesal y nulidad de actuaciones”, *Revista General de Derecho Procesal*, n. 30, (2013).

AGUILERA MORALES, M., GARCÍA COUSO, S., “Las grabaciones defectuosas o fallidas de las vistas y juicio: transcendencia procesal y constitucional”, *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

CALDERÓN CUADRADO, M.P., *La segunda instancia penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

CALDERÓN CUADRADO, M.P., *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada. Sobre la grabación de las vistas, los recursos y la garantía de intermediación*, Madrid, La Ley, 2011.

CHIAVARIO, M., “O impacto das novas tecnologias: os direitos do individuo e o interesse social no processo penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 7, (1997).

DE LAMO RUBIO, J., “Justicia digital y nulidad de actuaciones judiciales”, *Diario La Ley*, n. 9042, (2017).

GONZÁLEZ ALONSO, A., *Responsabilidad Patrimonial del Estado en la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Administración de Justicia y Nuevas Tecnologías: líneas de evolución de un proceso abierto”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar la modernización de las Administraciones Públicas*, n. 1, (2005).

LOMBARDÍA VILLALBA, A., “Nuevas Tecnologías y Administración de Justicia”, *Foro de Actualidad Uría Menéndez*, n. 30, (2011).

MEDINA MORALES, D., “Administrar justicia en la era tecnológica”, *Persona y Derecho*, n. 78, (2018).

SÁEZ GONZÁLEZ, J., “Una nota histórica: primeras noticias sobre la actividad de documentación procesal en nuestro derecho”, *Justicia*, n. 95, (1993).

SÁEZ GONZALEZ, J., “Propuestas sobre los contenidos de la documentación audiovisual de los juicios orales. Papel del secretario judicial”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, n. XXI.1, (2009).

SÁEZ GONZÁLEZ, J., *El acta del juicio oral en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1996.

SÁNCHEZ PARELLADA, J., “El acta del juicio oral en el proceso penal y las nuevas tecnologías”, *Actualidad penal*, n. 1, (2003).

VIDAL, E., “Los derechos humanos de tercera generación”, en MEGÍAS QUIRÓS, J. J., *Manual de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

YÁÑEZ VELASCO, R., *Derecho al recurso en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

### **Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)**

*Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration):* a autora confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

*Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship):* todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

*Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality):* a autora assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 10/07/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 12/07/2019
- Avaliação 1: 13/07/2019
- Avaliação 2: 22/07/2019
- Avaliação 3: 18/08/2019
- Decisão editorial preliminar: 22/10/2019
- Deslocamento ao V6N1: 22/10/2019
- Retorno rodada de correções 1: 21/11/2019
- Decisão editorial preliminar 2: 09/12/2019
- Retorno rodada de correções 2: 11/12/2019
- Decisão editorial final: 15/12/2019

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

RAMIREZ BENAVENTE, Maria Dolores. La influencia de las nuevas tecnologías en la documentación del proceso penal español. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 397-420, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.256>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

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

---

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

---




# O regime jurídico do juízo de admissibilidade dos recursos criminais dirigidos aos Tribunais Superiores conforme o CPC/2015


*The legal regulation applicable to the admissibility of criminal appeals to Superior Courts according to the CPC/2015*

**Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Jr.<sup>1</sup>**

Universidade Federal do Paraná – Curitiba, Paraná, Brasil

francisco@monteiorocha.com

 <http://lattes.cnpq.br/9457945336008870>

 <https://orcid.org/0000-0003-3545-2894>

---

**RESUMO:** A gradual implantação de um modelo de precedentes no sistema jurídico brasileiro não foi formalmente inserida no Código de Processo Penal (CPP). Nada obstante, é de se debater se os efeitos desse novo paradigma também estão (ou estarão) sendo sentidos na seara processual penal. Para além de todos os temas que poderiam ser discutidos a partir dessa perspectiva, no presente artigo enfrentaremos especificamente as modificações do regime jurídico do juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários criminais, com o advento do Código de Processo Civil (CPC 2015). Trata-se de discussão a qual deve o processo penal se voltar, tendo-se em conta suas importantíssimas aplicações e desdobramentos práticos para as partes que galgam as cortes superiores, bem como para os respectivos órgãos julgadores. A hipótese da qual partimos é a de que houve efetivas mudanças na forma como os recursos criminais dirigidos aos tribunais superiores devem ser elaborados e julgados em virtude do CPC/15. Para tanto, apresentaremos os resultados da análise realizada da legislação aplicável, da jurisprudência que tem sido produzida sobre o tema, bem como apresentaremos as contribuições de autores que já se debruçaram sobre tal temática.

---

<sup>1</sup> Professor Adjunto do Departamento de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutor em Direito pela UFPR. Advogado.

**PALAVRAS-CHAVE:** recurso especial criminal; recurso extraordinário criminal; Código de Processo Civil de 2015; juízo de admissibilidade.

**ABSTRACT:** *The gradual implementation of a precedent model in the Brazilian legal system was not formally inserted in the Code of Criminal Procedure (CPP). Nevertheless, it is important to debate whether the effects of this new paradigm are also (or will be) being felt in the criminal procedure. Beyond all the topics that could be discussed from this perspective, in this article we will specifically face the modifications of the of the criminal appeals to the superior courts admissibility, due to the advent of the Civil procedure Code (CPC 2015). This is a discussion which should the criminal process take place, considering its very important applications and practical developments for the parties in Superior Courts criminal proceedings, as well as for their Judging bodies. The hypothesis of which we depart is that there have been effective changes in the way criminal appeals to the superior courts should be elaborated and judged due to the CPC 2015. To reach that, we will present the results of the analysis carried out of the applicable legislation, the jurisprudence that has been produced on the subject, and we will present the contributions of authors who have already studied this theme.*

**KEYWORDS:** *criminal appeals to Superior Courts; 2015 Civil procedure code (CPC 2015); admissibility.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O Processo Penal rumo a um sistema de precedentes? 3. A nova sistemática do exame de admissibilidade dos recursos dirigidos aos tribunais superiores. 4. Recursos que serão negados, sem análise do tema federal ou constitucional veiculado. 4.1. Tema do recurso não teve repercussão geral reconhecida ou acórdão recorrido acolhe entendimento da repercussão geral. 4.2. Acórdão em conformidade com entendimento do STF ou do STJ. 5. Recursos que serão encaminhados para retratação do órgão no qual foi julgado o acórdão recorrido 6. Recursos que serão sobrestados – e as questões correlatas da manutenção da prisão cautelar e da prescrição. 6.1. É razoável a execução antecipada da pena de processo suspenso por aguardar decisão final de Repercussão Geral ou Recurso Repetitivo? 6.2. Como incidiria os prazos prescricionais em processo suspenso por aguardar decisão final de Repercussão Geral ou Recurso Repetitivo? 7. Recursos cuja admissibilidade será analisada e seleção dos representativos da controvérsia. 7.1. Juízo de admissibilidade dos recursos. 7.2. Seleção de recurso representativo de controvérsia. 8. Conclusões.

---



## 1. INTRODUÇÃO

Há inúmeros debates sobre os fundamentos - ou a lógica de existência - dos recursos em processos judiciais. Há argumentos em sua defesa (como a noção da falibilidade humana; como o fato dos tribunais serem compostos por juízes mais experientes; como a pressão sobre os magistrados de que a possibilidade de revisão dos julgados provoca no sentido de mais diligência, etc.) e há argumentos contrários ao instituto (como a inocuidade da primeira instância se o recurso for provido ou da segunda instância se não o for; como o desprestígio à justiça provocado pelas decisões contraditórias, etc.)<sup>2</sup>.

Para além desses argumentos, há que se reparar que a existência dos recursos e a necessidade do aprofundamento e refinamento de sua(s) sistemática(s), é corolário da existência de mecanismos de controle sobre os atos realizados pelos três poderes, sejam eles quais forem. Assim como há a possibilidade de os atos administrativos e legislativos serem controlados pela via judicial, vê-se que também as decisões judiciais devam se submeter a controles, por meio do que se verificaria sua acurácia fática, legalidade e constitucionalidade<sup>3</sup>. Trata-se de decorrência da própria constitucionalização da nossa estrutura jurídico-política desde 1988.

De todo o modo, e independentemente do fundamento que lhe ancora, o fato é que se enraizaram em nosso sistema jurídico diferentes meios de impugnação das decisões judiciais<sup>4</sup>. Na seara criminal, por um lado, podemos destacar os recursos que comportam ampla devolutividade e conseqüente revolvimento de todas as questões fáticas e jurídicas, como é o caso da apelação criminal. De outro, podemos voltar nossa mirada para os recursos que só contemplam a revisão dos pressupostos jurídicos da decisão atacada, como é o caso dos recursos dirigidos aos

---

<sup>2</sup> Para um painel sobre o assunto, LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1151-1155; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018; p. 833-870; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 951-1007.

<sup>3</sup> Cf. ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rego Monteiro. *Recurso Especial e Extraordinário Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>4</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 4<sup>a</sup>. ed., p. 27-29.

tribunais superiores – cujo exame de admissibilidade será verticalizado no presente artigo.

Antes disso, porém, cabe a indagação: o que significa dizer que algumas decisões só admitem reexame em seus pressupostos jurídicos? Ou, em outro olhar sobre a mesma questão, o que são recursos que só debatem as questões jurídicas da decisão impugnada?

A explicação dessa sistemática parte da constatação de que os fatos e as provas somente são discutidos na primeira instância, pelo juiz de direito com competência criminal, e pelas Câmaras e Turmas Criminais do Tribunal respectivo. Dessa feita, a instância revisora nas Superiores Instâncias não poderá reanalisar as provas para reformar o julgamento e deliberar que os fatos não se deram como decidido na instância *a quo*. Igualmente será vedado reformar a decisão para decidir que fato assentado no *decisum* inferior não existiu. Discute-se, nessa seara, somente se lei e Constituição aplicadas no deslinde da causa foram interpretadas de forma coerente e harmônica com o sistema jurídico.

Seguindo nosso raciocínio, conclui-se que as impugnações dirigidas aos Tribunais superiores estão restritas à análise da escorreita aplicação do Direito como é o caso do recurso especial, previsto no art. 105, III, e o recurso extraordinário, positivado no art. 102, III, ambos da Constituição da República.

Como dito acima, o que pretendemos abordar no presente artigo é exatamente o juízo de admissibilidade dessas espécies recursais, que foram bastante impactadas com o advento do CPC/2015. Para tanto, e partindo do pressuposto de que referidas mudanças estão sendo efetivamente aplicadas no processo penal, faremos análise da novel legislação à luz de como a jurisprudência tem se debruçado sobre o tema<sup>5</sup>, ou sobre como sobre ele deveria se debruçar.

Esclareça-se, por oportuno, que por se tratar de tema que ainda não despertou a atenção da dogmática processual penal brasileira, no

---

<sup>5</sup> É de se observar que, ao longo do presente trabalho, nem sempre pudemos fazer referência à jurisprudência, visto que optamos por realizar recorte adstrito exclusivamente aos Cortes Superiores. Isso se deve ao fato de que, como se trata de nova legislação, eventuais idiosincrasias dos Tribunais Estaduais na interpretação dessa norma poderiam turvar a visualização mais límpida e decantada que se pretende realizar sobre a discussão proposta.

presente artigo, a crítica científica perde protagonismo para a descrição compreensiva. É de se ressaltar que, ao lado da crítica, tão necessária e importante, é também fundamental compreender a sistemática de instrumentos dogmáticos. Esse é o comedido objetivo desse artigo.

Desde tal mirada, ao final desse estudo, poderemos apontar as modificações que necessariamente deverão ser enfrentadas pelos operadores jurídicos que se dedicam em termos teóricos ou práticos às questões relacionadas aos recursos criminais dirigidos aos tribunais superiores.

## 2. O PROCESSO PENAL RUMO A UM SISTEMA DE PRECEDENTES?

Temos visto a paulatina implantação de um modelo de precedentes em nosso sistema jurídico<sup>6</sup>. De fato, como apontam Nunes e Horta, “nas últimas duas décadas, foram implementadas inúmeras reformas processuais de valorização do direito jurisprudencial, desde a criação dos enunciados de súmulas (inicialmente, apenas nos regimentos internos dos tribunais e, posteriormente, na legislação, por meio da lei n. 8.756/98, que deu nova redação ao art. 557 do CPC/73, e da lei no 11.2.76/06, que acrescentou o §1º ao art. 518 do mesmo diploma)”<sup>7</sup>. Ainda fazem alusão os autores à “(...) Súmula Vinculante (art. 103-A do CPC, criado pela

---

<sup>6</sup> Sobre o tema, HORTA, André Frederico e NUNES, Dierle. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: Precedentes (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3). DIDIER JR., Fredie... et al. Salvador: Juspodium, 2016; OLIVEIRA, Ana Carolina. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da civil law e da common law. *Direito Público* (Porto Alegre), vol. 12, n. 64, 2015, p. 109-126; ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: Precedentes (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3). DIDIER JR., Fredie... et al. Salvador: Juspodium, 2016; STRECK, Lênio Luiz e Streck e ABOUD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014; STRECK, Lenio Luiz. Precedentes Judiciais e Hermeneutica: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodium, 2ª edição, 2019. LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo contemporâneo*. 2 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016; TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo: RePro*, v. 36, n. 199, set. 2011.

<sup>7</sup> HORTA, André Frederico e NUNES, Dierle. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: *Precedentes (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3)*. DIDIER JR., Fredie... et al. Salvador: Juspodium, 2016, pg. 04.

Emenda Constitucional no 45/04), passando pelo julgamento liminar de demandas repetitivas (art. 285-A do CPC/73, introduzido pela lei no 11.277/06), e, por fim, introdução das técnicas de julgamento de recursos excepcionais repetitivos por amostragem (art. 102, § 3º, da CR, introduzido pela EC no 45/04, e arts. 543-A a 543-C do CPC/73, criados pelas Leis no 11.418/06 e 11.672/08)”<sup>8</sup>.

Como se vê da visualização panorâmica das recentes reformas legislativas que vivenciamos nos últimos anos, não houve qualquer alteração explícita do Código de Processo Penal (CPP) mirando a implantação de um sistema de precedentes, nada obstante a guinada do nosso modelo de *civil law* para feições típicas do *common law*. Porém, não seria equivocado se apontar para o fato de que esse fenômeno tem também se refletido na seara processual penal.

Isso ocorre porque apesar do CPP não ter sido modificado no sentido de formalmente prever um sistema de obediência aos julgados anteriores sobre o tema, a nova redação do art. 638 desse Código procedimental<sup>9</sup> expressamente estabelece que os recursos criminais dirigidos aos tribunais superiores serão processados e julgados por “leis especiais, pela lei processual civil e pelos respectivos regimentos internos”<sup>10</sup>. Trata-se

---

<sup>8</sup> HORTA, André Frederico e NUNES, Dierle. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: *Precedentes (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3)*. DIDIER JR., Fredie... et al. Salvador: Juspodium, 2016, pg. 04. Patrícia Perrone caminha no mesmo sentido: “A indiscutível expansão do controle concentrado de constitucionalidade, as discussões empreendidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da eficácia transcendente da motivação nesta sede, e, finalmente, a criação da súmula vinculante, através da Emenda Constitucional nº 4512004, apontam para um novo momento da hermenêutica constitucional. Tais fatos expressam a evolução dos mecanismos de jurisdição constitucional, no Brasil, para uma direção comum, da atribuição de uma força vinculante geral aos precedentes judiciais”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2008, pg. 01).

<sup>9</sup> Redação dada pelas alterações introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019, que ficou conhecida pela insólita alcunha de “pacote anticrime”.

<sup>10</sup> “Art. 638. O recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça na forma estabelecida por leis especiais, pela lei processual civil e pelos respectivos regimentos internos.”

da positivação, através da Lei 13.964/2019, de uma lógica que imperava materialmente: sem embargo das demais matérias, que aqui não serão abordadas por conta dos estreitos limites do presente artigo, no que diz respeito à sistemática dos recursos, as alterações processuais civis são analogicamente trazidas e faticamente implementadas no processo penal.

Porém, não se trata de uma transposição automática. Há alterações que são implementadas no processo penal, e outras tantas que passam ao largo dele. Diante dessa constatação, poderíamos indagar: quais são os critérios para se aplicar a lei processual civil ao processo penal e para não se aplicar? Ainda que seja tema que clama por uma verticalização científica mais pormenorizada, muito provavelmente estaria correto apontarmos para o fato de que as normas externas são aplicadas ao processo penal, quando facilitam a administração da justiça, a celeridade processual, e de alguma forma, a labuta jurisdicional, como é o caso da exigência da demonstração de repercussão geral nos processos penais, como se verifica do entendimento do STF sobre o tema<sup>11</sup>. De outro lado, quando se trata de prazos mais elásticos trazidos pela legislação processual civil, ou maior amplitude de direitos fundamentais do acusado, verifica-se, para se dizer o menos, uma reticência da jurisprudência na transposição para o processo penal dessas garantias, como se verifica, por exemplo, da não incidência dos maiores prazos que são previstos no processo civil. É o que se depreende, por todos, do Agravo em Recurso Extraordinário 1183595 relatado pelo Min. Roberto Barroso, em julgamento realizado pela Primeira Turma do STF em 29/11/2019<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Dentre tantos, verifica-se essa questão do entendimento exarado no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com agravo 1.200.951, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, em julgamento realizado pela Segunda Turma do STF em 18/10/2019.

<sup>12</sup> Trecho da ementa contextualiza a questão: “(...) 1. O acórdão recorrido foi publicado em 26.06.2018 e a petição do recurso foi protocolada no Tribunal de origem somente em 13.08.2019, ou seja, após o término do prazo recursal de 15 (quinze) dias, nos termos do art. 994, VII, c/c os arts. 1.003, § 5º, e 1.029 do Código de Processo Civil, bem como do art. 798 do Código de Processo Penal. 2. A aplicação do novo CPC a instituto de direito processual penal deve ser autorizada apenas em situações excepcionalíssimas, notadamente na existência de lacuna normativa. No caso, mostra-se inaplicável o art. 219 do CPC/2015, tendo em vista que, tratando-se de prazo processual penal, o modo de sua contagem é disciplinado pelo art. 798 do Código de Processo Penal. Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento”.

As discussões oriundas da adaptação do processo penal ao sistema de precedentes, que acabou por se concretizar na esfera processual penal através da repercussão geral e dos recursos repetitivos, seriam inúmeras. Assim, e apesar da amplitude que esse debate enseja, nos estreitos limites desse artigo enfrentaremos somente um dos possíveis aspectos que dali se originam, como já apontado na introdução. Nosso enfoque pode ser resumido nas seguintes indagações: foi modificado o regime jurídico do juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários criminais com o advento do Código de Processo Civil (CPC 2015)?<sup>13</sup> Se houve modificação, quais teriam sido elas? Diante desse novo quadro, como isso pode impactar a interposição e o julgamento dos recursos especial e extraordinário criminais?

O que se pode adiantar desde logo: efetivamente temos um novo cenário jurídico que deve, obrigatoriamente, ser conhecido por aqueles que manejam essas espécies recursais na esfera criminal. Nosso intento aqui, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, é o de trazermos algumas das principais linhas dessas mudanças e como elas impactarão as interposições, acompanhamento e julgamentos dos recursos extraordinários pelas partes.

Para tanto, antes de adentrarmos no tema propriamente dito, vamos dar alguns passos atrás, e trazer à tona alguns dos elementos imprescindíveis para termos uma melhor compreensão desse cenário, como se faz no item abaixo.

### **3. A NOVA SISTEMÁTICA DO EXAME DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS DIRIGIDOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Como se sabe<sup>14</sup>, após a publicação do acórdão que julga os embargos de declaração interpostos em face do acórdão oriundo do julgamento

<sup>13</sup> No âmbito do processo penal, e referentemente às mudanças trazidas pelo CPC/2015, veja-se VASCONCELLOS, Vinicius G. *Direito ao recurso no processo penal*. São Paulo: RT, 2019; KIRCHER, Luis Felipe. *Uma Teoria dos Precedentes Vinculantes no Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2018.

<sup>14</sup> Para um quadro mais amplo de toda a discussão referente aos recursos especial e extraordinários criminais, remete-se o leitor para ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rego Monteiro. *Recurso Especial e Extraordinário*

da apelação criminal (ou do próprio acórdão que julga a apelação)<sup>15</sup>, a parte que sucumbiu terá o prazo de 15 (quinze) dias para interpor os recursos especial e extraordinário criminais.<sup>16</sup> Após as intimações para a apresentação das contrarrazões, que devem ser apresentadas no mesmo prazo, e seu respectivo protocolo, os autos serão conclusos ao Presidente ou Vice-Presidente (conforme disponha o regimento interno do Tribunal local) para que seja realizado o juízo de admissibilidade do(s) recurso(s) raro(s).

Anteriormente ao Código de Processo Civil (CPC/2015), caberia ao Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal local analisar a viabilidade jurídica do recursos interposto, sem adentrar no respectivo mérito, para ao final concluir se o recurso deveria ser admitido (quando cumpria os requisitos legais ordinários e havia tema constitucional ou infraconstitucional a ser debatido nas instâncias superiores) ou se ao contrário, não deveria ser admitido (quando se dava a hipótese contrária: ou não cumpria os requisitos legais e/ou não havia tema de índole

---

*Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2013. Também analisando o tema, indica-se a obra de BADARÓ, Gustavo. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: RT, 2018.

<sup>15</sup> Recomenda-se que o acórdão que julga a apelação criminal seja inicialmente desafiado através de embargos de declaração, para, posteriormente, ser interposto o recurso especial e o extraordinário. As razões jurídicas para tanto podem ser resumidas no fato de que todos os temas devem ser debatidos previamente no Tribunal local, para que possam ser revistos nas Cortes Superiores, sob pena de não terem sido prequestionados. Mais sobre o tema: MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5ª ed. rev. e amp. São Paulo: RT, 2009; MANGONE, Katia Aparecida. *Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário*. São Paulo: Saraiva, 2013; PORTELLA, Glória Maria Guimarães de Pádua Ribeiro. *Teoria crítica do recurso especial (jurisprudência e doutrina)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rego Monteiro. *Recurso Especial e Extraordinário Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2013; BADARÓ, Gustavo. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: RT, 2018.

<sup>16</sup> É de se fazer referência ao fato de que nos processos penais, o prazo de 15 (quinze) dias é contado em dias corridos, conforme entendimento do STF. Por todo, veja-se: “Agravo regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. Penal e Processo Penal. 2. Contagem do prazo em matéria penal. Dias úteis. Inaplicabilidade. 3. Em matéria penal, conta-se o prazo em dias corridos. 4. Negativa de provimento ao agravo regimental. (ARE 1115857 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 08/02/2019).

constitucional ou infraconstitucional a ser enfrentado nos Tribunais Superiores). Esse era, em síntese, o conteúdo dessa fase processual a qual se denomina juízo de admissibilidade dos recursos dirigidos aos tribunais superiores.

Ocorre que, com o advento do CPC/2015 passamos a ter um novo regramento para esse momento processual, qual seja, aquele estatuído pelo art. 1.030 do CPC 2015. Tal norma estabelece que o órgão competente para analisar a admissibilidade ou a inadmissibilidade do recurso especial ou extraordinário interposto deverá percorrer um dos cinco caminhos indicados na norma indicada: i) negar seguimento ao recurso; ii) encaminhar os autos para a câmara ou turma que realizou o julgamento para que se retrate, conformando a decisão aos precedentes cabíveis na espécie; iii) sobrestar o recurso que verse sobre controvérsia de caráter repetitivo, que ainda não tenha sido decidida pelos Tribunais Superiores; iv) selecionar o recurso como representativo da controvérsia constitucional ou infraconstitucional; e v) realizar o juízo de admissibilidade, dando ou negando seguimento ao recurso.

Como se vê, e na esteira de Córtes, “o legislador preocupou-se, em síntese, em especificar como poderes do presidente ou do vice-presidente do tribunal prolator da decisão recorrida, providências que devem ser tomadas nos casos de recursos repetitivos e de repercussão geral. Incorporou, ainda, à legislação, a sistemática adotada jurisprudencialmente pelo STF que à luz do CPC de 1973 autorizava o indeferimento de recursos extraordinários quanto já houvesse precedente acerca da falta de repercussão geral”<sup>17</sup>.

Comparativamente ao regramento anterior – em que o juízo de admissibilidade se limitava a dar ou não seguimento ao recurso interposto – trata-se de profunda modificação, que adapta a sistemática ao paradigma dos precedentes. Analisa-se, nos tópicos abaixo, cada uma dessas hipóteses positivadas no CPC/2015, como elas já tem se refletido no cotidiano forense criminal e como deveriam se refletir.

---

<sup>17</sup> CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos*. 4ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 136.



#### **4. RECURSOS QUE SERÃO NEGADOS, SEM ANÁLISE DO TEMA FEDERAL OU CONSTITUCIONAL VEICULADO**

Na primeira hipótese que pode ser aqui debatida, verifica-se do inciso I do art. 1030 do CPC/2015<sup>18</sup> que a presidência ou vice-presidência do tribunal local, ao realizar o juízo de admissibilidade do recurso especial e/ou extraordinário interposto, poderá, desde logo, negar-lhe seguimento, sem análise do tema federal ou constitucional veiculado<sup>19</sup>.

Isso poderá ocorrer em duas circunstâncias. Na primeira delas, nos termos da alínea “a” do inciso I analisado, tem-se a situação retratada no “recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral”. A segunda, diz respeito a “recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos”. Aprofundemo-nos em cada dessas duas hipóteses separadamente.

##### **4.1. TEMA DO RECURSO NÃO TEVE REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA OU ACÓRDÃO RECORRIDO ACOLHE ENTENDIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL**

Imprimindo efetividade ao paradigma dos precedentes positivado pelo CPC/2015, retrata a primeira hipótese o efeito vinculante dos

---

<sup>18</sup> Art. 1.030. (...) I – negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos.

<sup>19</sup> Abordando o tema, veja-se: CAMBI, Eduardo, DOTTI, Rogéria, PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce, MARTINS, Sandro Gilberto, e KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de Processo Civil completo*. São Paulo: RT, 2017, pg. 1612.

juízos de repercussão geral. Quando o Supremo Tribunal Federal não reconhece repercussão geral ao tema do recurso interposto pela parte, o recurso não será conhecido. Sim, pois se já houve a deliberação pelo STF de que o tema não merece a sua atenção, ou seja, não teve a repercussão geral reconhecida, somente cabe dar efetividade à deliberação, e não revisitá-la a cada recurso interposto, sob pena de se negar eficácia ao próprio instituto.

Por exemplo, nos termos do Tema 182 de Repercussão Geral, debatido no âmbito do Agravo de Instrumento 742460, cujo julgamento ocorreu em 27 de agosto de 2009, entendeu-se que eventual equívoco na valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, referente à fundamentação da fixação da pena-base, não ofende os princípios constitucionais da individualização da pena e da fundamentação das decisões judiciais, tendo natureza infraconstitucional. Para o STF, o debate acerca da má aplicação do art. 59 do Código Penal não diz respeito à discussão dos princípios constitucionais acima elencados, mas sim de discussão ligada à interpretação de índole legal, e impugnável pela via especial. Por tais razões, não foi reconhecida a repercussão geral do tema, e eventuais recursos extraordinários que venham a ser interpostos com base na mesma discussão sequer serão conhecidos, por força desse entendimento.

Tampouco será conhecido o recurso na hipótese de ter sido reconhecida a repercussão geral da tese e o acórdão recorrido ter se firmado no mesmo sentido. Aqui se aplica o inverso da hipótese analisada acima: se foi reconhecida a repercussão geral ao tema, e se o Tribunal de origem julgou a demanda levando em conta referido entendimento, recurso contra esse entendimento não será admitido, nos termos do artigo em comento.

Como exemplo dessa situação pode-se colher o Recurso Extraordinário 579.167, julgado em 16 de março de 2013, e que redundou no Tema de Repercussão Geral n. 59, assim ementado: “*A Lei nº 11.464/07, que majorou o tempo necessário a progredir-se no cumprimento da pena, não se aplica a situações jurídicas que retratem crime cometido em momento anterior à respectiva vigência*”. De tal forma, sendo prolatado acórdão por tribunais locais que reafirmem tal entendimento, ou seja, de que a lei mais grave só poderá reger casos que ocorram posteriormente à sua vigência, descaberá qualquer irresignação do Ministério Público ou da Assistência de Acusação quanto ao tema.

É fácil se depreender da discussão que já se anuncia que, para além do conhecimento das leis penais e processuais penais, codificadas e extravagantes, atualmente, faz-se imperioso também se conhecer os precedentes em sede de repercussão geral e recurso repetitivo. Sem o hábil manejo dessas decisões, haverá uma enorme dificuldade às partes, quando não uma impossibilidade, de se escalar o STF e o STJ através de Recurso Extraordinário e Recurso Especial, respectivamente. E essa constatação, como se verá abaixo, não é importante somente para essa faceta do tema ora apresentado, sendo relevante também para as hipóteses de recurso excepcional interposto em face de acórdão em conformidade com entendimento do STF ou do STJ. É o que se debate no subitem abaixo.

#### **4.2. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM ENTENDIMENTO DO STF OU DO STJ**

O segundo caso de indeferimento prefacial do recurso extraordinário reside na circunstância dele ser interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos, nos termos da alínea “b”, do inciso I, do artigo ora em comento<sup>20</sup>.

A parte da redação da alínea em comento que se refere ao Supremo Tribunal Federal parece deslocada. O tema já foi positivado na alínea anterior, e sob o enfoque do aspecto aqui abordado, não haveria razão para novamente ser debatido. Ademais, não há o instituto dos recursos repetitivos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, lá vigendo, como se sabe, a repercussão geral para imprimir efeito *erga omnes* às respetivas decisões.

Assim, o que nos interessa aqui é a segunda parte da alínea, que se refere à acórdão que esteja em conformidade ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos. Aqui se impõe o mesmo raciocínio acima desenvolvido e que pode ser demonstrado no seguinte exemplo. O tema de recurso

---

<sup>20</sup> Abordando o tema, veja-se: CAMBI, Eduardo, DOTTI, Rogéria, PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce, MARTINS, Sandro Gilberto; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de Processo Civil completo*. São Paulo: RT, 2017, pg. 1612.

repetitivo 157, oriundo da afetação à Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça dos Recursos Especiais 1688878/SP e 1709029/MG, assentou que “*Incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda*”. De tal forma, sendo o crime tributário praticado em patamar inferior a esse valor, e sendo absolvido o recorrente por essa razão, ou tendo havido trancamento do processo crime ao qual respondia em virtude dessa discussão, o acórdão de segundo grau que assentar esse entendimento não poderá ser atacado pela via especial, sob pena da irrisignação sequer ser conhecida.

Novamente, como adrede anunciado, fica ressaltada a importância do fiel manejo dos precedentes em sede de recursos repetitivos e repercussão geral também, nos processos penais, que, como exposto no item 2 acima, passam a receber influência direta da lógica da *common law*, positivada no diploma processual civil.

## **5. RECURSOS QUE SERÃO ENCAMINHADOS PARA RETRATAÇÃO DO ÓRGÃO NO QUAL FOI JULGADO O ACÓRDÃO RECORRIDO**

Como se vê do inciso II do art. 1030 do CPC 2015<sup>21</sup>, a segunda hipótese de deliberação, por parte da presidência ou vice-presidência do tribunal local ao realizar o juízo de admissibilidade do recurso especial e/ou extraordinário interposto, será a de encaminhar (ou devolver) o processo ao órgão que prolatou o acórdão recorrido para realização do juízo de retratação. Isso ocorrerá nas hipóteses em que o acórdão recorrido divergir de entendimentos proferidos em repercussão geral ou recurso repetitivo, proferidos pelo STF ou STJ, respectivamente<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Art. 1.030. (...)II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos;

<sup>22</sup> Abordando o tema, veja-se: CAMBI, Eduardo, DOTTI, Rogéria, PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce, MARTINS, Sandro Gilberto; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de Processo Civil completo*. São Paulo: RT, 2017, pg. 1612.

Vê-se que, novamente, trata-se de desdobramento da nova sistemática atrelada aos precedentes, positivada pelo novo código de processo civil. Nesse caso, havendo deliberação por parte de Câmara ou Turma criminal local que destoe do(s) entendimento(s) de repercussão geral ou recursos repetitivos, determinará a presidência ou a vice-presidência do tribunal que seja realizada retratação pelo próprio órgão que realizou o julgamento combatido.

Exemplo poderia ser trazido à tona. Imagine acórdão de tribunal regional federal que declina a competência para a justiça estadual, de causa em que a primeira instância condenou o acusado pelo crime de disponibilizar vídeo pornográfico de adolescente pela internet<sup>23</sup>, em site acessível em qualquer parte do globo. O declínio da competência se fundou na circunstância de que não haveria ofensa a bens ou interesse da União. Em nosso exemplo, contra a referida decisão é interposto recurso extraordinário que sustenta que ao assim decidir, teria havido ataque ao art. 109, inciso V da Constituição Federal<sup>24</sup>. Como já fora o tema deliberado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, oportunidade em que se exarou o Tema 393, que consigna que “*Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes consistentes em disponibilizar ou adquirir material pornográfico envolvendo criança ou adolescente (arts. 241, 241-A e 241-B da Lei 8.069/1990) quando praticados por meio da rede mundial de computadores*”, o recurso sequer seria apreciado, havendo a determinação, por parte da Presidência ou Vice-presidência da Corte respectiva de devolução dos autos para a Turma que proferiu o acórdão, de forma a que o julgamento fosse retomado para se afirmar a competência da justiça federal e subsequente deliberação do tema de fundo, qual seja, o mérito da acusação.

---

<sup>23</sup> Art. 241-A da Lei 8.069/1990: Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

<sup>24</sup> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

Havendo a determinação da Presidência ou Vice-presidência para que haja o juízo de retratação, caberá à câmara ou turma, num primeiro momento, realizá-lo, reformando o acórdão anteriormente proferido. Com a respectiva publicação, é claro, poderá a parte que sucumbiu interpor os recursos apropriados. De outro lado, poderá também a turma ou a câmara refutar o juízo de retratação. Verticalizaremos essa hipótese, inclusive trazendo rápida explicação de como isso pode acontecer, em tópico abaixo.

## **6. RECURSOS QUE SERÃO SOBRESTADOS – E AS QUESTÕES CORRELATAS DA MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR E DA PRESCRIÇÃO**

A terceira espécie de decisão que pode ser tomada pela presidência ou vice-presidência do tribunal local, ao realizar o juízo de admissibilidade do recurso especial e/ou extraordinário interposto, será a de sobrestar o recurso que tratar de temática com caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>25</sup>, nos termos do inciso III do art. 1030 do CPC/2015<sup>26</sup>.

O procedimento do julgamento dos recursos excepcionais repetitivos está previsto nos artigos 1.036 e seguintes do CPC/2015, bem como nos regimentos internos tanto do STJ quanto do STF. Indica-se ao leitor que se interessa no tema, a leitura dessas normativas que, em virtude dos limites do presente artigo, não serão aqui abordadas.

O que importa discutir agora é o fato de que é fundamental, para aqueles que se dedicam ao estudo e/ou ao trato prático dessas espécies recursais, o conhecimento dos temas em repercussão geral nos quais foi determinada a suspensão nacional dos processos em trâmite<sup>27</sup>,

<sup>25</sup> Abordando o tema, veja-se: CAMBI, Eduardo, DOTTI, Rogéria, PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce, MARTINS, Sandro Gilberto; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Curso de Processo Civil completo. São Paulo: RT, 2017, pg. 1612.

<sup>26</sup> Art. 1.030. (...) III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional;

<sup>27</sup> Como se verifica no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=repercussaoTemasSuspensao&pagina=principal>.

bem como as questões que foram submetidas a julgamento repetitivo ainda não encerrados<sup>28</sup>, para que as suspensões dos processos sejam devidamente realizadas, ou, caso contrário, sejam combatidas através dos recursos cabíveis.

Há dois pontos que merecem a nossa atenção nessa temática, e que serão pormenorizados nos subitens abaixo.

### **6.1. É RAZOÁVEL A MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR EM PROCESSO SUSPENSO POR AGUARDAR DECISÃO FINAL DE REPERCUSSÃO GERAL OU RECURSO REPETITIVO?**

O primeiro dos desdobramentos que clamam nossa atenção diz respeito às consequências jurídicas do sobrestamento, após o juízo de admissibilidade de recurso especial ou extraordinário, de processo penal em que houve decretação de prisão preventiva nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal<sup>29</sup>.

Não seria preciso dizer que tem sido bastante debatida a ilegalidade e a inconstitucionalidade da forma como tem sido decretada a prisão preventiva em nosso sistema jurídico, o que não será aprofundado na presente seara<sup>30</sup>. Mas, para além desse debate, que em virtude

---

<sup>28</sup> Como se vê do sitio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça: [http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=10&i=11](http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=10&i=11)

<sup>29</sup> A Lei 13.964/2019 estabeleceu nova redação para o art. 312 do CPP: “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”.

<sup>30</sup> Para uma análise crítica do fundamento da garantia da ordem pública, mesmo após o advento da Lei 12.403 de 2011, veja-se: SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 67, p. 213-244, jul-dez 2015; MENDONÇA, Andrey Borges de. *Análise crítica da prisão preventiva na Lei 12.403/2011: proposta à luz de modelos estrangeiros e da Convenção Americana de Direitos Humanos*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. Também para uma análise crítica, com um enfoque mais amplo, confira-se o trabalho de WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. O mesmo viés crítico, a partir de uma percepção sociológica,

dos estreitos limites desse artigo, não será aqui retomado, mesmo que todas as prisões preventivas sempre fossem legais e constitucionais (enfatize-se o “mesmo que”), um outro nível de indagação ainda se impõe: seria razoável um recorrente aguardar preso o deslinde de um recurso judicial em processo de terceiro, em virtude do qual o seu próprio recurso está sobrestado? Não há como se responder afirmativamente à questão, levando-se em consideração os princípios constitucionais da celeridade processual<sup>31</sup> e da presunção de inocência<sup>32</sup>, reitores da temática.

Para além dos princípios constitucionais referidos, tão combatidos nessa quadra, ainda há que se considerar os termos do §4º do art. 1.037 do CPC/2015 que impõe que sejam julgados em “até um ano” os recursos repetitivos e repercussões gerais. O fato é que o legislador já contava com a demora do Judiciário no momento de formulação da regra. Deve essa morosidade ser suportada pela parte, encarcerada, com recurso suspenso?

Diante de tais considerações, temos que não podem ser mantidas prisões preventivas decretadas em processos penais em que, no momento do juízo de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário interpostos, viessem a ser suspensos em virtude de conexão com repetitivo ou repercussão geral. Manter a prisão de um acusado, em um processo que ficará suspenso por irrazoável tempo, no qual se debate tema que ainda não foi definitivamente deliberado pelo STF ou STJ, é algo que refoge aos limites estabelecidos pelos princípios constitucionais acima referidos.

---

é debatido em DUARTE, Samuel Correa. A prisão preventiva no sistema jurídico brasileiro: entre a proteção do acusado e a antecipação da pena presumida. *RBSD - Revista brasileira de sociologia do direito*, v. 6, n. 2, p. 40-62, maio/ago. 2019.

<sup>31</sup> Art. 5º, LXXVIII da CR: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

<sup>32</sup> Art. 5º, LVII da CR: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”;



## **6.2. COMO INCIDIRIA OS PRAZOS PRESCRICIONAIS EM PROCESSO SUSPENSO POR AGUARDAR DECISÃO FINAL DE REPERCUSSÃO GERAL OU RECURSO REPETITIVO?**

O segundo ponto que merece destaque no que se refere à sistemática dos sobrestamentos diz respeito à contagem do prazo prescricional. Parece não haver qualquer dúvida, considerando-se os marcos processuais que interrompem o prazo prescricional, delimitados nos termos do art. 117 do Código Penal<sup>33</sup>, que o sobrestamento do processo não trará repercussão à contagem do prazo prescricional. Principalmente se levarmos em conta que recentemente o instituto da prescrição foi reformado através da Lei 13.964/2019, e que tal aspecto não foi objeto de qualquer deliberação por parte do nosso Parlamento.

O destaque do ponto, contudo, não se trata de mero preciosismo. Em verdade, trata-se de debate a respeito do estabelecimento de balizas para discussão que porventura poderá advir no futuro, qual seja, a interpretação do inciso III do art. 116 do Código Penal, incluído pela lei acima referida, que assim dispõe: “Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: (...) III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis;”.

Como se vê da redação do inciso incluído, desde logo se verifica que no caso de decisão que inadmita recurso especial ou de recurso extraordinário interpostos contra acórdão condenatório de segundo grau, o prazo prescricional não correrá. Analisa-se no presente artigo que para além de um juízo que admite ou não admite o recurso dirigido ao tribunal superior, há em vigor em nosso sistema jurídico várias outras possibilidades de decisão após a interposição de recurso especial ou extraordinário. Dentre essas, como ora se analisa, a decisão que irá sobrestar o recurso, em virtude da vinculação da matéria nele veiculada a recurso, em tramite

---

<sup>33</sup> Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa; II - pela pronúncia; III - pela decisão confirmatória da pronúncia; IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena; VI - pela reincidência.

no STJ ou no STF, que esteja aguardando deliberação em caráter repetitivo ou nos termos de repercussão geral.

Temos que, nos contornos do inciso incluído, a única hipótese em que a prescrição deixará de correr será após decisão que inadmite o recurso especial ou extraordinário. Todas os outros tipos de decisão, dentre as quais, a decisão de sobrestamento de processos penais, em virtude de pendência de julgamento em sede de Repercussão Geral ou Recurso Repetitivo não é fundamento para a suspensão do prazo prescricional.

## **7. RECURSOS CUJA ADMISSIBILIDADE SERÁ ANALISADA E SELEÇÃO DOS REPRESENTATIVOS DA CONTROVÉRSIA**

Retomando-se o tema central da presente investigação, e mirando-se o que já foi até aqui debatido, os recursos excepcionais podem ser desde logo negados, sobrestados, ou retratados, em função do entendimento dos tribunais superiores acerca do tema discutido. Nada obstante, para além destas hipóteses, a presidência ou vice-presidência da Corte de origem, terá uma quarta alternativa: realização do juízo de admissibilidade, que poderá ser positivo ou negativo. É o que se debate nos subitens abaixo.

### **7.1. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS**

Nos termos do inciso V do art. 1030 do CPC/2015, o órgão responsável poderá “realizar juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (...)”<sup>34</sup>. Será positivo se estiverem satisfeitos todos os requisitos ordinários, constitucionais e específicos como por exemplo matéria prequestionada, não se tratar de questão de fato ou de prova, e haver decisão de outro Tribunal local, ou do próprio Tribunal Superior que

---

<sup>34</sup> Abordando o tema, veja-se: CAMBI, Eduardo, DOTTI, Rogéria, PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce, MARTINS, Sandro Gilberto, e KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de Processo Civil completo*. São Paulo: RT, 2017, pg. 1612.

destoe da decisão recorrida. O juízo será negativo, em contrapartida, se algum, ou alguns, desses requisitos não tiver sido atendido: se o tema não foi prequestionado, se a discussão objeto do recurso for de questão fático-probatória, ou ainda, se o entendimento esposado pela decisão recorrida confirma aquilo que tem decidido os tribunais superiores sobre o tema.

Inexistindo quaisquer óbices, o recurso poderá ser admitido, desde que, nos termos das alíneas do inciso V que ora se comenta, a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos; b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação.

Se o tema do recurso, nos termos da alínea “a”, foi submetido ao regime de repercussão geral ou de recursos repetitivos através de recurso anterior, ele não será admitido, será sobrestado. Como acima visto, não há razão para discussões paralelas no âmbito do STF e do STJ, se o objetivo é dotar a interpretação de caráter vinculante. Assim, se já há um recurso que debata o tema, novas discussões sobre a mesma temática serão sobrestadas.

A situação descrita na alínea “c” diz respeito à refutação do juízo de retratação pela câmara ou turma que proferiu o julgamento recorrido. Como visto, pode entender o órgão que realiza o juízo de admissibilidade que o acórdão recorrido desatende os preceitos de uma determinada orientação em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo. E após enviar o feito para que o órgão refaça o julgamento, este entende que o precedente não se aplica à hipótese. Nesse caso, o recurso deverá ser conhecido, para que o desacordo entre Presidência ou Vice-Presidência do órgão e a câmara ou turma da qual emanou o acórdão, seja sanado no bojo do recurso especial ou extraordinário interposto.

Tome-se um exemplo de como isso tem ocorrido na prática, conforme se recolhe da jurisprudência sobre o tema, mais especificamente na Reclamação 37.584/RS, Relatada pelo Ministro Ribeiro Dantas, em julgamento realizado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça em 12/06/2019<sup>35</sup>. No caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande

---

<sup>35</sup> DJe 18/06/2019.

do Sul, ao dar provimento a recurso defensivo, declarou a extinção da punibilidade do acusado, em virtude de já haver expirado o período de prova do benefício da suspensão condicional do processo. O Ministério Público local interpôs Recurso Especial, esgrimindo o argumento de que descumpridas as condições impostas durante o período de prova da suspensão condicional do processo, o benefício poderá ser revogado, mesmo se já ultrapassado o prazo legal, desde que referente a fato ocorrido durante sua vigência, como dispôs a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.498.034/RS. Processado o recurso especial, a Vice-Presidência daquele Corte determinou a remessa dos autos à 7ª Câmara Criminal do TJRS – de onde se originou a decisão combatida no recurso – e em juízo de retratação, o referido órgão julgador manteve o seu entendimento. Após, foi admitido o recurso especial. Antes do apelo raro ser julgado, ingressou o Ministério Público com a Reclamação em referência, a qual foi julgada procedente, tendo-se em conta justamente o entendimento firmado pelo STJ no acima citado REsp 1.498.034/RS.

A discussão realizada no segundo requisito para a realização de juízo admissibilidade, qual seja a de que o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia merece ser verticalizada em item próprio, como se faz abaixo.

## **7.2. SELEÇÃO DE RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA**

Tratam os art. 1036 e seguintes do CPC 2015 do procedimento de julgamento dos recursos repetitivos. Trata-se de mecanismo de deliberação de questões de direito que se apresentam em múltiplos recursos manejados por inúmeras partes de processos judiciais, realizado no STF ou STJ, conforme respectivas competências. Basicamente, selecionam os tribunais locais recursos denominados de “representativos da controvérsia”, ou seja, recursos que tragam questões que insistentemente tem sido aventadas pelas partes, remetendo-as à Corte competente para o respectivo julgamento e pacificação do tema.

Levando tal sistemática em consideração, optou o legislador por regular essa hipótese no âmbito do juízo de admissibilidade dos recursos

excepcionais. De tal forma, sendo admitido o recurso excepcional, nos termos do inciso IV do art. 1030 ora em comento, a presidência ou vice-presidência do Tribunal de origem poderá “selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do §6º do art. 1.036”.

O §6º do art. 1.036 do CPC 2015 trata da necessidade de que os recursos escolhidos contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida. Nos termos do §1º do mesmo artigo, “O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso”.

Procedimento ligado a tal sistemática, e que se dá ainda no bojo do juízo de admissibilidade diz respeito ao §2º desse artigo, que assim consigna: “O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento”.

## 8. CONCLUSÕES

Como se vê, o debate que gira em torno do juízo de admissibilidade dos recursos raros, nos termos do inciso I do art. 1030 do CPC 2015, demanda um conhecimento dos temas cuja repercussão geral foi reconhecida, bem como dos temas cuja repercussão não foi reconhecida, o que pode ser pesquisado no sítio eletrônico do próprio Supremo Tribunal Federal. Da mesma forma, torna-se imprescindível estar a par dos temas que foram objeto de deliberação, por parte do Superior Tribunal de Justiça, no regime dos recursos repetitivos. Como aduz Córtes, “a ordem ora imposta é, ao contrário do histórico evolutivo anterior da nossa legislação, a de haver uma preocupação maior em assegurar a observância a teses firmadas em *leading cases*, e menos a de criar e estimular

o desenvolvimento de mecanismos recursais casuais e individuais para corrigirem erros de julgamento<sup>36</sup>.

De tal forma, e retomando-se as indagações que foram propostas no início desse artigo, podemos responder da seguinte forma: sim, foi modificado o regime jurídico do juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários criminais com as alterações ocorridas no Novo Código de Processo Civil (CPC 2015), como inclusive o demonstram as decisões que têm sido proferidas pelos Tribunais Superiores citadas ao longo desse trabalho. Tendo havido uma modificação na sistemática do juízo prefacial dos recursos raros criminais, é de se ressaltar que, coerentes à sistemática dos precedentes que vai ocupando seu espaço em nosso sistema jurídico, nos termos do CPC 2015, poderão as Cortes locais, desde logo, negar seguimento, indeferir, e sobrestar recursos, cujos temas já tenham sido apreciados ou estejam sendo analisados pelo STF e STJ.

Por fim, e diante desse novo quadro, o cotidiano forense das partes que manejam os recursos especial e extraordinários será profundamente impactado, visto que, para além do conhecimento da Constituição da República, da legislação infraconstitucional, e da jurisprudência aplicável ao caso concreto, deverá ainda a parte, também nos processos penais, conhecer os temas que foram pacificados pelas Cortes Superiores, e aos quais foram dados efeitos *erga omnes*, como ocorre na sistemática aqui analisada.

## REFERÊNCIAS

ARENHART, MITIDIERO, e outro. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume II. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

---

<sup>36</sup> CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos*. 4ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

CAMBI, Eduardo, DOTTI, Rogéria, PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce, MARTINS, Sandro Gilberto, e KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de Processo Civil completo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos*. 4ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

DUARTE, Samuel Correa. A prisão preventiva no sistema jurídico brasileiro: entre a proteção do acusado e a antecipação da pena presumida. *RBSD - Revista brasileira de sociologia do direito*, v. 6, n. 2, p. 40-62, maio/ago. 2019.

HORTA, André Frederico e NUNES, Dierle. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: *Precedentes (Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, v. 3). DIDIER JR., Fredie... et al. Salvador: Juspodium, 2016.

KIRCHER, Luis Felipe. *Uma Teoria dos Precedentes Vinculantes no Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2018.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo contemporâneo*. 2 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016; TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. In: *Revista de Processo: RePro*, v. 36, n. 199, set. 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MANGONE, Katia Aparecida. *Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5ª ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Análise crítica da prisão preventiva na Lei 12.403/2011: proposta à luz de modelos estrangeiros e da Convenção Americana de Direitos Humanos. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

OLIVEIRA, Ana Carolina. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da civil law e da common law. In: *Direito Público (Porto Alegre)*, vol. 12, n. 64, 2015, p. 109-126.

PORTELLA, Glória Maria Guimarães de Pádua Ribeiro. *Teoria crítica do recurso especial (jurisprudência e doutrina)* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rego Monteiro. *Recurso Especial e Extraordinário Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 67, p. 213-244, jul-dez 2015.

STRECK, Lênio Luiz e ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014

STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes Judiciais e Hermeneutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: Juspodium, 2ª edição, 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Direito ao recurso no processo penal*. São Paulo: RT, 2019.

WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: *Precedentes* (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3). DIDIER JR., Fredie... et al. Salvador: Juspodium, 2016.



### **Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)**

*Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration):* o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

*Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship):* todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

*Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality):* o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

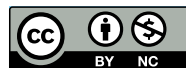
- Recebido em: 28/08/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 28/11/2019
- Avaliação 1: 13/12/2019
- Avaliação 2: 14/12/2019
- Avaliação 3: 23/12/2019
- Decisão editorial preliminar: 26/12/2019
- Retorno rodada de correções: 22/01/2020
- Decisão editorial final: 16/02/2020

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ROCHA JR., Francisco Monteiro. O regime jurídico do juízo de admissibilidade dos recursos criminais dirigidos aos Tribunais Superiores conforme o CPC/2015. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 423-450, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.274>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

**Teoria da Prova Penal**

***Criminal evidence theory***




# Credibilidad testimonial del testigo en el proceso penal

*Witness testimonial credibility in criminal proceedings*

**Rafael Ayala Yancce<sup>1</sup>**

Universidad Alas Peruanas – Perú

ayalayancce\_25@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-1517-5132>

---

**RESUMEN:** Hoy en día la gran mayoría de los jueces para valorar la credibilidad testimonial dentro del proceso penal como primer punto analizan las características personales y los cambios fisiológicos del testigo, dejando a un lado la funcionalidad de la memoria humana. La psicología del testimonio nos precisa que para valorar la credibilidad no tiene por qué examinar las características del testigo, sino que debe analizarse la correspondencia entre lo sucedido y lo que manifiesta el testigo de lo que ha percibido, ya que esto permite diferenciar entre las experiencias vividas de aquellas historias imaginadas o inventadas. El objetivo del presente artículo es analizar la exactitud de la memoria a la hora de reproducir la información. Una vez analizada la exactitud de la memoria y las fallas en la recuperación de la información me centraré en presentar los pasos o criterios de valoración de la credibilidad testimonial de los testigos presenciales y referenciales que debe tener en cuenta el juez a la hora de motivar la sentencia.

**PALABRAS-CLAVE:** Memoria; credibilidad; testimonio; testigo presencial, testigo referencial.

**ABSTRACT:** *Nowadays, the great majority of the judges to assess the credibility of the testimonies within the criminal process as a first point analyze the personal characteristics and physiological changes of the witness, leaving aside the functionality of human memory. The psychology of the testimony tells us that in*

---

<sup>1</sup> Docente auxiliar de la Universidad Alas Peruanas/Perú. Abogado litigante, con estudios de maestría en curso en ciencias penales.

*order to assess credibility, it is not necessary to examine the characteristics of the witness, but rather that the correspondence between what happened and what the witness manifests from what he has perceived must be analyzed, since this allows us to differentiate between the experiences lived from those imagined or invented stories. The objective of this article is to analyze the accuracy of the memory when reproducing the information. Once the accuracy of the report and the failures in the recovery of the information have been analyzed, I will focus on presenting the steps or criteria for assessing the testimonial credibility of the eyewitnesses and referential witnesses that the judge must take into account when motivating the judgment.*

**KEYWORDS:** *Memory; credibility; testimony; eyewitness; referential witness.*

**CONTENIDO:** Introducción; 1. La memoria; 1.1. Memoria sensorial; 1.2. Memoria a corto plazo; 1.3. Memoria a largo plazo; 1.4. Fallas en la recuperación de la información; 2. Credibilidad del testimonio; 3. Concepto de testigo; 4. Clases de testigo: 4.1. Testigo presencial; 4.1.1 Criterios para evaluar la credibilidad testimonial del testigo presencial; 4.2. Testigo de referencia o de oídas; 4.2.1. Criterio para evaluar la credibilidad del testimonio del testigo referencial; Consideraciones finales; Referencias bibliográficas.

---

## INTRODUCCIÓN

La psicología del testimonio viene estudiando, por más de una década la exactitud de lo que manifiesta el testigo a la hora de reconstruir lo que ha percibido a través de sus sentidos, es decir, la preocupación de hoy en día es, si realmente el testigo sea presencial o referencial está contando lo que realmente ha percibido u oído o simplemente está inventado o creando historias falsas.

Algunos estudios realizados por la ONG norteamericana Innocence Project, ha demostrado que el 80% de las condenas a inocentes tiene como base la identificación errónea de parte de las víctimas y testigos, tal es el caso de Rafael Ricardi Robles, quien fue identificado por la víctima en una rueda de reconocimiento como su agresor, siendo condenado a 18 años de pena privativa de libertad, por la Sección Quinta de la Audiencia

Provincial de Cádiz-España, por el delito de violación sexual; luego de 13 años de prisión el 25/07/2018 el sentenciado fue liberado tras haberse probado su inocencia.

Otro de los casos, es de Julio Robles, quien fue puesto en set fotográfico por la Policía, oportunidad en que fue reconocido por la víctima como responsables del robo con violencia, delito por el cual fue condenado 5 años de pena privativa de libertad; luego de 459 días encarcelado el 14/01/2014 fue liberado tras haber probado su inocencia en la Corte Suprema de Copiapó-Chile. Por su parte, los estudios recogidos por (Ferrer; Dieuzeide, 2018: 1) en el año 2,014 se demostró que la totalidad de declaraciones de los testigos que habían identificado en forma inequívoca a los acusados de haber sido autores de los delitos cometidos el 40% ha dado a lugar a condenas erróneas, pese a que los testigos en forma categórica han señalado estar seguros de lo que han manifestado.

La pregunta que surge es: ¿por qué creer al testigo presencial de lo que dice haber visto?, ¿cómo sabemos si el testigo presencial miente o simplemente narra los hechos desde sus propias experiencias?, ¿la calidad de información que proporciona el testigo presencial y referencial realmente es exacto a lo que ha visto u oído?, ¿existe algún método o paso para valorar correctamente la credibilidad del testimonio?, ¿es exacto la memoria a la hora de recuperar la información?. Estas cuestiones serán tratadas, a partir de la psicología del testimonio<sup>2</sup>.

Teóricamente la credibilidad testimonial es definida como valoración subjetiva de la exactitud estimada de las declaraciones de un testigo (Manzanero, 2008: 179), es decir es la correspondencia entre lo sucedido y lo que manifiesta el testigo, es ahí donde no se toma en cuenta las características personales del testigo, ya que esta no permite hacer una diferencia entre la experiencia vivida de aquellas historias imaginadas o inventadas.

El objetivo general del presente artículo es precisamente analizar la correspondencia entre los hechos ocurridos y lo que recuerda el testigo a la hora de reconstruir la información, ya que en este último es donde la información sufre diferentes variaciones o transformaciones, por la

---

<sup>2</sup> Para su mejor estudio, véase a Mazzoni, 2019, Diges, 2018, Manzanero, 2008 y Ramos, 2018.

presencia de factores como: el transcurso del tiempo, la presencia de sugestión y la autosugestión, así como determinar los criterios o pasos que debe tener en cuenta el juez a la de hora valorar la credibilidad testimonial de los testigos presenciales y referenciales.

## 1. LA MEMORIA

La memoria es la congregación de pensamientos, es la madre de donde mana el pensamiento (Heidegger, 2005: 22), gracias a ella el hombre hemos podido evolucionar y sobrevivir en el tiempo (Mazzoni, 2019: 65), “ya que nos ha permitido aprender de nuestras [propias] experiencias”, las mismas que nos sirve como eje central para construir nuestra personalidad.

Siendo así, en el proceso penal a lo largo de los años hemos internalizado erróneamente que la memoria de las personas o mejor dicho de los testigos almacenan la información percibida con exactitud como si fuera una cámara de vigilancia y reproduce el hecho fenomenológico tal como ocurrió en la realidad, sin embargo, dicha afirmación es incorrecto puesto que la memoria se encarga de almacenar información seleccionada, “interpretada y codificada de muy diferentes formas en virtud de la información previa que una determinada persona posea” (Manzanero, 1991: 7), proceso donde lo percibido está sujeto a las transformaciones y alteraciones (Hoffding, 1926: 194), por la presencia “nuevas impresiones”.

Wells y Lindsay (1983), Schooler, Gerhard y Loftus (1986) y Lindsay, Lim, Marando y Cully (1986), precisan que para evaluar la credibilidad del testimonio se debe conocer la funcionalidad de la memoria o mejor dicho la metamemoria<sup>3</sup> del testigo, ya que en el proceso de percepción interviene varios factores como: predisposición, intensidad, luminosidad, movimiento, contexto social, nivel de atención, estado emocional, intervalo de tiempo, etc., factores que son determinantes para la selección y su posterior almacenamiento de la información.

---

<sup>3</sup> Se puede definir como los procesos de auto-observación de las habilidades de memoria, lo que incluiría cualquier tipo de conocimiento que posea la persona sobre su memoria. (Mira, Diges, 199: 50).



Lo cierto es que no todo lo percibido por los sentidos son almacenados en forma de recuerdos en la memoria episódica sin alteración alguna, sino por el contrario la información retenida con el paso del tiempo se deteriora de a poco; es decir, la memoria va dejando la información en forma de olvido. En otras palabras, el transcurso del tiempo deteriora los detalles de la información almacenada, haciendo muchas veces imposible de recordar los detalles del hecho fenomenológico. “Así pues, un recuerdo de un suceso real podría “desaparecer” en favor de otro” (Manzanero, 1991: 7) y, otras veces, puede ocurrir que las cosas se consideren que ocurrieron de una determinada manera, porque es lo que “suena familiar” (Cabeza; Kim, 2007: 12190), ya que muchas veces las personas solemos construir la información a partir de nuestras propias experiencias.

Para tener un enfoque más claro de lo que se ha dicho hasta aquí, importa conocer la funciónabilidad de la memoria humana diseñado por Atkinson y Ahiffin (1968), para quienes la memoria humana está compuesta por tres componentes básicos como: la memoria sensorial, la memoria a corto plazo y la memoria a largo plazo; estos tres componentes tienen una conexión secuencial indivisible, puesto que una depende de la otra, basta que una de ellas este ligeramente dañado; la funciónabilidad de la memoria se ve comprometido en sus funciones esenciales de recepción, codificación, retención y recuperación de la información. Para comprender estos últimos es necesario realizar un desarrollo de cada uno de los componentes.

## **1.1. MEMORIA SENSORIAL**

La memoria sensorial “se encarga de detectar información aportada por las cosas que les rodean” (Haack, 1993: 292). Esto es, se encarga de percibir las sensaciones que se producen en el mundo exterior, las mismas que permanecen por un tiempo muy limitado, tal como sostiene Neisser (1967) citado por (Manzanero, 2008: 32); es decir, la información obtenida por parte del testigo presencial permanece por fracción de segundos; posteriormente estos datos pasarán por un proceso de codificación y selección, puesto que algunos de los datos

serán desechados por la propia memoria, mientras que las otras serán enviadas a la memoria de corto plazo.

Es preciso señalar que la captación de la información por parte del testigo presencial depende del nivel visual, la distancia entre el testigo y la ocurrencia del evento criminal y otros factores como: la velocidad, duración del evento criminal, edad del testigo, el nivel de estado emocional etc., tal como describe (Ramos, 2018: 100-104); estos indicadores generan fallos en la capacidad de percepción y su posterior recuperación de la información por parte de los testigos presenciales, por ejemplo un testigo presencial con deficiencias visuales tendrá la capacidad limitada de captar la información con mayores detalles contextuales y sensoriales como tal realizará una reconstrucción fraccionada o incluso con añadiduras de otros datos que nunca ha ocurrido en la realidad.

Las máximas de la experiencia indica que el evento criminal tiene una duración breve; lapso en que el testigo presencial tendrá la oportunidad de captar los detalles contextuales como el tiempo, lugar, colores, olores, sonidos etc., sin embargo, toda esta información permanecerá por un breve tiempo, “hasta que se desvanece sola unas fracciones de segundos después” (Manzanero, 2008:32), ya que algunos detalles serán desechados por su irrelevancia o insignificancia para el testigo, por lo que, no toda la información pasará a la memoria de corto plazo, de modo que el gran problema radica en la capacidad de percepción del testigo.

## **1.2. MEMORIA A CORTO PLAZO**

Ahora bien, la memoria a corto plazo (MCP) en adelante, es el encargado de codificar la información transmitida por la memoria sensorial –visual, espacial y verbal-. Esto es, “actúa como una memoria de trabajo” (Baddeley, 1998: 80), puesto que toda información que ha percibido el testigo presencial en la escena del crimen es transferida a la MCP donde se mantendrá por un periodo muy breve de 15 a 20 segundos; durante esta fase, la memoria no se detiene en sus funciones, sino por el contrario, continúa pensando o recepcionando otras informaciones provenientes de la memoria sensorial. “Así que la MCP tiene dos tareas principales: almacenar brevemente la nueva información y trabajar en

ella” (Morris; Maisto, 2009: 239); es decir, la MCP se encarga decodificar y dar significado a lo que ha percibido sensorialmente.

Por otro lado, los estudios científicos han demostrado que la MCP, tiene capacidad limitada de almacenar lo percibido en forma visual, ya que su “capacidad [de] retener estímulos auditivos es superior [que] visuales” (Manzanero, 2008: 35). Si analizamos la declaración testimonial teniendo en cuenta lo señalado por Manzanero, me temo que estamos ante un problema muy complejo, puesto que un testigo de oídas con deficiencias –auditivas– tendrá dificultad para oír lo que realmente está contando el emisor, si a esto sumamos la falta de atención, las condiciones del lugar y la presencia de los agentes perturbadores que impiden la correcta escucha por parte del testigo referencial; este captará una información pobre; y, a partir de allí su MCP comenzará codificar la información con serias alteraciones.

### **1.3. MEMORIA A LARGO PLAZO**

Ahora bien, esta parte de la memoria para almacenar la información procedente de la MCP utiliza dos fuentes, las mismas que vienen a ser: la memoria semántica y la memoria autobiográfica o episódica propuestos por Squire y Cohen (1984) y Tulvin (1972).

La *memoria semántica* tiene como función recuperar conocimiento cognitivo general, “perdiendo completamente lo relativo a las coordenadas espacio-temporal de que se ha aprendido” (Mazzoni, 2019: 66). Visto así aparentemente no tendría ningún tipo de participación en el campo de la psicología del testimonio, lo cual es erróneo puesto que la memoria semántica tiene un papel trascendental, ya que permite ubicarnos en el tiempo y espacio, es donde todo lo percibido semántica y visualmente está interpretada y codificada<sup>4</sup> “en

---

<sup>4</sup> La codificación hace a cada huella de la memoria circunstancial y específica, de forma que pueden existir tanta como codificaciones diferentes se realicen. (Manzanero, 2008: 38). Por su parte Stein; De Ávila (2015: 9), precisa que la codificación depende de cómo la persona perciba el evento y esta percepción está influenciada varios factores presentes en el momento del evento, como la atención, la excitación fisiológica de la persona en ese momento, la visión en qué posición vio el evento.

términos de significado” (Morris; Maisto, 2009: 242). En otras palabras, la memoria semántica se encarga de interpretar y dar significado a las experiencias vividas y “como tal interactúa como organizador y andamio para estructurar y representar los conocimientos en la [Memoria a largo plazo (MLP) en adelante]” (Mazzoni, 2019: 70). Esto es, la MLP actúa como la biblioteca, donde nuestros recuerdos están registrados como huella de memoria.

La *memoria episódica o autobiográfica*, es el lugar donde se almacena todas nuestras las experiencias, es “[por ello] que interviene en las declaraciones de los testigos” (Manzanero, 2008: 38), ya que en esta parte de la memoria está registrado los recuerdos en forma de –huellas de memoria– las mismas que está integrado por la información central estructurado semánticamente, que permanecen retenidos por un periodo largo, sin embargo, estas huellas de la memoria no permanecen intactos, sino que el transcurso del tiempo es un factor que degrada “los detalles menos consistentes con el esquema general” (Diges, 2018: 23), por lo mismo, la propia memoria se encarga de recrear la información con datos preexistentes a la hora de recuperar la información.

Otro factor que tiende a modificar o transformar las huellas de la memoria, de acuerdo a los estudios realizados por Tulving (1983), es el proceso de recodificación que ocurre después del proceso de codificación de la información original; fase donde la información original sufre ciertas modificaciones, debido a las actividades mentales propios del hombre, sobre todo cuando la información transmitida por la MCP del testigo presencial o referencial corresponde a situaciones similares, que posteriormente producirá recuerdos falsos.

#### **1.4. FALLAS EN LA RECUPERACIÓN DE LA INFORMACIÓN**

Hemos advertido que la memoria no es una cámara de vigilancia que pueda captar y registrar al milímetro todos los detalles percibidos, sino por el contrario, registra únicamente ciertos detalles relevantes en la memoria episódica, que posteriormente será recuperado a través del proceso de reconstrucción; proceso en que muchas veces “coloreamos y damos forma a nuestras experiencias de vida basadas en lo que sabemos sobre el mundo” (Izquierdo, 2011: 36); en este proceso de reconstrucción la

memoria tienden a sufrir [interferencias positivas y negativas], no solo en el sentido de disminuir su agudeza, sino en el sentido de “crear” “hechos” que nunca sucedieron (Ramos, 2018: 110), puesto que la memoria puede ser modificada (Mazzoni, 2019: 75), fácilmente en forma consciente o inconcientemente por efecto de información engañosa procedentes del mundo exterior.

Existen factores que de una u otra forma interfiere en la recuperación de la información como por ejemplo, el trascurso del tiempo<sup>5</sup>, la forma de realización de preguntas<sup>6</sup>, información post-del evento criminal, etc., factores que tienen mucha influencia en la recuperación de la información, toda vez que los testigos en la práctica son llamados a declarar pasado un lapso de semanas, meses e incluso años, momento en que el testigo proporcionará información sesgada o contaminada muchas veces inexistente a los que se le denominada –falsas memorias–, puesto que la memoria a la hora de reconstruir la información utiliza las inferencias analógicas (Mazzoni, 2019: 75). En la misma línea “los psicólogos experimentales favorecieron la opinión de que el tiempo simplemente se correlaciona con algunos otros factores que causa el olvido” (Baddeley, 2010: 215), además [el] deterioro gradual de la memoria con el tiempo aumenta las posibilidades de que se contamine, ya sea internamente o externamente, produciendo recuerdos falsos (Stein; Ávila., 2015: 21-22).

Para evitar la introducción de los recuerdos falsos (Di Gesu, 2010: 173-174), sugiere “que [la recolección del testimonio debe ser] oportuna, ya que es la única forma de evitar el clima del (olvido), la influencia de opiniones, críticas y sugerencias de familiares, vecinos y amigos (en ciertos casos, incluso de medios de comunicación)”. Lo sugerido por Di Gesu, podría ser cierto, pero debemos tener presente que en un proceso penal acusatorio, las declaraciones testimoniales serán valorados como prueba

---

<sup>5</sup> Toda vez que la función de la memoria humana es dinámica que va almacenando nuevas informaciones captadas por los sentidos, las mismas que van interfiriendo su recuperación de la información.

<sup>6</sup> El gran problema mediante el cual se contamina la información, es a través de realización de preguntas sugestivas empleadas en el interrogatorio por parte de los abogados, fiscales hasta por los propios psicólogos, mediante las cuales se introduce falsos recuerdos.

una vez que estas hayan sido actuadas en un proceso contradictorio, ante un juez de juzgamiento, por lo que, todas las declaraciones recabadas a nivel policial y fiscal tiene como finalidad “apoyar la formulación del enjuiciamiento ante el juez” (Ávila, 2013: 55), es decir las testimoniales recabadas a nivel policial y fiscal constituye unicamente como elementos de convicción que permite al fiscal formular una acusación contra el imputado.

## 2. CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO

En principio, la credibilidad puede ser definida como valoración subjetiva de la exactitud estimada de las declaraciones de un testigo (Manzanero, 2008: 179), sin embargo, debemos hacer una distinción entre la exactitud del testimonio y la credibilidad del testigo, este último es la correspondencia entre lo que ha ocurrido y lo que relata el testigo, en otras palabras, está asociado a la credibilidad de testigo como persona; mientras tanto, la exactitud del testimonio implica la correspondencia entre lo ocurrido y lo captado por la memoria. Esto es, “si los sucesos descritos en la declaración corresponden a los hechos realmente vividos” (Offe, 2000: 12).

La determinación de la credibilidad se ha convertido en una preocupación en el mundo de la psicología del testimonio, por ello, surgieron diferentes corrientes que han planteado diferentes métodos para determinar la credibilidad del testigo, entre ellas tenemos: Los cambios de conducta y los cambios fisiológicos.

El primero, se presenta cuando el testigo a la hora de ser sometida a una interrogación, por parte de fiscales, abogados y jueces sufre diferentes cambios conductuales, por ejemplo el sonrojecimiento, el tartamudeo, movimientos corporales, posición corporal, sudoración, etc., estos signos hoy en día sirve para evaluar la credibilidad testimonial, sin embargo, es un grave error que conduce a errores judiciales, debido a que es perfectamente que un testigo que es llamado por primera vez en su vida a una declaración presente estas manifestaciones fisiológicas, por la presencia de personas desconocidas y por el propio ambiente donde es interrogado.

El segundo, consiste en la aplicación de varios instrumentos entre ellas tenemos el polígrafo, instrumento denominado también como

detector de mentiras, que a medida que el entrevistado va respondiendo las preguntas, tiende a detectar cambios o alteraciones fisiológicos como incremento de la tasa cardiaca, incremento de ansiedad, dilaciones pupilares, etc., sin embargo, detrás de este método existen muchos detractores quienes sostiene que este instrumento “sirve únicamente para descubrir conocimientos que tiene en relación con el crimen, pero no si lo cometió realmente” (Querejeta, 1999: 160), por lo que, un testigo con altas niveles de ansiedad es pasible de ser considerado como un testigo deshonesto.

Frente a estas deficiencias que representan el uso de estos instrumentos o métodos; en la actualidad la psicología del testimonio nos ha planteado otro método, que en mi opinión proporciona grades beneficios en la práctica judicial. Esto es, la preocupación actual de la psicología del testimonio no es principio el estudio de las características personales, cambios conductuales y los cambios fisiológicos que presenta el testigo, sino se debe focalizarse en “el contenido de la manifestación” (Manzanero; Diges, 1993: 2). Esto es, se debe examinar la correspondencia entre lo sucedido y lo que manifiesta el testigo, sin tener en cuenta las características personales del testigo, ya que esta no permite hacer una diferencia entre la experiencia vivida de aquellas historias imaginadas o inventadas.

Por lo que, para la valoración de la credibilidad del testimonio es preciso “no atribuir de manera automática una credibilidad o exactitud mayor al detalle recordado por dos testigos que al detalle que sólo es aportado por uno, puesto que la coincidencia podría ser producto de un interrogatorio inadecuado” (Diges, 2014: 29), así como podría obedecer a factores de sugestión y autosugestión.

### **3. CONCEPTO DE TESTIGO**

Testigo es aquella persona que ha presenciado la realización del hecho fenomenológico a través de sus sentidos ya sea en forma directa o indirecta. En términos jurídicos podemos decir que el testigo es aquella persona que ha presenciado a través de sus sentidos la ocurrencia de los hechos jurídicamente relevantes. “En consecuencia – y en principio – los

testigos concurren a declarar sobre los hechos” (Baytelman; Duce, 2016: 60), que han percibido ante la Policía, Ministerio Fiscal o ante un juez de la causa.

Por lo que, el testigo únicamente está llamado estrictamente a narrar todo aquello que ha experimentado o percibido sus sentidos, más no está obligado a transmitir sus propios juicios de valor, creencias o experiencias personales mucho menos sus propias valoraciones (Jauchen, 2014: 286). Por lo tanto, todos los testigos que tiene la información útil para el proceso son hábiles para declarar, puesto que en un sistema acusatorio “desaparece las instituciones procesales de tachas contra los testigos” (Baytelman; Duce, 2016: 60).

## 4. CLASES DE TESTIGO

### 4.1. TESTIGO PRESENCIAL

Es aquella persona que en forma directa ha presenciado o experimentado la realización del hecho fenomenológico de carácter delictuoso. Esto es, el testigo ha percibido a través de sus sentidos la ocurrencia de un evento criminal, oportunidad en que pudieron haber retenido los detalles contextuales y sensoriales, por ejemplo, las características personales y circunstancias del lugar, tiempo y modo en que ocurrió los hechos delictuosos.

El gran problema que viene generando discusión a nivel del proceso penal es, si realmente el testigo presencial al momento de declarar sobre lo que ha experimentado o percibido sus sentidos obedecen a la verdad histórica<sup>7</sup>, es decir, si lo que dice el testigo es exacto a los hechos

---

<sup>7</sup> Sobre este punto debemos precisar que la verdad únicamente es una construcción social, puesto que no se puede determinar científicamente la verdad, incluso la ciencia trabaja en base a las aproximaciones aceptadas por la comunidad científica, por ejemplo, un médico que ha detectado un cáncer terminal en un paciente, no podrá precisar las causas o el origen del cáncer, sino lo que el médico dará a conocer son las causas probables que dio origen al cáncer. En la misma línea (Haack, 2008: 573) nos precisa que la verdad “no depende de lo que nosotros creemos o aceptamos, no es relativa a la



ocurridos o no; para cuyo efecto hay que tener en cuenta los procesos psicológicos que interviene como la percepción, el nivel de atención y los factores señalados en el punto 1.1.

Como hemos advertido líneas arriba la memoria aparte de ser tan complejo, es “difícil de describir y de conceptualizar” (Petisco, 2016: 79), de tal suerte que no siempre capta todo lo que ha percibido sus sentidos, sino una parte de ella que será procesada por la memoria sensorial, la misma que se encargará de transferir a la MCP y posteriormente es almacenada en la memoria episódica, donde finalmente permanece en forma de recuerdo o mejor dicho en forma de huellas de memoria que está codificada semánticamente.

Un testigo por más que tenga una buena memoria no tiene la posibilidad de captar, retener y recordar la información de todo aquello que ha experimentado o percibido a través de sus sentidos, precisamente por los factores señalados en el punto 1.1, por lo que, a la hora de declarar no puede reproducir la información al milímetro con todos sus detalles contextuales de lo que dice haber visto; puesto que el *paso del tiempo* “[...] ya supone un fuente de degradación y contaminación del testimonio” (Diges, 2018: 23), o simplemente la propia memoria hace que ese recuerdo se pierda en forma progresiva, porque la información almacenada no es de uso frecuente en sus actividades diarias de la persona; o que dicho recuerdo genera en la persona inestabilidad emocional.

Otro de los factores, que contamina la declaración testimonial es la presencia de la sugestión que tiende a “[reflejar] una combinación de cambios basados en la memoria [episódica de los testigos]” (Memon; Bull, 2003: 93); incluso tiene el poder de conllevar a modificaciones irreversibles de la memoria. (Mazzoni, 2019:77). La modificación de las huellas de la memoria, en la práctica judicial se produce con frecuencia en la forma de interrogación por parte de los fiscales, abogados y psicólogos quienes a diestra y siniestra realizan preguntas sugestivas a los testigos,

---

cultura, a la comunidad, a una teoría o a un individuo; y no es una cuestión gradual, ni una conglomeración de propiedades que pueden estar total o parcialmente satisfechas”.

con la finalidad de introducir información falsa<sup>8</sup>, puesto que “los recuerdos son [mucho] más fácil de modificar” (Loftus, 1997: 71).

Por otro lado, aunque parecieran ilógicas las personas solemos construir un recuerdo a través de la autosugestión a partir de las huellas de la memoria. Esto es, la propia memoria se encarga de recrear la información con datos análogos o semejantes previamente almacenadas en memoria episódica. En concreto, incorpora detalles de lo que debiera haber habido en ese contexto, detalles que tiene una alta probabilidad de ocurrencia en un ambiente determinado (Diges, 2018: 184), sin embargo, estas inferencias lógicas pueden distorsionar la exactitud de la memoria.

#### 4.1.1. CRITERIOS PARA EVALUAR LA CREDIBILIDAD TESTIMONIAL DEL TESTIGO PRESENCIAL.

##### 4.1.1.1. LA COHERENCIA COMO PRIMER PASO DE LA EVALUACIÓN DE LA CREDIBILIDAD

En principio, la coherencia es la consistencia lógica que funciona como una “restricción para la adquisición de creencias, que nos empuja a ser selectivos acerca de qué testimonio aceptamos [y qué testimonios no]” (Lipton’s, 2001: 23). Siendo así, la declaración testimonial será “articulada en términos explicativos [posibles]” (Lipton’s, 2001: 23), cuando el testimonio está organizada y estructurada desde un punto de vista racional.

Entonces, la coherencia obliga que el contenido de la declaración esté plenamente conexo y estructurado en términos explicativos posibles entre un suceso con otra, que permita reconstruir la historia con exactitud posible a lo que ha ocurrido, de modo que “será más coherente cuando las diferentes partes del suceso complejo están relacionadas de forma lógica entre sí confirmándose unas a otras, de forma que definan el mismo suceso”. Trankell citado por (Manzanero, 2001: 57); es decir una parte de los datos o información que contiene la declaración debe estar

---

<sup>8</sup> Esto es, el testigo introduce un dato que nunca ha ocurrido en la realidad. Sobre el particular (ver Diges, 2018:23).

conectados en forma secuencial como si fuera una cadena que juntados todas ellas forme una hipótesis completa que nos permita justificadamente afirmar la verdad<sup>9</sup>.

Debemos dejar en claro que la declaración testimonial puede ser muy coherente sin contradicciones, esto no significa que la declaración sea exacto, es decir, obedezca a los hechos realmente percibidos o experimentados, sino es un signo de que el testigo ha sido preparado por los propios abogados y fiscales, así como puede haber declaraciones testimoniales contradictorias en su estructura interna y externa; esto tampoco significa que el testimonio sea falso, sino por el contrario, dichas contradicciones pueden obedecer factores del transcurso del tiempo y la presencia de la sugestión que contamina y crea recuerdos falsos en la memoria.

Por lo que, la coherencia no es sinónimo de “perfección, sino es una mera consistencia” (Blanshard, 2001: 107), que tampoco obedece a planteamientos científicos (Joaquín, Diges, 1991: 50), por lo que, a la hora de valorar la credibilidad del testimonio lo único que debe hacer el juez es tener como un dato objetivo que debe describir el conjunto de los testimonios, reconstruyendo un esquema general de lo que ha señalado el testigo, la misma que debe estar descrita en la motivación de la sentencia.

#### 4.1.1.2. LA CONTEXTUALIZACIÓN COMO SEGUNDO PASO DE LA EVALUACIÓN DE LA CREDIBILIDAD

La contextualización consiste en que el testigo presencial que realmente ha percibido o experimentado la ocurrencia de un hecho fenomenológico eventualmente podría reproducir la historia con mayores detalles contextuales y sensoriales de tiempo-espacio, puesto que su origen radica en memoria externa. Esto es, “presenta una mayor cantidad de información contextual, sensorial (olores, colores, sonidos...)” (Soto,

---

<sup>9</sup> Entonces, el contenido de la declaración con una construcción lógica es un enunciado que produce mayor probabilidad a lo realmente percibido a través de los sentidos, de modo tal que “la coherencia de la declaración se refuerza en su espontaneidad, en su ausencia de contradicciones”. SC18595-2016 27/11/2016 de Colombia.

Ruiz y Llor, 2013: 6), ya que estuvo en el preciso momento en que ocurrió el evento criminal.

Incluso la experiencia señala que el testigo presencial que ha percibido directamente el evento criminal, debería haber retenido también el tipo de detalles que la gente suele retener en ese tipo de situaciones (Baytelman; Duce, 2016: 176). Lo dicho por el autor puede ser cierto, sin embargo, la memoria episódica no retiene todos los detalles contextuales y sensoriales de lo que ha percibido, sino por el contrario, el transcurso del tiempo y la presencia de la sugestión degrada y contamina las huellas de la memoria que “incluso puede añadir datos que encajan en la idea general que nunca sucedieron” (Diges, 2018: 23), pero también se puede crear falsos recuerdos cuando el testigo reconstruye la información utilizando la autosugestión. Esto es, el propio testigo puede reconstruir la información dotando de sentido lógico y coherencia a lo que cuenta pese a que los hechos no sucedieron de la forma que cuenta.

Prueba de ello es que los testigos presenciales, frente al olvido de los detalles menos consistentes pueden llegar a “crear falsos recuerdos [que] son construidos por combinación de recuerdos reales con el contenido de las sugerencias recibidas de otros” (Loftus, 1997: 75). “Algunas veces, [los testigos] recuerdan algo que fue olvidado; tales olvidos y recuerdos no significa una represión y contrarepresión, más bien significa que algo de últimamente recordado pueda reflejar memorias auténticas, [por ello se debe] sondear la credibilidad, tiempo, motivos, sugestión potencial, pruebas y otros rasgos” (Loftus, 2000: 36). Por lo tanto, el dato de la contextualización es otro de los datos objetivos al igual que la coherencia que el juez en su motivación de la sentencia válidamente puede referirse si el testigo ha contextualizado los detalles o no y en qué medida es creíble dicha contextualización.

#### 4.1.1.3. LOS ACUERDOS INTERSUJETO O LA LLAMADA CORROBORACIÓN PERIFÉRICA COMO TERCER PASO DE LA EVALUACIÓN DE LA CREDIBILIDAD

En principio, “los acuerdos intersujetos hace referencia a la consistencia entre las declaraciones suministradas por dos o más testigos” (Manzanero, 2008: 181), en otros términos, la versión de un testigo está corroborada con otra manifestación o con otros datos que, indirectamente

acredita la veracidad de lo que manifiesta el primero. En la práctica judicial muchos de los jueces de hoy en día, para evaluar la credibilidad de los testigos ven como punto partida la confianza con que manifiestan sobre los hechos y las características personales, empero, como hemos dicho esto debe descartarse por completo de la práctica judicial y como tal debe enfocarse en el contenido de la declaración, ya que los signos de expresiones no verbales son irrelevantes para efectos de evaluar la credibilidad testimonial, puesto que dichas expresiones en modo absoluto “son signos de fiabilidad para distinguir [...] entre la verdad y la mentira<sup>10</sup>” (Diges, 2018: 22), en otras palabras, el juez bajo ningún supuesto puede valorar las características personales del testigo para valorar la credibilidad. Solo el análisis del testimonio permite determinar la correspondencia entre los hechos y los recuerdos.

El principal desacuerdo intersujeto radica en la identificación de personas (Manzanero, 2008: 180), basta que un testigo identifique a una persona como supuesto responsable del hecho delictivo, la versión de los demás testigos serán calificados como elemento corroborador, sin embargo, por más que exista puntos de coincidencia en sus testimonios deben ser tomados como un dato objetivo, puesto que pueden llevar a identificaciones sesgadas, prueba de ello es el estudio recogido por (Ferrer; Dieuzeide, 2018) del año 2,014 donde han demostrado que la totalidad de declaraciones de los testigos que habían identificado en forma inequívoca a los acusados de haber sido autores de los delitos cometidos el 40% ha dado a lugar a condenas erróneas, pese a que los testigos en forma categórica han señalado estar seguros de lo que han manifestado.

Lo descrito ocurre debido a que todavía los jueces tienen el pensamiento de que dos testigos no pueden mentir sobre un mismo hechos; lamentablemente esta forma de otorgar la credibilidad, conduce a muchos errores judiciales, tal como sucedió en los casos de Rafael Ricardi Robles, condenado a 18 años de prisión por el delito de violación sexual que no cometió y Julio Robles, condenado a 5 años por el delito de robo

---

<sup>10</sup> La mentira, además, implica un juicio moral. Esto es, una persona miente deliberadamente aporta una información de la que sabe conscientemente que no se ajusta a la “realidad” de los hechos (Masip, Garrido y Herrero (2004 a) (Cfr. Manzanero, 2008: 178).

con violencia, quienes han recobrado su libertad luego de muchos años; sentencias que se fundaron en “la identificación sesgada de [presuntos culpables], presumiendo que los testimonios [de dos o más testigos] son creíbles puesto que concuerdan [en sus afirmaciones” (Joaquin; Diges, 1991: 50). Esto es, previo a la identificación en rueda los fiscales o policías muestran fotografías de los posibles responsables del hecho delictivo, generando de este modo sesgos en la identificación.

El hecho de que exista puntos de coincidencia entre las versiones no es sinónimo de veracidad, así como la presencia de inconsistencias periféricas es un signo de que todos los testigos mientan, sino que esto obedece a la capacidad de percepción de la memoria (Nieva, 2010: 228); por ello, el juez a la hora de valorar las corroboraciones periféricas tiene que describir de cuáles son esos elementos que merecen ser valorado como elementos corroborador y que extremo del objeto de prueba ha corroborado, asimismo, cuando valora la credibilidad testimonial de los testigos tiene que describir en la motivación de la sentencia del porque dicha versión de tal o cual testigo es creíble y por qué no, para cuyo efecto debe recurrir a los criterios antes señalados.

#### 4.1.1.4. LOS COMENTARIOS OPORTUNISTAS O PERSONALES COMO CUARTO PASO DE LA EVALUACIÓN DE LA CREDIBILIDAD

Los comentarios oportunistas son aquellos comentarios personales que generalmente “pretenden beneficiar a una de [las hipótesis objeto del proceso]” (Nieva, 2010: 229) corchete agregado, en otras palabras, buscan maximizar o minimizar la magnitud del hecho que ha percibido a través de sus sentidos o sencillamente el declarante entrega una porción de información irrelevante fuera del contexto.

Los comentarios personales de los testigos contienen datos desorganizados en su estructura, ya que están basados en creencias o estereotipos sociales y culturales<sup>11</sup>, “aspectos que desde luego restan la credibilidad del contenido de una declaración testimonial” (Manzanero;

---

<sup>11</sup> Los estereotipos sociales y culturales están establecidos por creencias, ideas, prejuicios, opiniones, etc., preexistentes dentro de un ámbito social cultural que se practica en forma generalizada.

Diges, 1993: 21), estos comentarios oportunistas no solamente restan la credibilidad del testigo, sino quita por completo la objetividad, ya que está orientado a beneficiar al acusado o a la víctima; caracteres que nos demuestra la parcialidad con uno de los sujetos procesales,

Con lo dicho no estamos pretendiendo que los testigos que tienden a maximizar o minimizar la información deban ser excluidos como órganos de prueba, sino lo que estamos advirtiendo es que dichos comentarios deben ser descritos en la motivación de la sentencia donde se debe justificar conjuntamente con los demás criterios antes señalados, es decir, debe justificar del por qué no es creíble su testimonio y por qué sí.

Finalmente, debemos precisar que con los pasos o criterios antes señalados en modo absoluto estamos diciendo que sea los únicos medios mediante las cuales se debe evaluar la credibilidad testimonial de los testigos, sino lo que estamos diciendo es que estos pasos deben ser tenidos en cuenta como datos objetivos para examinar la credibilidad testimonial, por lo que, su valoración se debe realizar conjuntamente con otros elementos de juicio, “puesto que la prueba testifical, por si sola, si no es corroborada por otras pruebas, es muy débil y otorga un grado de confirmación muy bajo o casi nulo”. (Ramos, 2018: 172).

#### **4.2. TESTIGO DE REFERENCIA O DE OÍDAS**

Es aquella persona que toma conocimiento sobre la ocurrencia de un evento criminal a través de otra persona o en forma indirecta. En la actualidad viene generando grandes problemas en el proceso penal, muchas veces el Ministerio Fiscal ante la falta de testigos presenciales recurren a testigos referenciales, con la finalidad de probar su hipótesis fiscal ante el juez de juzgamiento, sin embargo, este último no valora como prueba fiable para condenar al acusado; pese a que “[el] testigo de oídas quien, en lugar de una percepción original y directa, escuchó un relato de una persona sabedora de un acontecimiento” (De La Rua, 1991).

El problema del fondo viene a ser en la calidad de información que proporciona el testigo referencial, ya que éste en ningún momento ha tenido la oportunidad de experimentar o percibir los sucesos del

evento fenomenológico, sino únicamente conoce una parte de la historia manipuladas o tergiversadas porque alguien lo ha contado o simplemente ha escuchado decir o hablar a alguien sobre el hecho fenomenológico; motivo por el cual su testimonio no es de todo confiable, sino por el contrario genera cierta desconfianza, ya que este testigo “no puede describir el contexto periférico de [tiempo y espacio]” (Nieva, 2010: 279) corchete agregado.

Por su parte, la doctrina dominante es unánime en señalar que el relato del testigo de ‘oídas’ no es confiable debido a que no estuvo en el lugar de los hechos, por ello su testimonio es débil en su credibilidad, de modo que por sí mismo “ni siquiera ayude el hecho de recurrir a los datos de la coherencia del relato o a las corroboraciones periféricas [del hecho fenomenológico]” (Nieva, 2010: 279), cursiva agregado; debido a que la historia que reproduce este testigo es un relato que ha sido contado por una tercera persona, de modo tal que, es difícil detectar la mentira de si el testigo referencial está mintiendo o no, ya que el que cuenta pudo haber añadido, modificado o mentido al receptor sobre lo que ha percibido.

#### 4.2.1. CRITERIOS PARA EVALUAR LA CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO REFERENCIAL

Hoy en día los jueces de juzgamiento sostienen que la declaración de los testigos de referencia como únicas pruebas no son fiables para condenar a los acusados ya que consideran como inidónea<sup>12</sup>, toda vez que solo sirve para corroborar o ayudar a aclarar un hecho; en el mismo sentido la Sala Penal Transitoria-Lima, ha dicho que a la declaración de los testigos de referencia –oídas– no se le puede dar credibilidad; razón por el cual no se puede constituir como única prueba para condenar<sup>13</sup>. Este argumento se funda en que no se puede determinar si realmente el testigo de oídas está diciendo la verdad o está mintiendo.

El problema radica en el momento de la recepción de la información por parte del testigo de oídas. Esto es, cuando el emisor –por ejemplo, la víctima o el testigo presencial– transmite la información al receptor;

<sup>12</sup> R.N. 173-2012, Cajamarca, 22 enero del 2013.

<sup>13</sup> R.N. 73-2015, Lima, de 20 de setiembre del 2016.



lapso en que el receptor reinterpreta la información transmitida a su antojo y se crea en la mente una historia transformada o distorsionada, pero también puede suceder lo contrario, es decir el testigo puede almacenar la información fiel reflejo de lo que ha oído, es por ello que es muy complejo examinar la credibilidad del testimonio del testigo de oídas.

Frente a esta situación en la práctica judicial los jueces han recurrido a los criterios de coherencia, persistencia en la incriminación, verosimilitud, ausencia de incredibilidad subjetiva, para examinar la calidad del testimonio, pero estos criterios no son muy seguros para evaluar la credibilidad del testimonio de un solo testigo referencial, debido a que es perfectamente posible que un testigo de oídas pueda narrar los hechos en forma coherente, persistente hasta puede resultar verosímil lo que está diciendo, “pero cuando el testigo contradice no es posible saber si alguna de la información en conflicto es verdadera o ninguna; y si alguno de la información es verdadera”. (Ramos, 2018: 137).

El asunto cambia por completo cuando llevamos los criterios de coherencia, persistencia en la incriminación, verosimilitud, ausencia de incredibilidad subjetiva, la contextualización y la corroboración periférica, para examinar la credibilidad de “pluralidad de testigos de referencia”, todas ellas de procedencias distintas o de orígenes distintos, es decir, que entre los testigos no exista ningún tipo de vínculo de parentesco por consanguíneo o por afinidad, que pueda restar la credibilidad subjetiva<sup>14</sup> del testimonio y que por el contrario cada uno de los datos ofrecidos por los testigos de oídas, corroboren lo dicho por el otro en forma verosímil.

Bajo estos criterios consideramos que si es posible sustentar una condena al acusado, tal como lo hizo el Tribunal Supremo Español en la sentencia<sup>15</sup> donde ha valorado como únicas pruebas de condena,

---

<sup>14</sup> Acuerdo Plenario N° 2-2005-/CJ-116 de fecha 30 de septiembre del 2005.

<sup>15</sup> STS 2810/2019, de 13 de marzo de 2019, España. En donde, ha señalado que “los testimonios de referencia aquí no suplen el testimonio directo de la agresión, pero sí prueban, en cuanto testimonios sobre lo percibido por el testigo, que aquella persona les contó voluntariamente un suceso que ellos escucharon; y ese hecho de su narración o relato unido a la demostración de las lesiones sufridas mediante la pericial médica acreditativa de la veracidad de lo relatado, constituye la prueba de cargo que justifica el hecho probado de la Sentencia de instancia”. (Cfr. Fj. Tercero).

las versiones de dos testigos referenciales de orígenes distintas, quienes han relatado los hechos contados por la víctima de manera coherente, persistente, contextualizada, con ausencia de incredibilidad subjetiva, las mismas que han sido corroboradas con otros datos objetivos. Este criterio ha sido adoptado en diferentes sentencias<sup>16</sup>. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) en el caso<sup>17</sup>, sugirió a los tribunales que en los casos donde existan únicamente testigos referenciales que fundan una condena los jueces deben examinar su fiabilidad con un procedimiento minucioso; por nuestra parte consideramos que los procedimientos adecuados para examinar la fiabilidad deben ser los criterios de coherencia, contextualización, ausencia de incredibilidad subjetiva, corroboración periférica y verosimilitud, las mismas que deben estar apoyados con la versión de pluralidad de testigos de orígenes distintos.

## CONSIDERACIONES FINALES

En los argumentos precedentemente señalados hemos podido advertir que la memoria tiene la función de captar, almacenar y recordar una parte de lo que percibe sus sentidos; estando así la memoria, a la hora de efectuar la reconstrucción del relato fáctico exterioriza únicamente una

---

<sup>16</sup> STS 821/2009 de 29 de junio del 2009, STS 246/2016 de 28 de junio del 2016, STS 64/2005 de 9 de mayo de 2005; las mismas que tiene un antecedente común en las sentencias de (STS de 12 de julio de 1996 y STS de 10 de febrero de 1997).

<sup>17</sup> Al-Khawaja y Tahery v. Reino Unido, donde ha precisado que “[D]onde una declaración de oídas o referencial es la única o decisiva evidencia contra el acusado, su admisión como prueba no resulta automáticamente en una violación al artículo 6.1. Al mismo tiempo, cuando la condena está basada única o decisivamente en la evidencia de un testigo ausente, el tribunal debe sujetar los procedimientos al más minucioso escrutinio. Por los peligros de la admisión de tal evidencia, constituye un factor muy importante para ponderar en la balanza [...], y uno que requeriría suficientes factores de contrapeso, incluida la existencia de fuertes salvaguardas procedimentales. La cuestión en cada caso es saber si hay suficientes factores corroborativos, incluyendo medidas que permitan una justa y propia evaluación de la fiabilidad de la evidencia. Esto permitiría que una condena se base en tal evidencia sólo si es suficientemente fiable dada su importancia en el caso” (cfr. párr. 147”).

parta de la información almacenada en la memoria episódica, muchas veces con serios errores, por la presencia del trascurso del tiempo, sugestión y la autosugestión, que contaminan y modifican las huellas de la memoria.

La calidad de la información que proporciona el testigo presencial dentro del proceso penal no es de todo exacto, puesto que la memoria episódica no registra como huella de memoria de todo lo que ha percibido sensorialmente, sino una parte de ella. La correcta valoración de la credibilidad testimonial de los testigos directos se debe partir examinando la correspondencia entre los hechos y lo que recuerda el testigo, para cuyo efecto el juez debe tener en cuenta como dato objetivo la coherencia del testimonio, la contextualización, la corroboración periférica y los comentarios oportunista o personales, las mismas que deben estar siempre apoyados con otros elementos de juicio que deben estar descritos en la motivación de la sentencia.

En tanto, la credibilidad testimonial de los testigos de referencia únicamente puede fundar una condena si solo sí exista pluralidad de testigos referenciales de orígenes distintos y que su testimonio sea coherente, contextualizada, con ausencia de incredibilidad subjetiva, corroborada con pruebas periféricas y que resulte verosímil, las mismas que deben estar apoyados con otros datos objetivos.

Por otro lado, la prueba testifical por sí sola, no obedece a los estándares de la prueba, por lo que, siempre debe ser valorada conjuntamente con otros elementos de juicio actuada en el plenario bajo las reglas del contradictorio, solamente así una condena estará justificado plenamente.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO, H. Los policías como detectores del engaño: investigación en torno al efecto de sesgo del investigador. Universidad de Salamanca, Salamanca, España, 2009.

ALONSO-QUECUTY, M. Memoria autobiográfica: La influencia de los estados de ánimo sobre las perspectivas del recuerdo. *Estudios de psicología*, 43-44, 5-18. 1990.

ATKINNSON, R. y SHIFFRIN, R. (1983) Human memory. A proposed system and its control processes. En: K. W. Spence y J.T. spence (eds.). *The psychology of learning and motivation: advances is research and theory*. Nueva York: Academic

press (trad. cast. En M.V. Sebastián [comp]). Lecturas de psicología de la memoria, Alianza Universidad textos, 1983.

BADDELEY, Alan. Memoria Humana- teoría y práctica. Editorial Mcgraw-Hill. S.A., 1998.

BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. Litigación penal juicio oral y prueba. Grupo Editorial Ibáñez. Colombia, 2016.

BLANSHARD, Brand. Coherence as the Nature of Truth. Cambridge: In Michael Lynch (ed.), The Nature of Truth: Classic and Contemporary Perspectives, the mit press, 2001.

CABEZA, Roberto y KIM, Hongkeun. Trusting our memories: dissociating the neural correlates of confidence in veridical versus illusory memories. *Joun of Neuroscience* N° 27(45):12190 –12197. 2007. <https://doi.org/10.1523/jneurosci.3408-07.2007>

CHARLES, Morris y ALBERTH, Maisto. Psicología. Trad. Ortiz Elena. Universidad de Carolina del Norte, Campus Charlotte, 2009.

DE LA RUA, Ferreyra. Teoría General del Proceso. Tomo I. 2da edición, 1991.

DIGES, Margarita. Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. 1ra reimpresión. Madrid, Editorial Trotta, 2018.

DIGES, Margarita. La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos. *Aequitas, Revista cuatrimestral del poder judicial del Estado de Sinaloa*, N°. 5, año 3. 2014, p. 17.

DI GESU, Cristina. Prova penal e falsas Memórias. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

FERRER, Francisco; DIEUZEIDE, María. Psicología del testimonio: los siete pecados de la memoria en testigos y víctimas. *Revista Pensamiento Penal*. Argentina, 2018.

HAACK, Susan. Evidencia e Investigación: Hacia la construcción en epistemología. Trad. Martinez, Angeles. Madrid: Editorial Tecnos, S.A. 1993.

HAACK, Susan. Toda la verdad y nada más que la verdad. *Midwest Studies in Philosophy*, XXXII, 2008 Trad. Santacoloma, Andrés y Vázquez, Carmen. *Doxa* 35, 2012, p. 571-587.

HEIDEGGER, Martín, ¿Qué significa pensar?. Trad. Gabás Raúl. Madrid, Editorial Trotta, 2005.

HOFFDING, Harald. Bosquejo de una Psicología Basada en la Experiencia. Editorial Daniel Jorro editor, Madrid, 1926.

IZQUIERDO, Iván. Memoria. 2a.ed.rev..e ampl. ed. Porto Alegre-Brasil: ArtMed, 2011.

JAUCHEN, Eduardo. Tratado de la prueba en materia penal, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.

JOHNSON, M. y RAYE, C. Reality Monitoring vs. Discriminating Between External. Bullerin of the Psyconomic Society, 15(6), 1980, p. 405-408.

JOHNSON, M. y RAYE, C. Reality monitoring. Psychological Review, 88, 1, 67-8. 1981.

LIPTON'S, Peter. The Epistemology of Testimony. The History and Philosophy of Science, 2001, p. 1-31, 1998.

LINDSAY, R., Lim, Robert, Marando, Louis, y Cully, Deborah. Mock-juror evaluations of eyewitness testimony: a test of metamemory hypothesis. Journal of Applied Social Psychology, 16, 1986, p. 447-459. <https://doi.org/10.1111/j.1559-1816.1986.tb01151.x>

LOFTUS, Elizabeth. Creating False Memories. Scientific American, 277(3), 1997, p. 70-5. <http://doi.org/10.1038/scientificamerican0997-70>

LOFTUS, Elizabeth. Recordando peligrosamente. En: el Escéptico. N° 9. Trad. Iñaki Camiruaga. Edita ARP - sociedad para el avance del pensamiento crítico. España, 2000, p. 31.

MANZANERO, Antonio. Realidad y Fantasía: Credibilidad, Metamemoria y Testimonio. 1991. <http://doi.org/10.13140/2.1.1923.6808>

MANZANERO, Antonio. Procedimientos de evaluación de la Credebilidad de las declaraciones de menores víctimas de agresiones sexuales. Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Vol. 1, N° 2. 2001, p. 51-71.

MANZANERO, Antonio. Psicología del testimonio: Una aplicación de los estudios sobre la memoria. Ediciones Pirámide, 2008.

MANZANERO, Antonio. Memoria de Testigos: Obtención y valoración de la prueba testifical, Editorial Piramide, 2010.

MANZANERO, Antonio y DIGES, Margarita. Evaluación subjetiva de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad. Anuario de psicología jurídica, 3 (1), 1993, p. 7-27.

MANZANERO, Antonio y ROCIO, M. El recuerdo de hechos traumáticos: exactitud, tipos y características. Cuad Med Forense;18 (1), Madrid, 2012, p. 19-25 <https://doi.org/10.4321/S1135-76062012000100003>

MAZZONI, Giuliana. *Psicología del testimonio*. Trad. Moreno, Amparo. Madrid: Editorial Trotta. 2019.

MEMON, Amina, VRIJ, Aldert y BULL, Ray, *Psychology and Law: Truthfulness, Accuracy and Credibility*, Editorial John Wiley & Sons Ltd, 2003.

MIRA, Joaquín y DIGES, Margarita. Teorías intuitivas sobre memoria de testigo: un examen de metamemoria. *Revista de Psicología Social*, 6 (1), 1991, p. 47-60. <https://doi.org/10.1080/02134748.1991.10821635>

NIEVA, Jordi. *Valoración de la prueba*. Madrid. Editorial Marcial Pons, 2010.

NEISSER, Ulric. *Cognitive psychology*, Nueva York. Appelton -Century- Croff, 1967.

NORONHA DE ÁVILA, G. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A prova testemunhal em xeque*: Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2013.

OFFE, Heinz. El dictamen sobre la credibilidad de las declaraciones de testigos. *Credibility assessment of witness testimony*. Anuario de psicología jurídica, 2000, p. 11-23.

PETISCO, José. La susceptibilidad de la memoria de un testigo. *Cuadernos de la Guardia Civil* N° 53. 2016, p. 78-95.

QUEREJETA, Luis. Validez y credibilidad del testimonio. La psicología forense experimental. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* N° 13. 1999, p. 157 - 168. <http://hdl.handle.net/10810/25430>

RAMOS. Vitor. *Prova Testemunhal: Do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao dialogo co a psicologia e a epistemologia*. Porto Alegre e Valencia: Universidade Federal Do Rio Grande Do Sul e Universitat de Girona, 2018.

SCHOOLER, Jonathan, Gerhard, Delia. y Loftus, Elizabeth. Qualities of unreal. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory and Cognition*, 12, 171-181, 1986. <http://dx.doi.org/10.1037/0278-7393.12.2.171>

SEQUIRE, L. y COHEN, N. Human memory and amnesia. EnG. Lynch, J. McGaugh y N. M. Weinberg (eds). *Neurobiology of Learning and Memory*. Nueva York. Guilford Pres, 1984.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília: Disponível em Série Pensando o Direito, N° 59. 2015.

TULVING, Endel. *Elements of episodic memory*, Oxford clarendon press, 1983.

TULVING, Endel. Episodic and semantic memory. En: Endel Tulving y W. Donaldson (eds). *Organization of memory*. Nueva York: Academic Pres, 1972.

VALVERDE, María, RUIZ, José Antoni y LLOR, Bartolomé. Valoración de la Credibilidad del Testimonio: Aplicación del Modelo Reality Monitoring. *Revista Internacional de Psicología*, 2013. <https://doi.org/10.33670/18181023.v12i02.68>

WELLS, G. y LINDSAY, R. How do people infer the accuracy of eyewitness memory? *Studies of performance and a metamemory analysis*. En: Sally. Lloyd-Bostock y B. Clifford (Eds.) *Evaluating witness evidence, Recent Psychological research and new perspectives*. Nueva York: John Wiley & Sons, 1983.

### **Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)**

*Agradecimentos (acknowledgement)*: a Rossmery Tineo, por su apoyo incondicional, en la corrección del presente artículo.

*Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration)*: el autor confirman que no existen conflictos de intereses en la realización de la investigación y redacción de este artículo.

*Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship)*: todas y solo las personas que cumplen con los requisitos de autoría de este artículo se enumeran como autores; todos los coautores son totalmente responsables de este trabajo en su totalidad.

*Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality)*: el autor asegura que el texto publicado aquí no ha sido publicado previamente en ningún otro medio y que la futura republicación solo ocurrirá con la indicación expresa de la referencia de esta publicación original; también atestigua que no hay plagio de terceros o auto-plagio.

### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 17/05/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 05/07/2019
- Avaliação 1: 16/07/2019
- Avaliação 2: 18/07/2019
- Avaliação 3: 19/07/2019
- Decisão editorial preliminar: 22/07/2019
- Deslocamento ao V6N1 e aviso autor: 22/07/2019
- Retorno rodada de correções 1: 31/08/2019
- Decisão editorial 2: 09/12/2019
- Retorno rodada de correções 2: 21/12/2019
- Decisão editorial final: 22/12/2019

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

AYALA YANCCE, Rafael. Credibilidad testimonial del testigo en el proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 453-480, jan./abr. 2020.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.246>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.



**Medidas cautelares**

***Preventive measures***




# Prisão cautelar, argumentação e proporcionalidade: uma proposta para a fundamentação das decisões judiciais


*Pretrial detention, reasoning and proportionality: a proposal for the justification of judicial decisions*

**Matheus Arcangelo Fedato<sup>1</sup>**

Universidade Estadual do Norte do Paraná – Jacarezinho, Paraná, Brasil

matheus.fedato@outlook.com


 <http://lattes.cnpq.br/3563256627563717>


 <http://orcid.org/0000-0003-1243-5127>

**Luiz Fernando Kazmierczak<sup>2</sup>**

Universidade Estadual do Norte do Paraná – Jacarezinho, Paraná, Brasil

lfkaz@uenp.edu.br

 <http://lattes.cnpq.br/7437009978505769>

 <http://orcid.org/0000-0003-0653-6255>

---

**RESUMO:** A pesquisa busca solucionar o problema da falta de um modelo adequado para a fundamentação das decisões que tratam sobre prisões cautelares tendo em vista a sua inadequada aplicação prática. Utiliza-se como hipótese um modelo argumentativo baseado na proporcionalidade e apresentado em forma de axiomas, o qual seria capaz de resolver o problema da fundamentação, pois atrelado a preservação de direitos

---

<sup>1</sup> Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

<sup>2</sup> Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) na Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Professor Adjunto na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na graduação e no Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica (Mestrado).

fundamentais. Objetiva-se, então, estabelecer um modelo para a fundamentação de decisões judiciais que tratam sobre prisões cautelares com vistas a reduzir a discricionariedade. Para atingir o objetivo do estudo, foi empregado o método dedutivo, além dos meios de pesquisa eletrônico e bibliográfico. As pesquisas se deram por meio de doutrinas gerais e específicas sobre o assunto, bem como artigos científicos. Como referencial teórico utiliza-se a doutrina de Robert Alexy, de Luigi Ferrajoli, bem como a crítica hermenêutica do direito de Lenio Streck. Conclui-se pela necessária utilização da proporcionalidade a partir de uma leitura da hermenêutica filosófica pela decisão que decreta ou mantém prisões cautelares, sendo sempre necessário atentar-se para a gravidade da medida imposta e o fim que ela procura tutelar. Não se deve admitir medidas inadequadas, desnecessárias ou extremamente gravosas, devendo-se observar as circunstâncias concretas do fato, sendo incabíveis motivações genéricas e abstratas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prisão Cautelar; Proporcionalidade; Fundamentação; Argumentação Jurídica; Discricionariedade.

**ABSTRACT:** *The research seeks to solve the problem of the lack of an adequate model to base the decisions that deal with pretrial detentions in view of its inadequate practical application. It is used as hypothesis an argumentative model based on proportionality and presented in the form of axioms, which would be able to solve the problem of reasoning, because linked to the preservation of fundamental rights. The objective is, then, to establish a model for the foundation of court decisions dealing with precautionary arrests with a view to reducing discretion. To achieve the objective of the study, the deductive method was employed, in addition to the electronic and bibliographic research means. The research took place through general and specific doctrines on the subject, as well as scientific articles. The theoretical framework uses the doctrine of Robert Alexy, of Luigi Ferrajoli, as well as the hermeneutic critique of Lenio Streck's. It is concluded by the necessary use of proportionality from a reading of philosophical hermeneutics by the decision that decrees or maintains pretrial detentions, being always necessary to pay attention to the gravity of the imposed measure and the end that it seeks to protect. Inadequate, unnecessary or extremely serious measures must not be admitted, and the concrete circumstances of the fact must be observed, being the generic and abstract motives inadmissible.*

**KEYWORDS:** *Pretrial detention; Proportionality; Reasoning; Legal Reasoning; Discretion.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Considerações sobre a proporcionalidade e a argumentação jurídica; 2. Como construir argumentativamente uma decisão que decreta ou mantém prisões cautelares no processo penal?; Considerações Finais; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

Inicia-se o trabalho buscando responder a seguinte pergunta “*Como construir argumentativamente uma decisão que decreta ou mantém prisões cautelares no Processo Penal?*”. Busca-se na proporcionalidade um modo de conseguir aplicar o Direito de forma a preservar os direitos fundamentais, no sentido de um garantismo penal. O dever de fundamentação das decisões judiciais encontra-se previsto constitucionalmente, sendo tratado pelo artigo 93, IX, que diz que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Ainda, nesse sentido, estão o artigo 564, V, do Código de Processo Penal (CPP), que trata das nulidades e que prevê sua ocorrência quando houver decisão carente de fundamentação, o artigo 283 do CPP, dizendo que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, e o artigo 315, também do CPP, que determina que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

O objeto do trabalho é a decisão judicial que trata sobre prisões cautelares, mantendo-as ou decretando-as. A pesquisa situa-se na fundamentação dessas decisões, especificamente na aplicação da proporcionalidade e da argumentação utilizada para fundamentá-la. Para além da teoria crítica das prisões cautelares, é preciso analisar onde e como a proporcionalidade se encaixa e se relaciona com as prisões cautelares, principalmente como superação do binômio prisão-liberdade, fornecendo alternativas menos danosas do que a prisão.

Busca-se, então, propor um modelo argumentativo para a fundamentação das decisões judiciais que tratam sobre prisões cautelares baseado na proporcionalidade, o qual se encontra disposto em forma de axiomas na segunda parte do artigo.

Como referencial teórico utiliza-se a crítica hermenêutica do direito e a hermenêutica filosófica, sendo também relevantes para a pesquisa a doutrina de Robert Alexy e Luigi Ferrajoli. Para atingir o objetivo do estudo, foi empregado o método dedutivo, além dos meios de pesquisa eletrônico e bibliográfico. A aplicação do método dedutivo consiste na análise do que é considerado adequado à fundamentação das decisões para o ordenamento jurídico e para as teorias utilizadas como referenciais, procurando-se extrair, a partir dessa observação, aquilo que deve ser considerado argumentativamente indevido, levando às conclusões do artigo. As pesquisas se deram por meio de doutrinas gerais e específicas sobre o assunto, bem como artigos científicos. Com a finalidade de melhor compreensão dos tópicos do texto, serão utilizadas notas de rodapé explicativas.

## **1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROPORCIONALIDADE E A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

As prisões cautelares<sup>3</sup>, conhecidas também como prisões processuais, ocorrem antes de uma sentença penal transitar em julgado. São acessórias (accessoriedade) ao Processo Penal e seu provimento deve guiar-se pela satisfação da tutela jurisdicional. Por possuir essa característica, acaba contrariando a presunção de inocência, pois causa uma restrição à liberdade antes de eventual condenação. Isso leva a uma contraposição entre os objetivos das prisões cautelares (de modo geral, resguardar a segurança pública, e, de modo específico, assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal) e o direito à liberdade<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Dividem-se as prisões cautelares em prisões preventivas e prisões temporárias. Entende-se ser a prisão em flagrante uma medida pré-cautelar, motivo pelo qual não será objeto desse estudo, conforme LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 607.

<sup>4</sup> Na lição de Odone Sanguiné: “O instituto da prisão provisória revela a irredutível antinomia de duas ordens de legitimidade, dialeticamente em oposição e que historicamente oscilam de um polo a outro na busca de um difícil

Nessa linha, como toda prisão cautelar viola a presunção de inocência e cerceia, de alguma forma, a liberdade do indivíduo, a decisão que a decreta ou mantém exige fundamentação. Para sua utilização são necessárias várias condições, que podem ser elencadas em pressupostos (*fumus commissi delicti/ periculum in libertatis*) e requisitos (Arts. 312 e 313 do CPP para prisão preventiva / Art. 1º, incisos I, II e III da Lei nº 7.960/89 para prisão temporária). Ainda, vários princípios cercam as prisões cautelares, devendo ser observados sempre que delas se estiver tratando, sendo eles: presunção de inocência, motivação das decisões judiciais, contraditório, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade.

Importante atentar-se para a característica de cautelaridade das prisões cautelares. Tais prisões devem existir para tutelar o processo penal e não tem característica de pena. Assim, uma vez resguardado o processo, ou seja, não sendo influenciado pelo acusado, as prisões cautelares não se mostram necessárias (salvo se em caso de fuga). Ainda que sejam aplicáveis, é preciso olhar, ainda, para as medidas cautelares alternativas à prisão, as quais asseguram o objeto das prisões provisórias e os direitos do acusado, que sofre um cerceamento menor de sua liberdade.

Deve-se entender que a prisão só deverá subsistir enquanto se manter a situação fática que a ensejou, não devendo permanecer após o desaparecimento de seu substrato decretador. O importante aqui é acautelar o processo. Veda-se a manutenção da prisão sem causa. Sua existência está atrelada a uma condição provisória, que é a existência de motivos legais que a ensejem. Ainda, a duração da medida, que deve ser sempre temporária, provisória, não devem durar mais do que o imprescindível para a instrução processual. A prisão preventiva deve ser decretada em caráter excepcional, apenas quando as outras medidas cautelares não se mostrarem suficientes, não podendo ser banalizadas. Nos dizeres de Fauzi Hassan Choukr, no processo penal constitucional “a prisão tem de ser

---

compromisso que satisfaça, ao mesmo tempo, as exigências as exigências da justiça individual e os imperativos da proteção social: o direito à liberdade e a presunção de inocência, de caráter individual, e o direito da sociedade de manter a ordem e a segurança para uma convivência pacífica”. SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 16.

encarada como uma exceção e a liberdade como uma regra e, por isso, as privações de liberdade anteriores à sentença condenatória [...], devem ter sempre e necessariamente, fundamentação e finalidades cautelares”<sup>5</sup>.

O princípio da proporcionalidade é um dos principais princípios dentro das prisões cautelares. Visando a busca da adequação e da necessidade das medidas adotadas, o princípio da proporcionalidade deve levar em conta as características pessoais dos indivíduos e o crime cometido no caso concreto. Busca um modo de realizar os interesses pretendidos da maneira menos gravosa, ou seja, a medida que menos prejudique o acusado, mas que cumpra a finalidade cautelar deve ser a utilizada.

Dentro da decisão jurídica, a verdade estará sempre submetida à valoração e, na argumentação, esses valores são utilizados como critério para demarcação de seu objeto. Assim, por exemplo, o critério da *segurança pública* avaliará o objeto garantia da ordem pública, ou pode-se utilizar de um critério justificador, como a credibilidade das instituições para fundamentar a garantia da ordem pública<sup>6</sup>. Trabalhar com conceitos abertos e valorativos é muito complicado e pode macular a fundamentação de uma decisão. Nesse sentido, como *sistema de controle da decisão*, as teorias da argumentação jurídica são de extrema importância, conferindo racionalidade à decisão judicial.

Para tanto, introduz-se a temática das teorias da argumentação jurídica. A argumentação (*argumentatio*) era designada como *probatio* por Quintiliano e como *confirmatio* por Cícero, e estava inserida, desde a Antiguidade, como uma das partes da retórica, sendo dela uma componente das mais importantes, pois visava à credibilidade dos discursos<sup>7</sup>. Ambos os autores tiveram a influência de Aristóteles, um dos primeiros a inserir a argumentação no contexto da Retórica. Com a obra de mesmo nome, o filósofo grego a define como a faculdade de descobrir especulativamente sobre todo dado o persuasivo<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual: Comentários à lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 34.

<sup>6</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 2. ed. Atlas: São Paulo, 1994. p. 345.

<sup>7</sup> *Ibidem*. p. 322.

<sup>8</sup> ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho; Jean Voilquin; Goffredo Telles Júnior. Tecnoprint, 1969. p. 33



A Retórica consistia na apresentação de provas, que eram classificadas em artificiais e inartificiais. As primeiras eram conhecidas por “*genus argificalie*” e estava atrelada a produção de provas próprias da retórica. Essas eram divididas em: a) *Ethos* - provas éticas: que se referiam ao caráter digno de confiança do orador; b) *Pathos* - provas patéticas: que eram capazes de motivar a sensibilidade do ouvinte; c) *Logos* - provas reais: que era o efeito baseado na coerência lógica de apresentação da coisa *res* (indícios, argumentos, exemplos). As que pertenciam ao “*genus inartificialie*” referiam-se as provas obtidas em elementos materiais, como decisões jurisprudenciais, doutrinas, documentos etc. Deu origem à atual teoria da prova no Direito processual<sup>9</sup>.

Para Atienza, o argumentar está sempre relacionado a uma ação de comunicação, é estar inserido dentro dos jogos de linguagem. Seu sentido é o de sustentar uma tese, fornecendo argumentos para tanto. Consiste em usar de certa forma a linguagem para dar argumentos a favor ou contra determinado ponto de vista. A argumentação dirige-se a um fim. Assim, é necessário distinguir três elementos, quais sejam: as premissas (da onde se parte); a conclusão (onde se chega) e a inferência (a maneira como as premissas e a conclusão estão unidas, a relação entre elas)<sup>10</sup>.

Sobre a proporcionalidade, esta surge juntamente com o Estado Democrático de Direito, produto de revoluções contra o Estado Absolutista (Antigo Regime), com a finalidade de limitar, controlar e dividir o poder estatal<sup>11</sup>. Revolta-se contra o poder do soberano, exigindo-se a observância dos direitos da população.

Atualmente, parte dos magistrados usa em suas decisões argumentos como: “baseado nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”; “conforme o princípio da proporcionalidade”; “segundo o princípio

---

<sup>9</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 2. ed. Atlas: São Paulo, 1994. p. 323.

<sup>10</sup> ATIENZA, Manuel. *O direito como Argumentação*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2004. p. 95-98.

<sup>11</sup> FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 21.

da razoabilidade”; “postulado da proporcionalidade” etc.<sup>12</sup>, como se estes argumentos estivessem baseados em um ideal metafísico de justiça do qual a proporcionalidade faria parte<sup>13</sup>. A utilização da proporcionalidade atua como um “coringa” que consegue transformar argumentos abstratos em uma ordem legítima<sup>14</sup>.

[...] a invocação retórica dos princípios como nova panaceia para os problemas constitucionais brasileiros, seja na forma de absolutização de princípios ou na forma da compulsão ponderadora, além de implicar um modelo simplificador, pode servir para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão continuada da força normativa da Constituição. Antes da ênfase no debate (muitas vezes, estéril) sobre a diferença entre princípios e regras, impõe-se a construção de uma teoria das normas constitucionais que sirva a uma concretização juridicamente consistente e socialmente adequada dos respectivos princípios, regras e híbridos normativos no contexto brasileiro<sup>15</sup>.

Além disso, há ainda aqueles que pensam a proporcionalidade apenas sob o viés de Robert Alexy, focando unicamente nas máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. É preciso esclarecer que seus estudos sobre a proporcionalidade partem de uma concepção não positivista do Direito, o que permite à moral exercer uma

<sup>12</sup> FEDATO, Matheus Arcangelo; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Análise Crítica da expressão “garantia da ordem pública” na prisão preventiva. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, Edição Especial: 41-59, 2019. p. 51.

<sup>13</sup> MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade: A inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: Juspodvm, 2016.

<sup>14</sup> “Afirmo que a jurisdição brasileira funciona com base em argumentos de autoridade e, especialmente nos casos controversos, em função da agregação de opiniões individuais. A justificação das decisões articula as razões pelas quais o indivíduo que a redigiu foi convencido desta ou daquela solução e são irrelevantes para o resultado final do julgamento” (RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013. p. 51).

<sup>15</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 196.

função corretiva<sup>16</sup>. Nesse ponto é preciso separar os caminhos seguidos por Alexy e os seguidos por este estudo. Entende-se que os ideais de aplicação do Direito dever estar ligados a uma leitura da filosofia da linguagem e da hermenêutica filosófica<sup>17</sup>, conforme a doutrina de Lenio Streck e sua crítica hermenêutica do direito<sup>18</sup>.

Conforme Streck: “Com o giro ontológico operado por Heidegger, se dá — de uma forma inédita em toda tradição filosófica — uma *reconciliação* entre prática e teoria e, ao mesmo tempo, ocorre um deslocamento do solipsismo subjetivista para um *contexto intersubjetivo de fundamentação*. Heidegger cria um novo conceito que descreve um ambiente no interior do qual conhecimento prático e conhecimento teórico se relacionam a partir de uma circularidade: o círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*). Há uma espécie de “privilégio” do conhecimento prático em virtude da estrutura do *logos hermenêutico*”<sup>19</sup>.

Para tanto, o círculo hermenêutico se torna indispensável. Gadamer coloca o círculo hermenêutico dentro da dialética, na relação entre a parte e o todo, entre o universal e o particular, inserindo-o como condição interpretativa. O constante movimento do círculo e a abertura para um

---

<sup>16</sup> MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade: A inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 199.

<sup>17</sup> “Na verdade, não é a história que nos pertence mas somos nós que pertencemos a ela. Muito antes de nos compreendermos na reflexão sobre o passado, já nos compreendemos naturalmente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A autorreflexão do indivíduo não passa de uma luz tênue na corrente cerrada da vida histórica. Por isso, os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser. [...] A compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde se intermedeiam constantemente passado e presente. É isso que deve ser aplicado à teoria hermenêutica, que está excessivamente dominada pela ideia dos procedimentos de um método” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Vol. I. Petrópolis: Editora Vozes, 2014. p. 388).

<sup>18</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>19</sup> STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 4.ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 63.

novo sentido são essenciais. “O intérprete deverá [...] ter-se com a tradição e, no texto, colocar à prova seus preconceitos para confrontá-los”<sup>20</sup>.

O modelo de argumentativo proposto está ligado à filosofia da linguagem, entendendo-a como essencial para o combate à decisões genéricas. A percepção da pragmática e do modo como o sentido da linguagem é constantemente construído pelo Ser (*Dasein*)<sup>21</sup> no mundo se mostra como algo essencial para lidar com decisões jurídicas, as quais estão atreladas aos fatos inseridos nos casos concretos e precisam buscar qual a melhor solução por meio da interpretação da linguagem.

O princípio da proporcionalidade possui elevada influência na temática das prisões cautelares, refletindo acerca dos interesses postos em conflito, como o da eficácia na repressão dos delitos (segurança pública) e a esfera de liberdade do indivíduo. Composto por duas facetas, quais sejam, a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente, a proporcionalidade tenta balizar as divergências do caso concreto, buscando encontrar uma medida que não se revele abusiva e que cumpra sua finalidade.

A proporcionalidade surge com o Estado Democrático de Direito, após o término Estado Absolutista<sup>22</sup>, em um momento de valorização dos direitos humanos, no qual a dignidade humana ganhou extrema importância. Passou-se a exigir da nova ordem constitucional uma concreta proteção dos direitos fundamentais, de modo que as intervenções estatais devem ser adequadas, necessárias e proporcionais.

Tido como um dos princípios fundamentais de um Estado Democrático, a proporcionalidade origina-se na tentativa de frear atos estatais abusivos, visando proteger a população. Decisões executivas, atos legislativos e decisões judiciais direcionados a adoção de medidas que, por excesso, violem direitos fundamentais, devem ser proibidos (*Übermassverbot*). Dessa forma, não se poderia admitir que o legislador criasse

<sup>20</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Belém: UFPA/Instituto de Ciências Jurídicas, 2011. p. 121.

<sup>21</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Fausto Castilho. Campinas: Editora da Unicamp, 2012. p. 81.

<sup>22</sup> FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 21.

disposições no Código de Processo Penal determinando a obrigatoriedade da conversão do flagrante em preventiva para todos os casos, ou impor que a prisão preventiva é a regra, relegando as medidas alternativas a um segundo plano.

Para orientar a decretação das prisões cautelares, o artigo 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal determina que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se: I) a *necessidade* para aplicação da lei penal, para investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais; II) a *adequação* da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do acusado ou investigado. Ambas, “necessidade e adequação [...] são os referenciais fundamentais na aplicação das medidas cautelares pessoais no processo penal”<sup>23</sup>.

Cabe falar que o disposto nos incisos I e II do artigo 282 não expressa essencialmente o que doutrinariamente se conceitua como adequação e necessidade. Costuma-se confundir o disposto no artigo 282 do CPP e o conteúdo das máximas da proporcionalidade. O que o inciso I indica como “necessidade” significa a busca pela finalidade da medida, a quais fins ela se destina a proteger. Assim, *finalisticamente* a medida deve ser necessária para aplicação da lei penal, para investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais<sup>24</sup>. Pelo inciso II, objetiva-se a correspondência entre a medida a ser adotada e a *pragmática* que envolve a situação em análise, que se liga à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do acusado ou investigado. A gravidade do crime deve ser sempre analisada em concreto. As circunstâncias do fato e as condições pessoais do agente devem corresponder à medida adotada e à finalidade pretendida, deve haver uma correlação.

No Processo Penal, a máxima da adequação determina um olhar para a finalidade da medida, qual seja, a prisão cautelar, buscando analisar se a constrição da liberdade poderá promover o fim buscado pela autoridade coatora, de modo que se não for possível a promoção do fim,

---

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.p. 504.

<sup>24</sup> Ressalva-se, aqui, a possível violação à presunção de inocência que a finalidade de “para evitar a prática de infrações penais” pode acarretar.

a medida não deve ser tomada. Fabio Delmanto propõe a análise da “adequação qualitativa” e “adequação quantitativa”, exemplificando a primeira da seguinte maneira: “se a finalidade é evitar a fuga do acusado, não há razão para proibi-lo de entrar em contato com determinadas pessoas”. Ainda, a medida de prisão não será adequada qualitativamente se a pessoa já houver sido ou poderá ser condenada a pena que não seja de prisão, ou que a cumpra em regime semiaberto ou aberto.

A adequação quantitativa diz respeito a duração e intensidade da medida com relação ao fim pretendido<sup>25</sup>. Assim “se a prisão preventiva foi decretada para a ‘conveniência da instrução criminal’, deve ela ser revogada tão logo esteja concluída a instrução, salvo se existir outro motivo legal para a manutenção da custódia cautelar”<sup>26</sup>. De outra forma, se houver condenação em primeiro grau, isso não implica que haja prisão automática ou a manutenção da prisão anterior. Para que ocorra a prisão após condenação sem trânsito em julgado, deve haver decisão devidamente fundamentada e presença dos requisitos autorizadores. Cumpre assinalar a imprescindibilidade de se atentar para a sanção cominada para o crime, de forma que se esta não previr pena privativa de liberdade, a prisão cautelar não se mostra adequada, posto que o fim proposto pela norma penal é outro, diverso da prisão, podendo ser aplicadas medidas cautelares alternativas a depender da finalidade almejada. Segundo Badaró:

“Caso o juiz anteveja que a pena a ser imposta será apenas uma pena de multa, ou uma pena privativa de liberdade que será substituída por pena restritiva de direito, ou ainda, uma pena privativa de liberdade que será condicionalmente suspensa (*sursis*), ou, finalmente, uma pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime aberto, será ilegal a decretação da prisão preventiva, posto que desproporcional ao resultado final do processo cuja utilidade se quer assegurar. Se a medida cautelar, no caso a prisão preventiva, for mais gravosa que a pena a ser ao final imposta, não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não

<sup>25</sup> Relaciona-se com a provisionalidade e a provisoriedade.

<sup>26</sup> DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 67.

se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e a qual ela deve preservar”<sup>27</sup>.

Ainda, existe a necessidade de o juiz observar os crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, em que a pena será ao final substituída por restritiva de direitos<sup>28</sup>. No tocante à máxima da necessidade, esta deve ser entendida como o processo de escolha do meio menos gravoso para atingir a finalidade desejada. Dessa maneira, “um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”<sup>29</sup>. Alguns a nomeiam a máxima da necessidade como “princípio da menor ingerência possível”<sup>30</sup>, de “intervenção mínima” ou de “subsidiariedade”<sup>31</sup>. Tais nomenclaturas exprimem o mesmo significado, que é a adoção da medida menos arbitrária dentre as possíveis.

O artigo 282, §6º, do CPP determina que a prisão preventiva somente será utilizada quando sua substituição não for cabível por nenhuma outra medida cautelar. Portanto, “a regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade”<sup>32</sup>. Interessante exemplo da desnecessidade da prisão preven-

---

<sup>27</sup> Conclui o autor da seguinte maneira: “Se não se projeta uma pena privativa de liberdade a ser cumprida no cárcere, diante da provável condenação, é ilegal a decretação da prisão preventiva, posto que incompatível com a natureza cautelar de tal medida. Deve haver uma proporcionalidade entre a pena que se prevê como provável em caso de condenação e a gravidade da medida cautelar a ser imposta ao acusado”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 103, p. 381 - 408, jan./dez. 2008. p. 397).

<sup>28</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 47.

<sup>29</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002. p. 16-17.

<sup>30</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 270.

<sup>31</sup> DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 69.

<sup>32</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 504.

tiva pode ser encontrado no HC 80.719-4/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que assinala: “A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade”. Nessa linha, continua dizendo que “a prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito”. Mais adiante, assevera: “O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso”<sup>33</sup>.

A terceira fase da aplicação do princípio da proporcionalidade é conhecida como proporcionalidade em sentido estrito. Nessa etapa, presume-se que todos os meios escolhidos são adequados, e que realizam o fim pela menor ingerência possível, restando agora analisar se a medida indicada é mais severa que a finalidade pretendida pela norma. “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”<sup>34</sup>. Busca-se estabelecer limites entre os fins almejados e os meios escolhidos. A escolha da medida não deve ser mais grave do que a finalidade da norma. Basicamente, “deve haver uma proporcionalidade entre a pena que se prevê como provável em caso de condenação e a gravidade da medida cautelar a ser imposta ao acusado”<sup>35</sup>. Sobre a afinidade entre proporcionalidade e Processo Penal, Eugênio Pacelli discorre da seguinte maneira:

Em relação a um possível confronto entre o princípio da inocência (estado ou situação jurídica de inocência) e o da efetividade da jurisdição penal [...] pode ser que se apresente a possibilidade de uma ponderação feita nesses moldes, desde que a pressuposta

<sup>33</sup> BRASIL. HC 80719. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 26/06/2001, DJ 28-09-2001 PP-00037 EMENT VOL-02045-01 PP-00143.

<sup>34</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 593.

<sup>35</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 103, p. 381 - 408, jan./dez. 2008. p. 397.



fundamentação cautelar da prisão em determinado caso concreto. A ponderação, então, far-se-ia pelo exame da *adequação* da medida, quando a prisão deveria ser justificada com relação aos escopos do processo; de sua *necessidade*, pela apreciação da relação entre a prisão e sua motivação (risco de fuga, intimidação de testemunhas etc.), e de sua proporcionalidade em sentido estrito, isto é, pelo exame da gravidade da prisão cautelar em relação à pena abstratamente cominada ao tipo penal, bem como a viabilidade de sua aplicação no caso concreto (condições pessoais do agente, natureza da infração, análise da culpabilidade etc.)<sup>36</sup>.

Caberia falar aqui na observância da pena cominada ao delito e o tempo da medida cautelar, a fim de averiguar se a medida não está sendo mais gravosa do que a própria pena em abstrato a ser aplicada ou a pena previsivelmente aplicável<sup>37</sup>. As duas primeiras máximas trabalham com os *meios* a serem utilizados, já a terceira, com o *fim* perseguido. A análise se dá pela utilização de um meio apto e que menos ingerência cause, devendo esse ser justificado com base na finalidade pretendida. Alexy emprega na terceira fase a ponderação, balizando o conflito entre princípios atribuindo à moral uma função corretiva. Por isso, entende-se que a construção do discurso baseado na proporcionalidade deve seguir-se pela hermenêutica filosófica<sup>38</sup>. A análise entre fins e meios deve dar-se pela filosofia da linguagem, em que a sintática, a semântica e a pragmática tem grande importância.

A construção argumentativa da decisão deve organizar corretamente os elementos da linguagem (sintaxe), de forma com que as disposições legais estejam em consonância com o sistema. A relação entre as normas da Constituição, do Código de Processo Penal e das leis especiais

---

<sup>36</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 133.

<sup>37</sup> Existe discussão acerca de o parâmetro ser a pena cominada em abstrato ao delito e a pena previsivelmente aplicável. Como essa discussão não é objeto do presente trabalho, remete-se o leitor para: DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 70.

<sup>38</sup> MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade: A inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 220.

e a Constituição deve ocorrer sem contradições<sup>39</sup>. A justificação externa das decisões deve levar em conta o aspecto material (semântico). Nesse sentido, o teor da expressão “garantia da ordem pública”, por exemplo, não pode abarcar os significados de gravidade abstrata do delito, clamor social, acautelamento do meio social, abalo social, preservação das instituições públicas e risco de reiteração delitiva. Sobre esse ponto, leciona Luigi Ferrajoli,

Um argumento no qual se baseiam muitos defensores da prisão preventiva é o clamor social originado pela ideia de que um delinquente ainda não julgado não seja punido imediatamente. Pode ocorrer que nisso haja algo de verdade: uma parte da opinião pública seguramente associa finalidades diretamente repressivas à prisão preventiva. Mas essa ideia primordial do bode expiatório é justamente uma daquelas contra a qual nasceu aquele delicado mecanismo que é o processo penal, que não serve, como já afirmei, para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas<sup>40</sup>. Na mesma linha, Ferrajoli diz ainda que “de hecho, *peligrosidad* e *sospecha* son, por su naturaliza, incompatibles com las exigencias de la estricta legalidade [...] dejan espacio a medidas em blanco basadas em valoraciones tan opinables como incontrolables”<sup>41</sup>. Para o autor, expressões de ordem abstrata vão contra a estrita legalidade e acabam sendo incompatíveis com um Estado Democrático de Direito.

Deve haver correlação entre a medida adotada e a finalidade pretendida, não sendo correto proibir o acesso a determinados lugares

<sup>39</sup> “Concebido como um objeto de desejo o Código de Processo Penal incorpora as redes sociais mobilizadas em torno da manutenção do poder e assim estabelece o diálogo entre a tradição autoritária inautêntica e a efetivação de um modelo de compreensão adequado ao projeto político democrático inscrito na Constituição de 1988”. (PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, Ano 19, Nº 223, Junho 2011. p. 10).

<sup>40</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 450.

<sup>41</sup> FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 104.

que não tem ligação com o crime imputado. Devem ser sempre levados em conta os elementos da lógica para explicitar as deduções feitas na decisão. A argumentação pragmática vai envolver todos os elementos do caso concreto, com o objetivo de estabelecer em que sentido uma medida se mostra como um meio adequado e como uma finalidade necessária para a proteção de um bem determinado.

Aqui entram todas as circunstâncias em que foi cometido o crime, as condições do agente, a gravidade das medidas e a possibilidade de sua aplicação. Cria-se um círculo hermenêutico em que o intérprete da norma vai dialogar consigo mesmo e com o mundo, buscando a decisão que deve tomar. Portanto, para a aplicação do Direito em uma decisão judicial é necessário levar em conta os como os três níveis da linguagem, bem como a proporcionalidade na proteção de direitos fundamentais, operam dentro dessa temática específica, permitindo que a construção do discurso seja adequada.

## **2. COMO CONSTRUIR ARGUMENTATIVAMENTE UMA DECISÃO QUE DECRETA OU MANTÉM PRISÕES CAUTELARES NO PROCESSO PENAL?**

Em primeiro lugar é importante notar que o dever de fundamentação das decisões judiciais, ou de qualquer ato do Poder Público, está previsto constitucionalmente no artigo 93, IX da Constituição Federal, que diz: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Em complementação ao disposto pela Constituição estão o artigo 564, V, do Código de Processo Penal, que trata das nulidades e que prevê sua ocorrência quando houver decisão carente de fundamentação, o artigo 283 do CPP, dizendo que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, e o artigo 315, também do CPP, que determina que a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

Diante da aprovação da chamada da Lei “Anticrime” (Lei nº 13.964/2019), foram inseridos dois parágrafos no art. 315 do Código de Processo Penal que buscam evitar decisões genéricas e sem a devida

fundamentação, fazendo com que o magistrado cumpra com seu dever constitucional de fundamentação.<sup>42</sup> Segundo Atienza:

“O Estado constitucional pressupõe assim um desenvolvimento no que tangê à tarefa justificativa dos órgãos públicos e, portanto, uma maior exigência de argumentação jurídica [...] o ideal do Estado constitucional (o culminar do Estado de Direito) pressupõe a subordinação completa do poder ao Direito e à razão: a força da razão, frente à razão da força. Parece por isso bastante lógico que a evolução do Estado constitucional tenha sido acompanhada de um incremento quantitativo e qualitativo de exigência de fundamentação das decisões dos órgãos públicos”<sup>43</sup>.

A Lei nº 13.964/2019 também alterou o artigo 312, §2º<sup>44</sup>, que passa a exigir a existência concreta de fatos novos ou contemporâneos

<sup>42</sup> “Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” (NR)

<sup>43</sup> ATIENZA, Manuel. *O direito como Argumentação*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2004. p. 23.

<sup>44</sup> “Art. 312, § 2º: A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

que justifiquem a adoção da prisão preventiva e o artigo 313, §2º<sup>45</sup>, o qual não admite a prisão preventiva com caráter de antecipação de pena ou como decorrência imediata da investigação criminal ou recebimento da denúncia. Ainda, o artigo 316, parágrafo único<sup>46</sup>, passa a exigir a revisão da necessidade de manutenção da cautelar a cada 90 dias, sob pena de a prisão se tornar ilegal.

Cumpre dizer que as alterações promovidas no Código de Processo Penal pela lei citada, no que tange ao escopo da pesquisa, vão ao encontro do que propõe o presente trabalho, sempre no intuito de proteção dos direitos fundamentais.

A proposta da pesquisa baseia-se no garantismo penal de Luigi Ferrajoli, o qual busca a promoção dos direitos fundamentais, a liberdade dos cidadãos e a limitação do poder estatal. Uma nação democrática deve zelar pelos valores constitucionais, dando espaço para manifestação de minorias, as quais, muitas vezes, sofrem com as mazelas sociais e do processo penal<sup>47</sup>. Na definição de Ferrajoli, o garantismo designa:

“[...] *um modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade”, próprio do *Estado de Direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como

---

<sup>45</sup> “Art. 313, § 2º: Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”.

<sup>46</sup> “Art. 316. Parágrafo único: Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”.

<sup>47</sup> “[...] el garantismo constitucional [...] ha ido expandiéndose históricamente y aún puede seguir haciéndolo, a tenor de las concretas necesidades incorporadas en él como derechos fundamentales, avanzando en diversas direcciones: en la tutela tanto de los derechos sociales como de los derechos de libertad; frente a los poderes privados y frente a los poderes públicos; en el plano internacional y en el estatal”. (FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo*: Debate sobre el derecho y la democracia. Trad. Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2006. p. 42).

um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É consequentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.”<sup>48</sup>

Uma leitura do garantismo penal a partir da hermenêutica filosófica é salutar e capaz de promover de uma maneira mais adequada de aplicação do garantismo. Nesse sentido, Ana Cláudia Bastos de Pinho aponta para os limites da teoria de Ferrajoli ao aceitar a discricionariedade judicial na aplicação do direito pela ponderação de valores. Assim,

“[...] por mais que se admita a preocupação da teoria do garantismo penal com a tutela dos direitos fundamentais, o problema [...] referente à aceitação da discricionariedade ameaça o conteúdo democrático da própria teoria. Em outras palavras, o resultado de uma decisão garantista pode, de fato, proteger os direitos individuais do imputado, porém, nem sempre, o caminho percorrido estará constante com os princípios democráticos. O fantasma da discricionariedade ou decisionismo e a artificialidade da teoria podem tirar o garantismo da trilha”.<sup>49</sup>

Com o intuito de exemplificar um modo de responder a pergunta “Como construir argumentativamente uma decisão que decreta ou mantém prisões cautelares no Processo Penal?”, apresenta-se um quadro composto por axiomas, similar aos propostos pela teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli<sup>50</sup>, que expressam a negativa da pergunta acima feita, qual seja, “Como não argumentar em uma decisão que decreta ou mantém prisões cautelares no Processo Penal”. O quadro é exemplificativo e não exauriente, e busca ilustrar (sistematizar) o que com esse trabalho foi proposto em forma de conclusões preliminares. Os axiomas abaixo não pretendem ser respostas antes das perguntas nem regras positivadas para

<sup>48</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 684.

<sup>49</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Belém: UFPA/Instituto de Ciências Jurídicas, 2011. p. 147.

<sup>50</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 74-75.

a aplicação prática. A opção por esse modelo é ilustrativa e atua como forma de demonstrar as observações realizadas durante a pesquisa<sup>51</sup>.

*Quanto à fundamentação da decisão que decreta ou mantém as prisões cautelares, entende-se que devem ser observados os seguintes axiomas:*

Nula a argumentação que se baseie em critérios abstratos, conceitos indeterminados ou diversos daqueles previstos pela legislação competente;

Nula a argumentação que se basear unicamente no paradoxo Segurança Pública x Liberdade Individual para decretar ou manter prisão preventiva;

Nula a argumentação que faça referência exclusivamente à ponderação abstrata de princípios para decretar ou manter prisão preventiva;

---

<sup>51</sup> Nessa linha, também é possível observar o artigo 489, §1º do Código de Processo Civil, que estabelece os requisitos essenciais para uma decisão judicial ser considerada justificada, delimitando os pontos necessários a serem observados para um provimento adequadamente fundamentado. O dispositivo determina que não se considerará fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. BRASIL. *Lei nº 13.105/2016* - Código de Processo Civil. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2016.

Nula a argumentação que apenas fizer menção à proporcionalidade e à razoabilidade para decretar ou manter prisão preventiva sem correlacioná-las com o caso concreto, demonstrando objetivamente sua incidência;

Nula a argumentação que apele para argumentos de ordem moral, de grau subjetivo ou discricionário, exteriorizando na decisão tão somente a concepção pessoal do julgador sobre o caso;

Nula a argumentação que não se baseie em dados objetivos relacionados ao caso, considerando tão somente premissas ou pressuposições de ordem abstrata e genérica;

Nula a argumentação que se refira unicamente ao requisito legal da garantia da ordem pública ou da ordem econômica;

Nula a argumentação que fundamente a garantia da ordem pública com base no clamor público, acautelamento do meio social, abalo social, gravidade em abstrato do crime, preservação das instituições públicas e risco de reiteração delitiva;

Nula a argumentação que fundamente a prisão preventiva na possibilidade de reiteração delitiva sem que demonstre incabível a aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

Nula a argumentação que fundamente a garantia da ordem econômica em presunções de dano;

Nula a argumentação que determine a prisão preventiva sob o pretexto de assegurar a instrução penal sem que demonstre incabível a aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

Nula a argumentação que sustente a prisão preventiva sob o pretexto de assegurar a instrução penal com base no perigo de o investigado ou acusado apagar provas ou coagir testemunhas ou oficiais sem que seja demonstrada a inadequação da aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

Nula a argumentação que determine a prisão preventiva sob o pretexto de assegurar a aplicação da lei penal sem que se demonstre incabível a aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

Nula a argumentação que determine a prisão preventiva sob o pretexto de assegurar a aplicação da lei penal com base no perigo de o investigado ou acusado fugir ou se evadir do distrito



da culpa sem que seja demonstrada a inadequação da aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

*No que se refere às medidas cautelares alternativas à prisão, objetiva-se este modelo:*

Nula a argumentação que considere incabível medida cautelar diversa da prisão sem que demonstre de forme exauriente sua inadmissibilidade;

Nula a argumentação que negue medida cautelar diversa por alguma impossibilidade a priori de sua efetivação (falta de recursos ou estrutura) sem antes verificar a possibilidade de substituição por outra cautelar;

Nula a argumentação que negue medida cautelar diversa da prisão baseada na periculosidade abstrata do acusado;

Nula a argumentação que negue medida cautelar diversa da prisão baseada na gravidade abstrata do delito;

Nula a argumentação que atribua ao acusado o excesso de prazo na prisão preventiva sem que este o tenha dado causa;

Nula a manutenção da prisão preventiva se houver excesso de prazo e o acusado não tiver responsabilidade por sua causa;

Nula a argumentação que atribua o excesso de prazo ao acusado exclusivamente pela complexidade do processo;

Nula a argumentação que cumule mais de uma medida cautelar sem demonstrar a necessidade de sua incidência;

Nula a manutenção da medida cautelar quando não houver motivos para que esta subsista;

Nula a decisão que não observar as hipóteses de substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar, nos termos do artigo 318 do Código de Processo Penal;

Nula a imposição de medidas cautelares diversas sem que seja a medida imposta adequada aos fins do caso concreto (É inadequada a medida que seja inapta a promover a finalidade exigida no caso concreto);

Nula a proibição de frequentar determinados lugares que não estejam de alguma maneira ligados com o fato;

Nula a proibição de manter contato com determinada pessoa que não esteja de alguma maneira ligada com o fato;

Nula a proibição de ausentar-se da Comarca sem que haja necessidade para a investigação ou instrução;

Nula a proibição de ausentar-se da Comarca sem que a proibição esteja de alguma maneira ligada com o fato (p. ex. trabalho inerente a viagens);

Nula a suspensão do exercício de função pública ou de atividade financeira ou econômica quando o fato com elas não estiver relacionado;

Nula a internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável sem que haja comprovação da inimputabilidade ou semi-imputabilidade e não houver sido demonstrado o risco concreto de reiteração criminosa;

Nula a imposição de fiança para assegurar o comparecimento aos atos do processo, tendo em vista a não obrigatoriedade de participação do réu, presumidamente inocente e sem ônus de prova, nos atos processuais;

Nula imposição de fiança quando não haja risco de obstrução do processo;

Nula a argumentação que imponha monitoração eletrônica com base apenas no perigo abstrato de que o réu ofereça risco à instrução criminal, à aplicação da lei penal e no risco de reiteração criminosa.

*No que se refere às Prisões Cautelares, de modo geral, objetiva-se este modelo:*

Nula imposição de prisão cautelar sem fundamentação;

Nula fundamentação sem estarem presentes os pressupostos de prova de existência do crime e de indícios suficientes de autoria (inclusive para medidas cautelares alternativas à prisão);

Nula fundamentação sem adequação da medida cautelar ao caso concreto;

Nula adequação da medida cautelar ao caso concreto sem apropriação da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado;

Nula fundamentação sem demonstração da necessidade da medida cautelar no caso concreto;

Nula necessidade sem risco objetivamente demonstrado para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal, para evitar a prática de infrações penais ou quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

Nulo risco se demonstrada a suficiência das medidas cautelares alternativas à prisão;

Nula suficiência das medidas alternativas se isolada ou cumulativamente não eliminarem ou reduzirem o risco das hipóteses que ensejam prisão cautelar.

*No que se refere às Prisões Temporárias, objetiva-se este modelo:*

Nula prisão temporária quando suficiente outra medida cautelar alternativa;

Nula prisão temporária sem fundamentação;

Nula fundamentação sem adequação da prisão temporária ao caso concreto;

Nula adequação da prisão temporária ao caso concreto sem apropriação da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado;

Nula adequação fora das hipóteses legais (Lei nº 7.960/89);

Nula adequação quando não houver fundadas razões de autoria e participação nos crimes indicados no inciso III do artigo 1º da Lei nº 7.960/89, acrescida da não-identificação ou falta de residência (inciso II), como indício de que o investigado não possa mais ser encontrado, vindo a frustrar a aplicação da lei penal (inciso I);

Nula fundamentação sem demonstração da necessidade da prisão temporária;

Nula necessidade sem risco objetivamente demonstrado para as investigações do inquérito policial;

Nulo risco se demonstrada a suficiência das medidas cautelares alternativas à prisão;

Nula suficiência das medidas alternativas se isolada ou cumulativamente não eliminarem ou reduzirem o risco das hipóteses que ensejam prisão temporária.

*No que se refere às Prisões Preventivas, objetiva-se este modelo:*

Nula prisão preventiva quando suficiente outra medida cautelar alternativa;

Nula prisão preventiva sem fundamentação;

Nula fundamentação sem adequação da prisão preventiva ao caso concreto;

Nula adequação da prisão preventiva ao caso concreto sem apropriação da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado;

Nula adequação fora das hipóteses legais (Art. 312 e 313, CPP);

Nula adequação sem previsão de prisão penal com cominação de pena privativa de liberdade em crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 anos, sem condenação por outro crime doloso com sentença transitada em julgado, sem envolver violência doméstica e familiar, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência ou sem haver dúvidas sobre a identificação civil;

Nula adequação se a prisão preventiva não consistir em meio hábil;

Nulo meio hábil (a prisão preventiva não consiste em meio hábil) para crimes culposos, contravenções, punidos com penas restritivas de direito, com pena de multa, com detenção (Art. 213, §1º);

Nula fundamentação sem demonstração da necessidade da prisão preventiva;

Nula necessidade sem risco objetivamente demonstrado para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal ou para evitar a prática de infrações penais;

Nulo risco se demonstrada a suficiência das medidas cautelares alternativas à prisão;

Nula suficiência das medidas alternativas se isolada ou cumulativamente não eliminarem ou reduzirem o risco das hipóteses que ensejam prisão preventiva;

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da proporcionalidade possui elevada influência na temática das prisões cautelares, refletindo acerca dos interesses postos em conflito, como o da eficácia na repressão dos delitos (segurança pública) e a esfera de liberdade do indivíduo. Composto por duas facetas, quais sejam, a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente, a proporcionalidade tenta balizar as divergências do caso concreto, buscando encontrar uma medida que não se revele abusiva e que cumpra sua finalidade.

No sentido de preservação dos direitos fundamentais, ela busca analisar as relações entre os meios e os fins para verificar se houve violação a algum direito. A teoria de destaque sobre a proporcionalidade é a de Alexy, que serviu como grande base para a pesquisa. Com as máximas da adequação e necessidade, permite o exame dos meios utilizados e sua viabilidade. Na proporcionalidade em sentido estrito, procede a uma valoração para analisar se os meios utilizados justificam os fins almejados. Nesse ponto, afasta-se dessa teoria. Entende-se que esse procedimento permite a utilização de uma alta carga moral que se distancia daquilo que é pretendido pelo trabalho. Exalta-se que essa verificação deve se dar pela hermenêutica filosófica, juntamente com os três níveis da linguagem.

A máxima da adequação determina um olhar para a finalidade da medida, qual seja, a prisão cautelar, buscando analisar se a constrição da liberdade poderá promover o fim buscado pela autoridade coatora, de modo que se não for possível a promoção do fim, a medida não deve ser tomada. Cumpre assinalar a imprescindibilidade de se atentar para a sanção cominada para o crime, de forma que se esta não previr pena privativa de liberdade, a prisão cautelar não se mostra adequada, posto que o fim proposto pela norma penal é outro, diverso da prisão.

No tocante à máxima da necessidade, esta deve ser entendida como o processo de escolha do meio menos gravoso para atingir a finalidade desejada. A prisão só será necessária se o objetivo buscado não puder ser atingido por outra medida menos gravosa. Na terceira fase na aplicação do princípio da proporcionalidade (proporcionalidade em

sentido estrito), presume-se que todos os meios escolhidos são adequados, e que realizam o fim pela menor ingerência possível, restando agora analisar se a medida indicada é mais severa que a finalidade pretendida pela norma. Caberia falar aqui na observância da pena cominada ao delito e o tempo da medida cautelar, a fim de averiguar se a medida não está sendo mais gravosa do que a própria pena em abstrato a ser aplicada ou a pena previsivelmente aplicável. A análise se dá pela utilização de um meio apto e que menos ingerência cause, devendo esse ser justificado com base na finalidade pretendida.

Conclui-se pela necessária utilização da proporcionalidade sob o viés da hermenêutica filosófica pela decisão que decreta ou mantém prisões cautelares, com a finalidade da preservação de direitos fundamentais, seguindo-se a linha do garantismo penal. É sempre necessário atentar-se para a gravidade da medida imposta e o fim que ela procura tutelar. Não se deve admitir medidas inadequadas, desnecessárias ou extremamente gravosas, devendo-se observar as circunstâncias concretas do fato, sendo incabíveis motivações genéricas e abstratas.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho; Jean Voilquin; Goffredo Telles Júnior. Tecnoprint, 1969.

ATIENZA, Manuel. *O direito como Argumentação*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 103, p. 381 - 408, jan./dez. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual: Comentários à lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FEDATO, Matheus Arcangelo; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Análise Crítica da expressão “garantia da ordem pública” na prisão preventiva. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, Edição Especial: 41-59, 2019. ISSN: 2447-8709.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: Debate sobre el derecho y la democracia*. Trad. Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 2. ed. Atlas: São Paulo, 1994.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Vol. I. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Fausto Castilho. Campinas: Editora da Unicamp, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade: A inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: Juspodvm, 2016.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Belém: UFPA/Instituto de Ciências Jurídicas, 2011.

PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. In. *Boletim IBCCRIM – Ano 19 – Nº 223 – Junho 2011*.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013.

SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 4.ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.



### **Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)**

*Agradecimentos (acknowledgement):* Agradecemos ao Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Agradecimento à Capes pelo apoio e bolsa concedidos durante a pesquisa, os quais foram imprescindíveis para sua realização. Agradecimento também ao Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

*Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration):* os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

*Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship):* todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- *Luiz Fernando Kazmierczak:* projeto e esboço inicial (conceptualization); participação ativa nas discussões dos resultados, revisão crítica com contribuições substanciais, revisão e aprovação da versão final (reviewing and editing).
- *Matheus Arcangelo Fedato:* projeto e esboço inicial (conceptualization), coleta e análise de dados (data curation and investigation), levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação (writing) e participação ativa nas discussões dos resultados; revisão e aprovação da versão final (reviewing and editing).

*Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality):* os autores asseguram que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 30/07/2019
- Deslocamento ao V6N1: 10/08/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 03/11/2019
- Avaliação 1: 11/11/2019
- Avaliação 2: 14/11/2019
- Avaliação 3: 01/12/2019
- Decisão editorial preliminar: 22/12/2019
- Retorno rodada de correções: 10/01/2020
- Decisão editorial final: 16/02/2020

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-assistente: 1 (RDG)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

FEDATO, Matheus Arcangelo; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Prisão cautelar, argumentação e proporcionalidade: uma proposta para a fundamentação das decisões judiciais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 483-514, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.268>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.